

Estudios de Deusto

Vol. 55/1 Enero-Junio 2007

Sumario

Estudios

Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I). El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto

Manuel Calduch Gargallo

Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González

Constitución y Derecho de daños

Ricardo de Ángel Yágüez

Continuidad de un compromiso social y académico

Manuel María Zorrilla Ruiz

Notas

Valoración de la normativa laboral española sobre menores a la luz de la Directiva 94/33/CE del Consejo

Sol Ruiz de la Cuesta

El «regreso de Dios» a la política: las religiones «públicas»

Manuel M.^ª Urrutia León

Jurisprudencia

Casos escogidos de Derecho antitrust europeo

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y María Pilar Canedo Arrillaga

Doctrina de los juzgados de lo mercantil en sede concursal

Fernando Gómez Martín

Universidad de
Deusto



Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Incluida en el catálogo LATINDEX

Indexada en la base de datos ISOC

Fundada en 1904

Segunda época. Vol. 55/1

Desde su fundación vol. 78

(Fasc. 118)

Enero-Junio 2007

Bilbao
Universidad de Deusto
2007

Director:

Ignacio María Beobide

Secretario:

Luis Ignacio Gordillo

Consejo de Redacción:

| | |
|-----------------------|-----------------------|
| Ricardo de Ángel | Luis Ignacio Gordillo |
| Iciar Basterretxea | Gema Tomás |
| Ignacio María Beobide | Demetrio Velasco |
| María Pilar Canedo | |

Consejo Asesor:

| | |
|-----------------|--------------------------|
| Rosario Besné | Víctor Fernando Manrique |
| Javier Caño | Ramón Múgica |
| Jorge Caramés | Fernando Renedo |
| Juan Echano | Javier San Juan |
| Aitziber Emaldi | Manuel María Zorrilla |
| Marta Enciso | |

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 € |
| Otros países | 50 \$ |
| Número suelto | 14,50 € |

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.
Indexada en la base de datos ISOC.

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 - E48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISSN: 0423 - 4847

Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain

Sumario

Estudios

- Manuel CALDUCH GARGALLO, *Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I). El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto* 11
- Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea* 49
- Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Constitución y Derecho de daños* 123
- Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Continuidad de un compromiso social y académico* 173

Notas

- SOL RUIZ DE LA CUESTA, *Valoración de la normativa laboral española sobre menores a la luz de la Directiva 94/33/CE del Consejo* 223
- Manuel M.^a URRUTIA LEÓN, *El «regreso de Dios» a la política: las religiones «públicas»* 243

Jurisprudencia

- Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y María Pilar CANEDO ARRILLAGA, *Casos escogidos de Derecho antitrust europeo* 265
- Fernando GÓMEZ MARTÍN, *Doctrina de los juzgados de lo mercantil en sede concursal* 371

ESTUDIOS

Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I)

El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto¹

Manuel Calduch Gargallo

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia
DEA en Derecho Civil por la Universidad de Zaragoza

Recibido: 03.07.06
Aceptado: 10.10.06

Resumen: Dentro de la pluralidad de legislaciones civiles que conviven en España, el modelo vasco se convierte en paradigma de la idea, defendida doctrinalmente, de que en aquellos sistemas en los que el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, suelen concederse amplios derechos sucesorios al viudo, mientras que, en aquellos que parten de un sistema de comunidad, los derechos *mortis causa* que se le conceden o no existen, o son mínimos, puesto que la protección a su posible situación de desvalimiento se obtiene ya a través del régimen económico matrimonial. Este es el caso del País Vasco, donde rige un sistema legal de comunidad como es el de comunicación foral de bienes. La existencia de este régimen económico matrimonial legal, que concede a los cónyuges medios suficientes para dirigir a la familia en caso de disolución –sobre todo si ésta es debida al fallecimiento de uno de sus miembros y existe descendencia– justifica que los derechos usufructuarios del viudo no tengan por qué ser del alcance de los existentes en Navarra o en Aragón, para permitir una protección suficiente del supérstite. Pues bien, el presente trabajo pretende examinar con cierta profundidad la naturaleza jurídica del usufructo legal previsto en la legislación foral del País Vasco, sus requisitos, objeto y extinción. Asimismo se examinan otros derechos usufructuarios viduales previstos en esa norma, como el usufructo universal derivado del poder testatorio, el usufructo poderoso del Fuero de Ayala y el legado del usufructo universal.

Palabras clave: Usufructo legal. Cónyuge viudo. Derecho foral. Fuero de Ayala.

Abstract: *Inside the wide range of Civil Laws which live together in Spain, the Basque regulations are the model for those authors who think that the Marriage Economic Systems of separating goods use to be accompanied by wide inheritance rights for the widow, whereas in those Marriage Economic Systems with community goods, the mortis causa rights do not exist, or they are fewer because the protection against their hypothetical needy situation can be obtained through the community goods system. This is the Basque Country case where a Legal Marriage Economic System of common goods, known as «comunicación foral de bienes», is ruled. The existence of this system which gives the spouses enough tools for ruling the family in case of marriage dissolution –above all if this is caused by the death of one of its partners and there are offspring– justifies that widow rights of use and enjoyment do not require to be so extensive that Navarri-*

¹ *A mi madre, que está en el cielo.*

an's or Aragonian's, in order to achieve an adequate protection to the widow. Therefore this research tries to analyse with intensity, the right content of the legal use and enjoyment established in the Basque Country Law, its requirements, the enjoyable goods and its extinction. Furthermore other widow rights of use and enjoyment written in the Law are analysed, like the Full Enjoyment that the Power of Will (the so-called «poder testatorio») provides with, the powerful right of use and enjoyment of the Ayala Law (the so-called «usufructo poderoso del Fuero de Ayala») and the legacy of the Full Enjoyment.

Key words: *Widow benefit. Surviving spouse. Civil Law of the Basque Country.*

Sumario: I. Introducción.—II. El usufructo legal del viudo en Vizcaya. A. Su naturaleza jurídica. B. Requisitos del usufructo viudal legal. 1. La subsistencia del matrimonio o de la pareja de hecho. 2. La no separación. 3. No tener un hijo fuera del matrimonio, o de la relación de pareja, durante su vigencia. 4. No incurrir en causas de indignidad para suceder. a) El abandono, prostitución o corrupción de los hijos. b) La condena en juicio por atentar contra la vida del cónyuge, compañero de la pareja de hecho, descendientes o ascendientes. c) La condena por acusación calumniosa contra el premuerto. d) La ausencia de denuncia a la justicia de la muerte violenta del cónyuge o pareja. e) La coacción al cónyuge, o compañero, para que otorgue testamento o lo modifique. f) La coacción al testador para impedirle testar, forzarle a revocar el testamento o su suplantación, ocultación o alteración. g) La no prestación de atenciones debidas al cónyuge o compañero discapacitado. C. El objeto del usufructo viudal legal.—III. Conclusiones.—IV. Bibliografía.

I. Introducción

Dentro de los ordenamientos civiles que conviven en España, podemos identificar dos regulaciones que, en el ámbito de los usufructos legales en favor del viudo, se manifiestan como paradigmas de modelos diferentes. Me estoy refiriendo a la legislación navarra y a la catalana. Cada una de ellos representa el extremo opuesto en una supuesta graduación de mayor o menor amplitud de los derechos del cónyuge supérstite.

En el caso navarro, se parte de un régimen económico matrimonial legal de comunidad —la denominada sociedad conyugal de conquistas— caracterizado básicamente porque los bienes ganados durante el matrimonio se hacen comunes. En consecuencia, en el momento de su disolución y liquidación, cada cónyuge o sus herederos recibirán, salvo pacto en contrario, la mitad de ellos. Pero, al margen de esta protección, el Derecho foral navarro concede al viudo una protección adicional que, además, entra en funcionamiento con independencia del régimen económico matrimonial que rija a los consortes: se trata del usufructo de fidelidad. En virtud de ello, como regla general, el

viudo adquirirá a la muerte de su cónyuge el usufructo de todos los bienes de la herencia. Nos encontramos, por tanto, ante un ordenamiento que configura legalmente un régimen económico matrimonial de comunidad y que atribuye al superviviente importantes derechos sucesorios consistentes en el usufructo sobre el conjunto del patrimonio hereditario.

Frente al sistema navarro, el ordenamiento jurídico catalán parte de un régimen económico matrimonial de separación en el que los cónyuges conservan su patrimonio individualizado. Y pese a ello, los derechos sucesorios que se conceden por Ley al viudo no alcanzan la amplitud navarra. Así, se prevé un usufructo viudal intestado que, como su propio nombre indica, únicamente procede cuando la sucesión abierta es intestada y que, además, no puede alcanzar a las legítimas ni a las donaciones por causa de muerte o a los legados hechos en codicilo a favor de otras personas. También se regula la denominada *quarta viudal*, que garantiza que el superviviente mantendrá un nivel de vida congruente con su posición anterior al fallecimiento de su consorte, lo que le permite asegurar que su patrimonio tras esa muerte no quede por debajo de la cuarta parte de la herencia líquida del premuerto. Asimismo, se recogen otras medidas protectoras de menor entidad como *l'any de viduïtat*, o se permite el pacto o la concesión de usufructos universales en favor del consorte, si bien esta última posibilidad juega al margen del sistema configurado legalmente. Nos encontramos, por tanto, en el sistema catalán, ante un régimen económico matrimonial de separación de bienes que no va acompañado de la concesión de amplios derechos sucesorios para el viudo.

Ambos ordenamientos jurídicos –el catalán y el navarro– son un claro ejemplo de trasgresión de la idea, defendida doctrinalmente, de que, en aquellos sistemas en los que el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, suelen concederse amplios derechos sucesorios al viudo, mientras que, en aquellos que parten de un sistema de comunidad, los derechos *mortis causa* que se le conceden o no existen, o son mínimos, puesto que la protección a su posible situación de desvalimiento se obtiene ya a través del régimen económico matrimonial².

En medio de ambos modelos, encontramos el ejemplo vizcaíno. En él sí que podemos observar una estrecha relación entre los derechos hereditarios del viudo y el régimen económico matrimonial legal de comunicación foral de bienes que rige en Vizcaya³. En virtud de este régimen de comunicación,

² Vid. en este sentido ZABALO ESCUDERO, M. E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, y la bibliografía por ella citada en pp. 15-ss., entre otras. Vid. también VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentarios a la sección séptima», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XI, 2ª Ed. (Edersa, Madrid 1.982.), pág. 442.

³ Vid. CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 247.

se hacen comunes por mitad, entre marido y mujer, todos los bienes muebles o raíces, de la procedencia que sean, pertenecientes a ambos cónyuges por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos durante el matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen. Se parte, por tanto, de un régimen de comunidad universal. En éste se plantea la distinción entre los bienes ganados y aquellos procedentes de cada uno de los cónyuges, pero dicha distinción se hace fundamentalmente a fin de determinar la limitación de la responsabilidad de los segundos en los casos de deudas y obligaciones contraídas sin el consentimiento del otro consorte, y también al objeto de aclarar que su administración corresponde al cónyuge del que proceden. Pero, en cuanto a la disposición, se requerirá siempre el consentimiento de ambos consortes⁴.

El régimen de comunicación de bienes de Vizcaya se disuelve por acuerdo de las partes y también en virtud de sentencia de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación. Pero, el supuesto que aquí nos interesa –por su estrecha relación con los derechos usufructuarios del viudo– es el de su extinción como consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges. Producido ese fallecimiento, la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral del País Vasco, distingue según el matrimonio haya dejado, o no, hijos o descendientes comunes.

En el caso de que no hubiera tal descendencia, la comunicación cesa y los bienes se reparten como en una sociedad de gananciales⁵: básicamente, los bienes ganados se distribuirán por mitad y aquellos que sean de la procedencia de cada cónyuge –o que se hubieren adquirido con ellos o con su importe– se le atribuirán a él.

Y si hubiera descendencia, se *consolida* la comunicación foral⁶. Lo que se quiere decir con esta expresión es que los bienes y derechos que los cónyuges poseían en el momento de la disolución del matrimonio por muerte son los que, exclusivamente, pasan a formar parte de la comunidad que se forma entre el superviviente y los hijos y descendientes comunes. Con anterioridad a la Ley 3/1992, la *Compilación* decía que la comunicación «continuaba» entre el viudo y los sucesores, lo que podía llevar a pensar que el mismo sistema que funcionaba en vida de ambos consortes debía seguir haciéndolo tras el fallecimiento de uno de ellos, entre el sobreviviente y los hijos y des-

⁴ Vid. PIEDRABUENA MOLINA, P., «La comunicación foral de bienes en Vizcaya» en *Derechos Civiles de España*, VV.AA., Volumen I, Ed. Aranzadi. 2.000, pp. 347-ss.

⁵ Vid. CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 104 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 472.

⁶ Dice el artículo 104 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco que «cuando el matrimonio se disuelva por la muerte de uno de los cónyuges, dejando hijos o descendientes comunes, se consolida la comunicación foral y se transforma en comunidad de bienes entre el cónyuge viudo, de una parte, y los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto, de otra, hasta la división y adjudicación de los bienes».

endientes, de tal forma que tanto los bienes de los padres, como los de los hijos –como también los adquiridos por unos y otros– se hacían comunes, dividiéndose después por cabezas. Para evitar esa interpretación –contraria a lo que había sido el tradicional funcionamiento de la comunicación foral– la nueva Ley sustituyó el término «continuar» por el de «consolidar», dando a entender que la nueva comunidad únicamente afectaba a aquellos bienes y derechos que poseía el matrimonio antes del fallecimiento de uno de los cónyuges. Esa comunidad que se forma permanecerá hasta que se proceda a la división y adjudicación de los bienes. Y, en caso de que se hubiera designado comisario, hasta que se designe sucesor, correspondiendo al cónyuge viudo, salvo disposición contraria del testador, la administración de todo el caudal mientras no sea aceptada la sucesión por aquéllos. Hay que tener en cuenta, además, que son frecuentes los poderes testatorios que acaban otorgando a esta comunidad una duración que suele extenderse hasta la muerte del viudo⁷.

Nos encontramos, por lo tanto, ante un régimen económico matrimonial legal de comunidad. En el caso de que no exista descendencia, el viudo, por medio de su disolución, obtendrá, al menos, la mitad de los bienes ganados por esa comunidad durante el matrimonio y recuperará los bienes de su procedencia. Y si hubiera resultado fecundo, la comunicación se extiende incluso más allá de la muerte de uno de los cónyuges, permitiendo al supérstite –salvo disposición en contrario del testador– representar y administrar el caudal hereditario. La existencia de este régimen económico matrimonial legal, que concede a los cónyuges medios suficientes para dirigir a la familia en caso de disolución –sobre todo si ésta es debida al fallecimiento de uno de sus miembros y existe descendencia– justifica que los derechos usufructuarios del viudo no tengan por qué ser del alcance de los existentes en Navarra o en Aragón, para permitir una protección suficiente del supérstite. De hecho, el artículo 58 de la Ley 3/1992 determina que *«el cónyuge viudo tendrá el usufructo de la mitad de todos los bienes del causante, si concurriera con descendientes o ascendientes.// En defecto de ascendientes o descendientes, tendrá el usufructo de dos tercios de todos los bienes»*. Es decir, que, a diferencia de lo que se prevé para el caso de las dos Comunidades mencionadas, en Vizcaya el usufructo no tiene un alcance universal.

Esta combinación de un régimen económico matrimonial legal de amplia comunidad y unos derechos sucesorios, en cierta manera reducidos, convierten al modelo vasco en un ejemplo de la afirmación doctrinal –a la que antes nos referimos– de que los regímenes económicos matrimoniales de tipo

⁷ Además, tal y como dispone el último párrafo del artículo 105, salvo que el testador haya dispuesto lo contrario, si el cónyuge viudo es designado comisario único o con otras personas, mientras no haga uso del poder testatorio, tendrá el usufructo del caudal hereditario.

ganancial suelen ir acompañados de limitados derechos sucesorios y, a la inversa, que regímenes de separación de bienes suelen combinarse con amplios derechos *mortis causa* en favor de los viudos. Sin embargo, hemos de dejar constancia de que la previsión legal del artículo 58, en relación con el usufructo viudal, entra en funcionamiento tanto si nos encontramos ante un matrimonio que se rige por el régimen legal de comunicación foral, como si han pactado un modelo distinto como, por ejemplo, el de separación de bienes; y, en el primer caso, tanto si el matrimonio no ha tenido descendencia –y, por consiguiente, la disolución de su régimen económico matrimonial funciona como un clásico régimen de gananciales– como si la hubiera tenido –supuesto en el que la comunidad puede extenderse temporalmente y los derechos del supérstite sobre el caudal hereditario pueden ser mucho más extensos–. En definitiva, el abanico de posibilidades en cuanto a la protección del viudo es muy amplio y abarcará desde una altísima protección en el último caso⁸, hasta posibles situaciones en las que el régimen económico matrimonial pactado sea el de separación de bienes y la cobertura del supérstite pueda resultar insuficiente.

Pero para llegar al actual nivel de derechos del supérstite, el ordenamiento vizcaíno ha requerido del paso del tiempo. Su ejemplo es el propio de la evolución histórica de los países desarrollados en lo que se refiere a la consideración del viudo como sujeto jurídico digno de protección. En la primitiva redacción del Fuero de 1526, su figura se encontraba protegida –siempre y cuando hubiera descendencia común con el premuerto– a través del régimen económico matrimonial que permitía que todos los bienes fueran comunes y, en consecuencia, que el supérstite pudiera disfrutar de su mitad en plenitud. Además, era habitual bajo su vigencia el otorgamiento del poder testatorio a su favor, lo que iba a permitirle disfrutar también de la otra mitad. Sin embargo, careciendo de descendencia común y no siendo la casa en la que se habitaba de la familia del supérstite, sólo tenía derecho a recuperar la dote aportada, pudiendo permanecer en esa casa mientras no le fuera devuelta dicha dote. Y, en los demás casos, sólo se le reconocía el derecho a permanecer en ella durante el año siguiente a la muerte de su consorte⁹.

⁸ Sería el supuesto del denominado *alkar poderoso*, consistente en la concesión del poder testatorio en favor del viudo con la finalidad de otorgarle una situación privilegiada de manera que no solamente haga suya la mitad de los bienes, cuando haya hijos, sino permitiéndole también que administre y usufructúe la otra mitad destinada a los herederos legítimos. En ocasiones incluso se otorga una prórroga indefinida para el ejercicio de ese poder, facilitando el mantenimiento de esa administración y ese usufructo de por vida. Si así fuera, el usufructo del artículo 58 sería absorbido por el más amplio concedido por el cónyuge. Vid. CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 32 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 164.

⁹ Se trata del año de luto, institución común con otras existentes en los derechos forales y que subsisten en alguno de esos ordenamientos, como *l'any de viduïtat* en Cataluña. Vid.

En realidad, lo que mostraba esta regulación era una preocupación por la permanencia de «la casa», por su dirección y continuidad. Si cuando había descendencia se le concedía al viudo el disfrute de los bienes del matrimonio a través de su participación en la comunidad –y la correspondiente atribución de aquellos que le correspondían en su disolución– y a través, también, del poder testatorio, era porque se necesitaba de alguien que rigiera los intereses de la familia que el fallecido tenía en común con el viudo. Cuando no existía tal descendencia, sus derechos eran mínimos, puesto que no había nada que continuar, no existía familia que regir ni patrimonio que proteger.

Con el paso de los siglos, tal configuración se mostró inapropiada. El siglo XX abrió un periodo de preocupación real por la situación económica del cónyuge tras el fallecimiento de su pareja. Así, tras los infructuosos intentos de Proyectos de Apéndice de 1900 y 1928, se llegó a la Compilación de 1959 que permitía que el cónyuge viudo tuviera el usufructo de la mitad de los bienes de libre disposición cuando no concurriera con hijos o descendientes legítimos. Habiendo hijos no se le concedía tal derecho, por cuanto se consideraba que ya se encontraba protegido a través del régimen económico-matrimonial de comunicación foral. No obstante, la variabilidad de los bienes de libre disposición, dependiendo de los herederos en concurrencia, podía convertir en mínimo ese usufructo: éste sería el caso si existieran ascendientes puesto que, en tal supuesto, los bienes de libre disposición quedaban limitados a una quinta parte del total de la herencia. Y de ahí, hemos llegado al régimen actual del mencionado artículo 58, que extiende el usufructo de viudedad tanto a los supuestos en los que existan descendientes o ascendientes, como en el que no los haya, y con independencia del régimen económico que rija el matrimonio.

A todo ello habrá que añadir la reciente publicación de la Ley 7/2003, de 7 de mayo, del Parlamento Vasco, reguladora de las Parejas de Hecho. Esta norma dispone en su artículo 9, titulado «Régimen sucesorio», que «a los efectos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, las parejas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas (...)». A continuación, ese mismo artículo 9, en una relación que parece de *numerus apertus*, señala una serie de supuestos en los que se produce dicha equiparación, coincidiendo todos ellos en que se trata de admitir la posibilidad de pactos o de disposiciones *mortis causa* para los miembros de la pareja estable en concordancia con lo que es admitido entre los cónyuges. No se recoge en dicha enumeración ninguna referencia a la aplicación de los preceptos relativos a la sucesión legal. Sin embargo, dado que –como he dicho– la relación parece abierta, debe entenderse, conforme al enunciado general

CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, pp. 247 y 248.

de que «*las parejas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas*», que la posición del «viudo» de una pareja estable debe ser la misma a efectos sucesorios que la del «viudo tradicional». Por tanto, parece que el derecho de usufructo a que se refiere el artículo 58 también debe corresponder al miembro de la pareja estable –aun cuando fuera del mismo sexo que el causante (art. 2 Ley 2/2003)– que, conforme a lo establecido en el artículo 3 de esta Ley, se hubiera inscrito en el correspondiente Registro de Parejas de Hecho. En definitiva, vemos que esa evolución histórica del derecho de usufructo viudal ha desembocado finalmente en su concesión incluso a personas que no encajan en el concepto tradicional de viudo. Sería de agradecer, no obstante, que, puesto que dicha Ley tiene sus correspondientes consecuencias sobre la Ley del Derecho Civil del País Vasco, se procediera por el legislador a dar nueva redacción a los preceptos afectados a fin de garantizar la seguridad jurídica de sus ciudadanos. Por todo lo dicho, las referencias que en el presente trabajo realizo al cónyuge viudo, en relación al usufructo legal de viudedad, deben entenderse efectuadas, igualmente, al miembro supérstite de la pareja estable.

Por último, quiero dejar constancia de que el presente artículo es parte de una obra de mayor extensión en la que, además de completarse el examen del usufructo legal del viudo con el análisis de sus causas de extinción, se aborda el estudio de otros derechos usufructuarios previstos por la legislación civil del País Vasco, tales como el usufructo universal del poder gestatorio, el usufructo poderoso del Fuero de Ayala y el legado de usufructo universal. El examen de todo ello será objeto de una próxima entrega.

II. El usufructo legal del viudo en Vizcaya

II. A. *Su naturaleza jurídica*

El problema de la naturaleza jurídica de los derechos para la protección del viudo concebidos legalmente por los distintos ordenamientos jurídico-civiles del Estado español no ha sido resuelto pacíficamente por la doctrina. Así, por ejemplo, en algunos casos, pese a la configuración legal sucesoria del derecho, se ha defendido por algún sector su naturaleza familiar. Recordemos, por ejemplo, el caso de la fidelidad navarra: la Compilación no duda en ubicar su regulación dentro del capítulo dedicado a las limitaciones a la libertad de disponer, en el Libro II relativo a las donaciones y sucesiones; y, sin embargo, se ha defendido, en bastantes ocasiones, su carácter familiar. Y es que en la fidelidad navarra –como en otras figuras de trazos similares en los derechos forales– se combina un deseo de protección patrimonial del viudo con un objetivo de permanencia y de cohesión familiar. El derecho se concede al supérstite no sólo para mejorar o mantener su *status*, sino también para que pueda ejercer con las adecuadas garantías la *auctoritas familiae*, velando por los intereses del patrimonio y por la cohesión del grupo. Por

ello, algunos autores consideran que este segundo aspecto –el que incide en su faceta de permanencia de la unión de la familia, de búsqueda del interés común– era el realmente relevante a la hora de determinar su naturaleza. Y con fundamento en ello, defienden su carácter familiar¹⁰.

En el caso vizcaíno, sin embargo, no han existido divergencias a la hora de calificar este derecho. Su regulación se recoge, básicamente, en el artículo 58 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil del País Vasco, ubicado dentro del Capítulo II –titulado «De la sucesión forzosa»– del Título III dedicado a las sucesiones. Nadie ha discutido esta naturaleza sucesoria y ello a pesar de que entre las causas que dan lugar a su extinción se recogen algunas comunes a otras instituciones calificadas por ciertos autores como de naturaleza familiar, tales como las nuevas nupcias o la unión marital de hecho. Incluso se añaden otras que inciden en el comportamiento «infiel» del consorte con respecto al premuerto, como el de tener un hijo no matrimonial durante la vigencia de la unión o con posterioridad a ella. Podía haberse defendido que el nuevo matrimonio o la unión marital de hecho, en cuanto suponen el comienzo de una nueva célula familiar, rompen la cohesión o la unión de la que el supérstite formaba con los hijos del fallecido¹¹. También la infidelidad, manifestada a través del hijo concebido durante la relación conyugal con el premuerto (a la que deberemos entender equiparada la relación de hecho de la pareja estable inscrita como tal), o con posterioridad a ésta, y siempre fuera de ella, podía haberse visto como un ataque a la esencia familiar, como una manifestación de la poca confianza que merece para regir los destinos del grupo quien no ha sido capaz de mantenerse fiel a la memoria del difunto. Con base en ello, podía haberse incidido en los aspectos familiares de la institución¹². Y, sin embargo, nadie ha cuestionado su esencia sucesoria. Más bien se ha visto esa finalidad de mantener la cohesión y la unidad familiar durante la vida del supérstite en el específico régimen

¹⁰ Vid., en este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., «Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XL, septiembre-octubre 1964, núm. 436-437, pp. 567-ss. También, entre otros, ARREGUI GIL, J. en «Comentarios a la Ley 253» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XXXVII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 2001, p. 37 –aunque matizadamente– defiende esa naturaleza al entender que, por la confluencia de los elementos sucesorios y familiares en el usufructo de fidelidad, «*se puede seguir manteniendo que (...) es una institución familiar post mortem, familiar sucesoria*». En mi opinión, sin embargo, debe defenderse su naturaleza sucesoria básicamente porque su nacimiento no deriva de la celebración del matrimonio, sino del fallecimiento del consorte. Todo ello sin perjuicio de reconocer determinados caracteres familiares de esa institución.

¹¹ En realidad, lo que le importa a la Ley es que estos nuevos hechos provocan la desaparición de las circunstancias que podían motivar el desamparo económico del viudo.

¹² Siendo esto cierto, la infidelidad que interesa es la del supérstite con respecto al premuerto, sin que al legislador le preocupen, a estos efectos, los problemas en las relaciones del viudo con otros miembros de la familia.

económico matrimonial vizcaíno de comunicación: el hecho de que el viudo adquiriera la mitad de los bienes de la comunidad y de que se consolide la comunicación con los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto hasta la división y adjudicación de los bienes es lo que va a permitir regir a la familia con la misma autoridad que se ostentaba con anterioridad al fallecimiento del cónyuge¹³. Sobre todo si tenemos en cuenta que el supérstite es, en principio, el único representante y administrador de la herencia, en tanto ésta no sea aceptada; y que, además, si es nombrado comisario, salvo disposición en contrario, tendrá el usufructo sobre toda la herencia.

En nuestra opinión, la naturaleza sucesoria del usufructo en favor del viudo, se fundamenta en que es la muerte del cónyuge –o compañero en la pareja estable– la que determina que el derecho llegue a nacer para el supérstite. Dice el artículo 58 que es «*el cónyuge viudo*» quien tendrá el usufructo sobre la mitad o los dos tercios de todos los bienes del causante. Es decir, se requiere tener esa condición de viudedad para que el derecho nazca, luego es la muerte del consorte la que origina el usufructo. El derecho no nace con el matrimonio –o con la inscripción de la pareja estable conforme al artículo 3 de la Ley 2/2003–. Éste sólo crea una expectativa de que en un futuro pueda corresponder el disfrute sobre determinados bienes, pero la celebración de las nupcias, o la inscripción de la pareja, no impone un gravamen que siga a los bienes desde ese momento¹⁴. A ello debemos añadir como argumento –que, aunque no sea decisivo, sí que permite apoyar nuestra tesis– que el origen de esta institución se remonta, tan sólo, a los Proyectos de Apéndice de 1900 y de 1928, y queda claro en ellos que lo importante era atender al viudo en sus necesidades. Hasta esa época, lo relevante era el grupo familiar y, para cubrir los intereses de éste, el Derecho civil vizcaíno ya contaba con su específico régimen económico matrimonial y con su sistema sucesorio de troncalidad. Por tanto, la intención del legislador al concebir el usufructo viudal, ya desde los albores del siglo XX, fue la de proteger la débil posición económica del viudo, lo que puede servirnos para respaldar aún más su carácter sucesorio-patrimonial.

Una cuestión que se plantea por la doctrina es si esta posición del viudo como usufructuario legal puede permitirnos catalogarlo como sucesor forzoso. En este sentido, el artículo 53 de la Ley vasca¹⁵ no incluye al cónyuge en

¹³ Vid. ANGOITIA GOROSTIAGA, V. y GALICIA AIZPURÚA, G., «Las legítimas y la libertad de disposición en la Ley del Derecho civil del País Vasco» en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi, 2000, p. 396.

¹⁴ Como ocurre en el caso del derecho expectante de viudedad en Aragón. Recordemos, en este sentido, que el artículo 89 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, dispone que «*la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca*».

¹⁵ Dice el artículo 53 de la LDCPV que «*la sucesión forzosa, sin perjuicio de lo dispuesto para la troncalidad, se defiende por el siguiente orden:// 1. A los hijos, incluso los adoptivos, y demás descendientes.// 2. A los padres y demás ascendientes*».

la relación de sucesores forzosos, a diferencia de lo que hace el Código civil en su artículo 807. Sin embargo, no hemos de olvidar que el artículo 58 se encuentra dentro del Capítulo II, del Título III, dedicado a la sucesión forzosa y que el artículo 69 –al hablar de la sucesión *ab intestato*– califica a estos usufructos en favor del viudo como *derechos legitimarios*.

En realidad estamos hablando de la existencia de unas limitaciones a la libertad de disponer¹⁶, como ocurre con las legítimas, o como sucede con la troncalidad¹⁷. Y es evidente que, si por ley, necesariamente, han de reservarse determinados bienes en favor de determinadas personas –aunque sólo sea en usufructo– es porque «forzosamente» éstos han de sucederle. En mi opinión, no cabe duda alguna de que la posición del viudo usufructuario es la propia de un sucesor forzoso puesto que es la Ley la que impone al causante la obligación de respetar ese derecho concebido en favor del supérstite.

Cosa distinta es que quepa calificarlo como «heredero» forzoso, como literalmente hace el Código civil¹⁸. En mi opinión, el artículo 53 de la Ley vasca, con la elusión del término «herencia» y su sustitución por el de «sucesión», daba cobertura suficiente para incluir, dentro de los sujetos relacionados en él, a aquellos sucesores forzosos que no tienen por qué tener la calificación de herederos¹⁹. En este sentido, hemos de tener en cuenta que el viudo, en Vizcaya, conforme al artículo 58, tiene derecho al usufructo sobre una parte de los bienes del causante; y que, en principio, el término «heredero» debe referirse al que sucede indefinidamente en los derechos y obligaciones del causante, lo que no ocurre en el caso del usufructo viudal aquí analizado, el cual únicamente atribuye al supérstite unos derechos sobre una cuota de todos los bienes del causante, pero no implica, paralelamente, la asunción de la sucesión en sus obligaciones.

¹⁶ Así pasa también en el caso del usufructo de fidelidad navarro, ubicado dentro del Título que lleva el siguiente encabezamiento: «*De las limitaciones a la libertad de disponer*».

¹⁷ Vid. CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 249.

¹⁸ Dice el artículo 807 del Cc: «*Son herederos forzosos:// 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código*». Pero, como acertadamente ha puesto de relieve VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentarios al artículo 834 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO (dir.), t. XI, 2.ª ed., Edersa, Madrid 1982, p. 451, «*el CC y la jurisprudencia, cuando denominan al cónyuge viudo “herederos forzoso” emplean la palabra heredero en un sentido muy general, lato e impropio*». LACRUZ BERDEJO, J. L., «Derechos de Sucesiones», en *Elementos de Derecho Civil*, V, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 501, señala que el viudo no es heredero, sino «*sólo un sucesor ex lege*», afirmación que podemos aplicar, también al caso vasco.

¹⁹ CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO y Silvia Díaz Alabart (dirs.), t. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 249, se refiere al viudo y a los tronqueros como posibles sujetos que podían haber quedado abarcados dentro del artículo 53.

En definitiva, a mi juicio, el usufructo legal del viudo contemplado en el artículo 58 es una institución sucesoria que atribuye al supérstite la condición de sucesor forzoso; lo que no implica que su posición sea la de un heredero. En mi opinión, sin embargo, tampoco nos encontraremos ante un legado, pues éste, a mi parecer, requiere la existencia de una disposición voluntaria por parte del causante que no se da en el caso de la atribución aquí examinada: lo que el artículo 58 recoge es una concesión de un derecho que corresponde al viudo por Ley. Independientemente de que exista sucesión testada o intestada, el supérstite gozará de este derecho. Por tanto, no nos encontraremos ni ante un heredero, ni ante un legatario en sentido estricto. La figura del viudo titular del usufructo legal prevista en este artículo es la propia de un sucesor cuyo derecho es de características diferentes, tanto al que corresponde a un heredero –puesto que, entre otras cosas, no asume todos los derechos y obligaciones del causante–, como al del legatario –ya que se trata de un derecho atribuido directamente por la Ley–. Podemos decir, simplemente, que es un sucesor legitimario²⁰.

II. B. Requisitos del usufructo viudal legal

II. B.1. LA SUBSISTENCIA DEL MATRIMONIO O DE LA PAREJA DE HECHO

El artículo 58 de la Ley del Derecho civil del País Vasco determina que es el cónyuge viudo el que tiene el usufructo que en el mismo artículo se regula. Actualmente, y desde la entrada en vigor de la Ley 2/2003, deberemos entender que el precepto ha sido tácitamente modificado en el sentido de ampliar el ámbito personal de la titularidad del derecho también a los miembros supérstites de las parejas estables. Hasta ese momento podíamos considerar que el requisito *sine qua non* para ser titular de este derecho era el de la existencia de matrimonio en el momento del fallecimiento del consorte, lo que implicaba no sólo que no gozaban de ese derecho las parejas estables, sino también que no podían ser titulares de él los cónyuges cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo o hubiera sido disuelto mediante resolución judicial favorable al divorcio.

Hoy por hoy, sin embargo, el miembro supérstite de la pareja estable puede considerarse titular del usufructo viudal, siempre y cuando ésta no se

²⁰ De derecho legitimario, califica el artículo 69 de la Ley del Derecho civil foral vasco, al recogido en el artículo 58. CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (dirs.), t. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 251, se refiere a la legítima viudal, y ANGOITIA GOROSTIAGA, V. y GALICIA AIZPURÚA, G., «Las legítimas y la libertad de disposición en la Ley del Derecho civil del País Vasco» en *VV.AA., Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi. 2000, p. 396, hablan de «la legítima usufructuaria atribuida al cónyuge supérstite en el art. 58».

hubiera extinguido, de forma previa al fallecimiento de uno de sus miembros, por alguna de las causas previstas en el artículo 18 de la Ley 2/2003, es decir, por común acuerdo de sus miembros, por decisión unilateral de uno de ellos comunicada fehacientemente al otro o por matrimonio de cualquiera de los componentes de la pareja con otra persona distinta.

La aseveración de que es necesario que, en caso de matrimonio, éste estuviera vigente en el momento del fallecimiento del causante, se ve, además, ratificada por lo dispuesto en el artículo 59 de la misma Ley cuando señala que «*carecerá de derechos sucesorios en la herencia de su consorte el divorciado (...)*». Podemos, por tanto, afirmar que al fallecimiento del causante, el superviviente debía estar unido a él por un vínculo matrimonial que no hubiera sido disuelto, o por una relación de pareja de hecho que no se hubiera extinguido por causa distinta de la muerte o matrimonio entre sus dos miembros.

Al igual que ocurre en otros ordenamientos jurídico-civiles del Estado, también aquí podemos defender la posibilidad de que iniciada la acción de nulidad o de divorcio por uno de los cónyuges, los herederos, como interesados, podrán mantenerla a los solos efectos de que se determine la inexistencia del derecho del viudo al usufructo. Ciertamente es que, al respecto, nada dice la legislación foral vizcaína²¹; sin embargo, en el caso de la nulidad, podemos fundamentar el ejercicio de la acción –incluso sin la existencia previa de la iniciativa del premuerto²²– en la legitimación que para este supuesto atribuye el artículo 74 del Código civil «*a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella (...)*», salvo en los supuestos de nulidad en los que el propio Código, en su artículo 75, atribuye legitimación exclusiva-

²¹ Cosa que, por ejemplo, sí hacía el artículo 335 de la Ley de sucesiones catalana que determina que «*si al fallecer el causante, hay pendiente una demanda de nulidad matrimonial, divorcio o separación, salvo que ya haya habido reconciliación entre los cónyuges, los herederos llamados en defecto del cónyuge pueden seguir ejerciendo las acciones planteadas y, si lo hacen, deben esperar al resultado de la sentencia definitiva para mantener o para negar al cónyuge sobreviviente el derecho a suceder*». En esa misma línea podemos considerar que también en el caso vizcaíno si se hubiera entablado la acción antes de la muerte de uno de los cónyuges, el derecho del otro deberá quedar en suspenso hasta que recaiga la sentencia definitiva.

²² No obstante, en el caso de que la acción sea entablada directamente por los herederos tras el fallecimiento del causante, deberemos tener en cuenta que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 79. Por tanto, si el superviviente contrajo el matrimonio de buena fe, la declaración de nulidad no podrá invalidar el efecto ya producido con la muerte de su cónyuge: su derecho al usufructo viudal ya habrá nacido y, en consecuencia, ese efecto no podrá anularse. De la misma opinión, respecto al derecho común, es VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentarios al artículo 807 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO (dir.), t. XI, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 47, cuando afirma que «*no puede estimarse con derecho a la cuota viudal el cónyuge que de buena fe hubiere contraído matrimonio declarado nulo, salvo si la nulidad no fuere declarada hasta después del fallecimiento del otro cónyuge*».

mente al cónyuge sobreviviente –supuesto de la falta de edad o del error, coacción o miedo grave–. Y, en el caso del divorcio, un supuesto de justicia material aconseja permitir la continuación por los herederos de la acción entablada por el premuerto, con el único fin de resolver las cuestiones de índole patrimonial que puedan derivarse de la declaración de la existencia de causa de divorcio²³.

II. B.2. LA NO SEPARACIÓN

Dispone el artículo 59 de la Ley del Derecho civil del País Vasco que «carecerá de derechos sucesorios en la herencia de su consorte (...) el cónyuge separado por causa a él imputable»²⁴. Tenemos, por tanto, que no sólo la subsistencia del matrimonio es un requisito esencial para poder acceder al usufructo viudal, sino que también será necesario que no exista una separación entre los cónyuges de la que sea culpable el supérstite²⁵.

²³ Vid., en este sentido, para el caso aragonés, a SANCHO REBULLIDA, F. A. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentarios a los artículos 72 a 88 (La viudedad)» en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (dir.), DGA, vol. II, Zaragoza, 1993, pp. 860 y 861. También hay que considerar que, con relación al Derecho común, la anterior redacción del artículo 835 del Código civil, cuando hablaba del derecho del viudo al usufructo del tercio de mejora, señalaba que «cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito». Es decir, que parece que se permitía que, en los casos de separación, se «mantuviera» la acción entablada por uno de los cónyuges una vez fallecido el otro, a los solos efectos de determinar si el supérstite podía acceder al usufructo. Lo cual nos podría servir de fundamento para defender el mantenimiento de la acción –también en los casos de divorcio– por los herederos que pudieran estar interesados en el resultado del pleito, teniendo en cuenta que, a nuestro entender, a los efectos del Derecho foral, sigue teniendo relevancia la culpabilidad del cónyuge en la causa de separación. Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., en «La legítima del cónyuge viudo», *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 502.

²⁴ Al igual que ocurre con el divorcio, la separación a que se refiere el precepto únicamente es viable en los casos de relación conyugal. Por tanto, las afirmaciones que a continuación realizamos deben reconducirse exclusivamente a ese ámbito. Si el vínculo existente es el propio de una pareja de hecho de las reguladas por la Ley 2/2003 (que recordemos que también abarca a los homosexuales), bastará –conforme a su artículo 18– con el acuerdo de sus miembros o con la decisión unilateral de uno de ellos comunicada fehacientemente al otro, para que la relación se entienda extinguida y, por tanto, no se acceda al usufructo legal de viudedad. Insisto, no obstante, en la necesidad de que el legislador proceda a dar nueva redacción a todos los preceptos de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco afectados por la Ley 2/2003 de 7 de mayo, en aras de la seguridad jurídica.

²⁵ En mi opinión, la desaparición de las causas de separación en el Código civil tras la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, no debe afectar al ámbito que estamos analizando, puesto que el legislador foral, al redactar el artículo 59 de la Ley 3/1992, tuvo en consideración, precisamente, la redacción del Código civil vigente en aquel momento. En consecuencia, si la separación ha sido provocada por el comportamiento «culpable» de uno de los cónyuges, esta realidad determinará que su causante –pero sólo él– quedará excluido del

En línea similar, el artículo 834 del Código civil, antes de ser reformado por la Ley 15/2005, establecía que *«el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto (...) tendrá derecho al usufructo (...)»*. Vemos, por tanto, que conforme al Derecho que regía en el territorio común antes de la mencionada reforma, en caso de separación, el superviviente no culpable de ésta podía conservar el usufructo legal. No obstante, podemos deducir una importante diferencia en la redacción de ambos preceptos: en mi opinión, mientras que el Código civil impedía el acceso al derecho no sólo al cónyuge responsable de la separación, sino también a aquellos que se encontraban separados sin que mediara culpabilidad de ninguno de ellos, en la Ley vasca sólo se excluye del usufructo a aquel a quien se puede imputar la causa que ha motivado la separación. Es decir, la Ley 3/1992 va a permitir acceder al derecho a los cónyuges separados siempre y cuando no exista culpabilidad en el posible titular del usufructo; cosa que no sucedía en territorio común, donde el único que podía acceder al derecho en caso de separación era aquel que lo estaba por culpa del difunto: si no existía culpa de nadie pero existía separación, ninguno de los consortes podía ser titular, en territorio común, del usufructo viudal. La diferencia se ha acentuado más tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, puesto que el Código civil, en la nueva redacción del artículo 834, establece que *«el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora»*. Es decir, que, hoy por hoy, en territorio común, ningún cónyuge separado tendrá el derecho de usufructo, ni siquiera cuando la separación sea simplemente de hecho. Esta reforma es plenamente coherente con la ausencia de necesidad de alegar causa alguna para la separación y, por tanto, con la desaparición del concepto de «culpabilidad» en ella a esos efectos, pero, en mi opinión, como he defendido en nota al pie²⁶, no afecta a que podamos considerar la posible culpabilidad de los cónyuges en la separación a los efectos de acceder o no al usufructo viudal en Vizcaya conforme al artículo 59 de la Ley foral.

Aunque nada dice este artículo 59 sobre la posibilidad del perdón o la reconciliación como instrumentos para evitar la exclusión del derecho, debemos entender que ambas fórmulas son posibles. Y ello porque el artículo 4 de la Ley vasca establece el principio de libertad civil en virtud del cual las leyes se entienden dispositivas. Lo único que prohíbe este precepto es «la renuncia» a los derechos derivados de la Ley en cuanto contraríen el interés o el orden público o perjudiquen a tercero. Y resultando que en el caso del

usufructo. A nuestro entender, esta remisión estática a las causas de separación determina que, para la calificación como culpable de un determinado comportamiento pueda seguir sirviendo de parámetro la relación de causas que recogía, antes de la reforma, el artículo 82, ahora derogado.

²⁶ Vid. nota anterior.

perdón o la reconciliación de una causa de exclusión del derecho no nos encontramos ante una renuncia, no podemos considerar aplicable el inciso final prohibitivo del precepto. Por tanto, podemos abogar por la posibilidad de perdonar, o reconciliarse, a los efectos de impedir que la separación entre en juego como causa impeditiva del usufructo. Lo que, en todo caso, resultará necesario es una prueba suficiente de que se ha producido la reunión de los cónyuges o la remisión unilateral por la parte ofendida.

La Ley vasca nada dice sobre si la separación que imposibilita la titularidad del usufructo viudal debe ser separación judicial, o es suficiente con una separación de hecho. La doctrina mayoritaria que interpretó el artículo 834 del Código civil en su anterior versión, entendió que una separación *de facto* no permitía fundar en ella con seguridad un efecto tan importante como privar del derecho a legítima al cónyuge sobreviviente²⁷. Y fundamentaban esa opinión en la anterior dicción del artículo 835 que se refería al supuesto de que los cónyuges estuvieren separados en virtud de demanda y al caso del perdón o la reconciliación²⁸. Además, consideraban que, siendo aplicables las causas de desheredación recogidas en el artículo 855, existía ya el correspondiente mecanismo para que, en los casos de separación de hecho en los que mediaba culpa de uno de los cónyuges, el otro pudiera excluirlo del usufructo²⁹. Hemos de decir, sin embargo, que en el caso vasco no existe un precepto como el modificado artículo 835 del Cc. Por otro lado, no encuentro un argumento definitivo en la legislación foral para negar que la separación de hecho, cuando es por causa imputable al supérstite, determine la exclu-

²⁷ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., en «La legítima del cónyuge viudo», *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 502; también, DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. en «La legítima y la mejora», *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, (Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones)*, Ed. Tecnos, Madrid, 8.ª ed., 2003, p. 421.

²⁸ La actual redacción del artículo 835 del Cc, según Ley 15/2005, ya no hace referencia a la separación en virtud de demanda y, en consonancia con la ausencia de culpabilidad en la separación, tampoco menciona el perdón sino tan sólo la reconciliación. En concreto dice que «*si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos*».

²⁹ El artículo 855 permite desheredar al cónyuge además de por haber sido condenado por haber atentado contra la vida del testador, ascendientes o descendientes, o por haberlo acusado calumniosamente de un delito con pena grave, obligarlo a cambiar o a hacer testamento, impedirle hacerlo, o revocarlo utilizando amenaza, fraude o violencia, ocultar o alterar el que ya hubiese hecho o no prestarle las atenciones debidas en caso de tratarse de un discapacitado, también por haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales, por incurrir en causa de privación de la patria potestad, por haber negado alimentos al hijo o al cónyuge, o por haber atentado contra su vida si no hay reconciliación. De todas maneras, la mencionada interpretación doctrinal hoy en día ha quedado sin fundamento al establecer claramente el actual artículo 834 del Cc que el derecho al usufructo no corresponde tampoco a los cónyuges separados de hecho.

sión de su derecho. El tenor de la norma vasca no distingue entre los dos tipos de separación que pueden darse y, en consecuencia, una interpretación literal del artículo 59 de la Ley 3/1992 debe conducirnos a entender que también la separación de hecho debe provocar que el derecho no llegue a nacer si ésta es imputable al posible titular del usufructo³⁰. Además, los supuestos de desheredación del artículo 855 no tienen por qué quedar reducidos a los casos de separación de hecho, sino que pueden perfectamente aplicarse a aquellos otros en los que no produciéndose ésta, concurren en el consorte las condiciones que el artículo señala para poder quedar al margen del derecho por voluntad del testador.

Por las mismas razones alegadas para el caso del ejercicio de las acciones de divorcio o de nulidad, debemos también entender que los herederos se encuentran legitimados para mantener la acción de separación entablada por su causante, a los únicos efectos de determinar si subsiste o no el derecho del viudo, lo que, en definitiva, dependerá de la culpabilidad o no del supérstite en la separación.

II. B.3. NO TENER UN HIJO FUERA DEL MATRIMONIO, O DE LA RELACIÓN DE PAREJA, DURANTE SU VIGENCIA

El artículo 58 de la Ley 3/1992, en su último párrafo establece, entre otras, como causa de extinción del derecho de usufructo del cónyuge viudo el tener, «*durante el matrimonio (...) un hijo no matrimonial*»³¹. El precepto no refiere esa causa como determinante del no nacimiento del derecho para el supérstite, sino como provocadora de su extinción. Es decir, la norma parece admitir que, en este caso, el derecho ha nacido con el fallecimiento del consorte y que se extingue como consecuencia de tener ese hijo. Sin embargo, hemos de considerar que el supuesto que estamos analizando úni-

³⁰ No olvidemos, por ejemplo, que también en la Compilación foral navarra, conforme a la Ley 254, la separación de hecho, en determinados casos, da lugar a la exclusión del usufructo de fidelidad. En definitiva, no encuentro un argumento esencial para negar esta posibilidad, tampoco en el caso vasco. Donde la Ley no distingue –y el artículo 59 de la Ley 3/1992 no lo hace– no tenemos por qué distinguir nosotros. Por otro lado, hoy se llega a la misma conclusión en territorio común con el actual artículo 834 del Cc; la separación de hecho, en los lugares regidos por esa norma, provoca el mismo efecto que la judicial: la exclusión del posible usufructo viudal.

³¹ Conforme a la equiparación efectuada entre la pareja de hecho y el matrimonio, en el ámbito sucesorio, por el artículo 9 de la Ley 2/2003, deberemos entender que, en el primero de estos casos, no se accederá al usufructo viudal por tener durante la vigencia de la pareja de hecho –es decir, en el lapso de tiempo que media entre la inscripción en el Registro constituido al efecto y su extinción por muerte de uno de sus miembros– un hijo con otra persona. Todas las referencias que en este apartado se realicen al matrimonio, o a los cónyuges, deben considerarse hechas también a la pareja de hecho, o a sus miembros, teniendo en cuenta lo anterior.

camente puede tener lugar en vida de ambos cónyuges, pues entre sus presupuestos se encuentra el de que el hijo se tenga «*durante el matrimonio*», por lo que hemos de considerar errónea su ubicación dentro de las causas de extinción. En realidad, nos hallamos ante un requisito para poder acceder al derecho: el supérstite no debe haber tenido durante la vigencia de su matrimonio un hijo de otra persona diferente a su cónyuge y, si lo hubiera tenido, el derecho no llegará a nacer, salvo que –como el propio precepto indica– «*el testador haya dispuesto otra cosa*», perdonando la causa de exclusión en la que ha incurrido su consorte.

II. B.4. NO INCURRIR EN CAUSAS DE INDIGNIDAD PARA SUCEDER

Al hablar de la naturaleza del usufructo vidual contemplado en el artículo 58, hemos concluido que es sucesoria. Sobre el particular no existen discrepancias doctrinales. Y siguiendo el criterio que hemos mantenido en este trabajo, a esa misma consecuencia tenemos que llegar: este usufructo nace con la muerte del cónyuge, o con la del compañero de la pareja; y es ese origen en el fallecimiento del causante lo que determina su naturaleza.

Partiendo de ello tenemos que afirmar la plena aplicación de las causas de indignidad como determinantes de la incapacidad para adquirir el derecho. La Ley vasca nada dice sobre este tema³², pero por la aplicación supletoria del Código civil, con fundamento en el artículo 3 de la Ley 3/1992, así lo debemos entender.

En consecuencia, debemos acudir al artículo 756 del Código civil para ver qué causas de las allí relacionadas pueden tener vigencia en el caso que nos ocupa. Pasamos a continuación a analizarlas.

II. B.4.a) El abandono, prostitución o corrupción de los hijos

Dice el artículo 756 del Código civil que son incapaces de suceder por causa de indignidad «*los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos*». El precepto está pensando en la incapacidad de suceder del padre en la herencia del hijo abandonado, prostituido o corrompido. Es

³² Pocas referencias hace la Ley del Derecho civil del País Vasco a las causas de indignidad a lo largo de su articulado. Entre ellas podemos destacar la recogida en el artículo 48.6 cuando se dice que el poder testatorio se extinguirá «*por incurrir el comisario para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas que dan lugar a la indignidad para suceder*». Esta previsión se debe, sin duda, al hecho de que el poder testatorio no confiere la condición de sucesor y es por ello por lo que la norma vasca se ve en la obligación de clarificar que, pese a ello, también se aplican al comisario como determinantes de la extinción del poder que se le ha otorgado. En el supuesto de los sucesores nada dice la norma pues considera que su aplicación no debe plantear duda alguna: da por sentado que deben regir las mismas para determinar la incapacidad para suceder.

decir, es indigno de suceder el padre al hijo si con él se hubiera comportado de tal manera.

En otras instituciones viduales que –aunque de naturaleza sucesoria– recogen importantes componentes familiares³³, es posible defender la aplicación de esta causa como determinante de la incapacidad para adquirir el usufructo vidual. Sin embargo, en el caso presente, entendemos que prima el carácter patrimonial sobre el familiar. Nos hallamos ante una institución puramente sucesoria y, por tanto, resultan plenamente trasladables a ella los conceptos genéricos de indignidad y las reglas habituales para su aplicación. Ciertamente es que el artículo 58, en su último párrafo, recoge, entre las causas de extinción de este usufructo, supuestos como las nuevas nupcias o la unión marital con otra persona, o el haber un hijo fuera del matrimonio. Igualmente, el artículo 59 excluye del derecho a quien se halle separado del cónyuge por causa a él imputable. Sin embargo, todos estos comportamientos inciden en la fidelidad del supérstite con respecto al causante: son causas que vinculan directamente a los cónyuges entre sí, y no como miembros de una familia más amplia. En ninguno de ellos se vincula a los hijos o descendientes. El contraer nuevas nupcias o unirse maritalmente con otra pareja se contempla como determinante de la extinción del usufructo vidual en cuanto dichas conductas pueden implicar la desaparición de una posible necesidad económica y, en todo caso, una falta de «fidelidad» a la memoria del causante. Y en este segundo sentido también debe entenderse que el tener un hijo fuera del matrimonio³⁴ sea contemplado como causa extintiva. En cuanto a la separación³⁵, se prevé como excluyente del derecho en la medida que se deba a un comportamiento culpable del supérstite con respecto al fallecido; en ella se valora la relación de los cónyuges entre sí. Por tanto, en todas las conductas apuntadas, no se valora el comportamiento del supérstite con respecto a los hijos, sino con respecto al causante.

En esa línea, en mi opinión, debe mantenerse que esta causa de incapacidad para suceder no resulta aplicable al viudo para determinar la exclusión de su legítima, dado que nos hallamos ante una institución sucesoria cuya

³³ Así, por ejemplo, en el caso navarro entiendo que es posible considerar que el padre que abandona, prostituye o corrompe a su hijo no sólo es indigno de suceder a éste, sino que también lo es de adquirir el usufructo de fidelidad de su cónyuge, pues esta institución no pretende únicamente proteger en el ámbito patrimonial al viudo, sino que busca también concederle medios para que pueda continuar ejerciendo la autoridad familiar; y difícilmente se hace acreedor de ella quien es capaz de corromper, prostituir o abandonar a un miembro de la familia, como es el hijo.

³⁴ O de la relación de pareja de hecho.

³⁵ Recordemos que, en mi opinión, la separación aquí contemplada sólo es causa determinante de que el derecho no llegue a nacer para el caso de que exista un vínculo matrimonial. En las parejas de hecho bastará el acuerdo de sus miembros o la comunicación fehaciente de uno de ellos al otro de su decisión de dar por extinguida la relación para que se produzca ese mismo resultado.

finalidad es la de protegerlo de sus posibles necesidades económicas. A diferencia de lo que sucede en otros derechos forales, el usufructo viudal en Vizcaya no se concibe como un instrumento para el mantenimiento de la cohesión y la unidad familiar³⁶, sino como una fórmula para cubrir las necesidades patrimoniales del viudo.

II. B.4.b) La condena en juicio por atentar contra la vida del cónyuge, compañero de la pareja de hecho, descendientes o ascendientes

Dice el número 2 del artículo 756 del Código civil que es incapaz de suceder por causa de indignidad *«el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes»*.

En lo que aquí nos afecta, la condición de testador o causante coincide con la de consorte, o pareja de hecho, del que tiene que suceder, razón por la cual ambas referencias quedan reducidas únicamente a la de cónyuge o compañero en la relación estable.

Deberemos entender que la condena a que se refiere este precepto debe venir impuesta por una sentencia que haya adquirido firmeza. En dicha resolución se debe condenar al supérstite por haber atentado contra la vida del cónyuge o compañero, de sus ascendientes o de sus descendientes, sean éstos comunes o no lo sean. En todo caso, existiendo esa sentencia firme de condena, el viudo no podrá adquirir el usufructo a que se refiere el artículo 58. Si esa firmeza se produce con anterioridad al fallecimiento del causante, es obvio que el supérstite no podrá entrar en el disfrute de los bienes, puesto que la incapacidad para ello se manifiesta con anterioridad a la apertura de la sucesión.

El problema podría plantearse en aquellos supuestos en los que esa firmeza tiene lugar con posterioridad a la muerte. Para resolver esa cuestión el artículo 758 del Código civil dispone que *«(...) se esperará a que se dicte la sentencia firme (...)»*. Es decir, que existiendo un procedimiento contra el supérstite por atentar contra la vida de su consorte, compañero, ascendientes o descendientes, iniciado con anterioridad al fallecimiento del causante, producido éste, deberemos esperar al momento en que recaiga sentencia firme a los efectos de valorar la capacidad para suceder. Hasta ese momento deberá entenderse que el derecho queda en suspenso. En mi opinión, por tanto, tam-

³⁶ El que el usufructo viudal vizcaíno no se contemple como universal es una manifestación clara de que lo que se pretende no es mantener la unidad o la cohesión del patrimonio familiar –como sucede por ejemplo en el caso navarro o en el aragonés–, sino defender al viudo ante una posible situación de desvalimiento o de pérdida de nivel de vida que pudiera ocasionarse como consecuencia del fallecimiento de su consorte. Si se hubiera pretendido mantener dicha unidad se hubiera atribuido también el usufructo sobre la totalidad y no sólo sobre una parte.

bién en estos casos, se incurre en una causa de indignidad que impide el acceso al derecho: el usufructo viudal no llega a nacer porque no se tienen los requisitos necesarios para ello.

Además, de la interpretación conjunta de los artículos 756.2.º, 758 y 760 del Código civil, debemos extraer la misma conclusión en relación con los atentados contra la vida del causante –o de los ascendientes o descendientes de éste, producidos antes de su muerte– que dan lugar a un procedimiento que se inicia tras su fallecimiento. En tales supuestos, la incapacidad está latente en el cónyuge, o miembro de la pareja, que atentó contra aquéllos y mientras no recaiga sentencia firme también su derecho debe entenderse que se encuentra en suspenso. Una vez se dicte ésta quedará aclarado si era incapaz o no lo era. Y, si lo era y entró indebidamente en posesión de los bienes, deberá –conforme a lo dispuesto en el artículo 760 del Código civil– devolverlos con todos sus frutos, rentas y accesiones: el que atentó contra la vida de su consorte o compañero –o ascendientes o descendientes de éste– es incapaz de suceder desde el mismo momento en que ejecutó su atentado³⁷. Y esto es lo que provoca que, si finalmente acaba recayendo sentencia firme condenatoria, deba restituir todo lo percibido. En definitiva, tampoco en estos casos se reunirán los requisitos necesarios para adquirir el usufructo y, por tanto, el derecho a éste tampoco habrá llegado a nacer³⁸.

II. B.4.c) La condena por acusación calumniosa contra el premuerto

Dice el artículo 756.3.º que es incapaz de suceder «*el que hubiese acusado al testador de delito al que la Ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa*».

El vigente Código penal ya no recoge las penas de presidio o prisión mayor, sino que habla de penas graves, menos graves y leves. Su Disposición

³⁷ A mi juicio esto es así: si recae sentencia condenatoria, dicha resolución determinará que el viudo era incapaz desde el mismo momento en que atentó. Esta opinión parece compartirla ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentarios al artículo 756» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO (dir.), t. X, vol. 1.º, pp. 201-ss. Sin embargo, DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. en «La delación de la herencia», *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, (Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones)*, Ed. Tecnos, Madrid, 8.ª ed., 2003, p. 308, manifiestan que «*la indignidad surge de la condena (...), no del hecho de haber atentado*»; y la misma idea parecen compartir HERNÁNDEZ GIL y VALLET DE GOYTISOLO, según cita de ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 201.

³⁸ En mi opinión, el único supuesto que no funcionaría propiamente como una causa determinante de que el derecho no llegue a nacer es el de los atentados contra la vida de los ascendientes o descendientes del cónyuge, o pareja, llevados a cabo tras el fallecimiento de éste. En tales supuestos, el viudo habrá entrado ya en posesión de los bienes usufructuados puesto que era capaz en el momento de la apertura de la sucesión. El posterior atentado contra la vida de los ascendientes o descendientes del premuerto no habrán impedido su acceso al usufructo.

Transitoria Séptima determina que, la pena de prisión mayor, a la que se refiere el artículo 756.3.^a del Cc, debe ser sustituida por la de prisión de tres a ocho años. Por ello, actualmente, será indigno de suceder el que hubiese acusado calumniosamente al causante de un delito al que la Ley señale una pena grave de prisión de, al menos, tres años y hubiera sido condenado por ello mediante sentencia firme.

A mi entender, las calumnias del supérstite contra el premuerto deberán haberse producido en vida de éste, y deben haber dado lugar al ejercicio de las acciones penales por parte del afectado, o su representante legal, pues únicamente ellos se encuentran legitimados para entablar un procedimiento de esta naturaleza.

Si la sentencia de condena adquiere firmeza antes del fallecimiento del consorte o compañero, resulta evidente la carencia del supérstite de los requisitos necesarios para acceder al usufructo. Y si esa firmeza se produce con posterioridad a esa muerte, de acuerdo con el artículo 758 del Código civil, deberemos esperar a ese momento para calificar la capacidad. Por tanto, habiéndose entablado las acciones penales correspondientes por el calumniado, y habiendo éste fallecido antes de que hubiera recaído resolución firme, el usufructo de fidelidad del supérstite quedará en suspenso. Si, finalmente, se declara la existencia de las calumnias, ello supondrá que éste era incapaz de suceder desde el inicio³⁹.

II. B.4.d) La ausencia de denuncia a la justicia de la muerte violenta del cónyuge o pareja

Dispone el número 4º del artículo 756 del Código civil que es incapaz de suceder por causa de indignidad *«el heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio»*.

El precepto exige, para que exista causa de indignidad, que el supérstite conozca la muerte violenta de su cónyuge o compañero y que, además, no lo hubiera denunciado dentro del mes siguiente a la autoridad judicial, a menos que, antes de ese plazo, ésta ya hubiera procedido de oficio. Siempre nos encontraremos, por tanto, ante un comportamiento que se producirá tras el fallecimiento del causante. Y para que éste pueda tener algún tipo de trascendencia sobre la capacidad sucesoria del viudo, el artículo 758 del Cc establece una especialidad a la regla general de que debe atenderse al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate. Así, señala que, en estos

³⁹ Puesto que para emprender las acciones por calumnias sólo se encuentran legitimados el calumniado, o su representante legal, debemos entender que no es viable el ejercicio de las acciones una vez que el causante hubiera fallecido. Siempre se requerirá que el premuerto hubiera entablado en vida las acciones legales pertinentes –directamente o a través de su representante–.

casos, tendremos que esperar a que transcurra el mes que tiene el cónyuge o compañero para denunciar los hechos. Por tanto, fallecido el causante por muerte violenta, deberemos dejar que transcurra un mes⁴⁰; de esta forma y, si en ese mes ni se ha procedido de oficio ni el viudo ha denunciado la muerte, existirá incapacidad para suceder. Hasta que ese mes haya transcurrido su derecho estará en suspenso.

Podría darse la circunstancia de que el conocimiento que el supérstite tuvo de los hechos con anterioridad no se ponga de relieve sino después de que hubiera entrado en el disfrute de los bienes. En este supuesto deberá atenderse al artículo 760 del Código civil que impone la obligación de restituir los bienes con los frutos y rentas que hubiera percibido. En mi opinión, se trataría de un caso de ejercicio de un derecho que no se ha adquirido, puesto que el viudo era indigno por conocer y no denunciar la muerte violenta y, por tanto, no tenía capacidad para adquirir el usufructo de fidelidad⁴¹.

II. B.4.e) La coacción al cónyuge, o compañero, para que otorgue testamento o lo modifique

El apartado 5.º del artículo 756 del Código civil dispone que es incapaz de suceder «*el que con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo*».

⁴⁰ Sobre que es el conocimiento de la muerte violenta por parte del indigno el que determina el inicio del plazo del mes para calificar el cumplimiento por parte de éste de su deber de denunciar, vid. STS 11-02-46, citada por PUIG BRUTAU, J. en *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo v, vol. 1, 2.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 138, y por ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentarios al artículo 756», en «*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*», dirigidos por M. Albaladejo, t. X, vol. 1.º, p. 232. No obstante, para fijar el momento hasta el que hemos de esperar para calificar su capacidad conforme al artículo 758 del Código civil, debemos remitirnos al instante de la muerte. Transcurrido el mes desde ese fallecimiento valoraremos la capacidad del cónyuge, o pareja, puesto que resulta necesario fijar un punto concreto de partida si no queremos que el derecho de usufructo pueda permanecer indefinidamente en suspenso. Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentarios al artículo 758 del Código civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (dirs.), t. X, vol. 1, Edersa, Madrid, 1987, p. 250. En definitiva, transcurrido el plazo de un mes desde la muerte del causante, cesará el periodo en el que el usufructo de fidelidad se encuentra en suspenso y, por tanto, habrá que decidir en ese momento si existe o no causa de indignidad. Si posteriormente se descubriera que el supérstite tuvo conocimiento de la muerte violenta dentro del plazo de ese mes a contar desde el fallecimiento del causante, procederá su consideración como indigno y, conforme al artículo 760 del Cc, deberá restituir los bienes, frutos y rentas que hubiera percibido.

⁴¹ Otro supuesto diferente sería aquel en el que el conocimiento del viudo de que la muerte de su cónyuge, o pareja, se debió a causa violenta, se produce una vez ya ha entrado en el disfrute de su legítima. En tales casos, la indignidad no existirá en el momento del nacimiento del derecho, motivo por el cual el viudo habrá adquirido con plenitud el usufructo viudal (sin perjuicio de que, como veremos más adelante, proceda, en nuestra opinión, la extinción sobrevenida de esa fidelidad).

En principio, podría parecer que este precepto está pretendiendo excluir del derecho a quienes utilizan subterfugios para que el causante les beneficie. Se trataría de influir en su voluntad mediante la utilización de ardidés tales como la amenaza, el fraude o la violencia, con el fin de obtener una disposición testamentaria provechosa. En tal sentido, y puesto que el usufructo vidual recogido en el artículo 58 de la Ley 3/1992, es un derecho establecido por Ley, podríamos pensar que la presión que el supérstite haya podido ejercer sobre el premuerto no habrá incrementado el contenido de ese derecho y, por tanto, no deberá provocar su exclusión⁴².

Sin embargo, aun suponiendo que esto fuera así, también lo es que el cónyuge o pareja puede haber utilizado las mencionadas artimañas con el propósito de obtener unos beneficios añadidos a los concedidos por la Ley, tales como la concesión de un poder testatorio, el legado de un usufructo universal sobre los bienes del testador con fundamento en el artículo 61, o la atribución de determinados bienes dentro de la libertad de disposición que permite la propia Ley vasca, por ejemplo. Pues bien, en mi opinión, la utilización de tales medios con ese fin provocará la indignidad del supérstite y, en consecuencia, la carencia de requisitos necesarios para que se produzca la adquisición del usufructo vidual⁴³. Ello siempre y cuando no haya existido perdón o reconciliación, de conformidad con el artículo 757 del Código civil.

Pero es más, las causas que la Ley vasca prevé como extintivas del derecho ya surgido inciden en comportamientos que el legislador parece entender que afectan a la fidelidad entre el premuerto y el supérstite: así, por ejemplo, el tener hijos no matrimoniales, antes o después de la relación que debe dar lugar al derecho; y, en cierta medida, también el contraer nuevas nupcias o convivir maritalmente con otra persona⁴⁴. En la misma línea, la utilización de fraude, violencia o intimidación frente al cónyuge, o pareja, para que otorgue o modifique su testamento puede considerarse como una conducta que revela la poca confianza que merece el supérstite: quien es capaz de proceder de tal manera manifiesta frente al causante una ausencia absoluta de fide-

⁴² De esta opinión, para el derecho aragonés, parece ser LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., «Comentarios a los artículos 72 a 86», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO (dir.), t. XXXIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1990, p. 348.

⁴³ Como dice LACRUZ BERDEJO, J. L., «Derechos de Sucesiones», en *Elementos de Derecho Civil*, V, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 81, la indignidad lleva consigo, para el sancionado, «la pérdida de la legítima: aunque lo niegue parte importante de la doctrina, así se desprende de su naturaleza y fundamento, no menos que del texto del artículo 761 (en tal sentido S. 28 febrero 1947)».

⁴⁴ En éstas podría también observarse un criterio basado en la consideración de la falta de necesidad económica del viudo provocada por la nueva relación: si el viudo se casa nuevamente o vive con otra persona, el legislador puede pensar que con ello quedarán ya cubiertas las necesidades que la legítima vidual pretende cubrir.

lidad y, por tanto, debe quedar fuera de la adquisición de cualquier derecho sobre su patrimonio, incluso de los derechos legitimarios. En mi opinión, aun cuando no persiguiera con sus ardidés la obtención de beneficios particulares, debe ser excluido del usufructo viudal en la medida en que su actitud revela la falta de confianza absoluta que merece y que es parte del fundamento de este derecho legitimario⁴⁵.

II. B.4.f) La coacción al testador para impedirle testar, forzarle a revocar el testamento o su suplantación, ocultación o alteración

Afirma el número 6.º del artículo 756 del Código civil que es incapaz de suceder *«el que por iguales medios –amenaza, fraude o violencia– impidie-re a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior»*.

La motivación de esta causa de indignidad es coincidente con la del número anterior. Podría parecer que el legislador está pensando en aquellos casos en los que un sucesor del causante utiliza las mencionadas estrategias con el fin de impedir que éste haga un testamento que pueda perjudicarlo, o revoque otro otorgado anteriormente que le beneficiaba, o lo suplante, oculte o altere con el objeto de obtener un provecho propio⁴⁶.

De la misma manera que en el supuesto precedente, podemos pensar en situaciones que, aunque no afecten directamente a la legítima del viudo, pueden alterar otros derechos que le puedan corresponder. Y en ese sentido, cabe imaginar un interés particular en influir sobre la voluntad del testador. Pero, al igual que en el caso anterior, y con independencia de la finalidad perseguida, en mi opinión, el cónyuge, o compañero, que ha traicionado la confianza del premuerto merece el castigo de la exclusión de su legítima viudal puesto que la concesión de este derecho legal está fundada,

⁴⁵ Hay que tener en cuenta, además, que la doctrina mayoritaria, en derecho sucesorio general, no considera necesaria la búsqueda de intereses particulares para que la indignidad entre en juego. Vid. PUIG BRUTAU, J. en *Fundamentos de Derecho Civil*, t. v, vol. 1, 2.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 140; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentarios al artículo 756», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO, t. X, vol. 1.º, p. 233; o, DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. en «La delación de la herencia», *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, (Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones)*, Ed. Tecnos, Madrid, 8.ª ed., 2003, p. 309.

⁴⁶ Esta idea parece latir en la opinión de LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., «Comentarios a los artículos 72 a 86», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO (dir.), t. XXXIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1990, p. 348, cuando afirma que esta causa de indignidad sólo cabría entenderla aplicable al derecho de viudedad aragonés *«si lo que se pretende con esa amenaza, fraude o violencia es obligar a cambiar el testamento para impedir la reducción de la viudedad (...)»*.

en parte, en la relación de confianza y fidelidad que debe regir la relación de la pareja⁴⁷.

II. B.4.g) La no prestación de atenciones debidas al cónyuge o compañero discapacitado

La Ley 41/2003 de 18 de noviembre ha introducido un nuevo apartado en el artículo 756 del Código civil. Se trata del número 7. En su virtud es incapaz de suceder *«tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil»*.

Encontrándonos ante un derecho de naturaleza sucesoria como es el usufructo viudal que estamos examinando, resultará que es indigno de adquirirlo el viudo de un discapacitado que en vida de éste no le hubiera dado el sustento, no le hubiera facilitado habitación, vestido o asistencia médica proporcional a su capacidad económica y a las necesidades del premuerto. En mi opinión, no será necesario que exista una sentencia de incapacitación, sino que bastará con que se dé, *de facto*, una situación de minusvalía que justifique la necesidad de obtener del consorte las correspondientes atenciones reguladas en los artículos 142 y ss. del Código civil. De incumplirse dichas obligaciones –y, a mi juicio, aun cuando no exista una sentencia de condena contra el infractor–, cualquier interesado en la herencia del premuerto podrá ejercitar las acciones necesarias para que sea declarada la indignidad del supérstite con efectos desde el fallecimiento del causante.

II. C. El objeto del usufructo viudal legal

Como hemos visto, el artículo 58 de la Ley vasca establece que *«el cónyuge viudo tendrá el usufructo de la mitad de todos los bienes del causante, si concurriere con descendientes o ascendientes.// En defecto de ascendientes o descendientes, tendrá el usufructo de dos tercios de todos los bienes»*. En este sentido, podemos afirmar que la Ley 3/1992, de 1 de julio, ha ampliado notablemente los derechos que concedía la Compilación, puesto que ésta sólo atribuía al cónyuge viudo el usufructo de la mitad de los bienes de libre disposición cuando no concurriera con hijos o descendientes legítimos. Ello suponía que, concurriendo con ascendientes, la extensión del usufructo de viudedad era mínima, puesto que, en aquel entonces, la legíti-

⁴⁷ Recordemos –como hemos hecho anteriormente– que para la doctrina mayoritaria, en derecho sucesorio general, no es necesaria la búsqueda de intereses propios para que la utilización de estos ardidés provoquen que la causa de indignidad entre en juego. Vid. nota 44 anterior.

ma de éstos era de cuatro quintas partes de la herencia, lo que determinaba que el usufructo legal del viudo, en tal caso, se redujera a una décima parte de los bienes del causante (la mitad de la quinta parte de libre disposición). Si concurría con los colaterales, la legítima viudal podía alcanzar a la mitad de todos los bienes (en caso de no existir bienes troncales), pero podía quedar reducida a la nada, si todos los bienes eran de esta naturaleza. Por otro lado, si la concurrencia era con hijos o descendientes legítimos, no se le atribuía derecho alguno, puesto que, en tal supuesto, se le consideraba suficientemente protegido con el régimen económico matrimonial de comunicación foral⁴⁸.

Con el régimen derivado del artículo 58, la situación cambia radicalmente. El cónyuge, existan o no hijos o descendientes, será titular del derecho⁴⁹. Además, la extensión del usufructo no viene ya referida solamente a los bienes de libre disposición, sino que afecta a *«todos los bienes del causante»*, razón por la cual su mayor amplitud es más que evidente; sobre todo si consideramos que, incluso el porcentaje sobre los bienes a los que se extiende, es también superior. A este respecto no hemos de olvidar que ahora, en concurrencia con ascendientes, el derecho abarcará la mitad de todos los bienes –frente a la décima parte de ellos a los que se extendía con el régimen compilatorio–. Y con relación a la concurrencia con los descendientes, frente a la carencia del derecho en la anterior situación, ahora se iguala el derecho al caso de que existan ascendientes, es decir, se extiende también a la mitad de los bienes del causante. Incluso en el supuesto más benigno de la Compilación –el de que todos los bienes relictos fueran no troncales y de libre disposición por inexistencia de herederos legitimarios–, la extensión del derecho era inferior pues abarcaba únicamente a la mitad de todos los bienes, frente a los dos tercios a los que, actualmente, se refiere el segundo párrafo del artículo 58. Y es que, como hemos insinuado, el hecho de que todos los bienes relictos sean troncales –como más adelante veremos– no va a impedir que sobre ellos se extienda el derecho de usufructo: la Ley señala una preferencia en la extensión del disfrute sobre aquellos que no tengan tal carácter, pero, en su ausencia, o siendo insuficientes, también los bienes del tronco pueden verse afectados por el derecho del viudo.

En definitiva, en la actualidad, si el superviviente concurre con descendientes o con ascendientes, su usufructo abarcará a la mitad de todos los bienes. Y si no existen descendientes o ascendientes que sean sucesores, el porcentaje de bienes afectados por el usufructo alcanzará los dos ter-

⁴⁸ Decía el artículo 26 de la Ley de 30 de julio de 1959 sobre la Compilación del Derecho civil foral de Vizcaya y Álava que *«el cónyuge viudo tendrá el usufructo de la mitad de los bienes de libre disposición cuando no concorra con hijos o descendientes legítimos»*.

⁴⁹ Como hemos venido insistiendo, tal titularidad también corresponde al miembro «viudo» de la pareja de hecho.

cios⁵⁰. Este derecho es, además, independiente del régimen económico que rija el matrimonio. El viudo gozará de ese usufructo sobre la mitad —o sobre los dos tercios de todos los bienes del cónyuge premuerto— hayan pactado, o no, un régimen diferente al legal; y, en el primer caso, sea cual sea el contenido de ese régimen. Lo cual es importante, pues no hay que olvidar que la motivación fundamental por la que en la *Compilación*⁵¹ se excluía del usufructo al viudo cuando concurría con hijos o descendientes legítimos era que, en tal supuesto, conforme al régimen de comunicación foral, ésta continuaba y el viudo entraba en la posesión de la mitad de los bienes con ciertas opciones de representación, administración, e incluso de usufructo, sobre la otra mitad. No hay que olvidar tampoco, que el artículo 41 de la *Compilación* establecía un principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial una vez contraídas las nupcias, razón por la cual, si antes de la unión los cónyuges no hubieran elegido un régimen de bienes diferente al legal, era éste el que les debía regir. Ahora, sin embargo, la Ley 3/1992, de 1 de julio, ha consagrado el criterio de libertad civil para poder pactarlo o modificarlo antes o después de la celebración, motivo que hace posible que sean más los casos en los que el matrimonio regule su régimen económico de acuerdo a criterios diferentes a los establecidos por el régimen legal⁵².

⁵⁰ Recordemos que, conforme a lo dispuesto en los artículos 834 y ss. del Cc, en Derecho civil común, el viudo, si concurre con hijos o descendientes, tendrá el usufructo sobre el tercio destinado a mejora. Si la concurrencia se da con los ascendientes, se adquirirá el uso y disfrute de la mitad de la herencia. Y si no existen ni ascendientes ni descendientes, el usufructo alcanzará los dos tercios. Vemos, por tanto que el Derecho civil vizcaíno, en comparación con lo dispuesto en el Código civil, prima al viudo en el caso de que existan descendientes, ya que, en tal supuesto, le atribuye el usufructo sobre la mitad de todos los bienes de la herencia, frente al tercio de libre disposición afectado que recoge el Cc. En este sentido, CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (dirs.), t. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 252, considera que en Derecho civil vasco *«debería haber alguna diferencia entre el caso de los descendientes y el de los ascendientes, pues en el primer caso, habiendo hijos, hay un régimen de comunicación, y el viudo entra en posesión de la mitad de todos los bienes, lo que no ocurre cuando no hay hijos y ésta fue seguramente la razón de que la Compilación no le concediera ningún derecho en el primer caso»*. No obstante, debemos recordar que esta redacción va a permitir la protección del viudo también en los casos en los que se haya pactado un régimen económico matrimonial diferente al legal de comunicación foral.

⁵¹ Decía el artículo 41 de la *Compilación* que *«el régimen de los bienes en el matrimonio, una vez contraído éste, es inmutable aun en el caso de pérdida o adquisición voluntaria o involuntariamente por parte del marido de la cualidad de vizcaíno infanzón»*.

⁵² En este punto existe una diferencia entre las parejas de hecho y los matrimonios, dado que la Ley 2/2003, señala en su artículo 6 que, *«en defecto de pacto expreso, los miembros de la pareja podrán adherirse a las cláusulas que con carácter general se establezca (...)»*. Es decir, debe jugar la voluntad de sus miembros para determinar cómo regular su régimen económico, pero no se establece la aplicación supletoria del régimen económico de comunicación foral.

Pero, en definitiva –y en lo que aquí más nos importa–, mientras que con la Compilación un viudo con hijos o descendientes legítimos que hubiera pactado un régimen de separación de bienes no gozaba de protección, ni a través del régimen económico matrimonial, ni a través de un derecho legal de usufructo, con la Ley 3/1992, podrá usar y disfrutar de la mitad de todos los bienes de la herencia, posibilidad que, en mi opinión, es de alabar.

Más arriba hemos avanzado otra importante diferencia entre la actual configuración del usufructo legal a favor del viudo, previsto en el artículo 58 de la Ley del Derecho civil del País Vasco, y su anterior formulación de la Compilación: en ésta la determinación del objeto sobre el que se extendía el derecho se calculaba en atención a unos porcentajes a aplicar sobre los bienes de libre disposición. Por el contrario, en la actualidad se dice que el cónyuge viudo⁵³ tendrá el usufructo de la mitad o de dos tercios «*de todos los bienes*» del causante. Esta nueva estructura del derecho nos va a permitir que incluyamos dentro del posible objeto del usufructo los bienes troncales. Mientras con el sistema previo a la Compilación la existencia de bienes de esta naturaleza podía reducir o impedir la materialización del derecho, puesto que sólo los bienes de libre disposición (entre los que no se encuentran los troncales) podían quedar afectados por el usufructo viudal, con la Ley 3/1992 su influencia sobre la extensión del derecho es nula: el derecho del viudo seguirá afectando a la mitad o al tercio del patrimonio del premuerto con independencia de que los bienes troncales superen esos porcentajes. Es decir, que esos bienes también pueden convertirse en objeto del usufructo. Eso sí, la Ley ha querido preservar el tronco en la medida que esa protección no afecte al derecho del viudo⁵⁴ y, de esta forma, el tercer párrafo del artículo 58 ha dispuesto que «*el usufructo recaerá en último lugar sobre los bienes troncales de ambas líneas del causante, en proporción al haber de cada una de ellas*». Por ello, existiendo bienes no troncales suficientes el usufructo del viudo deberá recaer sobre ellos y, sólo en su ausencia, podrán afectar-se los pertenecientes al tronco.

La Ley señala que tal afectación, si existen bienes de las dos líneas del causante, debe producirse «*en proporción al haber de cada una de ellas*». Es decir, que debe mantenerse un equilibrio en la protección del tronco paterno y materno del causante de forma tal, que no se privilegie a uno de ellos sobre

⁵³ Al que deberemos entender asimilado, el miembro «viudo» de la pareja de hecho.

⁵⁴ Podemos decir que la nueva Ley ha modificado la escala de valores del derecho foral vizcaíno. Si antes lo esencial era el tronco, ahora es la protección del viudo. Se siguen manteniendo ciertas medidas legislativas de salvaguardia de la troncalidad pero ahora, a diferencia de lo que sucedía con la Compilación, se supeditan a la suficiente cobertura del viudo.

el otro a la hora de dejarlo a salvo de la carga que pueda suponer el usufructo⁵⁵.

Y aún en el caso de que el tronco deba verse afectado por el derecho del viudo, la Ley busca fórmulas para intentar proteger su integridad. A esta intención, precisamente, responde el cuarto párrafo del artículo 58 cuando dice que «*podrán los tronqueros conmutar el usufructo del cónyuge*⁵⁶ viudo, en cuanto afecte a los bienes troncales, por un capital en efectivo que será de su libre disponibilidad y no estará sujeto a reserva ni a devolución en los supuestos de extinción (...)». Es decir, se articula una fórmula legal que va a permitir que los parientes interesados en salvar la indemnidad del tronco puedan hacerlo: si ése es su deseo podrán sustituir los bienes del tronco que, en principio, podrían ser objeto del disfrute del supérstite por una cuantía en metálico que no se encontrará sujeta a ningún tipo de restricción sino que será de libre disposición para el viudo⁵⁷.

Conforme a lo que dispone ese tercer párrafo del artículo 58, son los tronqueros los que pueden conmutar el derecho del viudo. Es decir, no se trata de un derecho de éste a exigir una sustitución del objeto del usufructo por una cuantía en metálico, sino en una opción que pertenece a los sucesores del causante en el tronco, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales, y tengan la condición de herederos o de legatarios⁵⁸. No obstante, esa posibi-

⁵⁵ Parece razonable la opinión de CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (dirs.), t. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 252, al considerar que si hay distintos sucesores troncales en la misma línea porque unos bienes proceden del abuelo y otros de la abuela, también habrá que dividir el usufructo en forma proporcional entre ellos.

⁵⁶ O compañero en la pareja de hecho.

⁵⁷ Recordemos que el Código civil también incluye un fórmula para sustituir el usufructo sobre los bienes de la herencia por el pago de un capital, renta o producto de determinados bienes. En concreto, el artículo 839 del Código civil dispone que «*los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo (...)*». Además de por la gama de posibilidades que ofrece este precepto –renta vitalicia, producto de determinados bienes o capital en efectivo–, y de la que carece el artículo vizcaíno que sólo habla de «*capital en efectivo*», ambos preceptos se diferencian en su finalidad. El artículo del Código civil pretende evitar la división del dominio en todo caso –vid. VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentarios al artículo 839 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO (dir.), t. XI, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1982, pp. 470-ss., mientras que el artículo 58 de la Ley foral sólo busca mantener la integridad del tronco y, por ello, únicamente refiere esta posibilidad al usufructo que afecte a los bienes troncales.

⁵⁸ Sobre la inclusión de los legatarios como titulares del derecho a solicitar la conmutación en el derecho común –a pesar del tenor literal del artículo 839 Cc que se refiere a «herederos»– vid. VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentarios al artículo 839 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO (dir.), t. XI, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1982, pp. 473-ss., y los autores por él citados.

lidad no supone una carta en blanco para imponer su voluntad. En primer lugar, la Ley establece que esa facultad sólo les autoriza a sustituir el usufructo por una capital en efectivo. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en el caso del artículo 839 del Código civil⁵⁹, los tronqueros no pueden imponer al viudo la conmutación de su derecho de usufructo inicial por una renta vitalicia, ni por el producto que derive de determinados bienes, sino única y exclusivamente por un capital en efectivo. Por tanto, si no es esto último lo que se le ofrece, en mi opinión, el viudo podrá rechazar la sustitución. Y aun suponiendo que sea esto lo que se le ofrezca, no estará obligado a aceptar cualquier cuantía. De esta forma, si no existiera acuerdo sobre el importe del capital sustitutivo del usufructo, se deberá acudir al Juez para que sea él quien lo determine⁶⁰.

La Ley nada dice sobre si los tronqueros, en caso de ser varios, deben o no actuar de común acuerdo para decidir sobre la sustitución del usufructo del viudo por un capital en efectivo. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, referente al artículo 839 del Código civil, ha entendido que así debe ser⁶¹ y, con fundamento en ello, también se ha defendido que, en el caso vizcaíno,

⁵⁹ En opinión de GULLÓN BALLESTEROS, A., «El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1961, p. 889, en el sistema previsto en el Código civil, «los herederos forzosos proponen al viudo la conmutación, y éste se puede mostrar disconforme, no con ella ni con el medio de pago elegido para ello, sino con la valoración de su usufructo y del objeto por el que se le sustituye (...)», y, en «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», en *Anuario de Derecho Civil*, 1964, p. 606, después de manifestar su sintonía con MEZQUITA DEL CACHO, pone de manifiesto cómo el mutuo acuerdo no se precisa para decidir la forma de pago.

⁶⁰ Como dice CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (dirs.), t. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 254, aunque los tronqueros no pueden imponer otra forma de pago diferente al capital en metálico, nada impide que acuerden con el viudo la sustitución del usufructo por una renta o por los frutos de determinados bienes, posibilidad que, no obstante, no será exclusiva de los tronqueros, sino que cabrá en cualquier caso. En realidad, se tratará de obtener una renuncia del supérstite a su derecho a cambio de la atribución que se le haga de un bien, dinero o renta o de la obtención de cualquier otra contraprestación, con el fin de mantener la unidad del dominio sobre uno o varios bienes. Y esta posibilidad de renuncia es posible en todos los usufructos viuales contemplados en los ordenamientos civiles que conviven en España.

⁶¹ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentarios al artículo 839 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO (dir.), t. XI, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1982, pp. 482-ss. quien considera que la necesidad de los herederos de actuar de común acuerdo no deriva directamente de los términos empleados por el artículo 839 del Código civil cuando habla de que «los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo (...) procediendo de mutuo acuerdo» –pues este mutuo acuerdo se refiere al de los herederos con el cónyuge– sino que dimana de los principios generales. GULLÓN BALLESTEROS, A., «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», en *Anuario de Derecho Civil*, 1964, p. 601 y, fundamentalmente, pp. 606-ss., ha entendido, sin embargo, que es posible el ejercicio individual por cada heredero de la conmutación parcial.

se requerirá ese mutuo acuerdo si son varios los tronqueros afectados por el usufructo sobre un único bien troncal⁶². En relación con este tema hay que tener en cuenta que el momento adecuado para ejercitar el derecho de conmutación es el de la partición de la herencia. Por esta razón, es difícil imaginar algún supuesto en el que el tronquero sea titular en exclusiva de un bien y pueda exigir su conmutación de forma independiente a los demás, con carácter previo a la partición. Lo habitual será que, hasta que la partición y adjudicación se lleve a cabo, los tronqueros formen parte de la comunidad hereditaria y, en consecuencia, sea necesario su acuerdo unánime para decidir la sustitución. Una vez producida la adjudicación, es posible acordar la conmutación, pero en este caso no nos hallaremos ante un derecho de los tronqueros amparado en el párrafo tercero del artículo 58 y exigible al viudo, sino a un acuerdo entre heredero y supérstite sometido a las reglas generales de la contratación.

Por último, conviene poner de relieve que el viudo tendrá sobre el capital que se le haya atribuido en sustitución del usufructo viudal sobre la mitad o los dos tercios de todos el patrimonio del causante, una total disponibilidad y, en consecuencia, podrá hacer con él lo que tenga por conveniente sin que, además, el hecho de que pueda incurrir en alguna de las causas de extinción del derecho a que se refiere el último párrafo del artículo 58 le afecte. Por tanto, ni las ulteriores nupcias, ni la posterior unión marital de hecho, ni el supuesto de tener un hijo no matrimonial ajeno a la relación que debe dar lugar al derecho determinarán la pérdida de la titularidad de ese capital⁶³.

También es de destacar que la posibilidad concedida al tronquero únicamente se prevé para el caso específicamente previsto en el artículo 58 –es decir, en el caso del usufructo atribuido por la Ley– pero no en aquellos otros supuestos en los que el derecho de uso y disfrute ha sido concedido por el causante, como es el supuesto del usufructo universal amparado en el artículo 61, o el que pueda corresponderle en caso de disolución del régimen foral de comunicación de bienes al haber sido designado comisario de la sucesión por el causante, mientras no haga uso del poder testatorio –siempre y cuando el premuerto no hubiera dispuesto lo contrario–, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley 3/1992. De alguna manera, lo que aquí se está premiando es la voluntad del causante: si éste ha dispuesto en

⁶² Vid. CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en *«Comentarios al Código civil y Compilaciones forales»*, dirigidos por M. ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (dirs.), t. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 254.

⁶³ En mi opinión, si el hijo no matrimonial se tiene con otra persona durante la vigencia del matrimonio o de la relación de pareja, aun cuando se ponga de manifiesto este hecho con posterioridad al fallecimiento del cónyuge o compañero, sí que se producirá la pérdida puesto que, propiamente, la causa de extinción –que, en mi opinión debiera conceptuarse más como causa de exclusión del derecho– existiría con carácter previo a la muerte de aquél, es decir, antes de que se hubiera producido la conmutación.

favor del viudo concediéndole un determinado derecho o atribuyéndole la condición de comisario –que legalmente lleva aparejada el usufructo sobre sus bienes– debe respetarse esa decisión y no atribuir a los herederos una opción que restringiría la propia voluntad del fallecido. Solamente en aquellos casos en los que el usufructo es el resultado de una atribución directa de la Ley –caso contemplado en el artículo 58– cabe otorgar la opción de sustitución a los herederos tronqueros porque es la propia Ley que ha concedido el derecho al viudo la que plantea la posibilidad de su conmutación.

III. Conclusiones

Como ya hemos avanzado en la introducción del presente artículo, éste no es más que una parte de una obra de mayor extensión en la que se completa el estudio del usufructo legal del viudo en Vizcaya que aquí se presenta, con el análisis de sus causas de extinción, añadiéndose, además, el examen de otros derechos usufructuarios previstos en la legislación civil del País Vasco, como son el usufructo universal derivado del poder testatorio, el usufructo poderoso del Fuero de Ayala y el legado de usufructo universal.

Pues bien, ahora vamos a intentar resumir en este apartado las principales conclusiones que a lo largo de este trabajo hemos alcanzado en relación con la naturaleza jurídica, los requisitos y el objeto del usufructo legal del viudo previsto para Vizcaya en la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral del País Vasco, dejando para la segunda parte de este estudio, que será publicada en una segunda entrega, el extracto de aquellas otras que alcancemos al analizar la extinción de ese mismo usufructo legal del viudo en Vizcaya, y las demás figuras antes mencionadas.

Sucintamente, y sin ánimo de ser exhaustivos, podemos destacar lo siguiente:

- Del análisis efectuado hemos deducido que en el modelo vizcaíno existe una estrecha relación entre los derechos hereditarios concedidos al viudo por la Ley y el régimen económico matrimonial legal de comunicación foral de bienes. La combinación de un régimen económico matrimonial legal de amplia comunidad, como es éste, y unos derechos sucesorios, en cierta medida reducidos, convierte el caso vizcaíno en un ejemplo –con las matizaciones que en su lugar se realizan– de la afirmación doctrinal de que los regímenes económico-matrimoniales de tipo ganancial suelen ir acompañados de limitados derechos sucesorios y, a la inversa, que los regímenes de separación suelen combinarse con amplios derechos *mortis causa* a favor de los viudos.
- En relación con la naturaleza jurídica, hemos puesto de relieve que nadie ha cuestionado la naturaleza sucesoria de este usufructo legal del

- viudo. De hecho, la finalidad familiar que en otros Derechos forales –como es el caso del aragonés– se atribuye al usufructo viudal, se ha visto en el caso vizcaíno en el específico régimen económico-matrimonial de comunicación: el hecho de que el viudo adquiera la mitad de los bienes de la comunidad y de que se consolide la comunicación con los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto hasta el momento de la división y adjudicación, es lo que le va a permitir dirigir adecuadamente la familia. Sobre todo si tenemos en cuenta que a él le corresponderá, en principio, la representación y administración de la herencia en tanto que ésta no sea aceptada y que, además, si es nombrado comisario, salvo disposición en contrario, tendrá el usufructo sobre toda ella. La determinación de la naturaleza jurídica sucesoria de este derecho es importante porque de ello se deriva que puedan aplicarse a esta institución determinados preceptos legales propios de las instituciones sucesorias tales como los relativos a las causas de indignidad, los cuales pueden resultar determinantes para establecer la incapacidad del viudo para la adquisición del usufructo o, en su caso, para producir su extinción.
- Por lo que se refiere a los requisitos necesarios para acceder al usufructo viudal legal, el primero que hemos mencionado es el de la subsistencia del matrimonio o de la pareja de hecho. En efecto, de lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 3/1992, en combinación con lo previsto con el artículo 18 de la Ley 2/2003, se deduce que para poder acceder al derecho el supérstite debía estar unido al causante, en el momento del fallecimiento de éste, por un vínculo matrimonial que no hubiera sido disuelto, o por una relación de pareja de hecho que no se hubiera extinguido por causa distinta de la muerte o, en el segundo caso, por matrimonio entre los dos miembros de la pareja. Defendíamos también la posibilidad de que los herederos pudieran mantener la acción de nulidad o divorcio planteada por el después fallecido a los solos efectos de determinar la inexistencia del derecho del viudo al usufructo, con fundamento en el artículo 74 del Código civil, si bien con las excepciones del artículo 75, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el 79 del mismo texto.
 - Otro de los requisitos exigidos para que el derecho nazca es que el cónyuge supérstite no se encontrara separado por causa a él imputable. En este punto observamos una importante diferencia con el tratamiento ofrecido por el Código civil ya que la Ley 3/1992 va a permitir acceder al derecho a los cónyuges separados siempre y cuando no exista culpabilidad en el posible titular del usufructo, cosa que no sucede en territorio común, donde, de conformidad con el artículo 834 del Cc, ninguno de los consortes separados, ya sea judicialmente, ya sea de hecho, podrá ser titular del usufructo viudal. Por otro lado, según el principio de libertad civil recogido en el artículo 4 de la Ley vasca,

abogamos en este trabajo por la posibilidad de considerar aplicable el perdón o la reconciliación a los efectos de impedir que la separación entre en juego como causa impeditiva del usufructo. En otro orden de cosas no hemos encontrado argumentos definitivos que nos hagan exigir que la separación sea judicial para que impida el nacimiento del derecho. El tenor del artículo 59 no distingue, a este respecto, entre separación de hecho y de derecho, y, en consecuencia, una interpretación literal debe llevarnos a entender que también la separación de hecho, si es imputable al posible titular del usufructo, debe provocar que este derecho no llegue a nacer.

- El tercero de los requisitos señalados en el trabajo es el de no tener un hijo fuera del matrimonio o de la relación de pareja, durante su vigencia. La Ley propiamente habla de este hecho como una causa de extinción del usufructo; sin embargo, entendemos que tal consideración es errónea. En realidad, nos hallamos ante un requisito para poder acceder al derecho y no ante una causa de extinción.
- Por último, según la consideración del usufructo legal del viudo como un derecho sucesorio, hemos defendido como requisito para acceder a éste el no incurrir en las causas de indignidad para suceder que se recogen en el artículo 756 del Código civil. Respecto a ellas hemos concluido lo siguiente:
 - a) No resulta aplicable a este supuesto, a nuestro entender, la incapacidad para suceder consistente en el abandono, prostitución o corrupción de los hijos, pues es ésta una causa que piensa en la incapacidad de suceder del padre en la herencia del hijo al que abandona, prostituye o corrompe.
 - b) En relación con la condena en juicio por haber atentado contra la vida del cónyuge, compañero en la relación estable, descendientes y ascendientes, la entendemos absolutamente determinante de que el derecho del viudo no nazca, considerando que el único supuesto que no funciona propiamente como un requisito de acceso, sino como determinante de la extinción del derecho ya nacido, es el caso de los atentados contra la vida de los ascendientes o descendientes del cónyuge o pareja llevados a cabo tras el fallecimiento de éste. En tales supuestos el viudo habría ya entrado en posesión de los bienes usufructuados puesto que era capaz en el momento de la apertura de la sucesión.
 - c) Con relación a la acusación del supérstite contra el premuerto de un delito al que la Ley señale pena grave de prisión de, al menos, tres años, que hubiese sido declarada calumniosa por sentencia firme, debemos entender que, si la sentencia adquiere firmeza antes del fallecimiento del consorte o compañero, resulta evidente la carencia del supérstite de los requisitos necesarios para acceder al usufructo. Y si la firmeza se produce con posterioridad, deberemos esperar a

ese momento para calificar la capacidad, quedando el usufructo en suspenso hasta entonces.

- d) Respecto a la ausencia de denuncia de la muerte violenta del cónyuge o pareja, para que el comportamiento indigno pueda tener alguna trascendencia sobre la capacidad sucesoria, deberemos esperar al transcurso de un mes desde el fallecimiento del causante, de tal forma, que si para entonces no se ha producido la denuncia del superviviente pese al conocimiento de éste de la causa violenta de la muerte existirá incapacidad para suceder, quedando en el interín el derecho en suspenso.
 - e) En relación con la coacción al cónyuge o compañero para otorgar testamento o modificarlo o para impedirle testar, forzarle a revocarlo o a su suplantación, ocultación o alteración, hemos entendido que, aun cuando con dichas actuaciones no se persiga la obtención de un beneficio particular, quien así obre debe verse excluido del usufructo en la medida que su actitud revela la falta de confianza absoluta que merece y que es parte del fundamento de este derecho legitimario.
 - f) Por último, en lo que se refiere a la no prestación de atenciones debidas al cónyuge o compañero discapacitado, hemos entendido que existe indignidad para adquirir el derecho usufructuario por el simple hecho de darse *de facto* un incumplimiento de las atenciones reguladas en los artículos 142 y ss. del Código civil, aun en el supuesto de que no exista sentencia de condena contra el infractor. Bastará con que cualquier interesado ejercite las acciones necesarias para que sea declarada la indignidad con efectos desde la fecha de fallecimiento del causante.
- Para finalizar, con relación al objeto del usufructo legal del viudo, hemos puesto de manifiesto como en el Derecho civil vizcaíno, en comparación con lo que sucede en el Código civil, se prima al viudo en el caso de que existan descendientes ya que, en tal supuesto, se le atribuye el usufructo sobre la mitad de todos los bienes de la herencia, frente al tercio de libre disposición afectado que recoge el Código civil. En concreto, en la actualidad, si el superviviente concurre con descendientes o ascendientes, su usufructo alcanza a la mitad de todos los bienes y, si no concurre con ellos, abarcará los dos tercios. Este derecho, además, es independiente del régimen económico que rijan el matrimonio, lo que diferencia la situación actual de la existente con la Compilación, pues, entonces, si se había pactado un régimen de separación de bienes, el viudo no gozaba de protección ni a través del régimen económico matrimonial ni a través de un derecho legal de usufructo. Como novedad, además, la Ley del Derecho civil del País Vasco extiende el derecho a un porcentaje sobre todos los bienes del causante y no deja fuera del cálculo los bienes troncales

tal y como ocurría con la Compilación. Es cierto que la Ley ha querido preservar el tronco, pero lo ha hecho sólo en la medida que esa protección no afecte al derecho del viudo; es decir, ahora, si existen bienes no troncales suficientes, el usufructo recaerá sobre ellos, pero si éstos no son suficientes, podrán afectarse los pertenecientes al tronco.

IV. Bibliografía

- ALBADALEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, pp. 82-88.
- «Comentarios a los artículos 756, 757 y 758 del Código Civil» en ALBADALEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo X, vol. 1.º, pp. 196254.
- ANGOITIA GOROSTIAGA, V. y GALICIA AIZPURÚA, G., «Las legítimas y la libertad de disposición en la Ley de Derecho civil del País Vasco» en VV. AA. *Derechos civiles de España*, vol. I, Ed. Aranzadi, 2000, pp. 373-410.
- ARREGUI GIL, J., «Comentarios a las Leyes 253, 261 y 262 de la Compilación navarra» en ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXVII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 2001, pp. 30-54 y 132-150.
- CELAYA IBARRA, A., «Comentarios a los artículos 32 al 48, 53 al 64 y 104 al 107 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco» en ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXVI, Edersa, Madrid, 1997, pp. 161-202, 226-269 y 471-484.
- DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «La legítima y la mejora», *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones)*, Ed. Tecnos, Madrid, 8.ª edición, 2003, pp. 417-447.
- «La delación de la herencia», *op. cit.*, pp. 303-319.
- GONZÁLEZ CARAZO, J. L., «El poder testatorio y el testamento por comisario en el Derecho Foral de Vizcaya» en VV. AA., *Derechos civiles de España*, vol. I, Ed. Aranzadi, 2000, pp. 411-455.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «El párrafo 3.º del artículo 820 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 875-895.
- «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», *Anuario de Derecho Civil*, 1964, pp. 583-619.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., «Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XL, septiembre-octubre, 1964, n.º 436-437, pp. 553-584.
- «La legítima del cónyuge viudo», *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, pp. 500-506.
- «Indignidad e incapacidad», *op. cit.*, pp. 78-85.

- LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., «Comentarios a los artículos 72 a 86» en ALBADALEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo xxxiii, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 282-404.
- PIEDRABUENA MOLINA, P., «La comunicación foral de bienes en Vizcaya» en VV. AA., *Derechos Civiles de España*, vol. I, Ed. Aranzadi, 2000, pp. 341-361.
- PUIG BRUTAU, J., «Incapacidad, prohibición e indignidad para suceder» en *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo v, vol. 1, 2.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 126-150.
- SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentarios a los artículos 72 a 88 (La viudedad)» en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (dir.), *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, DGA, vol. II, Zaragoza, 1993.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentarios a los artículos 807 y 834 a 857 del Código Civil» en ALBADALEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, 2.ª edición, Edersa, Madrid, 1982, pp. 30-48 y 446-516.
- ZABALO ESCUDERO, M. E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993.
- ZAPATERO GONZÁLEZ, R., «De la viudedad foral» en *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés (Jaca 1985)*, Cortes de Aragón, pp. 239-ss.

Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

Vocal Permanente en la Sección Civil de la Comisión General de Codificación

y

Javier Carrascosa González

Profesor titular de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

Recibido: 02.10.06

Aceptado: 10.10.06

Resumen: Las últimas sentencias del Tribunal de Justicia de la UE han confirmado que los particulares pueden constituir sociedades en el Estado miembro que deseen. Los demás Estados miembros están obligados a reconocer la válida constitución de dichas sociedades con independencia del Estado miembro de la UE en el que desarrollen la mayor parte de sus actividades. Las normas de conflicto de Leyes de los Estados miembros no pueden alterar esta regla. La UE apunta a la elaboración de un Reglamento que indica que la Ley que rige las sociedades es la Ley del Estado con arreglo al cual se ha constituido la sociedad.

Palabras clave: Sociedades. Mercado único europeo. Libertad de establecimiento. Derecho internacional privado. Conflictos de Leyes en Europa

Abstract: *The last judgments of the European court of Justice have cleared that individuals have the right to establish a company under the Law of the Member State they freely choose. The other Member States must recognize the company as validly created regardless the Member State where the company runs its business. The Conflict-Of-Laws Rules of the Member States can not modify this rule. The UE aims to elaborate a Regulation concerning the Law applicable to companies: the law governing companies should be the Law of the State where the company has been incorporated.*

Key words: *Companies. Single european market. Freedom of establishment. Private International Law. Conflict-Of-Laws in Europe.*

Sumario: I. El mercado comunitario y la libertad de establecimiento.

1. Introducción. 2. La libertad de establecimiento: concepto. 3. Sociedades titulares del derecho a la libertad de establecimiento en la UE.—II. La regulación jurídica de las sociedades en la UE y en los Estados miembros.—III. Determinación de la Ley aplicable a las sociedades de capital en los Estados miembros.—IV. Las normas de conflicto societarias como obstáculo a la libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. 1. El obstáculo: las normas de conflicto de los Estados miembros en materia societaria. 2. La labor del TJCE y la trilogía societaria *Centros - Überseering* -

Inspire Art. 3. Primera solución: la técnica de la «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*). A) Formulación de la regla. B) Base teórica y técnica de la regla. C) Alcance de la regla. D) El fantasma (inexistente) del fraude y del abuso de Derecho. E) Formulación legal y judicial de la regla. 4. Segunda solución: la técnica del conflicto de Leyes y la unificación futura de las normas de conflicto de los Estados miembros en materia societaria. A) Comunitarización de las normas de conflicto societarias. B) Hacia una victoria de la *Incorporation Theory*.—V. Perspectiva comunitaria y normas de conflicto españolas en materia societaria en la actualidad. 1. Nacionalidad de las sociedades. 2. Criterio utilizado para determinar la Ley reguladora de las sociedades corporativas.—VI. Reflexión final.

I. El mercado comunitario y la libertad de establecimiento

1. Introducción

1. El mercado único europeo es un espacio de libertad al que concurren productores y oferentes de bienes y servicios, por un lado, y adquirentes y consumidores, por otro¹. Son las sociedades de capital, y más especialmente, las sociedades mercantiles, los auténticos sujetos protagonistas del comercio internacional intracomunitario. Las sociedades de capital son los sujetos que invierten, producen, crean puestos de trabajo, introducen innovaciones tecnológicas e ideas, adquieren bienes y servicios. Son los sujetos que mueven la riqueza en el mercado único comunitario. Desde el punto de vista jurídico, son las sociedades de capital las protagonistas principales de la contratación internacional, de la adquisición y explotación de los derechos reales y propiedades especiales, de los procedimientos concursales, de la competencia empresarial. Por ello, no puede sorprender que las tres sentencias más importantes dictadas en materia societaria por el TJCE en los últimos años hayan suscitado un debate de enorme riqueza teórica y de incalculable proyección práctica: STJCE 9 marzo 1999, *Centros Ltd vs. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering BV vs. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, STJCE 30 septiembre 2003, *Kamer van Koophandel en Frabrieken voor Amsterdam vs. Inspire Art*. Tres «sentencias capitales» en la evolución del Derecho comunitario

¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 25-32, en lo relativo a los caracteres y funcionamiento del mercado único, y pp. 87-200, por lo que concierne a la incidencia de la libertad de establecimiento en la conformación del mercado único. Igualmente, *vid.* B. GOLDMAN / A. LYON-CAEN / I. VOGEL, *Droit commercial européen*, 5.^a ed., Dalloz, París, 1994, pp. 98-104.

y de los «conflictos de Leyes» en Europa, como escribe B. AUDIT². Y esta línea de jurisprudencia está a un paso de ser confirmada, otra vez más, en el caso *Cadbury*, pues las Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger presentadas el 2 mayo 2006, as. C/196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue*, no dejan lugar a dudas.

2. El mercado comunitario es un espacio en el que se encuentran más de 400 millones de consumidores y que cubre, a fecha de 13 septiembre de 2006, el territorio de 25 países. Y hay dos países más, Bulgaria y Rumanía, con muy altas probabilidades de entrar a formar parte del «club comunitario» en primavera de 2007. En el mercado comunitario, innumerables empresas compiten por un puesto privilegiado. La lucha es dura. La competencia debe sujetarse a unas reglas. En caso contrario, peligra la existencia misma y el buen funcionamiento del mercado. El mismo Derecho comunitario establece unas normas básicas de comportamiento en dicho mercado. Tales normas desarrollan los postulados de la economía libre de mercado. Y en una economía libre de mercado, los sujetos que ofrecen bienes y servicios, los que deciden qué se produce, cómo se produce y para quién se produce, son las empresas, y en especial las grandes empresas de dimensión internacional, y los profesionales liberales. No los Estados. Pues, si las empresas son las encargadas de hacer avanzar la locomotora económica europea, es imprescindible que el Derecho comunitario garantice una verdadera competencia en todos los sectores y la transparencia del mercado. La «liberalización del mercado» es la mejor garantía para una afluencia suficiente de competidores en el espacio comunitario. Dicha liberalización se alcanza a través del desarrollo normativo de tres grandes ejes: a) las libertades comunitarias que conforman el mercado interior; b) la defensa de la libre competencia; c) las políticas comunes en determinados sectores, en especial, la política comercial común.

2. La libertad de establecimiento: concepto

3. Entre las libertades comunitarias, ocupa un puesto de privilegio en la actividad empresarial la llamada «libertad de establecimiento»³. La libertad

² B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 4.^a ed., 2006, p. 880.

³ En torno a la importancia de las libertades comunitarias como instrumento para crear y mantener un auténtico «mercado único» en la UE, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 29-32 y en particular, sobre la libertad de establecimiento, pp. 87-200; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, 2004, esp. pp. 12-33; M. BOGER, *Die Anwendbarkeit der Cassis-Formel auf Ungleichbehandlungen im Rahmen der Grundfreiheiten: eine Untersuchung auf Grundlage der Rechtsprechung*

de establecimiento, hoy regulada en los arts. 43-48 TCE, puede definirse como el «derecho subjetivo reconocido a los nacionales en los Estados miembros que consiste en el acceso a actividades económicas independientes en el territorio de otros Estados miembros, mediante la fijación de una

des EuGH unter besonderer Berücksichtigung des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung, Berlín, 2004; A. BRIGOLA, *Das System der EG-Grundfreiheiten: vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot*, Munich, 2004; L. CRONES, *Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum persönlichen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und der Gemeinschaftsgrundrechte*, Baden-Baden, 2002; G. DAVIES, *EU Internal Market Law*, Londres, 2002; D. EHLERS (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlín, 2003; C. FAULENBACH, *Der gemeinschaftsrechtliche Vorbehalt im europäischen Wettbewerbsrecht: die Herkunftslandanknüpfung der E-Commerce-Richtlinie unter dem Einfluss der Grundfreiheiten*, Frankfurt am Main, 2004; S. FEIDEN, *Die Bedeutung der 'Keck'-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten: ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten*, Berlín, 2003; W. FRENZ, «Verpflichtungen Privater durch Richtlinien und Grundfreiheiten (Zugleich Anmerkung zu EuGH, Rs. C 397/01 bis C-403/01 [DRK-Urteil])», *EWS*, 2005, pp. 104-108; R. GRABER, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten: eine Untersuchung anhand einer Auslegung des EG-Vertrages, der Rechtsprechung des Gerichtshofes und der Folgen einer angenommenen unmittelbaren Drittwirkung*, Munich, 2002; J. GEBAUER, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Berlín, 2004; A. HATJE (HRSG.), *Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe*, Baden-Baden, 2002; ST. KADELBACH/N. PETERSEN, «Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten. Anmerkung zum EuGH-Urteil in der Rs. C-112/00, Schmidberger/Republik Österreich (Brennerblockade)», *EuGRZ* 2003, 492», *EuGRZ*, 30, 22/23, 2003, pp. 693-698; K. MOJZESOWICZ, *Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten*, Baden-Baden, 2001; A. MÜHL, *Diskriminierung und Beschränkung. Grundsätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten*, Berlín, 2004; R. MUÑOZ, «Le marché intérieur: comment rendre effectifs les droits des intéressés?», *Rev.M.C.*, n.º 458, mai 2002, pp. 337-341; M. O'BRIEN, «Company taxation, State aid and fundamental freedoms: is the next step enhanced co-operation?», *Eur.L.Rev.*, 2005, pp. 209-233; K. OTTERS-BACH, *Rechtsmissbrauch bei den Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes*, Baden-Baden, 2001; P. PHILIP/L. VANHOVE, «Le droit fiscal face aux libertés fondamentales du Traité de l'Union européenne», *Petites affiches*, 393, n.º 7, 9 janvier 2004, pp. 4-9; ST. PLÖTSCHER, *Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht: zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Berlín, 2003; K. PREEDY, *Die Bindung Privater an die europäische Grundfreiheiten – Zur so genannten Drittwirkung im Europarecht*, Berlín, 2005; G. SCHIMMING, *Konvergenz der Grundfreiheiten des EGV unter besonderer Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Einfuhr- und Einreisebeschränkungen*, Regensburg, Univ., Diss., 2002; D. SCHINDLER, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten. Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und der Drittwirkungslehre*, Berlín, 2001; J. SNELL, *Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms*, Oxford, 2002; R. STREINZ, «Anmerkung zu EuGH C-36/02 (Zulässige Beschränkung der Grundfreiheiten; Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH .I. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn)», *JuS*, 2005, pp. 64-66; A. TASSIKAS, *Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmereiche: ein Beitrag zur Privatautonomie, Vertragsgestaltung und Rechtsfindung im Vertragsverkehr des Binnenmarkts*, Tübingen, 2004.

instalación o sede física-económica en otro Estado miembro» (CH. GAVALDA / G. PARLEANI⁴).

4. La libertad de establecimiento cubre diversa posibilidades: a) las sociedades ya existentes en un Estado miembro pueden implantar, en otros países comunitarios, *establecimientos secundarios* (= sucursales, filiales, agencias); b) o bien pueden *trasladar* su sede social a otro Estado miembro. Sin embargo, este supuesto (= que no está prohibido ni por el Derecho comunitario ni, en principio, tampoco por los Derechos nacionales), resulta muy oneroso a efectos fiscales: supone pagar los tributos en el país de origen, por la disolución de la sociedad, así como pagar nuevos tributos por creación de una nueva sociedad en el país de acogida. Además, no existe ninguna normativa comunitaria que permita a la sociedad trasladarse de un Estado miembro a otro Estado miembro sin previa extinción de la sociedad originaria (STJCE 27 septiembre 1988, *The Queen vs. Treasury and Commissioners of Inland Revenue-ex parte Daily Mail and General Trust plc*, 81/87, *Rec.*, p. 5483). El resultado de la situación descrita es que la libertad de establecimiento se ejerce en la UE, en la práctica, bajo la forma del «establecimiento secundario» (X. BOUCOBZA⁵). Se instalan sucursales o filiales en otros Estados miembros y, una vez allí instaladas, la sociedad se lanza a las actividades económicas en el Estado miembro de destino.

5. Las exigencias legales de los Estados miembros que supongan un obstáculo a esta libertad de establecimiento son contrarias al Derecho comunitario. Son nulas e inaplicables. En particular, el TJCE ha eliminado las regulaciones nacionales de los Estados miembros que resultan discriminatorias o que comportan obstáculos para la libertad de establecimiento. Todo comenzó, como es bien sabido, a partir de la STJCE 21 junio 1974, *Jean Reyners vs. Bélgica*, 2/74, *Rec.*, p. 631 y de la STJCE 3 diciembre 1974, *Van Binsbergen vs. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, 33/74, *Rec.*, p. 1299.

6. Sin embargo, la libertad de establecimiento puede resultar «limitada» u «obstaculizada» como resultado de ciertas exigencias que son «comunitariamente legítimas» (= son «frenos» a la libertad de establecimiento impuestos por los Estados miembros pero justificados incluso por el Derecho comunitario mismo). El TJCE ha creado la noción de límite a la libertad de establecimiento por «razones de interés general». Esta limitación (= que constituye y opera como una especie de cláusula de protección o *Schutz-*

⁴ C. GAVALDA / G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 4.ª ed., Litec, 2002, pp. 67-69.

⁵ X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, 1998, LGDJ, pp. 55-56.

klausel de la regulación nacional de cada mercado nacional, que es la regla general: STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, FJ 19) no se trata, en realidad, de un «límite» a la libertad de establecimiento. Se trata, más bien, de perfilar el ámbito de aplicación real del art. 49 TCE. Por tanto, una medida restrictiva de la libertad de establecimiento adoptada por un Estado miembro (= como, por ejemplo, los requisitos lingüísticos, exigencias de honorabilidad y deontología, condiciones de la prestación, permisos, autorizaciones para el ejercicio de la actividad, etc.), puede ser considerada «legítima» desde la perspectiva del Derecho comunitario sólo si se verifican las siguientes condiciones.

(a) Debe tratarse de exigencias que afectan, exclusivamente, al libre acceso al *ejercicio* de la actividad económica. No pueden afectar al desplazamiento o estancia del nacional de un país comunitario en el Estado receptor.

(b) No debe existir armonización legal por normas comunitarias que regulen el acceso a una determinada profesión. En dicho caso, la normativa nacional armonizada o la normativa comunitaria son directamente aplicables. Por tanto, la normativa nacional propia de cada Estado no puede perjudicar la aplicación de la normativa comunitaria.

(c) Las restricciones impuestas por el Estado de acogida no deben comportar discriminación. La medida ha de aplicarse, indistintamente, a todo operador que ejerza la actividad en el territorio del Estado, y no sólo a los sujetos extranjeros o residentes en otros Estados (STJCE 25 julio 1991, *Comisión vs. Países Bajos*, C-353/89, *Rec.*, p. I-4069; STJCE 4 diciembre 1986, *Comisión vs. Alemania*, 205/84, *Rec.*, p. 3755; STJCE 26 febrero 1991, *Comisión vs. Italia*, C-180/89, *Rec.*, p. I-709; STJCE 20 mayo 1992, *Claus Ramrath*; STJCE 18 marzo 1980, *Procureur du Roi vs. Debauve (Coditel I)*, 52/79, *Rec.*, p. 833; STJCE 12 julio 1997, *Comisión vs. Irlanda*; STJCE 1 febrero 1996, *Proceso penal contra G. Perfili*, C-177/94, *Rec.*, p. I-161; STJCE 23 noviembre 1999, *Arblade & Leloup*, C-369/96 y 376/96, *Rec.*, p. I-8453). Si la medida es discriminatoria, es siempre contraria al Derecho comunitario. Está, de por sí, prohibida.

(d) La restricción debe ser una *medida objetivamente necesaria*. Deben existir, en el ámbito de la actividad considerada, «razones imperiosas ligadas al interés general» que justifiquen estas medidas restrictivas (STJCE 3 diciembre 1974, *Van Binsbergen vs. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, 33/74, *Rec.*, p. 1299; STJCE 20 mayo 1992, *Claus Ramrath*, C-106/91, *Rec.*, p. I-3351). La medida ha de ser *objetivamente necesaria* para garantizar el respeto a esos «intereses generales» (STJCE 4 diciembre 1986, *Comisión vs. Alemania*, 205/84, *Rec.*, p. 3755; STJCE 26 febrero 1991, *Comisión vs. Grecia*, C-198/89, *Rec.*, p. I-727; STJCE 20 mayo 1992, *Claus Ramrath*, C-106/91, *Rec.*, p. I-3351). Para apreciar la concurrencia de una *necesidad objetiva* de la medida restrictiva, han de tenerse en cuenta tres datos.

Primero: el *interés general* no debe hallarse protegido ya por las reglas aplicadas al prestador en el Estado de origen (STJCE 2 junio 1996, *Comisión vs. Italia*; STJCE 23 noviembre 1999, *Arblade & Leloup*, C-369/96 y 376/96, *Rec.*, p. I-8453, STJCE 30 noviembre 1995, *R. Gebhard vs. Consiglio dell'Ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, C-55/94, *Rec.*, p. I-4165; STJCE 23 noviembre 1999, *Arblade & Leloup*, C-369/96 y 376/96, *Rec.*, p. I-8453). Si la previa aplicación de una normativa por parte del Estado de origen garantiza ya la protección del *interés general*, no cabe imponer ulteriores restricciones por parte del Estado miembro de destino). Se exige, pues, tal y como ocurre en la libre circulación de mercancías, una cierta «equivalencia» (= o «mismo nivel de protección»), entre la Ley del Estado de origen y la Ley del Estado receptor.

Segundo: la medida nacional restrictiva debe ser *necesaria*. En otras palabras: el objetivo que persigue no debe poder alcanzarse a través de reglas *menos restrictivas*: la reglamentación nacional debe ser, pues, *necesaria* y *apropiada* al objetivo que se persigue (STJCE 23 noviembre 1999, *Arblade & Leloup*, C-369/96 y 376/96, *Rec.*, p. I-8453; STJCE 6 junio 1996, *Comisión vs. Italia*, C-101/94, *Rec.*, p. I-2691; STJCE 15 mayo 1997, *Futura Participations y Singer*, C-250/95, *Rec.*, p. I-2471; STJCE 29 noviembre 2001, *Coster*).

Tercero: la restricción impuesta por la medida nacional del Estado receptor debe ser *proporcional* al objetivo a defender (STJCE 25 julio 1991, *Säger vs. Dennemayer*; STJCE 25 julio 1991, *Comisión vs. Países Bajos*, C-353/89, *Rec.*, p. I-4069; STJCE 12 diciembre 1996, *Reisebüro Broede vs. Gerd Sandker*). Esta exigencia es propia de toda construcción jurisprudencial o pretoriana (V. HATZOPOULOS). Pero ¿cómo se mide la «proporcionalidad»? El TJCE emplea varios parámetros para decidir si la medida es o no es «proporcional»: (a) *naturaleza del servicio*: si el servicio ofrecido por el prestador comunitario es un servicio *general* y no *específico*, el beneficiario del servicio no puede esperar *prestaciones específicas* (= que le podrían ser proporcionadas por los prestadores del Estado de acogida), sino *prestaciones generales*, por lo que no existe «proporcionalidad»; (b) *consecuencias* que se derivan del *servicio general* ofrecido por el prestador comunitario: si la falta de prestaciones específicas por parte del prestador comunitario no perjudica el objetivo a defender (= la exigencia imperativa), entonces la medida no es proporcional; (c) *existencia de recursos*: si la medida nacional restrictiva no es susceptible de recurso, normalmente jurisdiccional, de modo que los interesados (= los prestadores comunitarios de servicios) pueden recurrir contra las medidas presumiblemente restrictivas, entonces no es proporcional. De acuerdo con estos criterios, por ejemplo, una medida es «proporcional» cuando no impide totalmente la realización de una actividad en el Estado receptor, sino que la «canaliza» a través de ciertas exigencias *justificadas* (STJCE 21 octubre 1999, *Questore di Verona vs. Diego Zenatti*, C-67/98, *Rec.*, p. I-7289; STJCE 12 diciembre 1996, *Reisebüro Broede vs. Gerd Sandker*).

7. La cláusula del «interés general» como límite a la libertad de establecimiento y a otras libertades comunitarias ha generado una «jurisprudencia casuística». Sigue un modelo anglosajón. No hay reglas generales ni reglas a priori. Las reglas se van construyendo con la acumulación de casos fallados por el TJCE. Se decide, caso por caso, si la legislación restrictiva del Estado de acogida es admisible o no lo es en virtud de la defensa de este «interés general». La lista de razones de interés general está siempre abierta. Varios ejemplos de supuestos en los que ha operado el «interés general» como límite a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios pueden citarse: la protección de los *destinatarios del servicio* y los *consumidores* a través de normas profesionales, la protección de la *propiedad intelectual*, protección de los *trabajadores*, la conservación del *patrimonio histórico artístico* nacional, y mejor difusión de los conocimientos relativos a dicho patrimonio, así como la defensa de la *política cultural*, la protección de las reglas sobre *cualificación y deontología* profesional, la coherencia del *sistema fiscal* del Estado donde se presta el servicio, la protección del *principio de confianza financiera* y defensa de la *reputación del mercado nacional*, la *defensa del medio ambiente*, la *defensa de una lengua o cultura*, la *seguridad en las carreteras*, el mantenimiento de un *equilibrio financiero y deportivo* entre los clubs deportivos, etc.

8. Una vez que una empresa se ha «establecido en otro Estado miembro, la actividad económica que tal empresa va a desplegar en dicho Estado está sujeta a los requisitos legales impuestos por el Estado receptor (= «Estado miembro de destino» o «Estado de acogida»). Aunque algunos sectores de la actividad económica de las empresas están regulados por «normas armonizadas» de Derecho comunitario, la mayor parte de las actividades empresariales las regula cada Estado miembro como tiene por conveniente (= Estado miembro por Estado miembro, la regulación legal es diferente).

3. Sociedades titulares del derecho a la libertad de establecimiento en la UE

9. Para beneficiarse de la libertad de establecimiento, las personas jurídicas, y en particular, las sociedades de capital, deben satisfacer, *cumulativamente*, dos requisitos: 1.º) la sociedad debe haber sido «constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro»; 2.º) la sociedad debe tener su sede social, administración central o centro de actividad principal en un Estado miembro. Ambos requisitos (= y ninguno más, conviene recordarlo desde este momento), se encuentran recogidos en el art. 48 TCE.

Ningún otro requisito más se exige. Por ejemplo: no se requiere, digan lo que digan ciertos autores, que la sociedad ejerza «alguna actividad económica» en el Estado miembro donde tiene su domicilio estatutario (STJCE 9 marzo 1999, *Centros*; STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*; STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*).

Como es fácil apreciar, si se hace *zoom* detenidamente sobre el art. 48 TCE, se descubre, como explica H. MUIR-WATT, que el precepto no señala cuál es la «Ley aplicable» a las personas jurídicas⁶. Ésta es una cuestión que deben decidir y determinar las normas de conflicto de los Estados miembros. Éstos, en principio, pueden elegir la tesis o el criterio de conexión que prefieran. Pueden optar por la «tesis de la sede real» o por la «tesis del domicilio social» o por la «tesis de la sede de explotación» o por la «tesis de la Incorporación», o por cualquier otra que estimen conveniente. Ya lo dijo bien claro la STJCE 27 septiembre 1988, *The Queen vs. Treasury and Commissioners of Inland Revenue-ex parte Daily Mail and General Trust plc*, 81/87, *Rec.*, p. 5483, y lo corroboró con toda nitidez años más tarde el TJCE mismo en las STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*. En suma, como bien indica P. BLANCO-MORALES LIMONES, el art. 48 TCE no es una norma de conflicto y en nada obliga a los Estados miembros a seguir una u otra teoría para fijar la Ley aplicable a las sociedades⁷.

Normalmente, suelen coincidir el Estado conforme a cuyas leyes se ha constituido la persona jurídica con el Estado de su sede social (= sede fijada en los estatutos de la sociedad), con el Estado donde la sociedad realiza la mayor parte de sus actividades económicas (= llamado por ciertos autores, el país de su «sede real») y con el Estado en el que la sociedad tiene su centro de dirección efectivo (= también llamado por otros autores, para aumentar la confusión ya alarmante sobre este tema, el país de su «sede real»). Pero cuidado: esto no siempre es así. Puede que una sociedad constituida con arreglo al Derecho inglés y con sede estatutaria en Londres despliegue la inmensa mayoría de sus actividades económicas, o todas, en Holanda y sea dirigida también desde Holanda. Naturalmente, los ejemplos pueden multiplicarse. La realidad siempre supera a la ficción. Lo demuestra la sentencia del BayObLG (Tribunal Superior de Baviera) de 23 febrero 2003: una sociedad constituida con arreglo a la Ley de la República de Zambia era dirigida y controlada desde Alemania y desarrollaba actividades en varios países comunitarios y no comunitarios⁸. Dicha sociedad no se beneficia de la libertad de establecimiento porque se constituyó con arreglo a la Ley de un tercer Estado.

10. Así pues, basta con que la sociedad tenga en un Estado miembro su *centro de explotación principal* (= lugar donde desarrolla principalmente sus actividades económicas), o su *sede estatutaria* (= lugar mencionado como

⁶ H. MUIR-WATT, «Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*», *RCDIP*, 2004, pp. 173-184, esp. p. 176.

⁷ P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Transferencia internacional de sede social*, Pamplona, 1997, pp. 51-59.

⁸ *RIW*, 2003, p. 387.

sede de la sociedad en sus estatutos), o su *administración central* (= lugar donde la sociedad tiene su centro de dirección efectivo). Estos tres son *crioterios alternativos*. Uno de ellos debe concurrir junto al otro requisito obligatorio: que la sociedad se haya constituido con arreglo a la legislación material de un Estado miembro. Por ello, no se benefician de la libertad de establecimiento ni de la libre prestación de servicios las sociedades radicadas en un «tercer país» que dispongan de sucursales o agencias situadas en países comunitarios, pero que no se han constituido con arreglo a la Ley de un Estado miembro. Una vez que concurren las exigencias del art. 48 TCE, la sociedad se beneficia de la libertad de establecimiento y es irrelevante el país, comunitario o no, donde radica la *sede real* de la sociedad (= el país donde despliega sus actividades económicas). Una vez corroborado que la sociedad constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro tiene su *sede estatutaria* o su *administración central* o su *sede real* en un Estado miembro, es ya una sociedad que puede beneficiarse de la libertad de establecimiento en los demás Estados miembros.

11. Hasta aquí lo que dice, por cierto, de modo totalmente diáfano, el art. 48 TCE. Y a partir de aquí comienzan las discrepancias doctrinales. Ciertos autores se muestran alarmados frente a varios «supuestos riesgos» que genera la redacción del art. 48 TCE.

12. a) *Penetración en la UE de sociedades no comunitarias*. Tal y como está redactado el art. 48 TCE, se genera un riesgo enorme, afirman determinados autores. En efecto: basta una mínima implantación, incluso nominal, de una sociedad en un Estado miembro, para que dicha sociedad (= una sociedad que es, realmente, una sociedad no integrada en el mercado comunitario) se beneficie de la libertad de establecimiento en la UE. Cabría así pensar en una sociedad con una mera *sede estatutaria* en un Estado miembro, pero con *sede real* en un tercer Estado no comunitario o plenamente controlada por nacionales de terceros Estados. En dicho caso, tal sociedad se beneficiaría de la libertad de establecimiento y penetraría con total libertad en el mercado comunitario. Pero que no cunda el pánico: este riesgo y estos temores son totalmente infundados. Varias razones lo explican (L. LÉVY⁹). Primero, debe recordarse que, a pesar de opiniones contrarias muy arraigadas en un pensamiento agresivo contra la libre circulación de capitales, como la de J. BÉGUIN¹⁰, el capital no tiene «nacionalidad». Por ello, no tiene sentido poner frenos a la libre movilidad de una sociedad en la UE sólo por el

⁹ L. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, LGDJ, 1984, pp. 67-69.

¹⁰ J. BÉGUIN, «La nationalité juridique des sociétés devrait correspondre à leur nationalité économique», en AA.VV., *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à E. Catala*, 2001, Litec, pp. 859-874.

hecho de que el capital está en manos de nacionales de terceros Estados. Eso recuerda la antigua «teoría del control», propia de tiempos de guerra, pero poco adecuada en un mercado único (B. AUDIT¹¹). Segundo, si la sociedad está de algún modo implantada en un Estado miembro y se ha constituido con arreglo a la Ley de un Estado miembro, ya está contribuyendo con ello al crecimiento y a la competencia en el contexto de la economía de la UE. Bienvenida sea, pues, dicha sociedad, al mercado comunitario. Ya puede circular libremente por la UE, y ejercer sus actividades económicas en todos los Estados miembros en régimen de libertad de establecimiento (E. BLANQUET¹²).

13. b) Sociedades con sede estatutaria en un Estado miembro pero con sede real en otro Estado miembro: el fantasma del fraude provocado por las Pseudo-Foreign Corporations o sociedades ficticias. Ciertos autores, fascinados por la tesis de la sede real (= en la versión según la cual la «sede real» equivale a «lugar principal de explotación»), no comprenden ni están dispuestos a aceptar que una sociedad pueda haberse constituido con arreglo a un Estado miembro «A» y tenga en «A» su sede estatutaria, pero despliegue sus actividades principales en otro Estado miembro «B». Detrás de ello ven el fantasma del fraude. Los argumentos que citan en favor de esta «tesis anti-fraude» son los siguientes: 1.º) el fraude está prohibido en Derecho comunitario y ha sido castigado por el TJCE cuando una sociedad se instala de modo puramente ficticio en un Estado miembro pero dirige todas sus actividades hacia otro Estado miembro. En apoyo de este presunto argumento, estos autores suelen citar las afirmaciones contenidas en la STJCE 5 octubre 1994, *TV10*, asunto C-23/93, *Rec.*, p. I-4795: el TJCE admitió la aplicación de las normas del país de destino de unas emisiones de TV, porque la sociedad emite disponía de un «establecimiento salvaje» en otro Estado miembro, cuyo único objetivo era transmitir señales de TV al primer Estado miembro y no a ningún otro Estado miembro, incluido el Estado miembro desde donde se emitían las señales. Estos autores emplean la «analogía»: visto lo visto en la STJCE 5 octubre 1994, *TV10*, asunto C-23/93, tampoco debe ser posible que una sociedad instale una «sede ficticia» o «puramente nominal» en un Estado miembro para que luego toda la actividad social se desarrolle en «otro» Estado miembro. En dicho caso, las normas del Estado miembro «de destino» deben aplicarse (= es el país de la sede «real» de la sociedad); 2.º) para que una sociedad pueda considerarse «establecida» en un Estado miembro (= y pueda así beneficiarse de la libertad de establecimiento), dicha sociedad debe presentar un «*ligamen efectivo y continuo con la economía de*

¹¹ B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 4.ª ed., 2006, pp. 868-869.

¹² E. BLANQUET, *Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés*, *Rev. Soc.*, 2000, pp. 115-133.

un Estado miembro». Esta tesis fue recogida en el Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, de fecha 18 diciembre 1961. Estos autores estiman que la sociedad internacionaliza fraudulentamente un supuesto meramente interno (= la sociedad está objetiva y exclusivamente conectada con el Estado miembro de destino en el que ejerce sus actividades económicas, pero la sede estatutaria se ha «colocado» en otro Estado miembro diferente con arreglo a cuyas leyes societarias se ha constituido tal sociedad).

14. Pues bien: esta «corrección» de la libertad de establecimiento en favor de la exigencia para las sociedades de un «ligamen efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro» revela temores plenamente infundados. El fantasma del fraude, como indica M. MENJUCQ, es sólo eso: un fantasma, un espectro¹³. Y como es bien sabido, los fantasmas no existen. Varias razones permiten desechar estos miedos y, con ello, es posible también desechar sin dificultades esta «corrección artificial» añadida erróneamente al art. 48 TCE por ciertos autores¹⁴.

1.º) No debe olvidarse que el art. 48 TCE (= que nada dispone al respecto pudiendo perfectamente haberlo hecho), nada exige en relación con ese inexacto e indeterminado «ligamen efectivo y continuo». Se exige lo que se exige y nada más. *In claris non fit interpretatio*.

2.º) Los Programas generales de 1961 son textos que carecen de contenido normativo directo. Son meras «indicaciones útiles con miras a la realización de las disposiciones correspondientes del Tratado» (= en palabras de la STJCE 28 abril 1977, *Jean Thieffry vs. Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris*, 71/76, *Rec.*, p. 765). Por tanto, difícilmente pueden ser utilizados para «corregir» el tenor literal, clarísimo, del art. 48 TCE. Pero resulta que, además, y aquí llega lo decisivo, estos «Programas» no fueron diseñados para los casos totalmente intracomunitarios (= casos cuya totalidad de

¹³ M. MENJUCQ, «Nota a STJCE 23 septiembre 2003, *Inspire Art*», *JDI Clunet*, 2004, pp. 917-929, esp. p. 926; *Id.*, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pp. 23-24.

¹⁴ Es el caso, entre otros, de S. SÁNCHEZ LORENZO, «El Derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario», *Libro homenaje al Prof. Sanchez Calero*, 2002, pp. 451 y ss.; *Id.*, «El Derecho europeo de sociedades y la sentencia Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm.0, 2000, pp. 115-157; *Id.*, *Derecho privado europeo*, Granada, Ed. Comares, 2002, pp. 32-33; *Id.*, «Nota a la sentencia TJCE de 5 de noviembre de 2002, As. C-208/00: *Überseering*», *REDI*, 2002-2, pp. 927-930; *Id.*, «What Do We Mean when We Say 'Folklore'? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law», *European Review of Private Law*, 2006, 2, pp. 197-219, esp. pp. 205-207; D. SANCHO VILLA, «La dudosa compatibilidad con el Derecho comunitario de la construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia Centros Ltd», *La Ley*, 1999, D-297, pp. 1851-1859; *Id.*, *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, 2001.

elementos están localizados en la UE). Fueron diseñados, por el contrario, y como bien recuerda P. KINDLER, con el solo objetivo de atajar prácticas de «establecimiento salvaje» en la UE por parte de sociedades realmente radicadas en terceros Estados no comunitarios¹⁵. Así lo indica con meridiana claridad la STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering* FJ 75: «[d]el propio tenor del Programa general se deduce que sólo exige una vinculación efectiva y continua en el caso en el que la sociedad sólo tenga su domicilio social estatutario en el interior de la Comunidad». Es decir, la sede real en un Estado miembro sólo sería exigible como requisito de la libertad de establecimiento cuando la sociedad dispusiera de su sede estatutaria, puramente nominal en la UE, pero su sede real (= actividades económicas principales o relevantes), estuviera localizada fuera de la UE. Por tanto, si una sociedad dispone de su sede estatutaria en un Estado miembro en el que no ejerce actividad económica alguna, y desarrolla tales actividades económicas en otro Estado miembro, el llamado «Programa General» es inaplicable. Así de simple (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ¹⁶).

3.º) Estos autores emplean un concepto impreciso y nebuloso, el concepto de «ligamen efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro». Dicho concepto no es más que una «tapadera», una «máscara», un maquillaje cuyo secreto objetivo es intentar volver a la vida la tesis de la «sede real» en el art. 48 TCE. Una tesis que puede ser calificada, en palabras con P. BEHRENS, como «una tesis arcaica, que no asegura la protección eficaz de los acreedores y que es una especie de proteccionismo propio del período de entreguerras y un obstáculo a la integración europea»¹⁷. Pero es que resul-

¹⁵ P. KINDLER, «Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società», *RDIPP*, 2006-III, pp. 657-674, esp. p. 659.

¹⁶ Las enormes debilidades de las tesis anti-fraude son puestas de manifiesto con muy buen criterio por F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE (algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)», *RDM*, 1999, pp. 645 y ss.; ID., «La Sentencia ‘Centros’: el ‘status questionis’ un año después», *Not. UE*, n.º 195, 2001, pp. 79-96; ID., «La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, pp. 2-ss.; ID., «La sentencia ‘Überseering’ y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro», *RDM*, n. 248, 2003, pp. 663-682.

¹⁷ P. BEHRENS, «Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art», *IPRax*, 23, 3, 2003, pp. 193-207, esp. p. 206; ideas similares en P. BEHRENS, «Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH», *IPRax*, 1999, pp. 323-339; ID., «Der Durchgriff über die Grenze», *RabelsZ*, 1982, pp. 308-321; ID., «Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland», *RIW*, 1986, pp. 590-599; ID., «Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenze im Licht der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt (Art. 52 und 58 EWGV)», *ZGR*, 1994, pp. 1-32; ID., «Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH», *IPRax*, 1999, pp. 323-341.

ta, además, que, como ha subrayado B. LECOURT, los redactores de dicho precepto, perfectamente conscientes de que podían haber optado por la «tesis de la sede real» para precisar el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento, prefirieron «otro modelo»¹⁸. El modelo elegido fue un modelo que favorece la movilidad de las sociedades en la UE (= el cambio de sede real no implica cambio de la Ley aplicable que rige la vida interna de sociedad). Un modelo que potencia la elección de la Ley de aquellos Estados miembros que disponen de legislaciones societarias más competitivas (= los socios no constituirán sus sociedades con arreglo a las Leyes de los Estados miembros que les «penalicen»). Por otro lado, el concepto de «ligamen efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro» es, como ya se ha avanzado, un concepto impreciso y nebuloso. Para concretarlo, se precisaría un acuerdo interestatal sobre qué debe entenderse por tal «ligamen efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro». Y dicho acuerdo, si es que fuera posible (= lo que resulta muy dudoso), y conveniente (= que no lo es), dista mucho de ser pacífico.

4.º) Estos autores emiten, sin decirlo expresamente, un juicio condenatorio de ciertas legislaciones societarias de los Estados miembros (= se consideran «Leyes injustas»). Estos autores creen que existen «Leyes societarias buenas» y «Leyes societarias malas» en los distintos Estados miembros. Este punto de partida es inaceptable. La UE constituye hoy mucho más que un mero y simple «mercado interior». La UE es también un «espacio de libertad, de seguridad y de justicia» (art. 61 TCE), en cuyo contexto resulta muy difícil admitir y aceptar que la legislación societaria de un Estado miembro es una «Ley injusta» (= un «estatuto odioso»). Los Estados miembros son *Friendly States*. Por ello, el art. 48 TCE «no levanta el velo» de la Ley material de los Estados miembros. En efecto, el hecho de que la sociedad se haya constituido con arreglo a la Ley de un Estado miembro y que tenga su sede estatutaria en un Estado miembro es ya garantía suficiente de que tal sociedad está suficientemente «vinculada con la UE» y de que puede beneficiarse de la libertad de establecimiento. Si la UE es algo más que la «suma aritmética» de ciertos países (= y, ciertamente, es algo mucho más que una mera agregación cuantitativa de países «extraños entre sí»), la integración jurídica europea significa que los «juicios valorativos negativos» contra Leyes de «Estados compañeros» deben estar excluidos y proscritos. Como lo están, por cierto, en el contexto de los supuestos de Derecho interregional¹⁹.

¹⁸ B. LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements*, 2000, LGDJ, 2000, pp. 45-46.

¹⁹ El art. 16.2 del Código Civil español indica: «[I]os conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: (...) 2.º No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público».

5.º) Admitir un criterio riguroso de «establecimiento en la UE» vertebrado por un criterio de «sede real», camuflado tras un maquillaje jurídico en forma de «ligamen continuo y efectivo», conduce a una interpretación restrictiva de los sujetos que puede beneficiarse de la libertad de establecimiento. Y una libertad comunitaria interpretada en sentido restrictivo deja ver la larga mano del dirigismo económico y del estatalismo totalitario contrario a la libre competencia en el mercado. Una interpretación restrictiva de los derechos y de las libertades comunitarias no encaja bien con la construcción europea como «espacio de libertad».

6.º) La analogía de los casos de *Pseudo-Foreign Corporations* con el caso resuelto por el TJCE en la STJCE 5 octubre 1994, *TV10*, asunto C-23/93, *Rec.*, p. I-4795, es falsa e inexistente. No hay analogía, pese a la vehemencia mostrada por ciertos autores²⁰. La repetición o insistencia en ciertos argumentos no los convierte, por supuesto, en argumentos «convincientes». Son sólo argumentos erróneos repetidos hasta la saciedad. Como escribe H. MUIR-WATT²¹, en el caso de la STJCE 5 octubre 1994, *TV10*, el TJCE declara que las reglas jurídicas del Estado miembro de destino pueden aplicarse porque regulan las «condiciones de acceso de las sociedades extranjeras a la actividad del mercado local» (= condiciones que corresponden regular al Derecho del Estado miembro de destino). Son «normas relativas al ejercicio de determinadas actividades profesionales» (STJCE 9 marzo 1999, *Centros* FJ 26). Sin embargo, en los casos de la trilogía jurisprudencial societaria del TJCE, las normas cuya aplicación invocan con desesperación ciertos Estados miembros de destino no regulan tales «condiciones de acceso a la actividad económica en el Estado miembro de destino». Por el contrario, tales normas afectan, y niegan, «las condiciones mismas de la constitución de las sociedades extranjeras» (= son «normas que regulan la constitución de sociedades» en palabras de la STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, FJ 26). Y claro, exigir que las sociedades que van a ejercer actividades eco-

²⁰ Insiste y persiste en este error, con reiteración e intensidad, S. SÁNCHEZ LORENZO, «El Derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario», *Libro homenaje al Prof. Sanchez Calero*, 2002, pp. 451 y ss.; ID., «El Derecho europeo de sociedades y la sentencia Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm. 0, 2000, pp. 115-157; ID., *Derecho privado europeo*, Granada, Ed. Comares, 2002, pp. 32-33. También, en la misma línea equivocada del autor anterior, se sitúa D. SANCHO VILLA, «La dudosa compatibilidad con el Derecho comunitario de la construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia Centros Ltd», *La Ley*, 1999, D-297, pp. 1851-1859; ID., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, 2001, *passim*, insistiendo en estas equivocadas construcciones. Por cierto, muy justamente criticadas por F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La sentencia ‘Überseering’ y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro», *RDM*, n. 248, 2003, pp. 663-682.

²¹ H. MUIR-WATT, «Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*», *RCDIP*, 2004, pp. 173-184, esp. p. 180.

nómicas en el Estado miembro de destino se «adaptan» al, y «respeten» el Derecho societario del Estado miembro de destino significa que sólo las sociedades que se constituyen con arreglo a tal Derecho societario del Estado miembro de destino pueden disfrutar de la libertad de establecimiento. Lo cual es desproporcionado, innecesario, reglamentista, imperialista, excesivo y atenta contra la existencia misma o «esencia», como dice el TJCE, de la libertad de establecimiento. Así, de modo radical, la STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering* FJ 81 y 93, indica que «[1]a exigencia de reconstitución de la misma sociedad en Alemania [Estado miembro de destino en el caso de esta sentencia] equivale, en consecuencia, a la negación misma de la libertad de establecimiento». Los autores que ven el fantasma del fraude por todas partes, asustados no se sabe bien por qué, no captan la sutileza de esta importante distinción. Ello se debe a una falta de profundidad en el estudio y en la comparación entre el caso objeto de la STJCE 5 octubre 1994, *TV10*, por un lado, y los tres grandes casos societarios objeto de las STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*. Por eso la analogía de la que alardean estos autores es falsa y su argumentación se convierte en una falacia: la famosa «falacia de la falsa analogía» o «falacia de Van Gogh».

7.º) Como ha puesto de relieve O. VAN SOLINGE, los partidarios de la tesis de la «sede real camuflada» (= que niegan radicalmente, aunque con argumentos poco creíbles y nada convincentes, como se ha visto, la posibilidad de las sociedades de instalar su sede estatutaria en un Estado miembro y de desplegar todas sus actividades económicas en otro Estado miembro) practican un «proteccionismo larvado»²². En efecto: si la sociedad no dispone de total movilidad en la UE, se verá forzada a «adaptarse» a los tipos societarios de cada uno de los Estados miembros, sin posibilidad de elegir el tipo societario más ventajoso de entre los que ofrecen los Derechos de los Estados miembros. Ello incrementa la necesidad de una colaboración con el «empresario local». Ahí radica el proteccionismo.

15. Como se verá más adelante, el TJCE ha rechazado radicalmente la errónea tesis según la cual se produce fraude si una sociedad instala una sede social en un Estado miembro pero ejerce la mayor parte o todas sus actividades económicas en otro Estado miembro. Así puede apreciarse en la famosa trilogía societaria formada por las sentencias STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*.

²² O. VAN SOLINGE, «Cross-border Mergers: a Private International Law Approach», *Netherlands International Law Review*, 1996, pp. 100-104.

II. La regulación jurídica de las sociedades en la UE y en los Estados miembros

16. La UE ha puesto en marcha un proceso de armonización jurídica de la legislación de los Estados miembros relativa a las sociedades. Como muestra el excelente panorama normativo ofrecido por E. NACHTER / M. RAAIJMARKERS²³, este proceso ha afectado a la regulación legal interna de las sociedades²⁴, al Derecho del Mercado de Valores²⁵ y al Derecho Fiscal

²³ E. NACHTER / M. RAAIJMARKERS, *Harmonization of Company and securities law (The European and American approach)*, Tilbury, 1989, pp. 19-39. Aunque esta obra es anterior a muchos de los desarrollos normativos del Derecho comunitario acaecidos posteriormente, su planteamiento resulta muy esclarecedor.

²⁴ Las Directivas comunitarias que armonizan la legislación de los Estados miembros en materia societaria son las siguientes: a) Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DOCE L 65 de 14 marzo 1968); b) Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (DOCE L 26 de 31 enero 1977); c) Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DOCE L 295 de 20 octubre 1978); d) Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DOCE L 222 de 14 agosto 1978); e) Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas (DOCE L 378 de 31 diciembre 1982); f) Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas (DOCE L 193 de 18 julio 1983); g) Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado (DOCE L 395 de 30 diciembre 1989); h) Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (DOCE L 395 de 30 diciembre 1989); i) Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo (DOUE L 157 de 9 junio 2006). En proyecto o en estudio se hallan otras Directivas sobre materias diversas relativas al régimen jurídico interno de las sociedades. Tales textos abordan cuestiones como la estructura de los órganos de las sociedades anónimas, sus poderes y obligaciones de sus órganos, grupos de sociedades, etc. Muchas duermen desde hace décadas el sueño de los justos y su futuro es incierto, por no decir, poco esperanzador.

²⁵ La normativa comunitaria más destacable en lo que se refiere al Derecho del Mercado de Valores es la siguiente: a) Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas

Societario²⁶, así como a ciertos aspectos netamente internacionales de la actividad societaria en la UE²⁷.

sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (DOCE L 375 de 31 diciembre 1985), Directiva profusa y sucesivamente modificada; b) Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables (DOCE L 141 de 11 junio 1993); c) Directiva 2001/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la admisión de valores negociables a cotización oficial y la información que ha de publicarse sobre dichos valores (DOCE L 184 de 6 julio 2001); d) Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero, y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE y 93/22/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 35 de 11 febrero 2003); e) Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) (DOUE L 96 de 12 abril 2003); f) Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (DOUE L 345 de 31 diciembre 2003); g) Directiva 2003/124/CE de la Comisión, de 22 de diciembre de 2003, a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la definición y revelación pública de la información privilegiada y la definición de manipulación del mercado (DOUE L 339 de 24 diciembre 2003); h) Directiva 2003/125/CE de la Comisión, de 22 de diciembre de 2003, a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la presentación imparcial de las recomendaciones de inversión y la revelación de conflictos de intereses (DOUE L 339 de 24 diciembre 2003); i) Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (DOCE L 145 de 30 abril 2004); j) Directiva 2004/72/CE de la Comisión, de 29 de abril de 2004, a efectos de aplicación de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las prácticas de mercado aceptadas, la definición de información privilegiada para los instrumentos derivados sobre materias primas, la elaboración de listas de personas con información privilegiada, la notificación de las operaciones efectuadas por directivos y la notificación de las operaciones sospechosas (DOUE L 162 de 30 abril 2004); k) Reglamento (CE) n.º 809/2004 de la Comisión de 29 de abril de 2004 relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en cuanto a la información contenida en los folletos así como el formato, incorporación por referencia, publicación de dichos folletos y difusión de publicidad (DOUE L 149 de 30 abril 2004).

²⁶ Los más relevantes textos legales comunitarios que armonizan la legislación fiscal nacional de los Estados miembros aplicable a las sociedades en lo relativo a la imposición indirecta son: a) Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DOCE L 225 de 20 agosto 1990); b) Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DOCE L 225 de 20 agosto 1990); c) Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio

17. Sin embargo, a pesar de esta labor armonizadora, la regulación legal de las sociedades sigue estando, en una medida muy relevante, en manos de los Estados miembros y de las legislaciones nacionales de cada Estado miembro. La consecuencia de ello es clara. La legislación societaria es distinta de un Estado miembro a otro Estado miembro. Por ello, *ad ex.*, el capital social exigido para constituir una sociedad de capital es menor en el Reino Unido (= sobre unas 100 libras esterlinas para una *Private Company Limited by Shares*) y mayor en España (= diez millones de las antiguas y recordadas pesetas para una sociedad anónima y 500.000 pesetas para una sociedad de responsabilidad limitada). Resultado: es necesario precisar cuál es la «Ley aplicable» a las sociedades de capital en la UE, porque según sea una u otra la Ley aplicable a la sociedad, el régimen jurídico material de dicha sociedad cambia radicalmente.

III. Determinación de la Ley aplicable a las sociedades de capital en los Estados miembros

18. La precisión de la Ley aplicable a las sociedades se lleva a cabo a través de las llamadas «normas de conflicto de Leyes». Pues bien: no existen normas de conflicto «unificadas» en el Derecho comunitario europeo relativas a la Ley aplicable a las sociedades (= como se ha dicho, el art. 48 TCE no es una norma de conflicto de Leyes y no es su misión señalar la Ley apli-

de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DOCE L 157 de 26 junio 2003).

²⁷ Pueden citarse: 1.º) Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DOUE L 310 de 25 noviembre 2005); b) Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DOCE L 294 de 10 noviembre 2001); c) Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE L 294 de 10 noviembre 2001); d) Reglamento (CE) n.º 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE) (DOCE L 207 de 18 agosto 2003); e) Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE L 207 de 18 agosto 2003); f) Reglamento (CEE) n.º 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE) (DOCE L 199 de 31 julio 1985). Ni la SE ni la SCE son «sociedades supranacionales». La SE y la SCE son tratadas en cada Estado miembro como una «sociedad constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la sociedad tiene su domicilio social». La SE y la SCE son tipos de sociedades que «coexisten» con los tipos de sociedades de los Estados miembros (STJCE 2 mayo 2006, *Parlamento vs. Consejo*).

cable a las sociedades). Ante tal carencia normativa, cada Estado miembro aplica sus propias normas de conflicto (= recogidas en su legislación nacional), para determinar qué concreta Ley estatal es aplicable a las sociedades. Y, como es natural, cada Estado miembro tiene su Historia y tiene su Derecho, de modo que las normas de conflicto en materia societaria son diferentes en cada Estado miembro (P. KINDLER, B. AUDIT²⁸).

19. Un primer conjunto de Estados miembros siguen la llamada *Incorporation Theory* o *Gründungstheorie*²⁹. Según esta teoría, la sociedad se rige por la Ley del Estado con arreglo a cuya legislación se constituye. No importa el lugar de su constitución, ni su sede estatutaria, ni su sede real ni el lugar de su explotación principal (G. BEITZKE³⁰). Los socios pueden elegir la Ley aplicable a la sociedad: les basta con constituir la sociedad con arreglo a un determinado ordenamiento jurídico. La tesis surgió en Gran Bretaña durante el colonialismo para permitir que las sociedades en manos de los colonos ingleses se rigieran por la Ley inglesa aunque tuvieran su sede estatutaria, dirección o explotación principal en las colonias. Hoy día, esta tesis se sigue en el Reino Unido, Irlanda, Países Bajos, Hungría y, valgan como «ejemplos no comunitarios», Suiza (= *vid.* art. 154 LDIPr. Suiza 1987), Liechtenstein (= «Ley sobre las personas y las sociedades» PGR de 1997. art. 232), y los

²⁸ P. KINDLER, «Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società», *RDIPP*, 2006-III, pp. 657-674; B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 4.ª ed., 2006, pp. 868-872.

²⁹ En torno a esta tesis, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA, «Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional», *RGD*, n. 525, 1988, pp. 3679-3701; A. L. CALVO CARAVACA en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6.ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 84-89; A. L. CALVO CARAVACA, «Art. 9.11 Cc.», *Com.Cc. y Comp. For.*, 2.ª ed., 1995, pp. 479-525; ID., «Art. 9.11 Cc.», *Com.Cc. Min. Justicia*, 1991, pp. 103-105; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002; ID., «Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable», en J. F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; F. SÁNCHEZ CALERO, «La nacionalidad de la sociedad anónima», *Rev. Sociedades*, n. 1, 1993, pp. 45-60; C. AZZOLINI, «Problemi relativi alle persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato», *RDIPP*, 1993, pp. 893-922; T. BALLARINO, «Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes», *RCDIP*, 2003-3, pp. 373-402; M. V. BENEDETTI, «La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato», *Rivista delle società*, 1997, pp. 39-113; D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Cacucci Editore, Bari, 2004; G. GIRELLO, «La legge applicabile alle persone giuridiche nel diritto internazionale privato», *DCI*, 1996, pp. 285-288; S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law: a European Perspective*, Oxford Univ. Press, 2001.

³⁰ G. BEITZKE, «Les conflits de bis en matière de fusion de sociétés», *RCDIP*, 1967, pp. 1-21.

Estados Unidos de América (= la regulación de Delaware sobre el particular es mundialmente famosa).

La tesis de la *Incorporation* presenta ventajas innegables: 1.º Beneficia a los socios, que pueden escoger el «Derecho mejor» para organizar su sociedad. No siempre se elegirá el «Derecho menos exigente»: en ocasiones, los socios pueden estimar conveniente elegir un Derecho estatal que sea «exigente» en materia societaria, de modo que dicha elección cumple con una «función de marca» (H. MUIR-WATT³¹). Ejemplo: presentarse en el mercado como una sociedad constituida según el Derecho alemán no es lo mismo, como es obvio, que presentarse en el mercado como una sociedad constituida con arreglo al Derecho de Tuvalu. Las sociedades constituidas en países *Off-Shore* sufren y asumen un «riesgo reputacional» muy elevado (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ³²). 2.º Beneficia a los terceros y a la seguridad jurídica: la Ley elegida permanece en el tiempo y los terceros pueden detectar fácilmente cuál es la *Lex Societatis*. 3.º Potencia la actividad internacional de la sociedad, porque la sociedad puede desplegar su actividad en varios países y será aceptada como una «sociedad» en tales países sin necesidad de «reconstituirse» con arreglo al Derecho del país donde despliegue sus actividades económicas principales ni con arreglo al país desde el que la sociedad sea dirigida (STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering* FJ 79). La sociedad puede cambiar su «sede real» sin necesidad de cambiar la Ley estatal por la que se rige.

Esta tesis ha sido acusada, sin embargo, de provocar el llamado «síndrome de Delaware», fenómeno al que ciertos autores contemplan con ojos muy despectivos³³. El fenómeno consiste en lo siguiente: la sociedad se constituye con arreglo a legislaciones societarias permisivas de países con los que no tiene ninguna relación sustancial. Pero la crítica es injusta y poco equilibra-

³¹ H. MUIR-WATT, «Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*», *RCDIP*, 2004, pp. 173-184.

³² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Personas jurídicas y sociedades mercantiles», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 7.ª ed., Granada, Editorial Comares, 2006, pp. 295-336.

³³ Como hace, por ejemplo, S. SÁNCHEZ LORENZO, «El Derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario», *Libro homenaje al Prof. Sanchez Calero*, 2002, pp. 451 y ss.; ID., «El Derecho europeo de sociedades y la sentencia Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm. 0, 2000, pp. 115-157; ID., *Derecho privado europeo*, Granada, Ed. Comares, 2002, pp. 32-33; ID., «Nota a la sentencia TJCE de 5 de noviembre de 2002, As. C-208/00: *Überseering*», *REDI*, 2002-2, pp. 927-930; ID., «What Do We Mean when We Say 'Folklore'? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law», *European Review of Private Law*, 2006, 2, pp. 197-219, esp. pp. 205-207. También D. SANCHO VILLA, «La dudosa compatibilidad con el Derecho comunitario de la construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia Centros Ltd», *La Ley*, 1999, D-297, pp. 1851-1859.

da. En efecto, como ha demostrado solviente doctrina (B.H. KOBAYASHI / L.E. RIBSTEIN, E.-M. KIENINGER, etc.), las partes eligen libremente la Ley que desean que rija su sociedad y ello no supone ningún fraude a ninguna Ley de ningún país. Donde hay «libre elección de Ley» no puede haber fraude. Además, si los terceros están informados sobre la Ley que rige la sociedad con la que se relacionan, siempre pueden trasladar al precio el riesgo que asumen cuando contratan con sociedades regidas por «Derechos exóticos» o «poco fiables».

20. Un segundo grupo de Estados miembros siguen la llamada «tesis de la sede estatutaria». Según esta tesis, la sociedad se rige por la Ley del país en el que los socios fijan, libremente, el domicilio de la sociedad a efectos civiles. También con esta tesis los particulares pueden elegir la Ley aplicable a la sociedad: les basta con fijar el domicilio en un país, y la Ley de ese país será aplicable a la sociedad. El criterio lo sigue el art. 33 Cc. Portugal, el DIPr. francés y el español (art. 5 LSA y 6 LSRL), con correcciones importantes en estos dos últimos casos. Las ventajas de esta teoría son similares a las que presenta la *Incorporation Theory*, pues ambas permiten, realmente, que los socios elijan la «Ley aplicable a la sociedad» (A. SANTAMARIA, A. STEIGER, S. TAFANI / R. CARUSO, P. KINDLER³⁴).

21. Un tercer conjunto de Estados miembros acoge la conocida como «teoría de la sede de dirección (*Sitztheorie*)» (= tesis citada por algunos autores como teoría de la «sede real»). En fin, según esta teoría, la sociedad se rige por la Ley del Estado donde tiene su «sede de dirección» o «sede de administración», como bien explica la doctrina (U. DROBNIG, B. GROSSFELD, M. LUTTER, O. SCHMIDT, R. MONACO, S. RINDISBACHER, D. ZIMMERMANN, etc.³⁵). La

³⁴ A. SANTAMARIA, «Problemi attinenti al diritto internazionale privato e processuale della società», *Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padua, Cedam, 1989, pp. 805-838; ID., «Sociedad (Derecho internacional)», *EdD*, vol. XLII, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 883-908; A. STEIGER, *Grenzüberschreitende Fusion und Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EU nach spanischem und portugiesischem Recht*, 1997; S. TAFANI / R. CARUSO, *Il nuovo Diritto europeo delle società di capitali*, Roma, 2005, pp. 25-35; P. KINDLER, «Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società», *RDIPP*, 2006-III, pp. 657-674.

³⁵ U. DROBNIG, *Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften*. *ZHR*, 1966-1967, pp. 93-120; B. GROSSFELD, «Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen», *RabelsZ*, 1967, vol. XXXI, pp. 1-50; M. LUTTER (Ed.), *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland: mit Rechts- und Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*, Köln, O. Schmidt, 2005; R. MONACO, «Problèmes du droit international privé des sociétés», *Droit international et droit communautaire. (Actes du colloque, Paris, 5-6 avril 1990)*, París, 1991, pp. 175-186; S. RINDISBACHER, *Anerkennung gesellschaftlicher Gebilde im internationalen Privatrecht*, Berna, 1996; D. ZIMMERMANN, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 1996.

sociedad se rige, pues, por la Ley del Estado donde radica el lugar desde el que se dirigen las actividades de la persona jurídica (*Place of Central Administration*). Es un criterio seguido por el art. 40 LDIPr. Rumanía 1992, por el art. 110 Código belga de DIPr. 2004, por el art. 10 Ley Austria DIPr. 1978, y por el DIPr. alemán. Es la tesis germana por excelencia, no hay duda. Fue defendida hace muchos años por el gran jurista E. RABEL. Pero esta tesis presenta varios inconvenientes. Primero: las *Big Corporations* del siglo XXI son dirigidas desde varios países. Ello provoca el problema del «cúmulo de Leyes aplicables» y el problema de la «indeterminación del lugar de dirección de la sociedad». Segundo: la sede de dirección puede cambiar con extrema facilidad, con lo que surge el problema del «conflicto móvil»: cada vez que la sociedad cambia de lugar de dirección es preciso volver a «constituir la sociedad» con arreglo a un nuevo Derecho estatal, lo que resulta muy costoso, antieconómico y poco realista en una economía cambiante, fluctuante y tendente a la deslocalización como es la economía mundial del siglo XXI.

22. Un cuarto grupo de Estados miembros da cabida en sus normas de conflicto nacionales a la llamada «teoría del centro de explotación». Según esta perspectiva conflictual, la sociedad se rige por la Ley del país donde realiza sus «actividades económicas principales» (*lieu d'exploitation*), como explica la doctrina especialmente en Francia (X. BOUCOBZA, I. FADLALLAH, J. DE GRANDCOURT, M. G. VAN HECKE, M. MENJUCQ, Y. LOUSSOUARN / J. D. BREDIN³⁶). Pero esta tesis plantea dos problemas, análogos a los que muestra la *Sitztheorie*: «dispersión de lugares de explotación» y «conflicto móvil». El art. 6.2 LSRL y el art. 5.2 LSA abrazan esta teoría en casos concretos y como corrección a la regla general (= que es la teoría de la «sede estatutaria», que a su vez es un modo particular de la *Incorporation Theory*). Ejemplo: si una sociedad tiene su domicilio en Delaware, USA, pero es realmente una sociedad plena, total e exclusivamente integrada en el mercado español (= con su principal explotación en territorio español), la sociedad quedará obligada a fijar su domicilio estatutario en España y naturalmente, a constituirse con arreglo al Derecho español.

³⁶ X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, Bib. de droit privé, t. 301, LGDJ, Montchrestien, 1998; I. FADLALLAH, «Personne morale», *E. Dalloz DI*, vol. II, 1969, pp. 582-588; J. DE GRANDCOURT, «Société», *E. Dalloz DI*, vol. II, 1969, pp. 844-859; M. G. VAN HECKE, «Les sociétés anonymes en droit international privé. Rapport provisoire et projet de résolution», *An.IDI*, Sesión de Varsovia, 1965, pp. 226-243; M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, 1997; Id., *Droit international et européen des sociétés*, 2001, pp. 23-29; Y. LOUSSOUARN, «La condition des personnes morales en droit international privé», *RCADI*, 1959, vol. 96, pp. 447-552; Y. LOUSSOUARN / J.D. BREDIN, *Droit du commerce international*, París, Sirey, 1969, pp. 247-530.

IV. Las normas de conflicto societarias como obstáculo a la libertad de establecimiento de las sociedades en la UE

1. *El obstáculo: las normas de conflicto de los Estados miembros en materia societaria*

23. Este escenario legal (= diversidad de normas de conflicto entre los Estados miembros + diversidad de normativas materiales de cada Estado miembro relativas a las sociedades), provoca un resultado hoy bien conocido por los expertos societarios: las normas de conflicto de los Estados miembros pueden operar como un auténtico «obstáculo» a la libertad de establecimiento. Una libertad de establecimiento que es, no se olvide, una libertad fundamental garantizada por el Derecho comunitario, una libertad que no puede ser menoscabada por la normativa nacional de los Estados miembros (= primacía de las normas comunitarias relativas a la libertad de establecimiento sobre las normas jurídicas de producción interna de los Estados miembros). Ejemplo: una sociedad limitada constituida en el Reino Unido con arreglo al Derecho inglés desea instalar una sucursal en España. La sociedad desarrolla la mayor parte de sus actividades económicas, o incluso todas sus actividades económicas, en España. Pues resulta que, con arreglo a las normas de conflicto españolas (= art. 9.11 Cc. + art. 6.2 LSRL), esa sociedad es «española», porque su explotación principal está en territorio español. La consecuencia es que dicha sociedad estaría obligada a «re-constituirse» con absoluto respeto al Derecho español. Y mientras no lo haga, la sociedad no puede instalar sucursales en España (= pues o bien se la considera como sociedad «inexistente» o como una sociedad meramente «irregular»). Como es fácil apreciar, con la aplicación a este caso del art. 6.2 LSRL, la sociedad legalmente constituida en el Reino Unido no puede disfrutar de la libertad de establecimiento en la UE. La norma española de conflicto de Leyes (= arts. 9.11 Cc. + art. 52 LSA) opera como un obstáculo, impedimento o barrera a la libertad de establecimiento (= art. 48 TCE).

24. Desde la perspectiva comunitaria, el hecho de que una sociedad válidamente constituida en un Estado miembro y que cumple con los requisitos exigidos por el art. 48 TCE para disfrutar de la libertad de establecimiento sea considerada como «irregular» o «inexistente» en otro Estado miembro, constituye un resultado totalmente inaceptable. Es una sociedad «claudicante» (= existe en un Estado miembro pero bien puede «no existir» en otros Estados miembros).

Naturalmente, la cuestión no tiene nada que ver con el carácter «discriminatorio» o no de la disposición legal que pudiera vulnerar, presuntamente, el derecho a la libre circulación de personas (= el hecho de que las normas de conflicto «nacionales» en materia societaria sean o no sea «discriminatorias» es totalmente irrelevante). Una norma de conflicto del Estado

miembro de destino puede resultar contraria a la libertad de establecimiento aunque no sea discriminatoria. Así lo ha corroborado el TJCE en contra de la equivocada opinión de los que afirmaban lo contrario³⁷.

En efecto, la UE constituye hoy mucho más que un «mercado interior». Es también un «espacio de libertad, de seguridad y de justicia» (art. 61 TCE), un espacio por el que los ciudadanos de la UE, los nacionales de los Estados miembros, tienen derecho a circular libremente (art. 18.1 TCE³⁸), y en el que las sociedades que cumplen los requisitos del art. 48 TCE, tienen derecho a establecerse con total libertad en otros Estados miembros. Y «establecerse libremente» significa establecerse sin «obstáculos jurídicos».

25. Hace ya más de una decena de años que el TJCE afirmó que las «normas de conflicto de Leyes» de los Estados miembros pueden constituir, en ciertos casos, un «perjuicio», «menoscabo», «restricción» u «obstáculo» a la libre circulación de personas y a las demás libertades comunitarias (STJCE 30 marzo 1993, *Konstantinidis*; STJCE 2 diciembre 1997, *Dafeki*; STJCE 23 noviembre 2000, *Elsen*; STJCE 9 marzo 1999, *Centros*; STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*; STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*). La pregunta ahora es la siguiente: ¿por qué las normas de conflicto de Leyes de los Estados miembros pueden suscitar «obstáculos» a las libertades comunitarias? La respuesta es tan sencilla como evidente: porque, como ha escrito con claridad cristalina H. GAUDEMET-TALLON³⁹, una situación legalmente existente en un Estado miembro (= por ejemplo, una sociedad legalmente constituida en el Reino Unido), creada con arreglo a las normas de conflicto de ese Estado miembro, podría no ser considerada como «existente» y/o «válidamente constituida» en otro Estado miembro (= en España dicha sociedad sería considerada «no existente» o «irregular» si tiene su explotación principal en territorio español). La sociedad «muere» en la frontera entre los Estados miembros. Cuando la situación jurídica (= la sociedad) «cruza la frontera» desde un Estado miembro a otro Estado miembro, la Ley aplicable a tal situación jurídica cambia. Y cambia porque las normas de conflicto del Estado de origen (= con arreglo a las cuales ha sido creada la sociedad) son diferentes de las normas de conflicto del Estado miembro de destino de la sociedad. La «nueva Ley aplicable» a la

³⁷ Erróneamente, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, Granada, Ed. Comares, 2002, pp. 32-33.

³⁸ Art. 18.1 TCE: «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

³⁹ H. GAUDEMET-TALLON, «De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne», *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185.

sociedad puede considerar que ésta «no existe» o «no es válida»: la sociedad es «claudicante». Y este «cambio de Ley aplicable» puede comportar un obstáculo evidente a la libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. En efecto: si una sociedad existe y tiene personalidad jurídica en un Estado miembro pero cuando se intenta instalar una filial o una sucursal en otro Estado miembro ya no se considera una sociedad válidamente constituida, resulta que dicha sociedad «se evapora» en el cruce de frontera. Resultado: las sociedades están, en dicho caso, «desincentivadas» a establecerse en otro Estado miembro porque el Estado miembro de destino le opone obstáculos jurídicos a su libertad de establecimiento. Una sociedad no intentará, o simplemente, no podrá, implantar una sucursal en otro Estado miembro si sabe que en tal Estado miembro dicha sociedad no existe, y con frecuencia, carece de personalidad jurídica aunque la tuviera en el Estado miembro de origen, en el que y con arreglo a cuyas Leyes se constituyó legalmente. Estos inconvenientes son «obstáculos» a la libertad de establecimiento de personas jurídicas, prohibidos por el art. 48 TCE.

26. Numerosas normas de conflicto en materia societaria de los Estados miembros son contrarias al art. 48 TCE. Bastará el examen de dos casos.

a) *España*. Los arts. 43 y 48 TCE permiten a una sociedad que instale su domicilio estatuario en un Estado miembro y que disponga de su explotación principal y/o sede de dirección en España, sin que se vea obligada, por mandato del art. 5 LSA, a fijar su «domicilio estatuario» en España. El art. 5.2 LSA y 6.2 LSRL son inaplicables en este caso porque tales preceptos suponen, en casos como el señalado, un «obstáculo no justificado» a la libertad de establecimiento de las personas jurídicas en la UE, obstáculo prohibido por el art. 46 TCE.

b) *Alemania*. El art. 48 TCE permite a una sociedad que instale su domicilio estatuario en un Estado miembro y que disponga de su sede de dirección principal en Alemania, sin que se vea obligada, por mandato del DIPr. alemán, a «reconstituirse» con arreglo a la Ley alemana. La regla alemana de DIPr. que exige que toda sociedad dirigida desde Alemania se rija por el Derecho alemán (*Sitztheorie*) es un obstáculo incompatible con la libertad de establecimiento. Ejemplo: una sociedad constituida con arreglo al Derecho holandés y con sede social en Holanda pero dirigida desde Alemania debe poder operar e instalar sucursales en Alemania sin ninguna restricción en virtud de la libertad de establecimiento (Sent. *Budessgerichtshof* 13 marzo 2003).

2. La labor del TJCE y la trilogía societaria Centros-Überseering-Inspire Art

27. El TJCE ha confirmado que el art. 48 TCE comporta una total y radical «eurodepuración» de las normas de conflicto societarias de los Estados

miembros⁴⁰. En efecto, la trilogía societaria del TJCE es demoledora. No deja lugar a dudas. Un recordatorio mínimo de las etapas de la citada trilo-

⁴⁰ La bibliografía sobre la jurisprudencia del TJCE relativa a la trilogía societaria formada por las sentencias STJCE 9 marzo 1999, *Centros Ltd/Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, es, como indica H. MUIR-WATT, una «bibliografía masiva». Un compendio muy completo de dichas referencias bibliográficas puede encontrarse en S. GRUNDMANN, *European Company Law*, 2004, pp. 839-846. Además, pueden verse: T. BALLARINO, «Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes», *RCDIP*, 2003-3, pp. 373-402; P. BEHRENS, «Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art», *IPrax*, 2003, pp. 193-207; S. BRAUN, «Die Europäische Aktiengesellschaft nach 'Inspire Art' bereits ein Auslaufmodell?», *Jura*, 2005, pp. 150-156; D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Cacucci Editore, Bari, 2004; W. F. EBKE, «Centros - Some Realities and Some Mysteries», *AJCL*, 2001, pp. 623-640; W. F. EBKE, «Überseering: 'Die wahre Liberalität ist Anerkennung'», *JZ*, 58, 19, 2003, pp. 927-933; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Vía libre a la movilidad de las sociedades en la UE: la STJCE de 30 septiembre 2003 (as. C-167/01), *Inspire Art*», *La Ley*, núm. 5924, 31 diciembre 2003; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002; ID., «Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable», en J. F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; ID., «La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE (algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)», *RDM*, 1999, pp. 645 y ss.; ID., «La Sentencia 'Centros': el 'status questionis' un año después», *Not.UE*, n.º 195, 2001, pp. 79-96; ID., «La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, pp. 2 ss.; ID., «La sentencia 'Überseering' y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro», *RDM*, n. 248, 2003, pp. 663-682; H. HEISS, «'Überseering': Klarschiff im internationalen Gesellschaftsrecht? Besprechung zu EuGH 5.11.2002 Rs C-208/00 (Überseering)», *ZfRV*, 44, 3, 2003, pp. 90-97; J.-M. JONET, «Sociétés commerciales. La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement», *J.Trib.(Brux.) Droit européen*, 11, 96, 2003, pp. 33-37; A. JÜTTNER, *Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit - nach Centros, Überseering und Inspire Art*, Frankfurt am Main, 2005; P. KINDLER, «Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? Die 'Überseering'-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht», *NJW*, 56, 15, 2003, pp. 1073-1079; P. LAGARDE, «Nota a STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*», *RCDIP*, 2003, pp. 508-536; S. LEIBLE / J. HOFFMANN, «Wie inspiriert ist 'Inspire Art'?, *EzFw*, 2003, pp. 677-683; A. LÜHN, *Rechtsformwahl in nationalen und transnationalen Kozern*, Verl. Neue Wirtschafts-Briefe, 2004; M. LUTTER (Ed.), *Europäische Auslands-gesellschaften in Deutschland: mit Rechts- und Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*, Köln, O. Schmidt, 2005; ID., «'Überseering' und die Folgen», *BB*, 58, 1, 2003, pp. 7-10; M. MENUJOC, «Nota a STJCE 23 septiembre 2003, *Inspire Art*», *JDI Clunet*, 2004, pp. 917-929; H. MUIR-WATT, «Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*», *RCDIP*, 2004, pp. 173-184; A. PERRONE, «Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti?: riflessioni sul 'caso Centros'», *Rivista delle società*, 46, 5, settembre-ottobre 2001, pp. 1292-1307; S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law: a European Perspective*, Oxford Univ. Press, 2001; ID., «The long and winding road towards freedom of

gía jurisprudencial societaria siempre resulta útil para comprender el escenario jurídico actual de las sociedades en la UE.

28. a) STJCE 9 marzo 1999, *Centros*. Unos esposos daneses constituyeron una sociedad en Inglaterra con arreglo a la Ley inglesa y con sede social en Inglaterra. La sociedad solicitó la apertura de una sucursal en Dinamarca que representaba el 100% de las actividades de la sociedad, que lógicamente no desarrollaba ninguna actividad comercial en Inglaterra. Las autoridades danesas negaron la posibilidad de abrir la sucursal en Dinamarca, pues estimaron que no se trataba de una «sucursal», sino de un establecimiento principal. Sin embargo, el TJCE entendió que Dinamarca podía adoptar las medidas que estimara convenientes para evitar consecuencias indeseables en el plano fiscal, pero no podía impedir la instalación de la sucursal de la sociedad inglesa en territorio danés. Dinamarca debía admitir, sin paliativos, la

establishment for legal persons in Europe. ECJ case 208/00 *Überseering Bv v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002] not yet reported», *M.J.*, 10, 2, 2003, pp. 169-197; W. H. ROTH, «From *Centros* to *Ueberseering*: free movement of companies, private international law, and Community law», *ICLQ*, 2003, pp. 177-208; A. ROUSOS, «Realising the free movement of companies», *Eur.Bus.L.Rev.*, 12, n.º 1-2, January-February 2001, pp. 7-25; S. SÁNCHEZ LORENZO, «El Derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario», *Libro homenaje al Prof. Sanchez Calero*, 2002, pp. 451 y ss.; ID., «El Derecho europeo de sociedades y la sentencia *Centros*: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm. 0, 2000, pp. 115-157; E. SCHANZE/A. JÜTTNER, «Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung 'Inspire Art'», *AG*, 48, 12, 2003, pp. 661-671; M. SIEMS, «Convergence, competition, 'Centros' and conflicts of law: European company law in the 21st century», *Eur.L.Rev.*, 27, 1, February 2002, pp. 47-59; G. SIMEN GRAVIR, «Conflict of laws rules for Norwegian companies after the *Centros* judgement», *Eur.Bus.L.Rev.*, 12, 7-8, July-August 2001, pp. 146-153; G. SPINDLER, «Deutsches Gesellschaftsrecht in der Zange zwischen *Inspire Art* und *Golden Shares*?», *RIW*, 49, 11, 2003, pp. 850-858; G. SPINDLER / O. BERNER, «Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach *Inspire Art*», *RIW*, 50, 1, 2004, pp. 7-16; G. SPINDLER, «El Derecho europeo de sociedades después de *Inspire Art* y *Golden Shares*», *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 23, 2004, pp. 65-80; M. P. STRAUBE, «Das 'Herkunftslandprinzip' im EU-Gesellschaftsrecht nach der 'Überseering-Entscheidung'», *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 30, 2, 2003, pp. 33-44; V. TRIEBEL/K.A. VON HASE, «Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach 'Überseering' und 'Inspire Art'», *BB*, 58, 46, 2003, pp. 2409-2417; A. TRUNK, «Grenzüberschreitende Insolvenz von Gesellschaften im Verhältnis EG-Schweiz: Folgerungen aus *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*», *SZIER*, 2004, pp. 531-557; F. UNZICKER, *Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union nach der Centros- und der Überseering-Entscheidung der EuGH*, Frankfurt am Main, 2004; M.-PH. WELLER, «Scheinauslandsgesellschaften nach *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*», *Iprax*, 2003, pp. 207-210; D. ZIMMER, «Nach 'Inspire Art'. Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?», *NJW*, 2003, pp. 3585-359; ID., «Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem *Überseering*-Urteil des EuGH», *BB*, 58, 1, 2003, pp. 1-7.

existencia y validez de la sociedad *Centros* en Dinamarca, por la sencilla razón de que dicha sociedad fue válidamente constituida en el Reino Unido, otro Estado miembro. Y no era para nada relevante que la sociedad desarrollara el 100% de su actividad en otro Estado miembro, en el Estado miembro en el que tenía su sede estatutaria y con arreglo a cuyas leyes se había constituido (H. MUIR-WATT⁴¹). La sociedad tiene derecho, amparado por la libertad de establecimiento comunitaria, a instalar una sucursal en un Estado miembro a través de la que se lleve a cabo la totalidad de actividades económicas de la sociedad, aunque su sede estatutaria radique en otro Estado miembro distinto. La STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, constituye «una nueva esperanza» para el DIPr. societario europeo: que las normas de conflicto sirvan a la libertad de circulación de las sociedades y para frenar su actividad internacional.

29. b) STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*. Una sociedad válidamente creada según el Derecho holandés, denominada *Überseering*, y con domicilio social estatutario en Holanda, trasladó *de facto* su «sede de dirección» a Alemania, puesto que sus acciones pasaron a manos de accionistas alemanes. Las autoridades alemanas adujeron que la sociedad *Überseering* debía «reconstituirse» en Alemania. En efecto, según las autoridades alemanas, al tener *Überseering* ahora su «sede social efectiva» en Alemania, quedaba sujeta al Derecho sustantivo alemán, ya que Alemania sigue el criterio de la *Sitztheorie* (= criterio según el cual, la sociedad se rige por el Derecho del país en el que tiene su sede social efectiva o de dirección). Por ello, las autoridades alemanas negaron que la sociedad *Überseering* tuviera personalidad jurídica y capacidad procesal, ya que no estaba constituida con arreglo al Derecho alemán. El TJCE afirmó que la regla alemana de DIPr. (*Sitztheorie*) suponía un obstáculo a la libertad de establecimiento y era por tanto inaplicable en los casos comunitarios. Por tanto, las autoridades alemanas debían aceptar que *Überseering* tenía personalidad jurídica y capacidad procesal, aunque no se ajustara a la Ley alemana (= pero sí a la Ley holandesa), ya que negarlo supondría negar la libertad de establecimiento de dicha sociedad en la Comunidad Europea. Bastaba para ello retener que la sociedad *Überseering* ya había sido válida y legalmente constituida según el DIPr. de otro Estado miembro (= Holanda). El TJCE viene a decir que la sociedad cubierta por el art. 48 TCE tiene derecho, protegido por la libertad de establecimiento comunitaria, a transferir la sede de dirección de un Estado miembro a otro Estado miembro sin perder su personalidad jurídica en virtud de obstáculos jurídicos derivados de las normas de conflicto del Estado miembro

⁴¹ H. MUIR-WATT, «Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*», *RCDIP*, 2004, pp. 173-184. esp p. 174.

de destino (H. MUIR-WATT⁴²). Con la sentencia STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, el TJCE contraataca y desautoriza, en especial, a los autores que se habían negado a ver la relevancia fundamental del giro copernicano que suponía la anterior STJCE 9 marzo 1999, *Centros*.

30. c) STJUE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*. *Inspire Art* era una sociedad de responsabilidad limitada (*private company limited by shares*) constituida según las Leyes inglesas y con domicilio social en Inglaterra. La sociedad era dirigida, exclusivamente, desde Holanda por un administrador único. La sociedad disponía de una sucursal en Holanda y todas sus actividades comerciales se desarrollaban en Holanda. Las Leyes holandesas exigían un capital mínimo a las sociedades extranjeras y contenían disposiciones severas sobre la responsabilidad solidaria de los administradores de las sociedades «extranjeras». Las autoridades holandesas insistieron en que la sociedad *Inspire Art* debía cumplir con tales exigencias de la Ley holandesa. Pero al TJCE no le tembló el pulso y señaló que tales disposiciones eran contrarias a la libertad de establecimiento (art. 48 TCE) y que *Inspire Art* podía establecerse en el Estado miembro que prefiriera e instalar sucursales en el Estado miembro que prefiriera y ubicar sus actividades comerciales en el Estado miembro donde prefiriera: ello no constituye ni abuso ni fraude de Ley, pues es inherente a la libertad de establecimiento, como ha destacado H. ZIEMONS⁴³ (vid. también esta expresión literal en la STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art* FJ 138). Las normas restrictivas holandesas analizadas no estaban amparadas por «razones imperiosas de interés general». Holanda debía considerar a la sociedad *Inspire Art* como una sociedad «existente» y «válidamente constituida» también en Holanda y para el ordenamiento jurídico holandés. Explicación: dicha sociedad se había constituido con arreglo a las normas de conflicto de Leyes de otro Estado miembro. El TJCE indica, pues, que una sociedad constituida legalmente en un Estado miembro tiene derecho, amparado por la libertad de establecimiento comunitaria, a ejercer su actividad exclusivamente en otro Estado miembro y a evitar la aplicación de las normas de dicho Estado miembro relativas a la constitución de sociedades (H. MUIR-WATT⁴⁴). La STJUE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, supone el retorno de la libertad de establecimiento y de la «regla de reconocimiento», así como la derrota definitiva de los partidarios de la posible supervivencia de la anacrónica y antieconómica tesis de la sede real⁴⁵.

⁴² Ibidem.

⁴³ H. ZIEMONS, «Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?», *ZIP*, Heft 42, 17 de octubre de 2003, pp. 1918-1922.

⁴⁴ H. MUIR-WATT, op. cit., pp. 173-184, esp. p. 174.

⁴⁵ La «regla comunitaria de reconocimiento», a la que se alude *infra* con mayor detalle, nada tiene que ver con el ficticio y falso problema del «reconocimiento de personas jurídicas extranjeras», como se describe con detalle en A. L. CALVO CARAVACA, «Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional», *RGD*, 1988, pp. 3679-3701; Id.: «Art.9.11

31. Las enseñanzas básicas (= entre otras muchas «enseñanzas colaterales») que pueden extraerse de la trilogía societaria del TJCE son la siguientes.

a) Una sociedad puede ejercitar toda su actividad en un Estado miembro, siempre que cumpla con las dos exigencias especificadas en el art. 48 TCE. El hecho de que la sociedad no cuente con ningún «vínculo real o sustancial» con el Estado miembro de su constitución es irrelevante. Como indica D. COHEN, la sociedad y los socios tienen derecho a «elegir» unas leyes societarias más laxas en materia de constitución de la sociedad y de responsabilidad de los administradores (STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, FJ 17 y 18, y STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, FJ 95, 96, 137)⁴⁶. Los socios eligen la Ley de un Estado miembro, simplemente, mediante la instalación nominal de una sede estatutaria en dicho país y mediante la constitución de la sociedad con arreglo a la Ley de ese Estado miembro. Dicha elección, como explica A. KJELGREN, no constituye ningún fraude de Ley ni ningún abuso del Derecho comunitario y de la libertad de establecimiento⁴⁷. No es tampoco una especie de «U-Turn societario». Es, por el contrario, una libertad protegida nada menos que por los Tratados comunitarios (H. MUIR-WATT⁴⁸). Es un derecho subjetivo de las sociedades. Los socios tienen derecho a constituir su sociedad con arreglo al Derecho de un Estado miembro e instalar en dicho Estado miembro su sede estatutaria aunque sus actividades económicas radiquen en otro Estado miembro. Esa decisión de política societaria no puede

Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.^a ed., 1995, pp. 479-525; ID., «Art.9.11 Cc.», *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 103-105. Más referencias sobre la cuestión pueden extraerse de numerosos trabajos, como los de C. ANGELICI, *Appunti sul riconoscimento delle società costituite all'estero*, Milán, 1982; U. DROBNIG, *Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften*. ZHR, 1966-1967, pp. 93-120; B. GOLDMAN, «Le droit de sociétés internationales», *JDI Clunet*, 1963, pp. 320-389; ID., «La protection des actionnaires minoritaires des sociétés filiales», *Coloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés*, Ginebra, 1973, pp. 23-41; ID., «The convention between the members of the European Economic Community on the mutual recognition of companies and legal persons», *CMLR*, 1968-69, vol.VI, pp. 104-128; B. GROSSFELD, «Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer personen», *RabelsZ*, 1967, vol. XXXI, pp. 1-50; P. KAHN, «International companies: A study of companies having a international legal status», *JWTL*, 1969, pp. 498-521; P. PICONE, «Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di Anstalten e Treuunternehmen nell'ordinamento italiano», *Comunicazioni e Studi*, vol. XV, Milán, Giuffrè, 1978, pp. 83-163; A. SANTA MARIA, «Problemi interpretativi della convenzione CEE sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche», *Comunicazioni e studi*, 1970, 291-331; A. SIBLINI-VALLAT, «Les normes matérielles internationales d'entreprise», *RCDIP*, 1988, pp. 653-685.

⁴⁶ D. COHEN, «La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit international privé», *RCDIP*, 2003, pp. 585-602.

⁴⁷ A. KJELGREN, «On the Border of Abuse: the jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Abuses of Community Law», en *Services and Free Movement in the UE Law*, Oxford University Press, 2002, pp. 245-249.

⁴⁸ H. MUIR-WATT, «Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*», *RCDIP*, 2004, pp. 173-184, esp. p. 177.

ser, en ningún caso, contraria a la libertad de establecimiento, porque, precisamente, constituye un derecho derivado de tal libertad. Por eso, la sociedad cubierta por el art. 48 TCE (= que es una sociedad «conectada con la UE») tiene derecho a instalar sucursales en el Estado miembro donde le plazca, a ser considerada y tratada en todo Estado miembro como un ente válidamente constituido con el alcance que la sociedad tiene en el Derecho del Estado miembro con arreglo a cuyo Derecho se constituyó, y tiene derecho también a ejercitar actividades económicas en el Estado miembro que prefiera. Naturalmente, la sociedad puede instalar su sede estatutaria en el Estado miembro donde le plazca y constituirse con arreglo al Derecho de tal Estado miembro (= puede «internacionalizar» la situación jurídica si lo desea), pero eso no supone ningún «fraude por internacionalización ficticia del supuesto» (STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, FJ 16 y 29). En el marco de un mercado comunitario, las sociedades tienen derecho a circular y a instalarse y a operar y a constituirse donde estimen conveniente. El fraude por internacionalización ficticia de un caso interno no puede existir en los límites de la UE ni dentro del mercado único. Es un único mercado en el que la sociedad puede moverse libremente. Por eso, el fraude por internacionalización ficticia del supuesto es imposible *ex ipsa natura sua* cuando todos los elementos del supuesto radican en la UE.

b) La libertad de establecimiento se opone radicalmente a la aplicación de las normas imperativas de los Estados miembros que impidan a la sociedad aprovecharse del régimen más liberal relativo a la constitución de sociedades y régimen legal interno de las sociedades y previsto en las Leyes de otro Estado miembro. Y ello es así porque para que la libertad de establecimiento tenga un significado verdadero, es preciso aceptar, sin ambages, que los Derechos de los Estados miembros relativos a las condiciones de constitución de las sociedades tienen un grado de equivalencia mutuo. Son, por tanto, «Derechos intercambiables» y los particulares pueden constituir su sociedad en el Estado miembro que tengan por conveniente. Las críticas a este planteamiento, construidas sobre el peligro (= inexistente) de una *Race To The Bottom* (= cada vez más los Derechos de los Estados miembros tendrían peor calidad en materia societaria), han sido rechazadas del modo más radical por el TJCE. Siempre queda, si existe voluntad política al efecto, la posibilidad de armonizar las reglas societarias de los Estados miembros. Pero no es necesario: todos los Derechos de los Estados miembros en la materia satisfacen las garantías mínimas de una regulación adecuada de las sociedades. Además, si se crea una sana competencia entre los Derechos societarios de los Estados miembros, éstos tenderán a mejorar su reglas para «atraer» sociedades⁴⁹. La competencia entre

⁴⁹ Una descripción general del fenómeno de la competencia entre ordenamientos estatales se encuentra muy bien expuesta, para los efectos del DIPr., en G. ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Ed. Giappichelli, Turín, 2005, pp. 345-357. Muy profunda,

ordenamientos es, precisamente, «la fuerza motriz del Derecho de sociedades norteamericano», en la ponderada y acertada expresión de H. MUIR-WATT⁵⁰.

c) Los Estados miembros conservan, naturalmente, la posibilidad de establecer «obstáculos legales» para la libertad de establecimiento de las llamadas «sociedades buzón» o *Pseudo Foreign Corporations* (STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, FJ 102). Sin embargo, tales medidas deben superar el «test de legitimidad comunitario»: deben ser medidas «*que se apliquen de manera no discriminatoria, que encuentren justificación en razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo*» (STJCE 9 marzo 1999, *Centros* FJ 34 y STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art* FJ 133, que cita jurisprudencia anterior). La protección de los acreedores podría constituir una razón de interés general que suponga un obstáculo para la libertad de establecimiento de las llamadas «sociedades buzón» o *Pseudo Foreign Corporations* (STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art* FJ 102). Pero el TJCE se cuida muy mucho de dejar bien claro que exigir la observancia de las normas societarias del Estado miembro de destino relativas al capital social mínimo y a la responsabilidad de los

igualmente, aunque con ribetes netamente norteamericanos, es la contribución de E. A. O'HARA / L. E. RIBSTEIN, «Conflict Of Laws And Choice Of Law», en B. BOUCKAERT AND G. DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics*, Universitij of Ghent and University of Utrecht, 2000, pp. 631-660, esp. p. 643: «*Enforcing contractual choice of law is particularly useful in fostering jurisdictional competition for more efficient laws across states. Competition works both by encouraging states to develop new terms to attract new legal business, and by encouraging states to retain legal business by efficiently revising their laws. Jurisdictional competition was first observed with regard to corporations, where a clear choice of law rule, the internal affairs rule in the US, compels application of the law of the state of incorporation. This rule encourages corporations to select the applicable law. Commentators have debated whether this process is a 'race to the bottom' in which the states attract incorporation business by exploiting principal-agent problems resulting from the separation of ownership and control or a 'race to the top' that is disciplined by efficient capital markets*». Resulta de enorme interés, también, por la unión de la competencia entre ordenamientos estatales con la elección del tribunal competente, la exposición de B.H. KOBAYASHI / L.E. RIBSTEIN, «Contract and Jurisdictional Competition», en F. H. BUCKLEY (ed.), *Fall and Rise of Freedom of Contract*, NC, Duke Univ Press, 1998, e igualmente, pero más radical aún, si cabe, pero con razones muy poderosas, L. E. RIBSTEIN, «Choosing Law by Contract», *Journal of Corporation Law*, 18, 1993, pp. 245-265, así como E.-M. KIENINGER, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tubinga, Mohr, 2002, esp. pp. 33-39, que hace de la cuestión el eje central del mercado interior. En España, la cuestión ha sido abordada con notable profundidad por M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Ed. Eurolex, 1999, pp. 242-243.

⁵⁰ H. MUIR-WATT, «Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*», *RCDIP*, 2004, pp. 173-184. esp. p. 181.

administradores no es una exigencia proporcional ni necesaria (R. CRÔNE⁵¹). Por ello, el respeto de la legislación societaria de los Estados miembros de destino en los aspectos señalados no está cubierto por el Derecho comunitario. Todo lo contrario: tales exigencias están prohibidas por el Derecho comunitario. Son exigencias que revelan un fuerte «autoritarismo» que expulsa de raíz a las sociedades con sede estatutaria en otros Estados miembros, del mercado del Estado miembro de destino. Ello es incompatible con una economía libre de mercado de alcance europeo (H. MUIR-WATT⁵²). Los acreedores se protegen solos: saben que contratan con una sociedad regulada por un Derecho de otro Estado miembro, siempre que dicha circunstancia conste de modo fehaciente (STJCE 9 marzo 1999, *Centros* FJ 36).

32. Por cierto, que la solución brindada por el TJCE en la citada trilogía societaria se halla en camino de ser confirmada. Sí, otra vez, para sonrojo de algunos. En efecto, en las Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger presentadas el 2 mayo 2006, as. C/196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue*, se evalúa la compatibilidad de la legislación del Reino Unido dirigida a combatir la evasión fiscal de las «sociedades extranjeras controladas». El caso surgió a raíz de que la sociedad *Cadbury*, con sede en Inglaterra, implantara una filial en Irlanda, país con una imposición societaria muy inferior a la del Reino Unido. Implantada la filial en Irlanda, la sociedad imputó rentas por ciertas transacciones a dicha filial. Pero resulta que la filial, realmente, no realizaba tales transacciones. El Abogado General, Sr. Philippe Léger, indica que: «No creo que el hecho de que una sociedad matriz cree una filial en otro Estado miembro con la finalidad reconocida de beneficiarse del régimen fiscal más favorable vigente en éste constituya, en sí mismo, un uso abusivo de la libertad de establecimiento que prive de este modo a la referida sociedad de la posibilidad de invocar los derechos conferidos por los artículos 43 CE y 48 CE. Baso este análisis en el alcance de estas disposiciones, tal como ha sido precisado por la jurisprudencia. El Tribunal de Justicia ha hecho prevalecer la finalidad del derecho de establecimiento conferido por el Tratado. Así, en la sentencia *Centros*, antes citada, indicó que el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado. El Tribunal de Justicia consideró que el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija consti-

⁵¹ R. CRÔNE, «La loi applicable aux pouvoirs des dirigeants de sociétés étrangères», *Tra-vaux CF DIPrivé*, 1998-2000, pp. 243-259.

⁵² H. MUIR-WATT, «Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*», *RCDIP*, 2004, pp. 173-184, esp. p. 182.

tuir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del derecho de establecimiento. Esta solución, que fue adoptada por el Pleno del Tribunal de Justicia, no constituye un hecho aislado. Fue confirmada en la sentencia Inspire Art, en la cual se extendió a la legislación neerlandesa que, en circunstancias comparables a las del asunto Centros, antes citado, no se oponía al registro de una sucursal sino que sometía la creación de dicho establecimiento secundario al cumplimiento de determinados requisitos previstos en el Derecho interno para la constitución de sociedades (...). Una sociedad puede, sin vulnerar el alcance y el espíritu del artículo 43 CE, decidir ejercer sus actividades con carácter secundario en otro Estado miembro para beneficiarse del régimen fiscal más favorable de ese otro Estado por lo que a la tributación de las actividades gravadas en éste se refiere».

33. Pues bien: cuando el «cambio de la Ley aplicable a la sociedad», provocado por las normas de conflicto de Leyes del Estado miembro de destino, suponga un obstáculo a su libertad de establecimiento, varias soluciones son posibles.

3. Primera solución: la técnica de la «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas» (Anerkennungsprinzip)

A) FORMULACIÓN DE LA REGLA

34. La primera solución consiste en construir una «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*). Se trata de un proceso que se desarrolla en dos etapas (*Two-Stage Process*) (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)⁵³.

35. Primera etapa: la norma de conflicto societaria del Estado miembro de destino no se aplica en ningún caso, ya que es contraria al Derecho comunitario. En otros términos, las normas de conflicto societarias del Estado miembro de destino deben ser sometidas a un proceso de «eurodepuración» (= precisamente porque su aplicación vulnera el Derecho comunitario). Dicha «eurodepuración» significa que, si la norma de conflicto del Estado miembro de destino perjudica la libertad de establecimiento, dicha norma de conflicto no se aplicará.

⁵³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7.ª ed., Granada, Editorial Comares, 2006, pp. 30-36.

36. La «eurodepuración» de las normas de conflicto de Leyes del Estado miembro de destino evita que el «cruce de frontera» comporte «situaciones jurídicas claudicantes» debidas a un «cambio de Ley aplicable». Esta «eurodepuración» actúa como un potente factor de integración europea (= los sistemas de DIPr. ya no «frenan» la libre circulación de personas y factores productivos). Aunque los Derechos Privados sean diferentes de Estado miembro a Estado miembro, el mercado comunitario funciona perfectamente. La diversidad de legislativa no fracciona, por supuesto, el mercado único. Tampoco menoscaba, como es obvio, el funcionamiento del mercado único. Los autores que defienden la «unidad legal» en el mercado único como única salvación para un buen funcionamiento del mercado ignoran gravemente⁵⁴. En nombre de un oscuro «totalitarismo legal» de incierto futuro (= que autoproclaman como la «única solución» para un mercado integrado), quieren guillotinar los Derechos nacionales.

37. Cuando se haga valer en España la existencia y validez de una sociedad legalmente constituida con arreglo a las normas de otro Estado miembro, las normas españolas de conflicto de Leyes (= normas de conflicto del Estado miembro de destino) deben ser totalmente «eurocompatibles». Naturalmente, esta eurodepuración debe alcanzar también aquellas otras materias que son todavía «competencia de los Estados miembros», como las sucesiones, las personas jurídicas, el nombre de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, la filiación o la capacidad jurídica y de obrar.

38. Segunda etapa: la sociedad «existente» y «válidamente constituida» en un Estado miembro debe estimarse también «existente» y «válidamente constituida» en los demás Estados miembros. Esta consecuencia, de enorme importancia, es una «derivación necesaria», escribe V. MAGNIER, de las libertades comunitarias, y en concreto, en estos casos, de la libertad de establecimiento⁵⁵. Dicha consecuencia lógica ha sido, además, particularmente desarrollada por el TJCE en el sector de las sociedades mercantiles. Lo que, como indican S. LEIBLE / J. HOFFMANN, no es casualidad⁵⁶. El TJCE, en sus

⁵⁴ Erróneamente, S. SÁNCHEZ LORENZO, «La unificación del Derecho comercial internacional», en *Globalización y comercio internacional*, Actas de las XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, Madrid, 2005, pp. 239-265, esp. p. 252: «el hecho de resolver cuestiones transfronterizas a través de la aplicación de un Derecho nacional repugna en sí mismo una visión más cosmopolita o globalizadora acorde con las necesidades palpables en el siglo XXI» (sic).

⁵⁵ V. MAGNIER, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ, 1999, pp. 96-110.

⁵⁶ S. LEIBLE / J. HOFFMANN, «Wie inspiriert ist 'Inspire Art'?', *EZfW*, 2003, pp. 677-683. Idea que ya se encontraba en estado más embrionario en S. LEIBLE / J. HOFFMANN, «Überseering und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie», *RIW*, 2002, pp. 925 y ss.

STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, ha acogido expresamente esta solución como corolario necesario e inevitable de la libertad de establecimiento. Un brevísimos repaso a ciertos pasajes concretos de los citados pronunciamientos del TJCE ilustrará la posición del TJCE al respecto.

a) La STJCE 9 marzo 1999, *Centros* FJ 26 *in fine*, indica que «*las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tienen como finalidad precisamente permitir a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, ejercer por medio de una agencia, sucursal o filial actividades en otros Estados miembros*».

b) La STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering* FJ 93, subraya que ninguna medida del Estado miembro de destino (= incluidas sus normas de conflicto de Leyes, naturalmente) puede tener como resultado «*que se niegue la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal a una sociedad válidamente constituida en otro Estado miembro en el que tiene su domicilio social estatutario. En efecto, una medida de este tipo equivale a la negación misma de la libertad de establecimiento reconocida a las sociedades por los artículos 43 CE y 48 CE*».

c) La STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering* FJ 95, vuelve a expresar esta idea con una contundencia inmisericorde: «*[c]uando una sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro en cuyo territorio se encuentra su domicilio social estatutario ejerce su libertad de establecimiento en otro Estado miembro, los artículos 43 CE y 48 CE obligan a este último a reconocer la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal que dicha sociedad tiene de conformidad con el Derecho de su Estado de constitución*», lo que se reitera en los FJ 57, 58 y 59: «*De lo anterior se deduce directamente que dichas sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro, sirviendo la localización de su domicilio social estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro. El Tribunal de Justicia basó en estas premisas su razonamiento en el asunto Centros, antes citado (apartados 19 y 20). Pues bien, el ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de dichas sociedades por todo Estado miembro en el que deseen establecerse*» y en el FJ 81, pues «*[e]s más, su propia existencia [de la sociedad Überseering] es consustancial a su condición de sociedad neerlandesa en la medida en que, como se ha recordado, una sociedad sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que determina su constitución y funcionamiento (véase, en este sentido, la sentencia Daily Mail and General Trust, antes citada, apartado 19). La exigencia de reconstitución de la misma sociedad en Alemania equivale, en consecuencia, a la negación misma de la libertad de establecimiento*».

39. Por tanto, para que la libertad de establecimiento de las sociedades sea una realidad en la UE, es absolutamente necesario que las normas de DIPr. del Estado miembro de destino «respeten» la constitución (= válida) de la sociedad en otro Estado miembro. O en otros términos: la libertad de establecimiento exige la «continuidad espacial» en toda la UE de las sociedades legalmente constituidas en un Estado miembro. Digan lo que digan, por supuesto, las normas de conflicto nacionales de los Estados miembros (= que resultan, en la práctica, totalmente inaplicables). Todavía más: como indica D. ZIMMER, el TJCE ha optado por otorgar un «efecto conflictual» a la libertad de establecimiento⁵⁷. O como expresa F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «*el TJCE no se limita a un control del resultado material sino que entra en el proceso conflictual y su compatibilidad con el Tratado*»⁵⁸. De la libertad de establecimiento deriva una «regla de DIPr.» (= que no es, técnicamente hablando, una regla de «conflicto de Leyes»): las sociedades se rigen por la Ley que se aplicó en el Estado miembro de origen a su constitución. Sorprende de manera muy llamativa que ciertos autores no realicen ni siquiera una alusión pasajera a esta solución (*Anerkennungsprinzip*)⁵⁹, tanto por haber sido acogida por el TJCE, como por su enorme importancia teórico-práctica.

⁵⁷ D. ZIMMER, «Nach 'Inspire Art'. Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?», *NJW*, 2003, pp. 3585-3590; ID., «Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH», *BB*, 58, 1, 2003, pp. 1-7.

⁵⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La sentencia 'Überseering' y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro», *RDM*, n. 248, 2003, pp. 663-682. Reflexiones similares, con matices muy acertados, pueden encontrarse en otros trabajos del mismo autor. *Ad ex., vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002; ID., «Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable», en J. F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; ID., «La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE (algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)», *RDM*, 1999, pp. 645 y ss.; ID., «La Sentencia 'Centros': el 'status questionis' un año después», *Not.UE*, n.º 195, 2001, pp. 79-96; ID., «La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, pp. 2 ss.

⁵⁹ Ignora completamente la regla comunitaria del reconocimiento, por ejemplo, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, Granada, Ed. Comares, 2002, pp. 137-140; ID., «What Do We Mean when We Say 'Folklore'? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law», *European Review of Private Law*, 2006, 2, pp. 197-219, esp. pp. 205-207, que ofrece un tratamiento descriptivo y superficial, y en suma, equivocado, del «principio de origen» en Derecho comunitario. También ignora plenamente esta nueva regla y este nuevo método, D. SANCHO VILLA, *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Eurolex, Madrid, 2001; ID., «El traslado del domicilio social a España en el Registro Mercantil», *AEDIP*, 2000, pp. 465 y ss.; ID., «La dudosa compatibilidad con el Derecho comunitario de la construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia Centros Ltd», *La Ley*, 1999, pp. 1851-1859.

Solución que abre perspectivas muy interesantes para la construcción europea, como ha sido subrayado por la mejor doctrina (P. LAGARDE, E. JAYME / CH. KÖHLER, H. MUIR-WATT, H. GAUDEMET-TALLON⁶⁰).

40. Ejemplo: una sociedad anónima constituida legalmente en Irlanda desea instalar una sucursal en España. La totalidad de la explotación económica de la sociedad se halla en España. El texto vigente del art. 5.2 LSA exige que dicha sociedad, precisamente por disponer de su «entera explotación» (= «principal explotación», dice el precepto legal), en España, se debe constituir con arreglo a la Ley española. Pues bien: en este supuesto, el art. 5.2 LSA es contrario a la libertad de establecimiento porque «obliga» a una sociedad legalmente constituida en Irlanda a «re-constituirse» en España y no la considera «válidamente constituida en España» a todos los efectos legales. La sociedad «legalmente constituida en Irlanda» no sobrevive al «paso de frontera» (STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, FJ 79), porque el art. 5.2 LSA se encarga de exterminar tal sociedad en España. Por tanto, no cabe duda de que el art. 5.2 LSA es inaplicable a este caso (= debe ser sometido a una radical «eurodepuración»). Y para acreditar si la sociedad irlandesa se ha constituido legalmente, las autoridades españolas deberían controlar dicho extremo con arreglo a la Ley estatal que aplicaron las autoridades irlandesas para aceptar la constitución de la sociedad. Las autoridades españolas aplicarán las normas de conflicto irlandesas (= y no las normas de conflicto españolas: art. 9.11 Cc. + art. 5 LSA), y en consecuencia, aplicarán también la Ley a la que conducen las normas de conflicto irlandesas.

B) BASE TEÓRICA Y TÉCNICA DE LA REGLA

41. Interesa ahora destacar los perfiles teóricos y técnicos que sustentan la solución consistente en esta «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*).

⁶⁰ P. LAGARDE, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RebelsZ*, 2004, pp. 225-243, esp. p. 227; ID. «Nota a STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*», *RCDIP*, 2003, pp. 508-536; E. JAYME / CH. KÖHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», *IPrax*, 2001, pp. 501-512; E. JAYME, «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi», *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 360; H. MUIR-WATT, «Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*», *RCDIP*, 2004, pp. 173-184; H. GAUDEMET-TALLON, «De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne», *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185.

42. La «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*) es, como subraya D. HENRICH, un método totalmente diferente al clásico método decimonónico *made by Savigny*⁶¹. El método savignyano consiste, como es bien sabido, en remitir, para la regulación de una situación privada «internacional», a un concreto Derecho estatal. Tal Derecho estatal proporcionará la regulación material de dicha situación privada internacional. En términos generales (= pues matices muy importantes, como los sugeridos por P. LAGARDE, en su brillante curso de 1986, son posibles⁶²), la norma de conflicto clásica diseñada por F.K. VON SAVIGNY remite la regulación material de una situación privada internacional al Derecho del país con el cual la situación presenta el vínculo más estrecho. El DIPr. comunitario que utiliza el nuevo método de la «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*) es «un instrumento para la integración europea» (D. COESTER-WALTJEN) y como tal debe ser contemplado y analizado⁶³. Nos encontramos, escribe E. JAYME, «*ante el amanecer de un nuevo, de un diferente Derecho internacional privado [y] todos los que hemos crecido con el Derecho internacional privado de Savigny y de Mancini debemos decir adiós a estos métodos clásicos*»⁶⁴. El principio del reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas forma parte del mismo Derecho comunitario. En el marco de dicho ordenamiento, este «nuevo método» no es tan nuevo. Recuerda M. BOGER que la línea de jurisprudencia del TJCE que se inició con *Cassis de Dijon* ha triunfado porque contiene una fórmula de éxito basada en un razonamiento económico sencillo: el «principio de origen» ahorra costes porque evita el fraccionamiento del mercado único europeo en pequeños cotos sujetos a las legislaciones de cada Estado miembro⁶⁵. Sin exterminar los Derechos nacionales, permite que las empresas sometan sus actividades al Derecho de un solo Estado miembro. Ello es válido tanto para las actividades de fabricación de productos (P. OLIVER /

⁶¹ D. HENRICH, «Anerkennung statt IPR. Eine Grundsatzfrage», *IPRax*, 2005, pp. 422-429, cuyas tesis comparte E. JAYME, «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi», *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 355.

⁶² P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *RCADI*, 1986, vol. 196, pp. 9-238, esp. pp. 44-49.

⁶³ D. COESTER-WALTJEN, «Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenshalf», en *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 121-132.

⁶⁴ Al que sigue E. JAYME, «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi», *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 356.

⁶⁵ M. BOGER, *Die Anwendbarkeit der Cassis-Formel auf Ungleichbehandlungen im Rahmen der Grundfreiheiten: eine Untersuchung auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH unter besonderer Berücksichtigung des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung*, Berlín, 2004, esp. pp. 43-44.

M.A. JARVIS⁶⁶), como para las actividades de prestación de servicios (L. WOODS⁶⁷). Esta jurisprudencia ha sido, sin duda, la plataforma de lanzamiento idónea para forjar una regla de reconocimiento comunitaria que pueda aplicarse en relación con las situaciones de Derecho privado legalmente creadas en un Estado miembro y que se desean hacer valer (= «exportar») en otros Estados miembros. Como sucede en relación con las sociedades legalmente creadas en un Estado miembro que desean instalar sucursales o filiales en otro Estado miembro (N.N. SHUIBHNE⁶⁸). El nuevo método de la regla de reconocimiento invade todo el *tableau communautaire* de los primeros años del siglo XXI, como expresaron con sagacidad, ya hace años, E. JAYME / CH. KÖHLER⁶⁹. Es una regla de DIPr. que se impone, pues, a los Estados miembros y a sus sistemas «nacionales» de DIPr.

43. Como explica P. LAGARDE, este método no es difícil de comprender. En presencia de una situación privada internacional (= ejemplo: una sociedad constituida en un Estado miembro que desea instalar una sucursal en otro Estado miembro), la cuestión jurídica no se resuelve mediante la simple determinación de la «Ley aplicable» a dicha situación (= Ley aplicable a la sociedad constituida en otro Estado miembro para acreditar que se trata, realmente, de una sociedad válidamente constituida). El enfoque es radicalmente diferente. Nada de aplicar las normas de conflicto de Leyes del Estado miembro de destino de la sociedad (= que es el enfoque tradicional construido sobre el «principio de exclusividad del DIPr.»⁷⁰). Ahora la perspectiva es distinta. En efecto, para que una situación legalmente creada en un Estado miembro (= la sociedad de capital legalmente constituida en un Estado miembro), produzca efectos legales en otro Estado miembro, las normas de conflicto del Estado miembro de destino no deben ser aplicadas (= en el caso

⁶⁶ P. OLIVER / M. A. JARVIS, *Free movement of goods in the European Community under articles 28 to 30 of the EC treaty*, 4.ª ed., Londres, 2003, esp. p. 99.

⁶⁷ L. WOODS, *Free movement of goods and services within the European community*, Aldershot, 2004, esp. pp. 34-39.

⁶⁸ N. N. SHUIBHNE, «The free movement of goods and Article 28 EC: an evolving framework», *Eur.L.Rev.*, 27, 4, 2002, pp. 408-425.

⁶⁹ E. JAYME / CH. KÖHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», *IPrax*, 2001, pp. 501-512.

⁷⁰ Como se explica en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7.ª ed., Granada, Editorial Comares, 2006, p. 5: «La 'exclusividad del DIPr.' significa que, para resolver los problemas jurídicos que plantean las situaciones privadas internacionales, los tribunales y autoridades españolas aplicarán, exclusivamente, el DIPr. español, y no el DIPr. de otros países (SAP Barcelona 3 marzo 2004). Cuando debe fijarse el 'régimen jurídico de fondo' de una situación privada internacional, las autoridades y tribunales españoles aplican, por tanto, las 'normas españolas de DIPr.'. Tales 'normas españolas de DIPr.' indicarán el 'Derecho aplicable' a la situación privada internacional, que puede ser bien el Derecho español o bien un Derecho extranjero».

de que tales normas provocaran una lesión de la libertad de establecimiento)⁷¹. Ello evita situaciones jurídicas claudicantes (= *situation boiteuse*). En efecto, ello impide que una sociedad «exista» en un Estado miembro, pero no en otro Estado miembro. Por tanto, no deben ser aplicadas las normas de conflicto del Estado miembro de destino cuando conduzcan a ese pernicioso resultado. En otras palabras: el «DIPr. del foro» (= las normas de conflicto del Derecho del país al que pertenece la autoridad que «valora» la idoneidad jurídica o legalidad de la sociedad creada en otro Estado miembro) no se aplica. En el fondo, el problema de la Ley aplicable (= ese «cómo encontrar la mejor conexión» para las situaciones jurídicas internacionales), un problema que ha preocupado profundamente a la doctrina internacionalprivatista desde hace centenares de años, es ahora un «problema menor». No importa qué Ley estatal se aplicó en otro Estado miembro para crear la situación jurídica (= la sociedad de capital). Eso es indiferente en el marco del método *Anerkennungsprinzip*, como indican E. JAYME / CH. KÖHLER⁷². Lo relevante es que la sociedad de capital haya sido «legalmente creada en un Estado miembro» (= con arreglo a las normas de conflicto de Leyes del Estado miembro de origen de la sociedad). Por ello, puede afirmarse que este «nuevo método» supone un cierto retorno al «unilateralismo» (P. LAGARDE⁷³). En efecto: la situación jurídica (= la sociedad de capital) será considerada como válidamente constituida y plenamente eficaz a efectos jurídicos en un Estado miembro siempre que haya sido constituida legalmente en otro Estado miembro con arreglo a las normas de conflicto de Leyes de ese último Estado miembro. Cada Estado miembro «crea» las sociedades de capital con arreglo a sus normas de conflicto de Leyes y los demás Estados miembros deben «reconocer» tales sociedades de capital como sociedades legalmente existentes y válidamente constituidas en toda la UE. Con otras palabras, puede afirmarse que este unilateralismo es el resultado de un «conflicto de sistemas» resuelto en favor del sistema de DIPr. (= de las normas de conflicto de Leyes) del Estado miembro de constitución de la sociedad de capital. El «conflicto de sistemas» es una técnica de DIPr. con raíces muy profundas en

⁷¹ P. LAGARDE, «Conflits de lois (Principes généraux)», *Répertoire Dalloz Droit International*, enero 2006, pp. 1-30, esp. p. 28 ; Id., «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243.

⁷² E. JAYME / CH. KÖHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», *IPrax*, 2001, pp. 501-512, esp. p. 502, que subrayan que igualmente es indiferente, salvo vulneración del orden público internacional, la Ley aplicada por el juez de origen en el marco de un sistema moderno de reconocimiento de decisiones judiciales, como el recogido en el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000.

⁷³ P. LAGARDE, «Conflits de lois (Principes généraux)», *Répertoire Dalloz Droit International*, enero 2006, pp. 1-30, esp. p. 28 ; Id., «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243.

la metodología de los más clásicos «conflictos de Leyes»⁷⁴. Consiste en lo siguiente: en ciertos supuestos, debe aplicarse el sistema de DIPr. (= las «normas de conflicto de Leyes») del Estado miembro cuyas autoridades intervinieron en la creación de una situación jurídica o en el que se creó dicha situación jurídica. En tales casos, las normas de conflicto del Estado miembro de destino de la sociedad son inaplicables. Es cierto que el problema del conflicto de Leyes (= determinar la Ley aplicable a una sociedad en casos internacionales) siempre pervive. Es una «*question irréductible*», escribe P. LAGARDE⁷⁵. Y es una cuestión irreductible porque, cuando la sociedad se constituye, es preciso aplicar, en todo caso, una Ley estatal (= pues una sociedad de capital sólo existe si una Ley estatal así lo determina) que resulta aplicable a la creación y constitución de la sociedad. Dicha Ley estatal se determina con arreglo a las normas de conflicto del Estado miembro «de origen» de la sociedad (= Estado miembro con arreglo a cuyas normas de DIPr. se creó la sociedad). Los conflictualistas podemos respirar tranquilos porque este nuevo método de la «regla del reconocimiento» convive con el tradicional método de los «conflictos de Leyes», con la «parte noble» del Derecho internacional privado. Hasta aquí el basamento teórico, sencillo, como es fácil apreciar, del «nuevo método».

⁷⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7.ª ed., Granada, Editorial Comares, 2006, pp. 5-6: «En ciertos casos, la regla general de la exclusividad del DIPr. experimenta excepciones concretas, que permiten al juez español aplicar normas extranjeras de DIPr. Se dice entonces que se produce un 'conflicto de sistemas' porque el tribunal español se plantea esta cuestión: ¿qué 'sistema de DIPr.' debe aplicarse al caso, el 'sistema español' de DIPr. o un 'sistema extranjero' de DIPr.? La razón de ser de los 'conflictos de sistemas' es sencilla: se trata de hacer aplicable el sistema de DIPr. del país 'más conectado con el supuesto concreto' para reforzar la seguridad jurídica en el contexto internacional y evitar que el DIPr. del país cuyos tribunales conocen del asunto se aplique, de modo imprevisible, a 'supuestos no conectados estrechamente' con tal país». Sobre los conflictos de sistemas, vid. H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, 8.ª ed., LGDJ, París, 1993, pp. 473-474 y 491-492; A. BUCHER, «Über die räumlichen Grenzen der Kollisionsnormen», *Festschrift Frank Vischer*, Zürich, 1983, pp. 93-105; PH. FRANCESCARIKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, 1958, pp. 189-203; ID., «Nota sent. Rabat 24 octobre 1950», *RCDIP*, 1952, p. 89; ID. «Nota sent. París 7 julio 1954», *RCDIP*, 1954, pp. 582 ss.; ID., «Conflits de lois (Principes généraux)», *E.Daloz DI*, vol. I, París, 1968, pp. 470-497. En lengua castellana, la mejor y más completa exposición es la de E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Comares, Granada, 2001.

⁷⁵ P. LAGARDE, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243, esp. p. 229: «La question des conflits de lois est irréductible. Lors de la création de situations juridiques hétérogènes, tant que subsisteront des divergences dans les législations en présence, toute autorité judiciaire ou administrative, ou même des particuliers à l'occasion d'un contrat, par exemple, devront toujours, au moment de la prise de décision, déterminer le droit applicable».

44. Más complejo es el «basamento técnico» de este nuevo método. Y es más complejo porque en Derecho internacional privado nada es más cierto que *nihil novum sub sole*. En Derecho internacional privado, todo se ha escrito, todo se ha dicho, todo ha sido ya inventado de una u otra forma. En efecto: este nuevo método puede ser explicado y comprendido a través de numerosas técnicas desarrolladas en la Ciencia de los Conflictos de Leyes desde hace muchos años. Así es: la justificación teórica del «abandono» de las normas de conflicto del Estado miembro de destino en favor de las normas de conflicto del Estado miembro de origen se ha justificado, en el DIPr. clásico, con varios expedientes. Los más importantes son los que siguen.

45. a) Tesis del «doble reenvío». La autoridad que conoce del asunto debe operar exactamente como lo haría la autoridad del país a cuya Ley remiten las normas de DIPr. del país cuyos tribunales conocen del asunto, por lo que aplicará el «DIPr. extranjero» (= normas extranjeras de conflicto de Leyes). De ese modo se evitan situaciones claudicantes y se respeta la «soberanía extranjera» del país cuyas autoridades «crearon» una situación jurídica. Como explica J. D. FALCONBRIDGE, el llamado «doble reenvío» (*Foreign Court Theory / Total Renvoi / Doble renvoi*) es una construcción propia del DIPr. anglosajón⁷⁶. Está inspirada en las ideas de DICEY. Según esta teoría, el juez o autoridad que conoce del asunto debe aplicar el Derecho material que se supone que aplicarían los tribunales o autoridades del país cuya Ley es declarada aplicable por su norma de conflicto. Es decir, la autoridad que conoce (ahora) del asunto debe decidir del mismo modo como lo haría una autoridad juez del país cuya Ley es declarada aplicable por la norma de conflicto del Estado cuya autoridad está conociendo ahora del asunto. En realidad, el doble reenvío anglosajón es un remedio a la amplitud de los criterios de competencia internacional de las autoridades de un Estado. Por eso los jueces anglosajones fallan como lo haría una autoridad extranjera (= que estaría «mejor situada» para conocer del caso y de hecho, estuvo «mejor situada» para «crear» la situación jurídica)⁷⁷.

46. b) Tesis de las «situaciones creadas y agotadas en el extranjero». A tenor de esta célebre tesis, creada y divulgada por PH. FRANCESKAKIS y refle-

⁷⁶ J. D. FALCONBRIDGE, «Le renvoi et la loi du domicile», *RCDIP*, 1948, pp. 4571; ID., «Renvoi, Characterisation and Acquired Rights», *Canadian Bar Review*, 1939, vol. 17, pp. 379-ss.

⁷⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7.ª ed., Granada, Editorial Comares, 2006, pp. 236-247. La SAP Badajoz 11 julio 1995 ilustra con acierto la figura del *doble reenvío* en DIPr. inglés, que se ha visto aplicada, entre otros, en los casos *Collier vs. Rivaz* (1841), *In re Annesley* (1926), *In re Ross* (1930), *In re Askew* (1930), *In re O'Keefe* (1944), *In re Duke of Wellington* (1947), *In re C.W.Addams* (31 julio 1985), fallado por la *High Court Of Justice (Chancery Division)*.

jada inmejorablemente por la Sent. CA París 19 marzo 1965, *Banque ottomane*⁷⁸, la validez de las situaciones jurídicas conectadas estrechamente con países extranjeros y verificadas en el pasado debe regularse con arreglo al DIPr. de dicho país⁷⁹. No debe aplicarse el DIPr. del país cuyas autoridades están, ahora, valorando la regularidad jurídica del supuesto. De ese modo, se reafirma la seguridad jurídica de los particulares implicados y la circulación internacional de situaciones jurídicas creadas legalmente. En efecto, si la situación jurídica resulta «muy alejada en el espacio y en el tiempo» del país cuyas autoridades conocen del asunto, no deben entonces aplicarse las normas de conflicto del Estado miembro de destino, sino las normas de conflicto del Estado miembro de origen de la situación jurídica (= normas de conflicto del Estado miembro donde, en un momento anterior, y en un Estado diferente, se creó la sociedad). La teoría fue y es empleada también como una corrección a los devastadores efectos del orden público internacional en el marco del DIPr. (= para evitar una extensión imperialista del orden público internacional contra la aplicación de Leyes extranjeras que, realmente, no producen efectos jurídicos en la esfera jurídica del país cuyas autoridades conocen del asunto).

Una variante de esta tesis ha sido defendida por M.-N. JOBARD-BACHELLIER⁸⁰ (= tesis de los «supuestos espacialmente alejados»). Según esta variante de la tesis básica anterior, los casos cuyos elementos están estrechamente conectados con un país distinto al país cuyas autoridades conocen del asunto, deben regirse por las normas de conflicto del país con el que presentan una «estrecha conexión» y no necesariamente por las normas de conflicto del Estado del foro (= Estado miembro de destino). La novedad radica en que el enfoque deriva del «principio de la apariencia»: los particulares confían en la aplicación de las Leyes a las que remiten las normas de conflicto del país con el que la situación «aparece más estrechamente conectada».

⁷⁸ Imprescindible es la lectura de la clásica contribución de PH. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, Sirey, 1958, esp. pp. 55-59 y 189-203. *Vid.*, igualmente, PH. FRANCESCAKIS, «Droit international privé», *E. Dalloz DI*, vol. I, 1968, pp. 671-674; *Id.*, «Droit international privé comparé», *E. Dalloz DI*, vol. I, 1968, pp. 674-688; *Id.*, «Conflits de lois (Principes généraux)», *E. Dalloz DI*, vol. I, París, 1968, pp. 370-497; *Id.*, «Nota sent. Rabat 24 octubre 1950», *RCDIP*, 1952, p. 89; *Id.* «Nota sent. París 7 julio 1954», *RCDIP*, 1954, pp. 582-ss.

⁷⁹ La tesis es, realmente, una tesis con raíces decimonónicas, pues fue ya formulada por L. V. BAR y A. PILLET en relación con la cuestión del orden público internacional. Posteriormente, otros autores, aunque sólo parcialmente, esbozaron rasgos de una teoría más completa. *Vid.* sólo a título ejemplificativo, A. MAKAROV, «Le cas d'application des règles de conflit étrangères», *RCDIP*, 1955, pp. 431-460; E. M. MEIJERS, «La question du renvoi», *Bull. de l'inst. jurint.*, 1938, pp. 191-205; L. B. SOHN, «New Bases for Solution of Conflict of Law Problems», *Harvard Law Review*, 1941-1942, vol. 55, pp. 978-989.

⁸⁰ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, 1984, p. 95.

47. c) *Tesis de los «derechos adquiridos»*. Cuando parecía que esta tesis se hallaba ya enterrada y bien enterrada por el paso de los años desde inicios del siglo xx, ahora resurge con fuerza como otra explicación teórica posible (= aunque válida exclusivamente para ciertos supuestos y no para todos), de la «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*). Se trata, eso sí de nueva versión, muy mejorada y totalmente actualizada, de la antigua y célebre «tesis de los derechos adquiridos»⁸¹. Aunque existen precedentes estatutarios (H. MUIR-WATT⁸²), la tesis es creación genuina de la doctrina holandesa del siglo xviii y debe a U. HUBER su primigenia formulación⁸³. Fue exportada con gran éxito a los países angloamericanos, en los que J.H. BEALE y A.V. DICEY las propagaron con énfasis. Por ello, el DIPr. norteamericano vivió anclado en esta concepción más de cien años hasta que la *Conflict-Of-Laws Revolution* se convirtió, ya en el siglo xx, en la guillotina fatal de esta tesis de los derechos adquiridos. Según esta tesis (*Vested Rights, jura quaesita*), existe una regla no escrita de Dere-

⁸¹ Sobre esta tesis, que parece una auténtica ave fénix que nunca termina de extinguirse, *vid.* P. ARMINJON, «La notion de droits acquis», *RCADI*, 1933, vol. 44, pp. 11-10; J. K. BEACH, «Uniform Interstate Enforcement of Vested Rights», *Yale Law Journal*, 27, 1917/18, pp. 656-667; R. D. CARSWELL, «The Doctrine of Vested Rights in Private International Law», *ICLQ*, 8, 1959, pp. 268-288; A. FERRER CORREIA, «La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales», *Multitudo legum, Ius unum, Festschrift Wilhelm Wengler*, vol. II, Berlín, 1973, pp. 285-320; F. LASALLE, *Das System der erworbenen Rechte*, Teil 1 (*Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze*), 2.ª ed., Leipzig, 1880; A. MIAJA DE LA MUELA, «Los derechos adquiridos en la doctrina española y en el sistema de DIPr. español», *ADI*, vol. I, 1974, pp. 3-28; H. MÜLLER, *Der Grundsatz der wohl erworbenen Rechte im internationalen Privatrecht, Geschichte und Kritik*, Hamburg, 1935; A. PILLET, «La théorie générale des droits acquis», *RCADI*, 1925-III, vol. 8, pp. 485-538; W. R. WICHSER, *Der Begriff des wohl erworbenen Rechts im internationalen Privatrecht*, Zürich, 1955.

⁸² H. MUIR-WATT, «Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis», *RCDIP*, 1986, pp. 425-449.

⁸³ ULRICO HUBER, profesor de Derecho en la Frisia oriental y juez, fue el autor del más breve tratado de DIPr. de la Historia. Su título es «*De Conflictu Legum diversarum in diversis imperiis*» (1689) y su extensión es de cinco cuartillas (= el título engaña). En dicha obra U. HUBER expone una doctrina basada en varios puntos. Primero: Las Leyes tienen, por lo general, un efecto territorial que se extiende a los sujetos que residen en el territorio del Estado ya temporal, ya definitivamente. También como regla general, las Leyes no tienen efectos fuera del territorio del Estado. Segundo: Cabe aplicar Derecho extranjero según una «cortesía internacional» (*comitas gentium*), una «concesión» a los Estados extranjeros para conservar los derechos adquiridos en otros países (*Vested Rights*). Tercero: Como consecuencia de lo anterior, el Derecho extranjero se debe considerar un «hecho procesal». Cuarto: la aplicación, por vía de la *comitas*, del Derecho extranjero, debe ser rechazada cuando se vulneren los principios esenciales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto. Las tesis de la estatutaria holandesa y en particular, las de U. HUBER, influyeron decisivamente en el DIPr. inglés y americano durante siglos. Por eso, con sólo cinco cuartillas, U. HUBER cambió la Historia del DIPr. y su influencia todavía perdura.

cho internacional Público (= o de un «Derecho Superior») que ordena a los Estados el respeto a los derechos adquiridos en otros Estados. De ese modo, se respeta la Soberanía extranjera sobre el territorio en el que se han realizado ciertos actos jurídicos (= matrimonios, testamentos, contratos, etc.). Por tanto, con la tesis de los *Vested Rights* no se produce, en sentido estricto, una «aplicación del Derecho extranjero». Lo que se produce es un «reconocimiento de los derechos subjetivos adquiridos en el extranjero bajo leyes extranjeras». Estas tesis fueron también defendidas en Europa por ciertos autores, como J. P. NIBOYET, A. PILLET y E. BARTIN⁸⁴. Pues bien, esta tesis entró en un declive inevitable por distintos motivos: a) No permite responder a la pregunta ¿qué Ley nacional determina si un derecho se ha adquirido o no? Es la famosa «objección de J. J. MAURY»⁸⁵; b) Olvida que el Derecho extranjero se aplica por mandato de una regla jurídica de la *Lex Fori*, no por respeto a derechos adquiridos ni por obediencia al Derecho internacional Público: no hay «Derecho Superior» que obligue a «reconocer» situaciones legalmente creadas en otros Estados; c) En ciertas ocasiones, la situación privada internacional se plantea «por primera vez» ante los tribunales de un país. Por ejemplo, la constitución de una sociedad en España por socios ingleses. En este caso, la tesis es inútil. No existe «otro país» con arreglo a cuyas leyes la situación se ha constituido; d) Sostener que con esta tesis no se produce «aplicación del Derecho extranjero» es un sofisma ilusorio creado para evitar los problemas que genera dicha aplicación en relación con la Soberanía del Estado (G. PARRA ARANGUREN⁸⁶). Por todo ello, P. ARMINJON escribió, ya en 1933, sin piedad ninguna, que «*la noción inconsistente, ambigua y poliforme de los 'derechos adquiridos' no es utilizable en ninguna medida en DIPr*»⁸⁷. Una frase escrita en 1933, quizás como respuesta ácida al precedente curso de A. PILLET en la Academia de Derecho internacional de La Haya dictado en 1925 (= muy favorable a la tesis de los derechos adquiridos)⁸⁸. Pero los grandes teóricos norteamericanos fustigaron también esta tesis sin ninguna misericordia durante la *Conflict-Of-Laws Revolution* del siglo XX. Decía, por ejemplo, A. A. EHRENZWEIG, que no existía ese «Derecho superior» y que, por tanto, el *First Restatement on the Conflict-Of-Laws* norteamericano estaba construido sobre basamentos tan endebles, que

⁸⁴ E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, vol. I, París, 1930, esp. p. 195.

⁸⁵ J. MAURY, «Règles générales des conflits de lois», *RCADI*, 1936, vol. 57, pp. 329-563, esp. p. 379.

⁸⁶ G. PARRA ARANGUREN, «General Course of Private International Law, Selected Problems», *RCADI*, 1988, vol. 210, pp. 9-224.

⁸⁷ P. ARMINJON, «La notion de droits acquis», *RCADI*, 1933, vol. 44, pp. 1-110, esp. pp. 3-6.

⁸⁸ A. PILLET, «La théorie générale des droits acquis», *RCADI*, 1925-III, vol. 8, pp. 485-538.

no se tenía en pie. La «*Super-Law*» no existía, la teoría de los derechos adquiridos era falsa y las tesis de J. H. BEALE debían ser abandonadas, como efectivamente lo fueron⁸⁹. Por eso escribió K. SIEHR que la única alternativa que frente a la teoría de los derechos adquiridos presentó la *Conflict-Of-Laws Revolution* norteamericana fue la aplicación generalizada de la *Lex Fori*⁹⁰. En el siglo XX, ya nadie creía en el método de los derechos adquiridos. Pero los tribunales norteamericanos tampoco creyeron en el método de F. K. VON SAVIGNY, pues ya en el siglo XX, las tesis del maestro prusiano (= norma de conflicto multilateral, igualdad de ordenamientos jurídicos estatales, comunidad de Derecho entre las naciones, localización pura de las situaciones, etc.) se hallaban en un claro declive debido a las enormes disparidades axiológicas entre los Derechos estatales. Y por eso se arrojaron, en mayor o menor medida, en brazos de la *Lex Fori* y del *Jurisdictional Approach*.

En la actualidad, la perspectiva adoptada por el TJCE ha revivido la tesis de los derechos adquiridos, con ciertos y muy interesantes matices nuevos. Primero: como indica E. JAYME, en la actualidad, esa *Super-Law* cuya «no existencia» tanto preocupó a A. A. EHRENZWEIG (= lo que le sirvió para criticar hasta el final la tesis de los *Vested Rights* en la que se inspiraba el citado *First Restatement* norteamericano) sí existe. Está formado, para los Estados miembros, por las libertades comunitarias⁹¹. Segundo: la Soberanía estatal (= que era la explicación y fundamentación última de la tesis de los derechos adquiridos: U. HUBER era un publicista que estaba convencido de que los conflictos de Leyes afectaban a las «relaciones entre los Estados») ya no es necesaria en la regla comunitaria del reconocimiento. No se trata de «respetar» la sociedad de capital creada por un Estado miembro para respetar así la «Soberanía» de dicho Estado miembro sobre su territorio (= donde fue creada o con arreglo a cuyas Leyes fue creada la sociedad de capital). Se trata de respetar lo creado por autoridades de otros Estados miembros (= la sociedad de capital creada por autoridades o por el Derecho de un Estado

⁸⁹ A. A. EHRENZWEIG, «A Counter-Revolution in Conflicts Law? From Beale to Cavers», *Harvard Law Review*, vol. 80, 1966, pp. 377-401; A. A. EHRENZWEIG, «The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws», *Michigan Law Review*, 58, 1959/60, pp. 637-688; ID., «A Proper Law in a Proper Forum: A 'Restatement' of the 'Lex Fori Approach'», *Oklahoma Law Review*, 18, 1965, pp. 340-352; ID., «Specific Principles of Private International Law», *RCA-DI*, 1968, vol. 124, pp. 167-370; ID., «Wirklichkeiten einer 'lex-fori Theorie'. Zwischen Begriffshimmel der Überrechte und der 'Begriffshölle' des Eigenrechts», en *Multitudo Legum. Ius Unum, Festschrift Wilhelm Wengler*, vol. II, Berlín, 1973, pp. 251-268.

⁹⁰ K. SIEHR, «Ehrenzweig Lex Fori-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht», *RabelsZ.*, 1970, pp. 585-632; ID., «Die lex-fori-Lehre heute», en R. SERICK / H. NIEDERLÄNDER / E. JAYME (Hrsg.), *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht*, Heidelberg, 1986, pp. 35-136.

⁹¹ E. JAYME, «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi», *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 360.

miembro), para, de ese modo, construir un mercado único en la UE. El mercado único, y no la Soberanía estatal, explica esta nueva versión de la tesis de los derechos adquiridos. Tercero: el problema teórico más profundo de esta tesis queda solventado: la Ley con arreglo a la cual se adquiere un derecho (= o se crea una situación jurídica, una sociedad, por ejemplo), es la Ley determinada por las normas de conflicto de cada Estado miembro.

48. d) Tesis del «ordenamiento competente» o «método de coordinación de ordenamientos»⁹². La «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*) puede también explicarse a través del método defendido por P. PICONE bajo la rúbrica de la «tesis del ordenamiento competente» o «método de coordinación de ordenamientos»⁹³. Y el mismo autor hace ya años que propuso la extensión de esta tesis al campo societario⁹⁴. De modo que algunos expertos, como M. V. BENEDETTELLI, opinan

⁹² Muy bien explicada por C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 57-58, mejor incluso que el autor de esta tesis. Esta tesis ha tenido varias versiones debidas todas ellas a su autor originario. Las más elaboradas, y quizás las más completas y sugerentes se pueden encontrar en P. PICONE, «Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti», en P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, CEDAM, Padua, 2004, pp. 485-528. El germen primero de estas tesis se puede ya hallar en P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel Diritto internazionale privato*, Ed. Jovene Napoli, 1971. Una versión más acabada, pero muy complicada, se puede explorar en ID., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padua, 1986, y en un modo un tanto más comprensible, en P. PICONE, «La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé», *RCADI*, 1986, vol. 197, pp. 229-420.

⁹³ Lo explica muy bien C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 57-58, mejor incluso que el autor de esta tesis. Tesis que ha tenido varias versiones debidas todas ellas a su autor originario. Las más elaboradas, y quizás las más completas y sugerentes se pueden encontrar en P. PICONE, «Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti», en P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, CEDAM, Padua, 2004, pp. 485-528. El germen primero de estas tesis se puede ya hallar en P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel Diritto internazionale privato*, Ed. Jovene Napoli, 1971, obra en la que el autor descubre el nuevo fundamento teórico de la regla de reconocimiento de situaciones jurídicas en la técnica utilizada desde hace años para resolver la compleja problemática de la llamada «cuestión previa de DIPr.», concretamente en la teoría de la *Lex Formalis Causae*. Una versión más acabada, pero muy compleja, se puede explorar en ID., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padua, 1986, y un tanto más comprensible, en P. PICONE, «La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé», *RCADI*, 1986, vol.197, pp. 229-420, esp p. 13-15, donde expone, con sumo acierto, la indiferencia del método hacia la cuestión de la determinación de la «Ley aplicable» a la situación jurídica, que no al «ordenamiento competente».

⁹⁴ P. PICONE, «Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di Anstalten e Treuunternehmen nell'ordinamento italiano», *Comunicazioni e Studi*, vol. XV, Milán, Giuffrè, 1978, pp. 83-163.

que la nueva Ley italiana de DIPr. de 31 mayo 1995 ha acogido esta tesis en relación con las personas jurídicas, aunque la cuestión es muy discutida⁹⁵. En suma, esta tesis afirma, en uno de sus postulados, que, para fijar el régimen jurídico de una situación jurídica ya creada en otro país, no debe procederse a la aplicación del Derecho del país «más vinculado con el caso». Por el contrario, la norma de DIPr. debe remitirse, «en bloque», al sistema jurídico del Estado en el que se creó la situación jurídica. La situación jurídica legalmente creada en otro Estado «A» se tiene por existente también en otro Estado «B». Y para nada son relevantes los criterios de competencia judicial internacional ni los criterios de Ley aplicable del Derecho extranjero. Sean cuales sean tales criterios, si la situación jurídica «existe» en un Estado A, o incluso ha sido importada a un Estado «A», entonces tal situación se debe considerar existente en el Estado «B».

C) ALCANCE DE LA REGLA

49. Es necesario precisar la «extensión objetiva» de la «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*). Los diferentes Estados miembros tienen Derechos societarios distintos. Es posible que un Estado miembro «A» disponga de un tipo concreto de sociedad de capital que no exista en otro Estado miembro «B». En tal caso, la sociedad creada en un Estado miembro «A», ¿puede sobrevivir «como tal» (= con los caracteres y efectos previstos en la Ley de «A»), si se traslada u opera en el Estado miembro «B»? ¿O debe, por el contrario, ser «reconvertida» a cualquier otro tipo societario (= más o menos equivalente) de los expresamente contemplados en «B»?

50. Una primera solución consiste en la «transposición a los tipos societarios del Estado miembro de destino» (= *méthode de la substitution*). Técnica que ha sido utilizada en Alemania y otros países en ciertos ámbitos, como las garantías mobiliarias o los *Civil Partnerships* constituidos en otros Estados (K. KREUZER⁹⁶). Así, el § 17.b número 4 del EGBGB alemán dispone que los efectos en Alemania de una unión civil celebrada en el extranjero no podrán superar los efectos previstos en el Código Civil alemán y en el *Lebenspartnerschaftsgesetz*. Se sigue también en terceros Estados: el art. 45.3 Ley suiza de Derecho internacional privado de 18 diciembre 1987 precisa que el matrimonio válidamente celebrado en el extranjero entre dos per-

⁹⁵ M.V. BENEDETTELLI, «La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato», *Rivista delle società*, 1997, pp. 39-113.

⁹⁶ K. KREUZER, «Sachenrecht», en *MünchKomm*, vol. 7, Munich, 1990, pp. 2005-2112; ID., «La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères», *RCDIP*, 1995, pp. 465-505.

sonas del mismo sexo será reconocido en Suiza, pero como «unión civil registrada» (= *partenariat enregistré*) y sólo surtirá los efectos que corresponden, según el Derecho suizo, a dicha «unión civil registrada».

La base teórica de la tesis de la «transposición a los tipos societarios del Estado miembro de destino» es antigua. Radica en la «teoría de la equiparación de los efectos» que en los siglos XIX y XX defendió con brillantez parte de la doctrina italiana (D. ANZILOTTI, G. CHIOVENDA, P. CALAMANDREI, R. QUADRI). Según esta tesis, toda decisión extranjera (= y ahora, toda «situación jurídica» aunque no esté contenida en una sentencia extranjera), debe ser «equiparada» a una decisión nacional y desplegará los mismos efectos que una resolución dictada por una autoridad del Estado requerido (= y ahora, debe ser equiparada a los «tipos societarios» que existan en el Estado miembro de destino). La sociedad creada en otro Estado miembro sufre un proceso de «nacionalización». Su razón de ser se encuentra en la salvaguarda de la Soberanía del Estado de destino: no se aceptan tipos societarios «extraños» si previamente no se «nacionalizan». Aunque la solución presenta la ventaja de no «exterminar» totalmente la sociedad creada en otro Estado miembro, es una solución que merece un completo rechazo. Por varios motivos. Primero: porque atribuye a la sociedad extranjera efectos legales diferentes de Estado miembro a Estado miembro. Segundo: porque la sociedad «extranjera» se «desnaturaliza» (= ya que algunos de sus efectos atribuidos por la Ley con arreglo a la cual se creó la sociedad «se pierden»). La sociedad se «degrada», forzosamente, a un tipo societario conocido en el Estado de destino. Tercero: la solución es nacionalista y legeforista, porque sólo admite las categorías jurídicas y las instituciones del Derecho nacional del Estado miembro de destino (= *Lex Fori*): el mundo entero y lo que es muy duro, los demás Estados miembros, deben «adaptarse» al Derecho nacional, a las categorías de la *Lex Fori*. Cuarto: si el Estado miembro de destino no dispone de ningún tipo societario con el que pueda equipararse, más o menos, la sociedad extranjera, esta solución es inútil. En efecto, la sociedad que no encaja en los tipos societarios del Derecho del destino se elimina como tal del mundo jurídico, queda exterminada. Quinto: degradar una sociedad legalmente constituida en un Estado miembro a un tipo societario contemplado en el Derecho del Estado miembro de destino supone un coste y un obstáculo contrario a las libertades comunitarias.

51. Una segunda solución, más adecuada, consiste en que, en principio, la situación legalmente creada en un Estado miembro debe producir en otro Estado miembro los efectos legales previstos en la Ley del Estado miembro de origen (= o más correctamente, los efectos legales previstos en la Ley que las autoridades del Estado miembro de origen aplicaron al supuesto). La solución es conveniente. Con ello se evita que una misma situación jurídica (= una misma sociedad de capital) surta «efectos distintos» en diferentes Estados miembros. Es decir, de este modo una sociedad de capital concreta

no será una sociedad de tipo societario «diferente» cada vez que opera en uno u otro Estado miembro. Esta solución es la misma que se ha desarrollado en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales (= tesis de la «extensión de los efectos» [*Gleichstellungslehre*]) y que se sigue, por ejemplo, en el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 (*vid.* STJCE 4 febrero 1988, *Hoffmann*). El excelente y ya clásico estudio de F. F. GARAU SOBRINO demuestra una superioridad valorativa de la «tesis de la extensión de los efectos» sobre su rival más enconada, la «tesis de la equiparación de los efectos», así como el hecho de que la primera tesis es la que ha seguido y sigue el Derecho positivo español y la inmensa mayoría de los textos legales de fuente internacional⁹⁷.

52. En relación con las sociedades, la posición del TJCE no puede ser más clara en favor de la segunda solución expuesta (= aceptación «tal cual» de la sociedad legalmente creada en otro Estado miembro). Como antes se ha dicho, la sociedad legalmente constituida en el Estado miembro «A» será reconocida y tenida por existente y válidamente constituida en los demás Estados miembros con los efectos y el alcance determinados por la Ley que se aplicó en el Estado miembro de origen (= Estado miembro «A»). Una sociedad holandesa organizada según el Derecho holandés será tenida en cuenta «como tal» (= con arreglo al Derecho holandés) en los demás Estados miembros. Se reconoce la sociedad tal y como se creó en el Estado miembro de origen (V. MAGNIER⁹⁸, S. LEIBLE / J. HOFFMANN⁹⁹). Será en Alemania, en España, en Portugal y en cualquier otro Estado miembro de la UE, una «sociedad holandesa». En tal sentido son muy claras las palabras del TJCE: STJCE 9 marzo 1999, *Centros* FJ 26 *in fine*¹⁰⁰, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering* FJ 93¹⁰¹, FJ 95, que indica expresamente que un Estado

⁹⁷ F. F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 28-39.

⁹⁸ V. MAGNIER, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ, 1999, pp. 96-110.

⁹⁹ S. LEIBLE / J. HOFFMANN, «Wie inspiriert ist 'Inspire Art'?», *EzFw*, 2003, pp. 677-683. Idea que ya se encontraba en estado más embrionario en S. LEIBLE / J. HOFFMANN, «Überseering und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie», *RIW*, 2002, pp. 925 y ss.

¹⁰⁰ «Las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tienen como finalidad precisamente permitir a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, ejercer por medio de una agencia, sucursal o filial actividades en otros Estados miembros».

¹⁰¹ «[Ninguna medida del Estado miembro de destino (= incluidas sus normas de conflicto de Leyes) puede tener como resultado «que se niegue la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal a una sociedad válidamente constituida en otro Estado miembro en el que tiene su domicilio social estatutario. En efecto, una medida de este tipo equivale a la negación misma de la libertad de establecimiento reconocida a las sociedades por los artículos 43 CE y 48 CE».

miembro debe reconocer la sociedad creada en otro Estado miembro «como dicha sociedad» (= y no como una «sociedad reconvertida, degradada o transpuesta» a los tipos societarios del Estado miembro de destino)¹⁰², FJ 57, 58 y 59¹⁰³ y FJ 81¹⁰⁴.

Es una exigencia derivada de la libertad de establecimiento que las sociedades queden sujetas al Derecho que se aplicó en el Estado miembro de origen a la constitución de dicha sociedad. Así, la sociedad tipo *Private Company Limited by Shares* creada en Londres será una sociedad tipo *Private Company Limited by Shares* creada en Londres, será X en toda la UE, en España, Alemania, Portugal, etc. Aunque en tales países no exista dicho tipo societario con las especificaciones propias fijadas por el Derecho inglés (= *Private Company Limited by Shares*). Degradar o reconvertir la sociedad o transponerla a tipos societarios de cada Estado miembro es obstaculizar, tergiversar y falsear la libertad de establecimiento.

D) EL FANTASMA (INEXISTENTE) DEL FRAUDE Y DEL ABUSO DE DERECHO

53. Otra cuestión a aclarar es la relativa a la posible incidencia del fraude o abuso de Derecho en la «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*). Ello exige detenerse en varios aspectos.

54. La «regla de reconocimiento de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*) es una regla muy generosa. Supone dar carta blanca a las autoridades de otros Estados para crear situaciones jurídicas con la seguridad de

¹⁰² «Cuando una sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro en cuyo territorio se encuentra su domicilio social estatutario ejerce su libertad de establecimiento en otro Estado miembro, los artículos 43 CE y 48 CE obligan a este último a reconocer la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal que dicha sociedad tiene de conformidad con el Derecho de su Estado de constitución».

¹⁰³ «De lo anterior se deduce directamente que dichas sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro, sirviendo de localización de su domicilio social estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro. El Tribunal de Justicia basó en estas premisas su razonamiento en el asunto Centros, antes citado (apartados 19 y 20). Pues bien, el ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de dichas sociedades por todo Estado miembro en el que deseen establecerse».

¹⁰⁴ FJ 81: «Es más, su propia existencia [de la sociedad *Überseering*] es consustancial a su condición de sociedad neerlandesa en la medida en que, como se ha recordado, una sociedad sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que determina su constitución y funcionamiento (véase, en este sentido, la sentencia *Daily Mail and General Trust*, antes citada, apartado 19). La exigencia de reconstitución de la misma sociedad en Alemania equivale, en consecuencia, a la negación misma de la libertad de establecimiento».

que éstas serán tenidas como existentes y válidas en otros Estados. Esta «generosidad» sólo es admisible en ciertos contextos. Por ejemplo, en el contexto de una unión federal (= Estados Unidos de América, que disponen de un mecanismo similar a través de la *Full Faith and Credit Clause* de la Constitución USA) o en un contexto de integración supranacional (= UE). Pero la realidad es que el mundo está dividido en Estados. Estados con Leyes y valores sociales y jurídicos muy dispares, y que no participan en procesos de integración. Por ello, no resulta adecuado admitir y emplear el *Anerkennungsprinzip* sin límite ninguno en relación con «terceros Estados». Ello supondría tratar el «contexto internacional» o «mundial» (= dividido en Estados muy diferentes con legislaciones muy diferentes), como un «contexto de integración» (= toda solución jurídica adoptada en un país sería jurídicamente válida y eficaz en todos los demás países, como si el mundo fuera «una Confederación» o una «Unión Mundial de Estados»). Eso sería una «falsa analogía». Por ello, es conveniente trazar una distinción: 1.º) El *Anerkennungsprinzip* debe operar de la manera más extensa sólo en «contextos de integración» supranacionales o federales, porque así se eleva el grado de integración de los Estados integrados y se realizan verdaderamente las libertades de circulación; 2.º) Fuera de tales contextos (= es decir, en relación con «terceros Estados»), el *Anerkennungsprinzip* puede también emplearse, pero debe quedar sometido a ciertos límites. Tradicionalmente, se han empleado dos límites: a) el orden público internacional (= la regla no opera si la situación creada en otro Estado produce efectos legales contrarios a los principios básicos del Estado de destino); b) el control de la competencia de la autoridad del Estado origen (= no se pueden dar efectos en un Estado a las situaciones jurídicas creadas por autoridades de otros Estados que «se exceden» en sus competencias y crean situaciones jurídicas muy escasamente conectadas con tales Estados). Estos supuestos suelen ser denominados por ciertos autores como casos de «fraude» y/o «abuso de Derecho». Se trata, en este momento, de comprobar si estos límites pueden y/o deben operar en relación con esta «regla de reconocimiento de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*) pero en el ámbito de la UE. Porque las situaciones jurídicas deben recibir un tratamiento legal diferente según hayan sido creadas en un Estado miembro o en tercer Estado. De ese modo, y sólo de ese modo, la UE puede aspirar a operar como un espacio de seguridad, libertad y Justicia y como un auténtico mercado único. Al respecto, varias consideraciones son necesarias.

55. Primera: *el contenido de la Ley aplicada por la autoridad del Estado miembro de origen no es relevante.* En el marco de la UE, el *Anerkennungsprinzip* debe operar sin que se pueda practicar un «control de la Ley aplicada» ni la excepción de «fraude» ni de «abuso de Derecho». En una comunidad jurídica como es hoy la UE, la regla general debe ser, precisamente, la libre circulación de situaciones jurídicas. De este modo, un Estado

miembro debe admitir la existencia y validez de una situación jurídica (= sociedad/persona jurídica, por ejemplo), creada legalmente en otro Estado miembro con arreglo a las normas de conflicto de Leyes de ese Estado miembro. Resulta muy difícil aceptar que otro Estado miembro disponga de «Leyes injustas» o «Leyes odiosas» en el contexto del Derecho de sociedades. Todos los Estados miembros disponen de legislaciones que garantizan una alta calidad de regulación. Por eso son «legislaciones intercambiables» (= en el sentido de que la aplicación de una u otra legislación de uno u otro Estado miembro no debe activar la cláusula de «orden público internacional»). La «libre circulación de situaciones jurídicas» es necesaria para lograr un espacio sin fronteras ni obstáculos a la libre circulación de personas físicas y jurídicas en la UE. Y eso sólo se logra plenamente si la excepción del orden público internacional desaparece del mapa jurídico de la UE. Corolario final: los particulares pueden acudir al Estado miembro que prefieran para constituir una persona jurídica, sin que, por ello, puedan ser acusados de realizar un «*By-Pass jurídico*» en favor de una «Ley intolerable» por ser demasiado permisiva o por cualquier otra circunstancia.

56. Segunda: la competencia de las autoridades de un Estado miembro para la constitución de sociedades. En relación con «terceros Estados», la exigencia de que la situación creada en un Estado presente vínculos objetivos con dicho Estado es una condición necesaria. De ese modo, se evita que los particulares «escapen» a la Ley del país con el que la situación está naturalmente o razonablemente vinculada y busquen la cobertura de una «Ley permisiva» que se corresponde con un país que, realmente, nada tiene que ver con el asunto. La internacionalización ficticia de casos internos ha sido una constante en la Historia del DIPr. Ha sido y es muy frecuente que los particulares se desplacen a otros países para obtener divorcios, celebrar matrimonios, firmar contratos, constituir derechos reales y también constituir sociedades, en casos en los que tales operaciones jurídicas no eran posibles con arreglo al Derecho del país «naturalmente vinculado» con el supuesto. La justificación última de la prohibición de «internacionalizar» casos «internos» no se halla exclusivamente en el contenido del Derecho extranjero aplicado por las autoridades extranjeras (= en ese caso, la cláusula de orden público internacional resolvería satisfactoriamente la cuestión). La justificación última de esta prohibición radica en la «estructura jurídica del mundo». El mundo está dividido en Estados. Cada Estado dispone de sus Leyes, que entiende, naturalmente, que son «las mejores» para regular las situaciones jurídicas. Pues bien, un Estado no acepta la internacionalización ficticia de las situaciones jurídicas puramente internas porque ello implicaría tratar al «mundo» (= que está compuesto por multitud de Estados soberanos muy distintos) como una «comunidad de Naciones» o como una «unión de Estados» que presenta un elevado grado de integración. Pero las cosas no son así.

El mundo no es, en su totalidad, «una comunidad de Estados» que persigue la integración. El mundo es una realidad dividida en Estados independientes, soberanos, muy diferentes y con sistemas jurídicos anclados en valores muy distintos cuando no opuestos y enfrentados. Ésta es la explicación última de la prohibición de «internacionalizar situaciones jurídicas exclusivamente internas». Las situaciones «naturalmente conectadas con un Estado» (= todos sus elementos están conectados con un solo Estado) deben regirse por la Ley de ese Estado. Es el «ámbito natural» de las Leyes de ese Estado. Es lo que P. LAGARDE llama «*el respeto a la autoridad de la Ley*» (= *l'autorité de la loi*)¹⁰⁵. El Estado elabora sus Leyes para regular una comunidad social determinada (= aquella comunidad sobre la que, de modo natural, ejerce sus competencias legislativas). Las Leyes de un Estado rigen las situaciones enteramente vinculadas con dicho Estado. Sólo de ese modo queda salvaguardada la «autoridad de la Ley» y se garantiza que tales Leyes puedan cumplir con el fin para el que han sido dictadas: hacer Justicia en relación con una concreta comunidad social. Las Leyes españolas persiguen ofrecer regulaciones justas destinadas a la comunidad social española. Si ciertas relaciones jurídicas enteramente integradas en la comunidad social española (= por ejemplo, una sociedad de capital cuya totalidad de elementos están vinculados con España) quedan sustraídas a las Leyes españolas, la autoridad de la Ley queda dañada. La Ley no podría entonces cumplir con su misión de Justicia. La división del mundo en Estados exige el respeto a la «autoridad de la Ley». Por ello, cuando una relación social ha sido artificialmente sustraída al ámbito de las Leyes de un Estado concreto, es necesario un control de la competencia de las autoridades que constituyen dicha situación jurídica. Ese control es necesario para salvaguardar la «autoridad de la Ley» del Estado de destino y para evitar así el llamado *Bad Forum Shopping*. Ejemplo: si una sociedad de capital cuya totalidad de elementos están vinculados con España se somete por los socios fundadores a la Ley de Delaware y se constituye con arreglo a dicha Ley, resultará que las Leyes españolas en

¹⁰⁵ Escribe P. LAGARDE: «*la faveur à la validité des situations juridiques, qui inspire de telles règles, est cependant soumise à certaines conditions. Il ne peut s'agir de reconnaître n'importe quelle situation crée n'importe où. Indépendamment de la condition de conformité à l'ordre public, la reconnaissance peut être subordonnée, non pas à l'application d'une certaine loi, mais à l'existence de certains liens de la situation avec son État d'origine*». P. LAGARDE, «*Conflits de lois (Principes généraux)*», *Répertoire Dalloz Droit International*, enero 2006, pp. 1-30, esp. p. 30; Id., «*Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*», *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243. *Vid.* igualmente, H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, 8.ª ed., LGDJ, París, 1993, p. 446: «*Il semble en effet que l'intérêt essentiel de l'État consiste à assurer l'homogénéité et l'autorité de la sa loi; les lois édictées par un État forment un ensemble; si on soustrait à cet ensemble des relations étroitement unies à celles auxquelles il s'applique sans conteste, il en résultera inévitablement des incohérences, des contradictions et une atteinte à l'autorité de la loi*».

materia societaria quedan «puenteadas». Una sociedad enteramente integrada en el contexto español queda así sustraída a la acción de las Leyes españolas. Tales Leyes no pueden, en dicho caso, realizar sus objetivos. La autoridad de dicha Ley se ve perjudicada. Por ello es preciso impedir estas maniobras de los particulares que «aprovechan» el contexto internacional (= el hecho de que el mundo está dividido en Estados) para sustraer su sociedad al alcance natural de las Leyes españolas.

Sin embargo, en el contexto comunitario, todo cambia. La UE es algo más que la «suma cuantitativa de Estados». Es una comunidad jurídica, un espacio de seguridad, libertad y Justicia con un único mercado. Ello exige que, sobre la base del «principio de confianza comunitaria», los Estados miembros acepten la posibilidad de que los particulares sitúen la creación de una sociedad de capital en el Estado miembro de que se trate. Sólo de ese modo, los particulares pueden aprovecharse de las ventajas de un gran mercado comunitario y de las libertades de circulación. Que es de lo que se trata. «Fraude» y «abuso de Derecho» no pueden existir en la UE por el hecho de «ubicar la constitución de una sociedad» en un concreto Estado miembro. La UE no es «un solo Estado», pero los Estados miembros comparten un mismo destino y se hallan comprometidos en la integración europea y en la creación y en el funcionamiento de un mercado único. Este dato lo cambia todo. En efecto: sólo puede hablarse de tales correctivos (= orden público internacional, fraude de Ley, abuso de Derecho, *Bad Forum Shopping*, control de la competencia de la autoridad del Estado de origen), referidos a la «constitución de sociedades», en relación con «terceros Estados». Naturalmente, el fraude o abuso de Derecho es un límite de toda regla general. También de la libertad de establecimiento y también del *Anerkennungsprinzip*. Pero dicho límite sólo puede operar en relación con aspectos diferentes a la constitución de una sociedad de capital. Por ejemplo, cuando se pretende luchar contra la evasión fiscal a través de una legislación específica y una sociedad crea una filial en un Estado miembro con el objetivo, exclusivo, de imputarle transacciones que la filial, realmente, no realiza (= pues las realiza la sociedad-madre, radicada en otro Estado miembro con carga impositiva más elevada), de modo que la carga impositiva total del grupo societario resultaba ser muy inferior. Eso es lo que llama el Abogado General Sr. Philippe Léger, en sus Conclusiones presentadas el 2 mayo 2006, en el as. C/196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue*, «un «montaje artificial» que pervierte la libertad de establecimiento y que justifica que una empresa no pueda beneficiarse de la libertad de establecimiento en el caso concreto»¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger presentadas el 2 mayo 2006, en el as. C/196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue*: «los órganos jurisdiccionales nacionales pueden en cada caso

57. A modo de recapitulación, puede afirmarse que la «regla de reconocimiento de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*) debería operar en el contexto de la UE sin ningún límite de orden público internacional, fraude de Ley, abuso de Derecho, *Bad Forum Shopping* o control de la competencia del juez de origen (= en un «contexto de integración», dichos correctivos resultan inapropiados porque impiden la misma integración de los Estados miembros). Por el contrario, fuera de un contexto de integración (= con terceros Estados), tales límites al *Anerkennungsprinzip* deben operar para defender la «autoridad» de la Ley del Estado de destino.

E) FORMULACIÓN LEGAL Y JUDICIAL DE LA REGLA

58. La «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*) no existe como solución de Derecho positivo a fecha 13 septiembre 2006. Pero existe. Actualmente se aplica como una regla de «desarrollo judicial del DIPr.» que la jurisprudencia del TJCE ha admitido expresamente en varios pronunciamientos de extraordinaria importancia. Si hay que ceñirse a la materia societaria (= que tampoco hay por qué, ya que la regla ha sido empleada por el TJCE en otras áreas jurídicas, como en el derecho al nombre de las personas físicas), dicha regla ha sido expresamente bendecida por el TJCE en la citada y célebre trilogía societaria compuesta por las sentencias STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, antes referenciadas.

59. Como es evidente, dicha regla podría traducirse, en el futuro, en una norma de Derecho Positivo comunitario. Bastaría que las autoridades comunitarias crearan una «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*). En virtud de dicha regla, toda situación jurídica legalmente creada en un Estado miembro con arreglo a sus normas nacionales de conflicto de Leyes y con independencia de la «Ley estatal» que la autoridad del Estado miembro de origen aplicó a la situación jurídica, sería considerada existente y válida en los demás Estados miembros. Y dicha cláusula de validez comunitaria de las situaciones jurídicas podría diseñarse de «modo general». En tal caso, sería aplicable no sólo para determinar la

concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles el beneficio de las disposiciones de Derecho comunitario invocadas. De lo anterior se deduce que, para que pueda estar justificada por la lucha contra la evasión fiscal, la legislación nacional no debe limitarse a referirse a una situación definida en términos generales, sino que debe permitir al juez nacional denegar, en cada caso concreto, el beneficio del Derecho comunitario a determinados contribuyentes o a determinadas sociedades que hayan realizado un montaje artificial con la finalidad de eludir el impuesto».

«Ley reguladora» de las sociedades, sino la Ley reguladora o, *melius*, la «validez comunitaria» de toda situación legalmente creada en un Estado miembro (= testamentos, sociedades, filiación, nombre de la persona, etc.).

4. Segunda solución: la técnica del conflicto de Leyes y la unificación futura de las normas de conflicto de los Estados miembros en materia societaria

A) COMUNITARIZACIÓN DE LAS NORMAS DE CONFLICTO SOCIETARIAS

60. Una segunda solución, alternativa a la anterior, es también posible con el objetivo de evitar los «cambios de Ley aplicable» que provocan obstáculos a las libertades comunitarias (E. JAYME¹⁰⁷).

61. La segunda solución consiste en elaborar «normas de conflicto uniformes» por parte de las autoridades comunitarias. Tales normas deberían ser Derecho vigente uniforme para todos los Estados miembros (= todos los Estados miembros tendrían las mismas normas de conflicto en materia societaria). Dichas normas de conflicto señalarían la «Ley aplicable» a una situación jurídica (= a una sociedad) creada legalmente en otro Estado miembro. De ese modo, una situación existente y válida en un Estado miembro (= ejemplo: una *Private Company Limited by Shares* «incorporada» al Derecho inglés) sería siempre considerada existente y válida en los demás Estados miembros, pues el «cruce de frontera» no implicará ningún «cambio de Ley aplicable».

62. El Derecho comunitario ya dispone de normas de conflicto uniformes en ciertos sectores. Ejemplo: el Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales indica que, si los contratantes no disponen otra cosa, un contrato de compraventa se rige, como regla general, por la Ley del país de establecimiento del vendedor. Si un vendedor austríaco firma un contrato con un comprador español, ese contrato, válido en Austria, será, lógicamente, también válido en España, pues los tribunales y autoridades austríacas y españolas aplican las mismas normas de conflicto para valorar la existencia y validez del contrato. La situación «legalmente nacida en Austria» es considerada «legalmente existente en España».

¹⁰⁷ E. JAYME, «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi», *RDIPP*, 2006, pp. 353-360; E. JAYME / CH. KÖHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», *IPrax*, 2001, pp. 501-512, esp. p. 504.

63. Si esta solución se proyecta al campo de las sociedades en la UE, el resultado es claro. Si la Ley aplicable a las sociedades fuera, en virtud de una futura y eventual norma de conflicto comunitaria uniforme, la Ley del Estado con arreglo a la cual se ha constituido la sociedad (= tesis de la *Incorporation*), pues resultaría que una sociedad creada en Irlanda con arreglo al Derecho irlandés sería considerada, lógicamente, como una sociedad válidamente constituida y plenamente existente en España, porque las autoridades españolas aplicarían, para decidir en torno a la validez y existencia de la sociedad en cuestión, la Ley irlandesa, es decir, la misma Ley que aplicó la autoridad irlandesa a la constitución de la sociedad. Las autoridades españolas aplican la misma Ley material que aplicó la autoridad irlandesa, porque Irlanda y España dispondrían de la misma norma de conflicto en materia de sociedades. Igualdad de norma de conflicto significa igualdad de Ley aplicable en todos los Estados miembros. El enfoque cambia, porque «no se reconoce» una sociedad creada en otro Estado miembro. Por el contrario, se vuelve a someter a un proceso de determinación de la Ley aplicable a la sociedad. Parece complicado y un tanto innecesario (= la determinación de la Ley aplicable se debe hacer «dos veces» y además con idéntico resultado). Pero presenta una ventaja teórica: se elimina el *Forum Shopping*. Si las normas de conflicto son iguales en todos los Estados miembros, ningún particular podrá extraer ninguna ventaja oportunista si sitúa la cuestión en las manos de los jueces o autoridades belgas, franceses o ingleses. Todas las autoridades de los Estados miembros aplicarán las mismas normas de conflicto y la misma Ley sustantiva al fondo de la cuestión.

64. Para que esta solución sea posible, es imprescindible profundizar en el proceso conocido como la «comunitarización del DIPr»¹⁰⁸. La «comunita-

¹⁰⁸ Este proceso ha sido y es objeto de profundos debates y estudios en toda la doctrina europea. *Vid.*, entre otros muchos, A.-L. CALVO CARAVACA, «El DIPr. de la Comunidad Europea», *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, núm. 2, diciembre 2003, pp. 277-300; S. BRUINIER, *Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privatrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; L. DE LIMA PINHEIRO, «Federalismo e Direito Internacional Privado - algumas reflexões sobre a comunitarização do Direito Internacional Privado», en D. MOURA VICENTE (Coord.), *Direito Comparado. Perspectivas Luso-Americanas, Comparative Law. Portuguese-American Perspectives*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 275-300; P. DE MIGUEL ASENSIO, «El Tratado de Amsterdam y el DIPr.», *La Ley UE*, 30 marzo 1998, pp. 1-3; H. DOHRN, *Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004; S. FRANÇO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant-L.G.D.J., París, 2005; H. GAUDEMET-TALLON, «De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne», *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185; ID., «Quel Droit International Privé pour l'Union Européenne?», en P. J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F. K. Juenger*, Transnational Publishers/

rización del DIPr.» consiste en lo siguiente: los arts. 61 c y 65 TCE –en la redacción dada por el Tratado de Amsterdam de 2 octubre 1997, en vigor desde el 1 mayo 1999–, atribuyen, en ciertos términos, a las instituciones comunitarias la competencia para adoptar medidas con el objetivo de desarrollar «una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza», con el fin de «establecer progresivamente un espacio de libertad,

Ardsley, Nueva York, 2001, pp. 319-338; K. BOELE-WOELKI, «Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe», *Private Law in the International Arena, Liber Amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, pp. 61-77; TH. M. DE BOER, «Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century», en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F. K. Juenger*, Transnational Publishers/Ardsley, Nueva York, 2001, pp. 193-214; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, «El art. 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?», *AEDIP*, vol. I, 2001, pp. 89-115; F. POCAR, «La comunitarizzazione del DIPrivo: una european conflict of laws revolution», *RDIPP*, 2000, pp. 873-884; S. BARIATTI, «Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario», *RDIPP*, 2003, pp. 671-706; S. BARIATTI, «Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni», *RDIPP*, 2006, pp. 361-376; J. BASEDOW, «The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam», *CMLR*, 2000, p. 687-ss.; ID., «European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam», en P. J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *Essays F. K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 175-192; M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «Desde el ‘mientras que’ hasta el ‘sí, salvo’ (la jurisprudencia constitucional ante el Derecho europeo)», *REDI*, 2005, vol. 57, pp. 89-104; E. JAYME, «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi», *RDIPP*, 2006, pp. 353-360; E. JAYME / CH. KOHLER, «L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté Européenne et des conentions de Bruxelles et de Rome», *RCDIP*, 1995, pp. 25 ss.; H. U. JESSURUN D’OLIVEIRA, «The EU and a metamorphosis of Private International Law», *Essays P. North*, Oxford UP, 2002, pp. 111-136; CH. KOHLER, «Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato europeo», en P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, CEDAM, Padua, 2004, pp. 65-94; ID., «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam», *RCDIP*, 1999, pp. 1-30; P. LAGARDE, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjetures», *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243; D. LEFRANC, «La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé)», *RCDIP*, pp. 413-446; PH.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen de Rome a Nice*, Bruxelles, Lacier, 2003; P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Cedam, Padua 2004; F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Aix-en Provence, Presses Univ. d’Aix-Marseille, 2004; R. WAGNER, «EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen?», *RabelsZ*, 2004, pp. 119-153; K. WANNEMACHER, *Die Aussenkompetenzen der EG im Bereich des Internationalen Zivilverfahrensrechts: des räumliche Anwendungsbereich des Art. 65 EGV am Beispiel der EuGVO und der EheVO*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; M. WILDERSPIN / A.-M. ROUCHAUD-JOËT, «La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé», *RCDIP*, 2004, pp. 1-48. Imprescindible es la lectura y comprensión del Dictamen TJCE de 7 febrero 2006 (Lugano II). Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7.ª ed., Granada, Comares, 2006, pp. 41-51.

de seguridad y de justicia» (art. 61 TCE). En otras palabras: las autoridades comunitarias disponen de competencia para elaborar «normas de DIPr.» que sirvan para construir un «espacio de libertad, de seguridad y de justicia» en la UE, mientras que los Estados miembros pierden progresivamente la posibilidad de elaborar «normas de DIPr.». La *raison d'être* de la «comunitarización del DIPr.» radica en que dicho proceso es necesario porque la diversidad de sistemas de Derecho Privado en la UE suscita «obstáculos para la libre circulación de las personas en la UE». Si una sociedad legalmente creada en Irlanda puede ser considerada como no existente o irregular en España, la libertad de establecimiento de las sociedades se ve perjudicada. La solución de crear normas uniformes comunitarias de conflicto de Leyes exige *comunitarizar el DIPr.* Así ha ocurrido en virtud del art. 65 TCE (= *vid.* también, «Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil» (DOCE C12, de 15 enero 2001). Pues bien, el art. 61.c TCE atribuye a las autoridades comunitarias la competencia para elaborar normas de DIPr. dirigidas a construir un «espacio de seguridad, libertad y justicia en la UE», y «en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior». Dicha competencia es «compartida» entre la UE y los Estados miembros. Pero si las instituciones comunitarias regulan un concreto aspecto de DIPr., la materia regulada pasa a ser «competencia privativa de la UE» y los Estados comunitarios ya no pueden legislar sobre la materia.

B) Hacia una victoria de la *Incorporation Theory*

65. En febrero de 2006 se dio a conocer una propuesta alemana para la elaboración de un futuro Reglamento comunitario en materia societaria que se sitúa en esta línea (= *Proposal of the Deutscher Rat für Internationales Privatrecht for European and national legislation in the field of international company law*, diseñada por los Profs. H. J. SONNENBERGER / F. BAUER¹⁰⁹). Este futuro Reglamento comunitario sobre la materia cubriría no sólo las sociedades cuya sede estatutaria se hallare en un Estado miembro, sino aquellas con sede estatutaria de la UE (= en este sentido, sería un Reglamento *erga omnes*: art. 1.1 Propuesta, lo que puede llevar a la aplicación de la Ley

¹⁰⁹ El texto puede examinarse en lengua alemana en *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 2006, suplemento n. 1 del fascículo 4 abril 2006. Existe traducción italiana en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale, (RDIPP)*, 2006-III, pp. 876-871, con comentario extenso de P. KINDLER, «Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società», en la misma revista y número, pp. 657-674. Existe también traducción al idioma inglés proporcionada por el *Max Planck Institut for Comparative and Private International Law*, que es la que ha sido utilizada predominantemente en este trabajo.

de un tercer Estado). Y abarca también los entes que no persiguen fin de lucro (= lo que sobrepasa la letra del art. 58 TCE: art. 1.2 de la Propuesta germana).

Con arreglo a su artículo 2, las sociedades quedarán sujetas a la Ley del Estado en cuyos registros han sido inscritas. Como es natural, se supone que una sociedad se inscribe en el Registro Público del país con arreglo a cuyas Leyes se ha constituido, que coincide con el país donde tiene su sede estatutaria (P. KINDLER¹¹⁰). Si se trata de sociedades que no necesitan inscripción pública, se registrarán por la Ley del Estado con arreglo a la cual se han constituido (= *Incorporation Theory* en estado puro), y si tal Ley no puede ser determinada, se aplicarán las normas de conflicto relativas a los contratos internacionales¹¹¹. Como se observa, la propuesta acoge la «tesis de la incorporación» y ninguna mención se realiza a las demás tesis conflictuales en el campo societario (= sede de dirección, lugar de explotación principal, etc.). Una vez que una sociedad, por ejemplo, ha sido inscrita en Bélgica con arreglo a los requisitos exigidos por las Leyes belgas, dicha sociedad podrá operar libremente en España y será considerada, en España, como existente y válidamente constituida. No importará su lugar de explotación principal o su sede de dirección. Aunque todas sus actividades comerciales se desarrollen en España, seguirá sujeta al Derecho belga en toda su extensión.

66. Una norma de conflicto comunitaria en materia de sociedades sólo puede acoger un criterio: la *Incorporation Theory* (= la sociedad se rige por la Ley del Estado con arreglo a la cual se ha constituido). La predilección por la *Incorporation Theory* no es un homenaje al Imperio británico ni tampoco es un vasallaje al amigo americano. Es, simplemente, «la mejor regla posible de DIPr. en materia societaria» (U. ULMER¹¹²). Escribe categóricamente, y con toda razón, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, que la tesis de la incorporación «*es la que resulta más compatible con las exigencias del Tratado CE*» y, con otras palabras, indica este autor en que «*el único modelo compatible con*

¹¹⁰ P. KINDLER, «Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società», *RDIPP*, 2006-III, pp. 657-674, esp. p. 657.

¹¹¹ Art. 2: «*Applicable law. (1) Companies shall be subject to the law of the state in whose public register they are entered. (2) If they are not or have not yet been registered in a public register, they shall be subject to the law of the state under whose law they are organised. If the applicable law cannot be determined pursuant to sentence 1, the conflict-of-laws rules applicable to contractual obligations shall apply. If a company purports to operate under a law other than that determined pursuant to sentence 1 or 2, a third party acting in good faith may invoke such law*».

¹¹² U. ULMER, «Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktiven Auslandssitz», *JZ*, 1999, pp. 662-680.

*el Tratado [CE] es el de constitución/incorporación»¹¹³. Y especialmente es así en un ámbito de integración, como la UE, en el que el principio de confianza comunitaria juega un papel estelar. La tesis de la sede real, en cualquiera de sus variantes, no puede adoptarse como regla general en una futura norma de conflicto comunitaria, porque comportaría «cambios de la Ley aplicable» a la misma sociedad cada vez que cambiara el lugar de sus actividades económicas principales o el lugar desde donde se dirige la sociedad. Y este «cambio de Ley aplicable» comportaría una intolerable lesión a la libertad de establecimiento protegida por los arts. 43-48 TCE. Por tanto, como ha señalado J. KOSYRIS¹¹⁴, Europa camina inexorablemente, y hace bien, hacia la «cuasi-canonización» de la *Incorporation Theory*. Algo que los Estados Unidos de América ya hace mucho que practican con ciertas diferencias de matiz, a través de la famosa *Full Faith and Credit Clause* de rango constitucional.*

67. Más preocupante, aunque realmente privada de todo efecto práctico real, resulta la previsión de la Propuesta germana relativa al «abuso de Derecho». Se dice que en virtud de dicha cláusula, cuando se utilice de modo fraudulento (= *Abuse of Law*) el registro de una sociedad para evitar las exigencias de la legislación societaria del país de establecimiento de la sociedad, no debe aplicarse la Ley del Estado de registro de la sociedad¹¹⁵. Esta previsión es infundada e innecesaria. Primero, porque como reconoce la mis-

¹¹³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, pp. 306-311.

¹¹⁴ J. KOSYRIS, «Some Observations on State Regulation of Multistate Takeover: Controlling Choice of Law Through the Commerce Clause», *Delaware Journal of Corporation Law*, 14, 1989, pp. 499-520, esp. p. 505.

¹¹⁵ «Where a legal system or place of registration is chosen abusively and this constitutes an abuse of the freedom of establishment within the meaning of the ECJ's case-law, this may be a legitimate ground for using the actual centre of administration as the connecting factor. This is consistent with the general IPL doctrine that no account is to be taken of the abusive exploitation of a relationship to engineer the application of a connecting factor with a view to either achieving or circumventing a particular outcome under the substantive law of a Member State. The committee's deliberations revealed that cases in which abusive recourse to or circumvention of a particular system of company law might come into question are likely to be extremely rare. The choice of a different legal system by way of registration with a view to enjoying benefits under the company law selected is, in principle, a form of exercising the freedom of establishment. Cases in which the application of a different system of company law is engineered in order to circumvent any incompetence or disqualifying provisions were given as examples of abuse. The committee agreed that such cases must be ruled out. Given that the necessary measures would ultimately constitute prohibitions on the exercise of a profession, the committee was strongly in favour of removing this specific issue from the scope of company law by way of exceptional connecting factors to the law governing mandatory rules (...) Moreover, recourse to a general clause on abuse, which is recognised as an unwritten element of private law and thus of the law on *renvoi* (*fraus omnia corrumpit*), has in the past proven to be necessary in only a few isolated

ma propuesta alemana, la elección de una Ley estatal concreta a través del registro en el país correspondiente es un modo plenamente legítimo de ejercer la libertad de establecimiento. Segundo, porque emplear la cláusula de «fraude de Ley» en este campo legal, supone aceptar que existen «Leyes odiosas» de ciertos Estados miembros, que no satisfacen unos «estándares mínimos de Justicia». Leyes cuya elección por las partes hay que evitar. La cláusula de fraude de Ley opera, en estos casos, como un orden público internacional «oculto» o maquillado al que no se desea dar ese nombre (= pero que es realmente un orden público internacional que rechaza la aplicación del Derecho de otro Estado miembro porque se considera que su contenido es «injusto» y «odioso»). Este planteamiento es inaceptable en una auténtica «comunidad jurídica» como es hoy la UE.

V. Perspectiva comunitaria y normas de conflicto españolas en materia societaria en la actualidad

1. Nacionalidad de las sociedades

68. Las consecuencias que produce la nueva perspectiva comunitaria relativa a la cuestión de la Ley aplicable a las sociedades, sobre las normas de conflicto españolas en la materia, son extraordinariamente relevantes. Para comprenderlas en todo su alcance, varios datos previos deben recordarse.

69. a) El art. 9.11.I Cc. indica que las personas jurídicas, y por tanto las sociedades, se rigen por su «Ley nacional» correspondiente. Ahora bien, la noción «nacionalidad de las personas jurídicas», como explica la doctrina (J.-P. NIBOYET, C. PAZ-ARES, B. AUDIT, G. KEGEL, E. PÉREZ VERA, etc.), no es más que un «modo antiguo» de expresar que la persona jurídica presenta un «vínculo» con un Estado¹¹⁶. Y como presenta un vínculo estrecho con ese

cases, both in the field of company law and of IPL in general. The committee therefore refrained from making a proposal and considers that it is sufficient to take the same approach in international company law as is taken in other fields. This decision to dispense with a proposal is supported by the absence of such provisions in the majority of European IPL acts. The provisions which do exist (Article 21 of the Portuguese Civil Code, Article 8 of the Romanian IPL Act, Article 12(5) of the Spanish Civil Code [sic] and Paragraph 8 of the Hungarian IPL Regulation) are worded generally. It is therefore considered more appropriate to leave the question of the treatment of fraudulent conduct to the courts. This applies to both the proposed EC regulation and the German national legislation».

¹¹⁶ El número de trabajos doctrinales sobre la cuestión de la «nacionalidad» de las personas jurídicas es incalculable. Un panorama correcto se obtiene a partir de los trabajos de B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 4.ª ed., 2006, p. 866; J. M. BLANCO FERNÁNDEZ, «La nacionalidad de la sociedad en la ley de sociedades anónimas», *RDM*, 1992, núms. 203-204, pp. 245-276; L. CAFLISCH, «La nationalité des sociétés commerciales

Estado, las Leyes de dicho Estado deben regir la formación y el funcionamiento interno de dicha persona jurídica (F. CAPOTORTI, D. DAMASCELLI¹¹⁷). Por tanto, se puede afirmar que, diga lo que diga el art. 9.11 Cc., las personas jurídicas no ostentan ninguna nacionalidad. Es más correcto afirmar, simplemente, que toda sociedad se rige por un Derecho estatal determinado. La noción «nacionalidad de las personas jurídicas» no es análoga a la noción de «nacionalidad de las personas físicas» (J.-P. NIBOYET¹¹⁸). En efecto, las personas jurídicas «españolas» no son la «base subjetiva» del Estado español (STS 17 enero 1912, STS 14 junio 1951, STS 14 junio 1974, STS, Sala 3.ª, 14 marzo 1977).

70. b) A la hora de concretar la nacionalidad de las sociedades, el art. 9.11.I Cc. no indica qué sociedades son «españolas» y qué sociedades no lo son. Para resolver el problema hay que acudir a otras normas del Derecho español. Se trata, en sustancia, de los arts. 5 LSA, 6 LSRL y 28 Cc.

71. c) Las normas españolas de DIPr. relativas a las sociedades pueden precisar la Ley aplicable a todas las sociedades. Es cierto que las normas

en droit international privé», *ASDI*, 1967, vol. XXIV, pp. 119-160; A. L. CALVO CARAVACA, «Nacionalidad (de Sociedades)», *EJB*, 1995, pp. 4385-4389; M. CHECA MARTÍNEZ, «La ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil en materia de sociedades: la nacionalidad de la sociedad anónima», *REDI*, 1989, vol. XLI, pp. 662-664; R. EGEA IBÁÑEZ, «Nacionalidad de las sociedades. Adquisición por una sociedad extranjera de la nacionalidad española», *Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, Murcia, 1984; ID.: «Nacionalidad de las sociedades», *RCDI*, 1984, pp. 1155-1182; F. GIMÉNEZ ARTIGUES, «¿Existe una nacionalidad de las sociedades mercantiles?», *RJC*, 1946, pp. 39-51; ID., *La nacionalidad de las sociedades mercantiles*, Barcelona, Bosch, 1949; A. KLEY-STRULLER, «Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen», *RSDIDE*, 1991, pp. 163-202; Y. LOUS-SOUARN, «Nationalité des sociétés et Communauté Economique européenne», *Revue de Jurisprudence commerciale*, 1990, pp. 145-165; J.-P. NIBOYET, «Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?», *RCDIP*, 1927, pp. 402-417; M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, «Art.28 Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 1978, pp. 775-806; ID., «Art.28 Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1993, pp. 689-760; D. POHÉ, *La nationalité des sociétés dans les pays en voie de développement*, tesis, Burdeos, 1989; J. J. PRETEL SERRANO, «Nacionalidad y domicilio de la Sociedad Anónima», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1991, vol. XXX, pp. 187-190; F. SÁNCHEZ CALERO, «La nacionalidad de la sociedad anónima», *Revista de Derecho de Sociedades*, 1993, vol. I, pp. 15-60; F. XIMÉNEZ NORÉS, «La nacionalidad de las empresas multinacionales», *AC*, 1986, núm. 39, pp. 2701-2715; C. PAZ-ARES / F. J. GARCIMARTÍN, «Conflicto de leyes y garantías sobre valores anotados en las cuentas de intermediarios financieros», *RDM*, 2000, pp. 1479-1501. Aunque referido a las fundaciones, es muy útil el enfoque que sobre la cuestión de la «nacionalidad de las personas jurídicas» ofrece B. CAMPUZANO DÍAZ, «Las fundaciones extranjeras en la nueva ley sobre Fundaciones», *BIMJ*, núm. 1745 de 5 junio 1995, pp. 3205-3225.

¹¹⁷ F. CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, 1953; D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Cacucci Editore, Bari, 2004, pp. 76-78.

¹¹⁸ J.-P. NIBOYET, «Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?», *RCDIP*, 1927, pp. 402-417.

españolas que determinan la «nacionalidad» de las personas jurídicas sólo indican cuándo tales entes tienen «nacionalidad española». O en otros términos: sólo indican cuándo la Ley española rige la sociedad. No obstante, tales normas deben «bilateralizarse», de modo que indicarán qué Ley estatal, española o extranjera, rige cualquier sociedad. La jurisprudencia española ha seguido esta línea: (a) La SAP Granada 9 marzo 2003 estimó que una sociedad extranjera era «taiwanesa» porque quedó acreditado su domicilio social en Taiwán y su sujeción al Derecho de tal país; (b) La SAP Baleares 18 marzo 2005 estimó que una sociedad estaba sometida al Derecho de las Islas Vírgenes puesto que allí tenía su domicilio estatutario y estaba organizada con arreglo al Derecho de tales islas. La tesis contraria, que sostiene que la Ley aplicable a las sociedades debe fijarse a través de la consulta de las «normas extranjeras de DIPr.», debe ser rechazada. El rechazo de esta tesis es sencillo de comprender: la «nacionalidad» de las sociedades no es una verdadera «nacionalidad» y por tanto no tiene por qué ser acreditada con arreglo a un Derecho estatal determinado, como sí sucede, sin embargo, con las personas físicas.

2. Criterio utilizado para determinar la Ley reguladora de las sociedades corporativas

72. Pues bien, el art. 5 LSA y art. 6 LSRL deben ser interpretados y aplicados del siguiente modo¹¹⁹.

¹¹⁹ Las aportaciones doctrinales sobre las normas de DIPr. españolas relativas a las sociedades son incontables. *Vid.*, en general, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Personas jurídicas y sociedades mercantiles», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 7.ª ed., Granada, Comares, 2006, pp. 295-336; A.-L. CALVO CARAVACA, «Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional», *RGD*, n. 525, 1988, pp. 3679-3701; A. L. CALVO CARAVACA en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado - parte especial*, 6.ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 84-89; A. L. CALVO CARAVACA, «Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional», *RGD*, 1988, pp. 3679-3701; *Id.*, «Art. 9.11 Cc.», *Com.Cc. y Comp. For.*, 2.ª ed., 1995, pp. 479-525; *Id.*, «Art. 9.11 Cc.», *Com.Cc. Min. Justicia*, 1991, pp. 103-105; R. ARENAS GARCÍA, «La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales», *Derecho de los Negocios*, 70/71, pp. 11-26; J. M. BLANCO FERNÁNDEZ, «La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas», *RDM*, n. 203/204, 1992, pp. 245-276; M. CHECA MARTÍNEZ, «DIPr. de sociedades en el nuevo RRM», *REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 306-309; *Id.*, «Persona jurídica (Derecho internacional privado)», *EJB*, 1995, pp. 4864-4865; *Id.*, «Sociedad (Derecho comunitario)», *EJB*, 1995, pp. 6266-6268; *Id.*, «Sociedad (Derecho internacional privado)», *EJB*, 1995, pp. 6268-6270; R. EGEA IBÁÑEZ, «Reconocimiento de sociedades extranjeras. Reconocimiento de sociedades en la Comunidad Económica europea. Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968. Convenio de la Haya de 1956», *Revista de Derecho Notarial*, julio/diciembre 1985, pp. 162-185; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Vía libre a la movilidad de las sociedades en la UE: la STJCE de 30 septiembre 2003 (as. C-167/01), *Inspire Art*», *La Ley*, núm. 5924, 31 diciembre 2003; R. EGEA IBÁÑEZ, «Reconocimiento de sociedades extranjeras. Reconocimiento de sociedades

73. a) Existe una regla general para determinar la Ley aplicable a las sociedades en DIPr. español. La sociedades se rigen por la Ley del país con arreglo a la cual se han constituido (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ¹²⁰). En con-

en la Comunidad Económica europea. Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968. Convenio de la Haya de 1956», *Revista de Derecho Notarial*, julio/diciembre 1985, pp. 162-185; E. GABARRO SAMSO / J. M. PUIG SALELLAS, «Conflictos de leyes en sociedades civiles y mercantiles», *Ponencias presentadas a los congresos internacionales del Notariado Latino*, Madrid, 1975, pp. 673-712; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002; ID., «Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable», en J. F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en DIPr. español*, Madrid, Eurolex, 2003; M. GARDEÑES SANTIAGO, «El Derecho internacional privado de fundaciones a la luz de la nueva Ley 50/2002, de 26 de diciembre», *REDI*, vol. LVI, 2004, pp. 251-271; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «Reconocimiento de las sociedades y personas jurídicas en la CEE y en Derecho español», *AESJ*, 1977, vol. VI, Granada, pp. 129-179; M. OLIVENCIA RUIZ, «Nacionalidad y domicilio de las sociedades anónimas», *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VII, Edersa, 1993, pp. 489-511; E. PÉREZ VERA, «Art.9.11 Cc.», *CRef.Cc.*, 1977, pp. 499-505; ID., «Art.9.11 Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 1978, pp. 200-205; J. J. PRETEL SERRANO, «Nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima», *AAMN*, tomo XXX, *Homenaje a De La Cámara Álvarez*, vol. 1, 1991, pp. 179-244; F. SÁNCHEZ CALERO, «La nacionalidad de la sociedad anónima», *Rev. Sociedades*, n. 1, 1993, pp. 45-60; M. TORRES BLÁZQUEZ, «El centro de intereses principales y los grupos de sociedades», *REDI*, 2003-II, vol. LV, pp. 1128-1131.

¹²⁰ Esta radical afirmación se debe al mérito de F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ. Anteriormente, la doctrina había interpretado el art. 9.11 Cc. y el art. 5 LSA de modos muy diferentes, contrapuestos y enfrentados (= sede real, domicilio-constitución, etc.). La interpretación de F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ resulta la más adecuada tanto desde el punto de vista de su racionalidad económica como desde el punto de vista de la coherencia global del sistema español de DIPr. *Vid.*, en este sentido, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, pp. 298-311; ID., «Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable», en J. F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; ID., «La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE (algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)», *RDM*, 1999, pp. 645 y ss.; ID., «La Sentencia ‘Centros’: el ‘status questionis’ un año después», *Not.UE*, n.º 195, 2001, pp. 79-96; ID., «La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, pp. 2 ss.; ID., «La sentencia ‘Überseering’ y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro», *RDM*, n. 248, 2003, pp. 663-682. Un exhaustivo repaso a todas las interpretaciones de la doctrina y jurisprudencia española sobre el criterio de conexión en materia de sociedades mercantiles puede examinarse en A. L. CALVO CARAVACA, «Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional», *RGD*, n. 525, 1988, pp. 3679-3701; A. L. CALVO CARAVACA, «Persona jurídica», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado - parte especial*, 6.ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 84-89; A. L. CALVO CARAVACA, «Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional», *RGD*, 1988, pp. 3679-3701; ID., «Art.9.11 Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, pp. 479-525; ID., «Art.9.11 Cc.», *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 103-105.

secuencia, deberán fijar su domicilio estatutario en dicho país. Pero la regla general es la mera constitución de la sociedad con arreglo a la Ley de un concreto país. El domicilio en dicho país no es, en sí mismo, un «punto de conexión». Fijar el domicilio estatutario en un país es, simplemente, una consecuencia necesaria de haberse constituido con arreglo a la Ley de dicho país. Por ello, una sociedad se rige por el Derecho español si se ha constituido con arreglo al Derecho español, si bien para quedar perfectamente constituida debe fijar su domicilio en el territorio español. Otra forma de contemplar la regla española de DIPr. es afirmar que el «domicilio estatutario» opera como punto de conexión porque los socios, al fijar en España dicho domicilio, eligen la Ley española como Ley rectora de la sociedad (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ¹²¹). Ejercen esa elección de Ley mediante la fijación del domicilio de la sociedad en España. De hecho, y como subrayan P. KINDLER y D. ZIMMER, la *Incorporation Theory* reviste variantes ampliamente difundidas en las legislaciones del mundo: fijar la sede estatutaria en un país es un modo de elegir la Ley de ese país, y proceder al Registro de una sociedad en el Registro de un país es también elegir la Ley de dicho país¹²². Por ello, si una norma de DIPr. indica que la Ley reguladora de las sociedades es la Ley de su domicilio estatutario, o la Ley del país donde se ha registrado o inscrito, o la Ley con arreglo a la cual la sociedad se ha constituido, en el fondo, está diciendo siempre lo mismo. Por ello, puede afirmarse que el punto de conexión principal en materia societaria es, en DIPr. español, por tanto, la «autonomía de la voluntad» (STS 22 marzo 1983, RDGRN 11 septiembre 1990). Además, la norma debe ser bilateralizada. Así, en el caso de una sociedad constituida con arreglo a la Ley de otro país y con domicilio estatutario en dicho país, se regirá por la Ley de ese país, sea éste cual sea. Incluso aunque se trate de uno de los conocidos como «paraísos fiscales», como las Islas Vírgenes (SAP Baleares 18 marzo 2005). Por otra parte, a la hora de precisar la Ley aplicable a la sociedad, resultan totalmente indiferentes el lugar de constitución de la sociedad, la sede de dirección o el país donde despliega sus principales actividades económicas. Toda sociedad que fije en España su domicilio estatutario es «española». Como consecuencia de ello, la sociedad que ha fijado su domicilio estatutario en España debe constituirse con arreglo al Derecho español. Naturalmente, los socios pueden fijar un domicilio estatutario en España con total libertad, esto es, aunque la sociedad no tenga en España su sede de dirección o su principal explotación (= el art. 5 LSA nada exige en este sentido). En el caso de que así sea, para

¹²¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Personas jurídicas y sociedades mercantiles», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 7.^a ed., Granada, Editorial Comares, 2006, pp. 295-336.

¹²² P. KINDLER, «Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società», *RDIPP*, 2006-III, pp. 657-674, esp p. 662; D. ZIMMER, «Ein Internationales Gesellschaftrecht für Europa», *RabelsZ*, 2003, pp. 298-299.

no perjudicar a terceros, éstos podrán considerar como domicilio el que figure inscrito como tal en el Registro Mercantil cuando no coincida con la sede de dirección o la principal explotación (art. 6.2 LSA).

74. b) Pero existe una regla excepcional o cláusula de salvaguarda diseñada para luchar contra las «*Pseudo-Foreign Corporations*». La posibilidad de constituir una sociedad con arreglo a un Derecho extranjero entraña ciertos peligros para los sujetos que contratan y se relacionan con la sociedad. Tales peligros surgen porque una sociedad podría constituirse con arreglo a un Derecho societario extranjero «permisivo» y fijar su domicilio estatutario en dicho país extranjero, en uno de los llamados «países oasis». Con ello, los particulares persiguen la aplicación de un Derecho extranjero a una sociedad cuyos elementos están totalmente vinculados con España. Es el llamado y antes citado «síndrome de Delaware», perfectamente descrito e ilustrado por P. BLANCO-MORALES LIMONES: el *State* norteamericano de Delaware dispone de una legislación permisiva en materia societaria y de impuestos sobre sociedades, razón por la que miles de sociedades se constituyen con arreglo a la Ley de dicho *State* aunque no tienen la más mínima conexión sustancial con Delaware¹²³. Pues bien: existe el riesgo de que una sociedad totalmente integrada en el mercado español, con explotaciones económicas y/o sede de dirección en España, quedara regulada por la Ley de un país extranjero con el que no tiene contacto alguno, sólo porque las partes, en los estatutos sociales, han fijado la sede social en el territorio de dicho país y han constituido la sociedad con arreglo a la Ley de dicho país. Ello es inconveniente porque supondría una disminución de la autoridad de la legislación española sobre sociedades, la introducción en el tráfico jurídico español de sociedades constituidas con arreglo a legislaciones presumiblemente exóticas que no garantizan la protección de los intereses de los socios ni la protección de los acreedores. Los arts. 5.2 LSA y 6.2 LSRL tratan de evitar esta situación y protegen a los terceros y al mercado español frente a los efectos perniciosos de Leyes extrañas y poco fiables. Por eso, cuando una sociedad que se presenta en el mercado como una sociedad «española», pues está dirigida exclusivamente desde España, y cuyas actividades se realizan exclusivamente en España, deben protegerse las expectativas de los terceros. Y ello se logra si se evita que dicha sociedad quede regulada por un Derecho extranjero de imprevisible aplicación para los terceros. Se lucha, así, contra estas «falsas sociedades extranjeras», también conocidas como *Pseudo-Foreign Corporations* o «*société boîte aux lettres*» (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ¹²⁴).

¹²³ P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Transferencia internacional de sede social*, Pamplona, 1997, pp. 53-59.

¹²⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, pp. 298-311.

75. Para combatir las *Pseudo-Foreign Corporations* que pretenden operar en el mercado español, y proteger así a los terceros que participan en dicho mercado, el art. 5.2 LSA y art. 6.2 LSRL indican que las sociedades con «principal establecimiento o explotación» en territorio español están obligadas a fijar su domicilio estatutario en España y a constituirse con arreglo a la Ley española. Sin embargo, y aquí está lo relevante, como se ha dicho, los arts. 5.2 LSA y 6.2 LSRL no pueden operar, en ningún caso, en «casos comunitarios». La «regla excepcional de DIPr.» no puede aplicarse en ningún caso cuando la sociedad tiene su domicilio estatutario en un Estado miembro, pero todos los demás elementos de la sociedad (= lo que incluye su «principal establecimiento» o «principal explotación») se localizan en España. La UE presenta un grado elevado de integración entre los Estados miembros. El mercado único exige admitir la movilidad total de sociedades e impide hablar de fraude, *Bad Forum Shopping* o abuso de Derecho. Ésa es la razón por la que el art. 5.2 LSA y 6.2 LSRL no son aplicables en relación con supuestos comunitarios.

76. En el estado actual del Derecho comunitario (= las normas de conflicto comunitarias en materia societaria no existen a fecha 13 septiembre 2006), puede afirmarse que las autoridades españolas deben poner en marcha la «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas» (*Anerkennungsprinzip*). De ese modo, una sociedad legal y válidamente constituida en un Estado miembro con arreglo a sus normas de DIPr. debe ser considerada como una sociedad legal y válidamente constituida también en España. Resulta totalmente irrelevante al efecto cuál sea el lugar de principal explotación de la sociedad o el lugar de dirección de ésta.

Ello comporta, a su vez, una consecuencia refleja de radical importancia. El foro exclusivo para las personas jurídicas recogido en el art. 22.2 R.44/2001 se ve profundamente afectado. El precepto citado indica que en materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos, serán competentes con carácter exclusivo los tribunales del Estado miembro en que la sociedad o persona jurídica estuviera domiciliada, siempre que los tribunales conozcan a título principal y no incidental. Pues bien, dicho precepto indica igualmente que, para determinar dicho «domicilio», el tribunal aplicará «sus reglas de Derecho internacional privado». Por tanto, para saber si una sociedad está domiciliada en España, se aplicará el DIPr. español en materia societaria. Pero la incidencia de la jurisprudencia del TJCE en la trilogía «*Centros - Überseering - Inspire Art*» (STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*), en el art. 22.2 R.44/2001, cambia todo el escenario legal (M. V. BENEDETTELLI¹²⁵). Todo Estado miembro

¹²⁵ M.V. BENEDETTELLI, «Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario», *RDIPP*, 2002, pp. 879-922. Esta solución aparece ya avanzada hace muchos años por

puede utilizar el criterio que prefiera para fijar la «Ley aplicable» a las sociedades y el «domicilio» de las sociedades (= el art. 48 TCE no es una norma de conflicto y, por tanto, no obliga a los Estados miembros a seguir ningún punto de conexión determinado en materia de sociedades). Sin embargo, ello no puede tener como resultado «obligar» *ex lege* a una sociedad que dispone de su sede social, administración central o centro de actividad principal en un Estado miembro a que tenga su «domicilio» o «sede» en otro país concreto. Ello es inaceptable porque supondría un obstáculo a la «libertad de establecimiento» de las sociedades en la UE. Resultado: el art. 5.2 LSA y los preceptos de otras leyes societarias españolas que siguen su estela (= el art. 6.2 LSRL por ejemplo), no pueden aplicarse para obligar a fijar en España el domicilio de una persona jurídica porque el «principal establecimiento o explotación» de la sociedad radica en España, siempre que la sociedad haya sido constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y tenga su sede social, administración central o centro de actividad principal en un Estado miembro (art. 48 TCE). Ejemplo: la sociedad «Becks» es una sociedad *incorporated to English Law*. Sin embargo, dicha sociedad dispone de su explotación principal en España. Esta sociedad, a los ojos de un tribunal inglés, está domiciliada en Inglaterra. Pero para una autoridad española, la misma sociedad está domiciliada en España, ya que a tenor del DIPr. español (art. 5.2 LSA), la sociedad está obligada a tener su domicilio en España al tener en España su explotación principal. Pero la solución es engañosa, falsa y contraria al Derecho comunitario, y por lo tanto, plenamente rechazable: el DIPr. español no puede obligar a considerar que la sociedad «Becks», legalmente *incorporated to English Law* está domiciliada en España, pues ello perjudicaría la libertad de establecimiento de dicha sociedad.

VI. Reflexión final

77. La correcta combinación de la regla general sobre la Ley aplicable a las sociedades en DIPr. español (= art. 9.11 Cc. + arts. 5 LSA y 6 LRSRL y similares) con la «regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurí-

el trabajo pionero de P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Art. 5.5», en A.-L. CALVO CARAVACA (DIR.), *Comentario al convenio de Bruselas relativo competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, publicada por la Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 139-147. *Vid.* igualmente, R. CARO GÁNDARA, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 55-59 y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La competencia judicial internacional para los litigios societarios en el Convenio de Bruselas. A propósito del ‘caso Torras’ ante los tribunales españoles», *Gaceta Jurídica UE*, octubre / noviembre, 1999, pp. 19-31.

dicas» (*Anerkennungsprinzip*) hace posible afirmar que el DIPr. societario español ha entrado en una nueva era¹²⁶. Es, como indica P. DYRBERG, la era de la completa y total libre circulación de sociedades en la UE, de la libre competencia entre ordenamientos societarios y de la plena y efectiva realidad de un «mercado abierto»¹²⁷. Es una nueva etapa económica de la UE, en la que el detestable dirigismo estatal debe ser, finalmente, abandonado. Como han subrayado S. TAFANI / R. CARUSO, la revolución del Derecho societario de los Estados miembros, guiada por el criterio de la *Incorporation Theory*, no ha hecho más que comenzar¹²⁸. Abróchense los cinturones. Vamos a despegar.

¹²⁶ Como sucede.

¹²⁷ P. DYRBERG, «Full free movement of companies in the European Community at last?», *Eur.L.Rev.*, 28, 4, 2003, pp. 528-537.

¹²⁸ S. TAFANI / R. CARUSO, *Il nuovo Diritto europeo delle società di capitali*, Roma, 2005, pp. 43-44.

Constitución y Derecho de daños¹

Ricardo de Ángel Yáguiez

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

Vocal Permanente en la Sección Civil de la

Comisión General de Codificación

Recibido: 06.11.06

Aceptado: 06.11.06

Resumen: La relación entre Constitución y Derecho privado (o mejor, el impacto que la primera puede tener en el segundo) es una cuestión que siempre ha suscitado el interés de los juristas. Ese interés creció con la promulgación de las Constituciones alemana e italiana de la postguerra. Lo mismo ocurrió en España, a partir de la Constitución de 1978. El presente trabajo tiene por objeto examinar en qué medida puede afectar la Constitución española a una materia tan característica del Derecho privado como es la responsabilidad civil, también conocida (en terminología procedente del *common law*) como «Derecho de daños».

Palabras clave: Constitución. Derecho privado. Responsabilidad civil. Derecho de daños.

Abstract: *The relationship between Constitution and Private Law (or rather, the impact of the first on the second) is a question that have given rise the interest of jurists. This interest grew up with the enactment of the postwar German and Italian Constitutions. The same has happened in Spain, since the Constitution of 1978. With this article I will try to describe the way in which the Spanish Constitution affects such a typical area of Private Law like the one called civil liability or, as it is said in common law terms, «Law on torts».*

Key words: *Constitution. Private Law. Civil liability. Law on torts.*

Sumario: I. Propósito de esta exposición.—II. Algunas consideraciones previas sobre Constitución y Derecho privado.—III. Derecho de daños y Constitución española. A. La noción de «responsabilidad» en la Constitución española. B. La constitucionalidad del deber de reparar el daño. El *quantum* de la indemnización. C. Constitucionalidad de un régimen de responsabilidad objetiva. Y, también, del principio de inversión de la carga de la prueba en un *sistema* de responsabilidad por culpa. D. Aspectos constitucionales de la indemnización del llamado «daño moral». E. El problema de los «*daños punitivos*». Y la indemnización consistente en el beneficio del dañado. F. Responsabilidad civil y presunción de ino-

¹ Este texto es el desarrollo de la ponencia presentada por el autor en el *II Congreso de Derecho constitucional: Neoconstitucionalismo y Derecho privado, el debate*, celebrado en la Pontificia Universidad Javeriana, de Bogotá, del 13 al 15 de setiembre de 2006.

encia. G. La responsabilidad *patrimonial* de las Administraciones públicas en la Constitución española. La *posible* responsabilidad patrimonial del Estado legislador. H. Leyes de desarrollo de normas constitucionales atinentes al Derecho de daños. I. El efecto de principios constitucionales en la jurisprudencia sobre responsabilidad civil: a) principio *pro damnato* y «peregrinaje de jurisdicciones»; b) difuminación de los límites entre responsabilidad contractual y extracontractual; c) significado «constitucional» de algunas *inmisiones*; d) el «derecho a la salud» y la responsabilidad civil.

I. Propósito de esta exposición

1. El objetivo que persigo con la presente aportación es, en síntesis, el de examinar qué reglas, principios o criterios de la Constitución española inciden o pueden incidir en el hoy comúnmente llamado *Derecho de daños*, esto es, lo que con arreglo a terminología tradicional (de corte europeo, con inspiración del Código civil francés) acostumbramos a denominar *responsabilidad civil* (o, quizá con más precisión, *responsabilidad extracontractual*).

El centro de gravedad de mi exposición es, pues, y desde un punto de vista constitucional, el concepto de responsabilidad, en su acepción más limitada de *obligación de indemnizar el daño causado injustamente y al margen de cualquier convención entre dañador y víctima*.

Quedan excluidas, por tanto, cualesquiera alusiones a *responsabilidad política* –tan frecuentes en las Constituciones–, así como el aspecto constitucional –muy sugestivo, tanto en el plano sustantivo como en el procesal– de las responsabilidades penal y disciplinaria.

En cambio, considero insertas en la *responsabilidad civil* la denominada, en España, *responsabilidad patrimonial* de las Administraciones públicas (porque, a mi juicio, no es más que una expresión o modalidad de genuina responsabilidad civil), así como la que, desde una perspectiva «procesal» (mejor, jurisdiccional), se mueve en el ámbito laboral; esto es, la que incumbe al empleador por daños sufridos por el empleado o trabajador.

2. Hay que hacer notar, sin embargo, que la polisemia de la palabra *responsabilidad*² no deja de jugar alguna mala pasada (y no meramente lingüística) al intérprete.

² Mi trabajo «Sobre las palabras ‘responder’, ‘responsable’ y ‘responsabilidad’», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, II, pp. 1323-1352. Publicado también en *Estudios de Deusto*, vol. 50-1, enero-junio 2002, pp. 11-44, y en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Argentina, año V, número 1, enero-febrero de 2003, pp. 1-21.

Es particularmente expresivo el caso del artículo 9.3 de la Constitución española (CE), que reza:

«La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la *responsabilidad* y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

¿De quién se predica la *responsabilidad*? ¿Sólo de los poderes públicos? ¿Sobra una coma y falta una «y» –o un «así como»–? ¿De qué responsabilidad se trata? ¿Es únicamente la política, o también la *patrimonial*?

La importancia de esta última pregunta se ha puesto de relieve en relación con el problema de la llamada *responsabilidad patrimonial* del Estado legislador (o *por el hecho de las leyes*, en expresión directamente traducida de la doctrina francesa). Me remito a lo que luego diré al respecto.

II. Algunas consideraciones previas sobre Constitución y Derecho privado

1. Lo que pretendo con este breve capítulo es formular unas reflexiones introductorias sobre las relaciones entre la Constitución (o, si se quiere, el Derecho constitucional) y el Derecho privado. Y, más concretamente, poner de relieve en qué aspectos se ha manifestado esa relación en España, desde la promulgación de la vigente Constitución de 27 de diciembre de 1978.

2. Cuando los constitucionalistas³ se refieren (en general, esto es, con independencia de una concreta Constitución) al impacto de la Ley Fundamental en el Derecho privado, coinciden en la apreciación de que ese impacto se manifiesta, básicamente, en tres aspectos:

En primer lugar, en la posibilidad (o no) de atribuir efectos *directos* a las normas o a los principios constitucionales que se refieren a instituciones de Derecho civil o mercantil.

En segundo término (no es lo mismo que lo anterior, aunque se le parece), los constitucionalistas discutieron en el pasado (hoy casi no lo hacen) sobre si los derechos fundamentales y libertades públicas son o no aplicables –también *directamente*– a conflictos *inter privados*. Es la cuestión que se ha venido a conocer con una expresión en alemán (*Drittwirkung der Grundrechte*) difícilmente traducible al español, si no es mediante un circunquio⁴.

³ Por ejemplo, HESSE, *Derecho constitucional y Derecho privado*, edición española, traducción e introducción de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Civitas, Madrid, 1995.

⁴ Me ocupé de este punto hace muchos años en «La protección de la personalidad en el Derecho privado», *Revista de Derecho notarial*, 1974, enero-marzo, pp. 3-138.

En tercer lugar, coinciden en que los dos grandes principios del Derecho privado que pueden verse afectados por el orden constitucional, en el ámbito de lo patrimonial, son la autonomía privada (en definitiva, la libertad) y la responsabilidad.

3. Como «telón de fondo» se encuentran:

En el plano procesal, la existencia de algún sistema (cualquiera de los que conoce el Derecho comparado) de control judicial de la inconstitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de los actos de la Administración.

Desde un punto de vista *normativo*, la difícil definición o delimitación de lo que se conoce por *legislación ordinaria*.

Y desde el punto de vista material o sustantivo, está presente la «tensión» (RADBRUCH) entre justicia –lo que hoy solemos denominar *justicia material*– y seguridad jurídica.

4. Recurriendo de nuevo a HESSE, entiendo que es muy esclarecedora, para describir el curso histórico de las relaciones entre Constitución y Derecho privado, la toma en consideración de las tres grandes etapas que se encuentran en el Derecho alemán, pero que quizá también se hallen en otros ordenamientos.

Es claro que las Constituciones del siglo XIX carecieron de vínculos materiales con el Derecho privado.

Bajo la Constitución del *Reich* de 1871, las relaciones entre particulares estaban sólo gobernadas por la ley ordinaria. Era ésta la que establecía el marco de libertad del individuo en la convivencia social (una sociedad liberal en un Estado no liberal), así como la responsabilidad del individuo. Se podía entender entonces (hoy resultaría chocante) una interpretación de la Constitución *conforme a la ley*. De otro lado, en el plano conceptual, el entonces *Derecho político* se construía con arreglo a los esquemas científicos del Derecho privado: instituciones, conceptos, procedimiento deductivo y construcción de un «sistema».

Bajo la Constitución de Weimar, ésta desplegó un efecto de *garantía* de las instituciones privadas. Tales garantías sólo tuvieron una función de guía, de directriz, puesto que, concebidos los principios constitucionales como programáticos, no vinculantes, precisaban de una regulación legal. Dicho de otro modo, las normas constitucionales no fundamentaban ningún derecho subjetivo. Con todo, las normas de la Constitución desempeñaron una considerable función preservadora y protectora de los derechos fundamentales en el ámbito privado, en la medida en que quedaba vedado para el legislador ordinario abolir los institutos de Derecho privado constitucionalmente garantizados.

La tercera época, la actual, arranca de la Ley Fundamental de Bonn. Atribuida a la Federación la legislación civil, y declarada la primacía de la Constitución (cuyos derechos fundamentales constituyen reglas jurídicas inme-

diatamente aplicables), el impacto de la Ley Fundamental en el Derecho privado se manifiesta, sobre todo, en estos aspectos: se reconocen los derechos clásicos (propiedad, herencia, familia, filiación, libertad contractual); se reduce la posibilidad de cualquier limitación legislativa de esos derechos; y se amplía el ámbito de algunos derechos fundamentales, llevándolos al terreno del Derecho privado.

Y, sobre todo, destaca la decisiva función del Tribunal Constitucional Federal. No queriendo ser la Ley Fundamental un orden valorativamente neutral, y debiendo su sistema de valores regir en todos los ámbitos del Derecho (legislación, Administración y jurisprudencia), en todos ellos se debe tener en cuenta la influencia de los derechos fundamentales en la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, so pena de declaración de nulidad por parte del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

5. El último aspecto de los tres que antes he citado merece alguna atención especial ahora.

- Es evidente el riesgo que corre la «certeza del Derecho» cuando se justifica o «ampara» una solución jurídica en la legalidad constitucional, sin el «filtro» del desarrollo legislativo de esa legalidad.
- Por otro lado, no es menos claro que cuanto mayor sea la generalidad en la descripción del supuesto de hecho de una norma jurídica, también corre mayor peligro la seguridad jurídica.
- Con razón se ha hablado de los peligros que entraña la «huída a la cláusula general», en la *traducción* legislativa o jurisprudencial de las reglas y de los principios constitucionales.
- Téngase presente que la *seguridad jurídica* (que puede entenderse, según una de sus perspectivas, como «previsibilidad» de las decisiones judiciales o, en otros términos, un *saber a qué atenerse* en nuestras relaciones con los demás) goza de notable realce, precisamente, en la Constitución española. El apartado 3 de su artículo 9 declara que la Constitución garantiza, entre otros principios que allí se enumeran, «la seguridad jurídica»⁵.

Y no sólo eso, sino que el párrafo primero del breve preámbulo de nuestra Constitución dice enfáticamente: «*La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, programa su voluntad de...*». Aunque la palabra *seguridad*, en este texto, pueda tener un alcance mayor que el de *seguridad jurídica*, no parece dudoso que ésta también va incluida.

⁵ Ese apartado 3 reza: «*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*».

6. Además, y otra vez es forzoso acudir a la brillante síntesis de HESSE, es notable el riesgo de que, por virtud de la primacía de la Constitución, y de la *doctrina constitucional*, pueda perderse, o al menos verse seriamente afectada, la identidad del Derecho privado.

Un ejemplo: una figura *privada* tan indudable como es la renunciabilidad de los derechos, podría quedar en entredicho ante el dogma de que los derechos fundamentales no pueden ser nunca objeto de renuncia.

Y no menos desdeñable es, en este mismo aspecto, el peligro (en rigor, una realidad) de que los jueces tiendan a razonar (incluso no siendo necesario) por la senda de los derechos fundamentales, siendo así que muchas de sus «soluciones» pueden estar plenamente fundadas (*sólo*) en conceptos o principios *clásicos* de la dogmática del Derecho privado.

Lo cual, por cierto, podría llevar a un cierto paralelismo con las ironías que IHERING hizo al final de su vida sobre el *abuso* de la noción de derecho subjetivo (el derecho a bailar, a rascarse o a sudar).

No creo que sea exagerado hablar del «riesgo» de *inflación* de derechos fundamentales, si los Tribunales, aunque con muy buena intención, intentan encontrar por doquier tales derechos. Pienso en el «derecho a que a uno le dejen solo» (*the right to be let alone*), de la jurisprudencia norteamericana⁶), o en el «derecho a no haber nacido» (*the right not to be born*), puesto en circulación como consecuencia de las llamadas acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*, con origen también en Estados Unidos, pero de las que ya tenemos casos en España⁷), o en el *derecho humano* a no tener que soportar ruidos superiores a lo normal.

7. El impacto de la Constitución de 1978 en el Derecho privado español ha sido notabilísimo.

El carácter de *norma jurídica* reconocido a nuestra Constitución⁸, esto es, superada la idea de una Constitución *programática*⁹, entraña la *eficacia directa* de los mandatos constitucionales, fácilmente deducible de los artículos 9.1 y 53.1 y 2, de la propia Ley Fundamental¹⁰. Y que se encarga de recor-

⁶ Me referí a él en mi artículo «La protección de la personalidad...», citado.

⁷ Me remito a varios trabajos que he publicado sobre las cinco sentencias que el Tribunal Supremo español ha dictado sobre tan sugestivos y delicados problemas.

⁸ Sobre todo, a partir del trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», en *Anuario de Derecho civil*, 1979, pp. 219 ss.

⁹ Notable contraste con lo que DE CASTRO escribió en su trabajo «El Derecho civil y la Constitución», a la luz de la Constitución republicana de 1931, en *Revista de Derecho privado*, 1935, 257, pp. 3-ss.

¹⁰ Artículo 9: «1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y

dar la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus artículos 5.1 y 7, apartados 1 y 2, sobre todo¹¹.

Todo ello, desde luego, con la *cobertura* de las «cuestiones de constitucionalidad» y del *recurso de amparo*, de los artículos 35 y 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979¹².

social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Y artículo 53: «1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2.º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumaria y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30».

¹¹ Artículo 5.1: «1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Y artículo 7, apartados 1 y 2: «1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos. 2. En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido».

¹² Artículo 35: «1. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. 2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el Juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme». Y artículo 41: «1. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución. 2. El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de

8. Como no podía menos de ser, la promulgación de la Constitución determinó la necesidad de llevar a cabo considerables reformas en algunos sectores del Derecho privado, sobre todo en el Derecho de la persona, en el de familia y en el de sucesiones. De otro lado, justificó la promulgación de una buena serie de disposiciones legales de *conversión* a legalidad ordinaria de normas o principios de la Carta Magna. Al significado de ambos fenómenos, en el Derecho de la responsabilidad civil, me refiero en el capítulo III de este trabajo.

9. Por otro lado, la Constitución es fuente inspiradora de *principios generales del Derecho*. Téngase presente que éstos son fuente del ordenamiento jurídico español, según el artículo 1.1 del Código civil. Y que, como dice el apartado 4 del mismo precepto, «*los principios generales de derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*».

El Profesor DE CASTRO, en su gran *Derecho civil de España*¹³, al abordar la ardua tarea de determinar qué son y cuáles son los principios generales del Derecho, incluyó entre ellos, junto a los de Derecho natural y a los *tradicionales*, los que él denominó *políticos*. Parece fuera de toda duda que la Ley Fundamental es fuente inspiradora de *principios generales*, que como tales podrían invocarse en su calidad de norma jurídica, sin perjuicio de que además tengan un efecto *inspirador* de la legislación¹⁴.

10. Es ostensible el «entusiasmo» con el que los Tribunales españoles, de todo orden y grado, acogieron enseguida en sus resoluciones normas y principios de la Carta Magna de nuestro país.

Esa *presencia* de la Constitución en las sentencias fue y sigue siendo particularmente patente en los ámbitos jurisdiccionales penal, laboral y contencioso-administrativo, pero grande también en el orden civil. En el siguiente capítulo III me ocuparé, precisamente, del terreno del Derecho de daños.

11. Por lo que se refiere a la doctrina, formidable ha sido y sigue siendo el impacto de la Constitución con la que se recuperaba el régimen democrático. La obra *Constitución Española (25 años de bibliografía)*¹⁵, con sus

los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. 3. En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso».

¹³ Reedición facsímil, Civitas, 1984, I, pp. 405 ss.

¹⁴ Sobre este extremo, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.

¹⁵ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

1800 páginas de referencias, da cumplida cuenta de la (en su día inimaginable) fuente de inspiración que la Ley Fundamental ha sido para los juristas españoles.

En el propio compendio bibliográfico que acabo de citar se encuentran, para no entrar en más detalles, abundantísimos títulos que versan, precisamente, sobre Constitución y Derecho privado; esto es, el objeto del presente Congreso.

Basta leer el índice de cualquier manual o tratado de Derecho civil o mercantil, o el de muchísimas monografías, o el de las revistas de Derecho privado, para advertir que la referencia a la Constitución está presente. Incluso, a veces, en los extremos y a los efectos más insospechados.

Y quizá no esté de más señalar que desde hace ya veinte años se publica una revista anual que lleva por nombre el de *Derecho privado y Constitución*¹⁶.

12. Por fin, es posible que la denominación pueda parecer un tanto exagerada, según el sentido en que se la entienda, pero no cabe ignorar que en algún sector de la doctrina se propone la existencia de un genuino *Derecho civil constitucional*¹⁷.

III. Derecho de daños y Constitución española

Me ocupo ahora de lo que es el objeto propiamente dicho de esta aportación, es decir, de algunos extremos que inspiran reflexiones sobre la *presencia* de la responsabilidad civil en la Constitución española y sobre el impacto que la Ley Fundamental ha producido, en esa materia, en la legislación y en la jurisprudencia de nuestro país.

A. La noción de 'responsabilidad' en la Constitución española

Inexorablemente ligados los conceptos de *daño* y *responsabilidad*, creo que no es inoportuno examinar cuándo y cómo aparece esa segunda noción (la de *responsabilidad*) en nuestra Constitución.

¹⁶ Editada por Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

¹⁷ Por ejemplo, PERLINGIERI, que, con independencia de sus obras en italiano y referidas a la Constitución de su país, ha escrito «Por un Derecho civil constitucional español», en *Anuario de Derecho civil*, 1983, enero-marzo, pp. 1-ss. También, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *El Derecho civil constitucional*, Civitas, 1986. Con las referencias doctrinales que en ambos trabajos se hacen.

En primer lugar, se observa que el *principio* de responsabilidad del individuo no está presente en nuestra Ley Fundamental¹⁸.

En segundo término, es patente la escasa presencia del concepto de responsabilidad, bien sea en su forma verbal (*responder*), bien en sus derivados, bien en conceptos conexos (por ejemplo, *indemnizar* o sinónimos). Si no cuento mal, son dieciséis las ocasiones en las que la *idea* de responsabilidad se encuentra en el texto de la Constitución.

En algunos casos, la palabra «responsabilidad» se utiliza en el sentido de «responsabilidad política», exclusivamente: artículos 56, 64, 113, 115 y 152.

Es discutible (y discutido) que se trate sólo de responsabilidad política la referencia que el artículo 9.3 hace a la *responsabilidad de los poderes públicos*. Lo he apuntado antes y volveré sobre ello.

Constituyen ejemplos de «responsabilidad», en el sentido político y a la vez jurídico de la palabra, los artículos 98.2 y 116.6, aunque en este último caso es dudoso que la eventual significación jurídica sea precisamente la de responsabilidad *patrimonial*.

En dos ocasiones (artículos 55.2 y 102), la responsabilidad a la que se refiere el texto es la de carácter penal.

Y por lo que respecta a la *responsabilidad civil* (en el más amplio sentido jurídico de *deber de indemnizar*), el término «responsabilidad», o afines, se encuentra en los siguientes pocos lugares:

En el artículo 33, relativo a la expropiación forzosa, aunque en este caso la palabra «indemnización» no tiene su raíz en la noción jurídica de responsabilidad (obligación derivada de acto ilícito dañoso), sino que es fruto de una *obligación derivada de la ley*.

El apartado 2 del artículo 106 constituye un precepto capital, aunque hacía ya tiempo afinado en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que formula el principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Luego volveré sobre ello.

El artículo 117.1 versa sobre la responsabilidad de jueces y magistrados.

El 121, sobre la responsabilidad de la Administración de Justicia, entre otros motivos por error judicial.

El 136 describe como una de las funciones del Tribunal de Cuentas la de notificar a las Cortes Generales las «responsabilidades» que hubiere detectado.

Por fin, el artículo 149.1.18.º reserva al Estado la competencia legislativa en materia de *sistemas de responsabilidad de todas las Administraciones públicas*.

¹⁸ Fenómeno, por otra parte, patente en otras Constituciones actuales. No quiero incurrir en la ironía de decir que quizá sea consecuencia de lo poco dadas que son las sociedades de nuestros días a términos «ingratos» como son *obligaciones* y *responsabilidades*.

Con notable osadía, me aventuro a hacer parecido análisis sobre la Constitución de Colombia.

(Como observaciones previas, me atrevo a destacar, primero, lo que *a sensu contrario* podría deducirse del artículo 85, cuando proclama que son «de aplicación inmediata» los artículos allí citados, es decir, los 11 a 37 –excepto 22, 25, 32, 35 y 36– y 40. En segundo término, encuentro en el artículo 83 un precepto que, amén de ser original, puede constituir una «fuente» de *responsabilidades atípicas*¹⁹).

El «fenómeno» de la responsabilidad (esto es, del *ser responsable*) se encuentra, si no me equivoco, en cuarenta y dos ocasiones.

En algunos casos, *responsable* se utiliza como sustantivo, esto es, en el sentido de persona a quien se confía una gestión o un cargo. Se halla en los artículos 130, 268.1 y 268.2.

Singular, aunque muy oportuna, es la mención a una responsabilidad *moral* en el artículo 67, al aludirse a la que el Estado, la sociedad y la familia tienen en relación con la educación.

También es notable, aunque fuera de nuestro marco, el uso de *responsable* y *responsablemente* para referirse a la paternidad (o, si se quiere, a la procreación, para que no se me tache de sexista), en el artículo 42 –en tres ocasiones–.

Creo que sólo se refieren a responsabilidad *política* los artículos 115, 133 y 196.

La responsabilidad de la que habla el artículo 175 es la de carácter penal.

La idea de responsabilidad en sentido jurídico, pero de carácter general (esto es, no sólo *necesariamente* la de significado patrimonial), se encuentra en los siguientes artículos: 28, 78, párrafo segundo²⁰, 95²¹, 198, 210, 211, 214.5, 215, 251.5, 268.8 y el no menos notable 333, párrafo segundo, cuando dispone que «*la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*».

A responsabilidad civil en su acepción más estricta se refiere el artículo 201.2. Pero, sobre todo, es de destacar el artículo 88, párrafo tercero, que remite a la ley la definición de los casos de *responsabilidad civil objetiva* por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

¹⁹ El artículo dice que «*las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*».

²⁰ No puedo dejar de reproducir su texto: «*Serán responsables de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios*». Y ello, dentro del acertado Capítulo III del Título II, cuyo objeto es «*de los derechos colectivos y del ambiente*».

²¹ También merece ser destacado, porque no es un precepto *de estilo*: «*El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades*».

La responsabilidad de la Administración (o, en general, de los poderes públicos) se encuentra en los siguientes artículos:

El 58, indemnización en caso de expropiación, que en realidad no es un caso de *responsabilidad*; 59, expropiación en caso de guerra y sin indemnización *previa*; 90 (precepto capital, equivalente al 106.2 de la Constitución española, con la particularidad de que la norma se refiere sólo al Estado²²); 136.4; 150.17; 266; 268.5; 336, párrafo segundo²³; 365, párrafo segundo²⁴; 367, párrafo primero²⁵; y artículo transitorio 43.

B. La constitucionalidad del deber de reparar el daño. El ‘quantum’ de la indemnización

Como hemos visto antes, en nuestra Constitución (CE) no se encuentra formulada expresamente la regla de *responsabilidad civil*, con la salvedad, también apuntada y a la que enseguida me referiré, de la *responsabilidad patrimonial* de las Administraciones públicas.

Quiere decir que no existe una norma constitucional que recoja el principio *neminem laedere* (principio que como tal, es decir, como *mandato* de «no dañar a nadie», tampoco se suele encontrar en los Códigos civiles), ni la regla del deber de reparar el daño causado injustamente. Es un silencio quizá razonable, en tanto que tampoco es frecuente que una Ley Fundamental aluda, por ejemplo, a la obligatoriedad de los contratos o al principio de libertad de pactos. Del mismo modo que tampoco se suelen hallar referencias, en otro orden de cosas, a la facultad de enajenar, a la sucesión intestada, a la prescripción o a la nulidad de los actos contrarios a la ley. Y fuera del ámbito del Derecho civil, no es fácil encontrar menciones constitucionales, también como ejemplo, al capital principio jurídico de que la comisión del delito lleva aparejada la aplicación de una pena.

El silencio de la Constitución sobre la responsabilidad se solventa, sin embargo, con la idea de que las reglas y los principios rectores del Derecho privado se entienden incluidos en el valor «justicia» –regla moral, *principio* de cualquier orden jurídico– que, en el caso español, constituye, junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político, uno de los «valores superiores del ordenamiento jurídico» (artículo 1.1 CE y primer párrafo de su preámbulo).

²² El párrafo segundo de este artículo 90 constituye también una regla de *responsabilidad*; la del agente autor material del daño. Esta norma tiene relación con la de los dos párrafos del artículo 91 y con la del 124, sobre responsabilidad de los servidores públicos.

²³ Esta regla es, a mi juicio, un ejemplo de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. No ha lugar a la controversia, a diferencia de lo que ocurre en España, porque la propia Constitución lo dispone, aunque sólo para el limitado supuesto del precepto.

²⁴ Precepto que suscita un comentario similar al del precedente.

²⁵ ¿Es una norma redundante respecto a la del artículo 90? Quizá no, por cuanto se dispone el sometimiento a una ley específica en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios.

A continuación veremos cómo el Tribunal Constitucional español (TC) tuvo oportunidad de manifestarse sobre el carácter «constitucional» de la regla que impone el deber de indemnizar el daño, con ocasión y motivo de un *caso* que tuvo durante muchos años en vilo al mundo jurídico de nuestro país.

1. El *caso* del que hablo fue el derivado de las *cuestiones de inconstitucionalidad* que varios órganos judiciales españoles plantearon como consecuencia del llamado «sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», introducido en nuestro ordenamiento mediante una disposición adicional de una Ley de 8 de noviembre de 1995²⁶.

Ese «sistema» consiste en un Anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, hoy constituida por el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo de 29 de octubre de 2004. Era, y es, una notable novedad legal, por cuya virtud todos los daños «personales» sufridos por la víctima de un accidente de circulación quedan sometidos, a efectos de su cuantificación, a un *sistema* de «tablas» (para entendernos, «baremos»), suficientes para determinar el montante de la indemnización. El efecto fundamental del *sistema*, por lo tanto, es el de poner fin casi totalmente (es decir, con estrechos márgenes de discrecionalidad) al principio tradicional de libre determinación por el juez de la cuantía de la indemnización, en el tipo de daños al que la Ley se refiere, según lo probado en cada concreto juicio.

Varios órganos judiciales españoles, como decía, plantearon ante el Tribunal Constitucional sendas «cuestiones de inconstitucionalidad», suscitando dudas acerca del ajuste o no a la Constitución del nuevo –en buena medida *revolucionario*– sistema legal. En concreto, las *dudas de constitucionalidad* versaban sobre la posible incidencia en los siguientes preceptos de la Carta Magna:

Artículo 15, según el cual «*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral*».

Artículo 14, que proclama que «*los españoles son iguales ante la ley*».

Artículo 9.3, por cuya virtud la Constitución garantiza, entre otros, «*la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*»; norma que los órganos proponentes ponían en relación con «la justicia», uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico según el artículo 1.1 CE.

²⁶ Este extremo se desarrolla ampliamente por REGLERO CAMPOS en *Tratado de responsabilidad civil*, varios autores, obra coordinada por el mismo REGLERO CAMPOS, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 90-ss., bajo el epígrafe «Responsabilidad civil y Constitución». Existe una 3.ª edición.

Artículo 117.3, en cuanto declara que «*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes*».

Se alegaba también el derecho del individuo a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, según el artículo 24.1 de la Ley Fundamental.

Debe señalarse que, como queda dicho, el sistema legal versa sólo sobre los daños «a las personas», puesto que en materia de «daños en los bienes» se deja subsistente el tradicional principio de libre y discrecional valoración por parte del juez, y sobre la base de la regla de la *reparación íntegra*.

No es ése, sin embargo, el caso de los llamados «perjuicios económicos» derivados de muerte o de lesiones, y consistentes en la pérdida de ingresos (o ingresos dejados de percibir) como consecuencia del fallecimiento o de la lesión, puesto que tales perjuicios quedan también sometidos al sistema de «tablas»; a cuyo fin, las II, IV y V «estandarizan» esos daños en «grupos», en función de cuatro «estratos» según los ingresos netos anuales de la víctima, desde los más exiguos hasta los más elevados.

Ha de añadirse también que los «daños morales» inherentes a la muerte, a la lesión permanente o a la incapacidad temporal se encuentran expresamente incluidos en las cantidades «tasadas» que en las propias tablas se establecen para cada caso. Por poner un ejemplo, tantas pesetas, hoy euros, para un fallecido de 40 años, casado y con dos hijos; o para la víctima de la amputación de una pierna, de 22 años de edad.

A todo esto, hay que decir que la fórmula legal había suscitado ardientes controversias en el mundo jurídico español. Fueron muchos (los más) los autores españoles que se manifestaron detractores del sistema, algunos con particular vehemencia. La propia Sala de lo civil (Primera) del Tribunal Supremo llegó a manifestarse, siquiera como *obiter dictum*, en contra de lo que en la Ley se manifestaba –al menos según la letra– como incuestionable; esto es, que el *sistema* vincula a los jueces, tanto en juicios civiles como penales.

Acumuladas en un mismo procedimiento diez cuestiones de inconstitucionalidad, el TC las resolvió mediante su sentencia 181/2000, de 29 de junio.

Tan singular asunto permitió al TC formular, como fundamento de su fallo, consideraciones de orden *constitucional* de notable interés en materia de responsabilidad civil; y, en concreto, sobre facultades y límites del legislador en punto a la reparación del daño.

La sentencia del Pleno del Constitucional, en la que hubo cuatro votos particulares o disidentes, estimó parcialmente las «cuestiones» planteadas, declarando inconstitucional el *sistema* en cuanto a los llamados «perjuicios económicos» (el citado capítulo de «pérdida de ingresos») derivados de la tabla V; esto es, la que contempla los casos de incapacidad temporal, si bien el fallo es fácilmente extensible a los mismos «perjuicios económicos» en

los supuestos de muerte o de lesión permanente, es decir, los de las tablas II y IV. Declaró el TC que el régimen legal «tasado» de la indemnización de dichos perjuicios no vincula a los jueces en aquellos supuestos en que el daño a la persona tenga su *causa exclusiva* en una «*culpa relevante*» del agente causante del hecho lesivo.

Expuesto el marco de la sentencia, interesa ahora detenerse en algunos pasajes que, por así decirlo, tienen que ver con la doctrina general de la responsabilidad civil.

2. En primer lugar, procede advertir que al comienzo de sus fundamentos jurídicos, después de haber sentado los presupuestos de la cuestión, la resolución contiene dos párrafos en los que justifica las dudas de constitucionalidad planteadas y parece autocalificarse como intérprete único de la Constitución. Dicen esos párrafos:

«Los órganos judiciales proponentes estiman que la referida regulación legal les vincula jurídicamente en todos sus extremos, impidiéndoles atender a las singularidades del caso concreto y satisfacer, en su caso, pretensiones resarcitorias derivadas de daños procesalmente acreditados y no contemplados en el baremo, o que superan los límites indemnizatorios legalmente establecidos en aquél.

Pues bien, esta inicial premisa interpretativa ha de ser compartida como acertada. No cabe albergar duda alguna acerca de que la obligación constitucionalmente impuesta a los Jueces y Tribunales de aplicar las leyes postconstitucionales vigentes, no puede ser desatendida por el hecho de que se haya acudido a una pretendida interpretación de sus contenidos conforme a la Constitución».

De otro lado, también al comienzo de sus razonamientos, el TC se hace eco del fenómeno conocido como «transformaciones» de la responsabilidad civil, en cuyo marco sitúa las innegables originalidad y novedad –al margen de cualquier otra apreciación– características del *sistema* objeto de enjuiciamiento. Dice al respecto:

«En suma, la decisión del legislador de establecer, con carácter vinculante, un sistema legal de predeterminación y cuantificación tasada de las indemnizaciones por los daños corporales producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor, ha de situarse en un momento de renovación del instituto de la responsabilidad civil, especialmente significativo en su proyección al sector del automóvil que, por su alta siniestralidad y por la garantía en la reparación del daño que supone el aseguramiento obligatorio, entre otros factores, ofrece una serie de particularidades necesitadas de soluciones jurídicas diferenciadas».

También como pronunciamiento previo, el TC sienta un principio *constitucional* en materia de reparación del daño personal. Manifiesta:

«Además, en todos estos casos, el legislador deberá reparar el daño personal que se hubiese ocasionado acogiendo aquel remedio sustitutivo que deje a la víctima en una situación lo más próxima posible a aquélla de la que disfrutaría si el hecho lesivo no se hubiese llegado a producir, lo que convierte al tradicional principio civil de la reparación integral en contenido necesario de la tutela civil de los daños personales. Puesto que no es posible la reparación “in natura” de la vida ni de la integridad física y moral, de entre los distintos remedios posibles para reparar civilmente los daños corporales el legislador deberá optar por aquel que más se aproxime a la consecución, en cada caso, de la total indemnidad del daño personal sufrido por la víctima».

3. Refiriéndose a la posible conculcación del artículo 15 de la Constitución, derecho a la vida y a la integridad física y moral, el Tribunal dice a modo de principio:

«La protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación, incluido el régimen legal del resarcimiento por los daños que a los mismos se hubiesen ocasionado».

Pero el Tribunal formula a continuación una puntualización determinante de su conclusión de que no cabe oponer ningún reparo a la constitucionalidad de las normas legales cuestionadas, desde el punto de vista del artículo 15 de la Ley Fundamental. Dice la Sala:

«No obstante, y a diferencia de lo argumentado en los Autos de planteamiento, ese mandato constitucional de protección suficiente de la vida y de la integridad personal no significa que el principio de total reparación del dañado encuentre asiento en el art. 15 de la Constitución. Es cierto que el instituto de la responsabilidad civil requiere, de modo inexcusable, que se fije para aquellos bienes de la personalidad un valor patrimonial (*pecunia doloris*), puesto que la reparación civil del daño descansa en el derecho del dañado a percibir una indemnización. Ciertamente también, que en el ejercicio de la pretensión resarcitoria de tales bienes aparecen integrados o aunados los conceptos de reparación del estricto daño personal y de restablecimiento de los daños y perjuicios de índole patrimonial que traen causa de la lesión a los bienes de la personalidad (vida e integridad física y moral). Sin embargo, en el plano constitucional no es posible confundir la reparación de los daños a la vida y a la integridad personal (art. 15 CE), con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones personales padecidas, pues el mandato de especial protección que el art. 15 CE impone al legislador se refiere estrictamente

ta y exclusivamente a los mencionados bienes de la personalidad (vida, integridad física y moral), sin que pueda impropriadamente extenderse a una realidad jurídica distinta, cual es la del régimen legal de los eventuales perjuicios patrimoniales que pudieran derivarse del daño producido en aquellos bienes».

De ahí que el TC concluya sobre este primer extremo:

«Se comprende así por qué el mandato constitucional dirigido al legislador, en orden a que adopte los remedios normativos necesarios para ofrecer una satisfactoria protección jurídica de la vida y la integridad personal (art. 15 CE), es difícilmente conciliable con cualquier intento de valoración y cuantificación de los daños producidos a aquellos bienes jurídicos, y que pueda variar significativamente en función de las circunstancias particulares de su titular. Si en el ámbito de la responsabilidad civil, la vida y la integridad (física y moral) han de ser objeto de cuantificación dineraria o patrimonial, el más elemental respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE) obliga a que aquélla sea la misma para todos. Por esta razón, el art. 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad –según la expresión literal del art. 15 CE– de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas.

La anterior clarificación y determinación del canon de constitucionalidad permite concluir que el sistema de baremación legal cuestionado no es contrario al art. 15 de la Constitución. En efecto, el baremo atiende no sólo al supuesto de muerte, sino también a las lesiones causadas en la integridad física y moral de las personas, disponiendo (apartado 1, punto 5 del Anexo), a los efectos de la determinación de la correspondiente responsabilidad civil, unas indemnizaciones básicas por muerte (tabla I) y por lesiones permanentes, incluidos los daños morales (tabla III), cuyas cuantías no pueden estimarse insuficientes desde la apuntada perspectiva constitucional; sin que, por otra parte, en ninguna de las cuestiones planteadas se susciten problemas relativos a la irreparabilidad civil de determinadas lesiones físicas o padecimientos morales que, originados en ese concreto contexto de la circulación de vehículos a motor, hayan sido expresamente excluidos por el legislador del sistema de tablas contenido en el Anexo de la Ley 30/1995».

4. Aborda luego el TC la duda de constitucionalidad fundada en el artículo 14 de la Constitución, esto es, en el principio de igualdad ante la ley.

Un primer argumento en esta línea, dice la sentencia, es la alegación de la desigualdad producida por el hecho de que unos mismos daños personales o corporales reciban un tratamiento jurídico distinto en función de la

mera circunstancia de haberse o no producido como consecuencia de la circulación de vehículos a motor.

El Tribunal sale al paso de esta alegación, diciendo en primer lugar:

«Cabe decir a este respecto que de la Constitución no se deriva que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual tenga que ser objeto de un tratamiento normativo uniforme e indiferenciado ni, como es obvio, la Norma fundamental contiene una prohibición por la que se impida al legislador regular sus contenidos, adaptándolos a las peculiaridades de los distintos contextos en que se desenvuelven las relaciones sociales. En efecto, aun asumiendo dialécticamente la relación comparativa que se nos propone (distinta reparación cuantitativa de unos mismos daños personales, según se hubiesen o no producido en el ámbito de la circulación de vehículos a motor), es patente que ese tratamiento jurídico diferenciado no introduce desigualdad alguna entre las personas, cuyo trato discriminatorio es lo que proscribiera el derecho a la igualdad que reconoce el art. 14 CE. En efecto, el legislador ha establecido una diversidad de regímenes jurídicos especiales en materia de responsabilidad civil extracontractual que se aplica a todos por igual, respondiendo así a una tendencia de signo opuesto a la etapa de la codificación, que da lugar a un Derecho de daños constituido por singulares ordenaciones que coexisten con el viejo núcleo de la responsabilidad civil por culpa contenido en el art. 1902 y siguientes del Código Civil».

A partir de aquí, la sentencia concluye que

«...la concreta regulación especial o diferenciada que se cuestiona no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en que acaece la conducta o actividad productora de los daños. Se opera así en función de un elemento objetivo y rigurosamente neutro, que explica por qué esa pluralidad de regímenes jurídicos especiales se aplica por igual a todos los ciudadanos, es decir, a todos los dañados, sin que implique, directa o indirectamente, un menoscabo de la posición jurídica de unos respecto de la de otros».

A continuación, la sentencia alude a otro posible motivo o causa de desigualdad, esto es, la consistente en el diverso tratamiento jurídico que, a través del sistema de baremo previsto en la Ley, se produce entre los daños personales o corporales, sometidos a una cuantía de indemnización máxima, y los daños en las cosas, cuya reparación no está sujeta a límites cuantitativos. En relación con este extremo, dice:

«También ahora ha de reconocerse que, con independencia del grado de acierto de esa decisión del legislador, la regulación legal se aplica por igual a todas las personas y en todas las circunstancias, sin que se consta-

te la presencia de factores injustificados de diferenciación entre colectivos diversos».

Por lo que se refiere a la aducida vulneración del derecho de igualdad, supuestamente producida porque el sistema de valoración de daños personales mediante baremo genera un tratamiento igual de supuestos diversos, la resolución recuerda que

«...es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que el derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución no consagra un derecho a la desigualdad de trato (STC 114/1995, de 6 de julio, F. 4), ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ‘ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual’ (STC 16/1994, de 20 de enero, F. 5), siendo ajena al ámbito de este precepto constitucional la llamada ‘discriminación por indiferenciación’ (STC 308/1994, de 21 de noviembre, F. 5). En definitiva, ‘el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación’ (STC 164/1995, de 13 de noviembre, F. 7) por lo que tampoco puede acogerse, desde esta perspectiva, la tacha de inconstitucionalidad así formulada».

5. A renglón seguido, la sentencia aborda la cuestión de inconstitucionalidad que razonaba en torno al artículo 9.3 (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos), en relación con el «valor justicia» del artículo 1.

La resolución arranca en este punto de la afirmación siguiente:

«El valor justicia del art. 1.1 CE no puede, pues, identificarse unilateralmente con particulares modos de entender lo justo, ni con una forma de fiscalización de la constitucionalidad de la ley en atención a los resultados. Más bien ha de ser considerado como un concepto tendencialmente abierto y plural. Por ello, este valor superior del ordenamiento operará como un canon complementario, en concurrencia con otros factores de ponderación y, muy especialmente, en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad en su proyección sobre el legislador, principio este último que, con cita del art. 9.3 CE, también se considera vulnerado en los Autos de planteamiento de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, y cuyo examen abordamos a continuación».

Esta idea se pone en relación con la doctrina constitucional precedente de que *«la ley es arbitraria en el supuesto de que careciera de toda explicación racional»*.

Sobre estas bases, el Tribunal rechaza una primera perspectiva de la cuestión, según la cual el sistema legal de valoración tasada sería arbitraria. Dice al respecto la resolución:

«Existen poderosas razones para justificar objetivamente un régimen jurídico específico y diferenciado en relación con los daños producidos

como consecuencia de la circulación de vehículos a motor. Así, la alta siniestralidad, la naturaleza de los daños ocasionados y su relativa homogeneidad, el aseguramiento obligatorio del riesgo, la creación de fondos de garantía supervisados por la Administración (Consortio de Compensación de Seguros), y, en fin, la tendencia a la unidad normativa de los distintos ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea, son factores concurrentes perfectamente susceptibles de ser valorados por el legislador y que justifican suficientemente y hacen plausible la opción legislativa finalmente acogida, en cuanto sistema global».

En segundo término, el Tribunal vuelve de nuevo sobre el reproche consistente en que el sistema legal de baremación se limita al ámbito de daños a las personas, con exclusión de los ocasionados en los bienes. Lo rechaza la sentencia, diciendo:

«Los daños en las cosas no ofrecen especiales dificultades en orden a su valoración y cuantificación, puesto que son daños producidos en bienes que se encuentran en el tráfico comercial y que, como tales, cuentan con un valor-precio susceptible de ser objetivamente evaluado con arreglo a criterios ciertos que determina el mercado. Obviamente, no puede decirse lo mismo respecto de los daños a las personas o daños corporales, cuya traducción a valores de mercado, por ser *res extra commercium*, depende de pautas ajenas a la mera consideración económica, mucho más estimativas y difíciles de objetivar. Dificultad en la valoración y en la cuantificación que se muestra en toda su intensidad cuando se trata de compensar, mediante el pago de una indemnización, el denominado daño moral.

No es irrazonable, por lo tanto, que el legislador, en atención a la reseñada circunstancia, haya considerado conveniente diferenciar el modo en que deban valorarse los daños causados en los bienes y los estrictamente personales. Para la determinación cuantitativa de los primeros se cuenta con los criterios objetivos que suministra el mercado y que pueden ser objeto de concreta prueba en el proceso. Sin embargo, no existentes con parecido grado de objetivación que permitan calcular el *quantum* dinerario que, como remedio compensatorio, corresponde a la víctima por el daño personal inferido. Esta ausencia de criterios externos que sirvan de pauta determinante para la valoración del daño, sobre todo en lo que atañe a los daños morales, justifica que el legislador establezca los criterios normativos necesarios para garantizar un mínimo de homogeneidad y, por tanto, de paridad en el resarcimiento de los daños personales, tal como señala el punto 7 del apartado primero del Anexo, en su inciso inicial».

No obstante, *la sentencia declara la justificación del reproche de arbitrariedad en cuanto a la aplicabilidad del sistema de valoración en el caso en el que concurre culpa exclusiva del conductor causante del accidente; culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada. En este sentido, la resolución razona así:*

«Como hemos indicado, la Ley cuestionada conforma un régimen jurídico de responsabilidad civil de común aplicación tanto a los casos de responsabilidad por creación de riesgo u objetiva, como a aquellos otros en que el daño tiene por causa una acción u omisión culposa del conductor del vehículo a motor. Partiendo de este dato, ha de afirmarse que la falta de individualización de los indicados perjuicios económicos, a que conduce la aplicación de la tabla V del Anexo, no produce ningún resultado jurídicamente arbitrario o carente de justificación racional cuando se proyecta sobre supuestos en los que el daño personal causado es consecuencia de la responsabilidad civil exigible por el riesgo creado, o peligro que per se comporta la utilización de vehículos a motor. En efecto, en este particular contexto regido por criterios de responsabilidad cuasiobjetiva, al que hace expresa referencia el art. 1.1 de la Ley cuestionada, no cabe, con base en el art. 9.3 CE, formular reparo o tacha de inconstitucionalidad oponible al legislador por el hecho de que éste, atendidas las circunstancias concurrentes (entre las que destacan el aseguramiento obligatorio y la socialización de la actividad potencialmente dañosa), haya establecido criterios objetivados para la reparación del daño, con la consiguiente restricción de sus posibilidades de individualización, configurando así un sistema de compensación pecuniaria a favor de las víctimas, basado en el sometimiento de los perjuicios económicos derivados del daño personal a topes o límites cuantitativos.

Por el contrario, cuando concurre culpa exclusiva del conductor causante del accidente, relevante y, en su caso, judicialmente declarada, ya no cabe acoger tal justificación. En este otro ámbito, el presupuesto obligado de partida viene constituido por el hecho de que los bienes lesionados por el acto antijurídico son del máximo rango constitucional ('ex' art. 15 CE), y que la limitación indemnizatoria establecida por el sistema legal comporta, correlativamente, una desprotección de los aludidos bienes de la personalidad».

Razonamiento que lleva a la Sala a otro argumento, determinante de su fallo:

«Así pues, resulta manifiestamente contradictorio con este esquema de imputación que, cuando concurre culpa exclusiva del conductor, la víctima tenga que asumir parte del daño que le ha sido causado por la conducta antijurídica de aquél. Es ésta una consecuencia que no se acomoda al mandato de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE, en cuanto el sistema valorativo utiliza el título de imputación de la culpa siempre en sentido favorable o beneficioso para quien, incurriendo en un ilícito, produjo el daño personal y los consiguientes perjuicios económicos a él anudados; máxime cuando la conducta antijurídica determinante del daño, lesiona o menoscaba bienes de tanta relevancia constitucional como son la integridad física y moral de las personas, reconocidos en el art. 15 de la Constitución».

Pero la sentencia no restringe su tacha de inconstitucionalidad (la parcial que vengo señalando) al artículo 9.3, sino que la funda también en la alegada vulneración del artículo 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva), expresada en la afirmación de que el baremo no permite a la víctima del accidente de circulación acreditar procesalmente que las pérdidas patrimoniales producidas como consecuencia de la lesión de los derechos corporales son, en el caso concreto, superiores a las fijadas por el legislador.

De ahí que, ya al final de su texto, la resolución diga:

«La configuración normativa de la analizada tabla V, referida a la indemnización de las lesiones temporales, determina que la pretensión resarcitoria de las víctimas o perjudicados no pueda ser efectivamente satisfecha en el oportuno proceso, con la consiguiente vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Al tratarse, en suma, de un sistema legal de tasación de carácter cerrado que incide en la vulneración constitucional antes indicada, y que no admite ni incorpora una previsión que permita la compatibilidad entre las indemnizaciones así resultantes y la reclamación del eventual exceso a través de otras vías procesales de carácter complementario, el legislador ha establecido un impedimento insuperable para la adecuada individualización del real alcance o extensión del daño, cuando su reparación sea reclamada en el oportuno proceso, con lo que se frustra la legítima pretensión resarcitoria del dañado, al no permitirle acreditar una indemnización por valor superior al que resulte de la estricta aplicación de la referida tabla V, vulnerándose de tal modo el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE».

6. La resolución razona también sobre el argumento de que el sistema legal infringe la exclusiva potestad jurisdiccional, tal y como se halla configurada por el artículo 117.3 de la Carta Magna. Era, sin duda, el punto más «sensible» para los jueces españoles.

A tal efecto, dice la resolución:

«Pues bien, el anterior reproche de inconstitucionalidad no puede prosperar. Es cierto que el sistema de valoración de los daños corporales previsto en el art. 1 y en el Anexo de la Ley 30/1995, en su designio de asegurar mayores dosis de igualdad y seguridad jurídicas, ha reducido las posibilidades de libre apreciación del juzgador en función de los diversos materiales probatorios aportados al proceso, que era, precisamente, el elemento principal sobre el que descansaba el modelo de estimación y cuantificación de los daños y perjuicios a las personas anteriormente existente.

Ahora bien, del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador, por

la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que pretende regular una determinada materia».

C. *Constitucionalidad de un régimen de responsabilidad objetiva. Y, también, del principio de inversión de la carga de la prueba en un 'sistema' de responsabilidad por culpa*

1. Que yo sepa, no se ha planteado nunca ante el TC, de manera directa, la cuestión de si un régimen legal de responsabilidad objetiva se ajusta o no a la Constitución. Me refiero a una fórmula de imputación de responsabilidad que se encuentra ampliamente establecida en los ordenamientos contemporáneos; en España, como casos más notables, los de daños derivados de la navegación aérea, de la circulación de vehículos a motor, de la explotación de la energía nuclear, de la caza, de determinados servicios, del uso o consumo de productos defectuosos, etc.

Los reparos que desde otros puntos de vista, hoy superados (por ejemplo, el *ideológico* según el cual «*se es responsable porque se es culpable*»), podría suscitar la responsabilidad objetiva (o *sin culpa*), no parecen encontrar soporte ni en los derechos ni en los principios constitucionalmente reconocidos; ni siquiera, como luego veremos, en el de presunción de inocencia.

Entiendo que se da por sentado (y así mueve a pensar la sentencia del TC sobre la eventual inconstitucionalidad del *baremo del automóvil*) que el legislador goza de libertad para establecer ese régimen de responsabilidad sin culpa, en atención a derechos o intereses que se juzgan superiores; señaladamente, los de los consumidores. La circunstancia de que de ordinario la responsabilidad objetiva esté acompañada de una fórmula de seguro obligatorio parece soslayar toda sospecha de inconstitucionalidad. Y cuando la «solución» del seguro obligatorio no existe, parece razonable pensar que cualquier reparo de inconstitucionalidad, respecto al causante del daño, se disipa a la luz de dos ideas: el que se aprovecha económicamente de una actividad debe pechar con sus consecuencias (el *cuius commoda, eius incommoda*) y, además, debe contar con la *carga* –que razonablemente se espera de cualquier sujeto sensato– de concertar un seguro voluntario.

2. Más peliaguda es la cuestión de la constitucionalidad de la inversión de la carga de la prueba (correlato procesal de un principio de *presunción de culpa*), hoy firmemente asentada en la jurisprudencia –si no en la propia legislación– en ámbitos de responsabilidad gobernados por el criterio de imputación por culpa (la llamada «*subjetivista*»).

Tal principio de presunción de culpa en el causante del daño se encuentra hoy, y desde hace décadas, sólidamente arraigado en la jurisprudencia civil española. Muy pocos casos quedan fuera de su radio de acción; casi exclusivamente los derivados de actividades no inspiradas por el ánimo de lucro.

También que yo sepa, el Tribunal Constitucional español no ha tenido oportunidad de manifestarse al respecto *de forma directa* (sí de manera colateral, al referirse al principio constitucional de presunción de inocencia, al que luego me referiré). Lo que llama un tanto la atención, porque el criterio jurisprudencial en cuestión choca abiertamente, a mi entender, con el principio procesal (¿quizá «constitucional»?) de que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda²⁷.

Ahora bien, quizá pudiera solventarse cualquier tacha de inconstitucionalidad con el argumento de que la presunción de culpa es *iuris tantum*, esto es, susceptible de prueba en contrario, así como —de nuevo— con la idea de que la presunción de culpa en el terreno de la responsabilidad civil no constituye quiebra de la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida²⁸. Por otro lado, puede sostenerse que la concurrencia de culpa no es un hecho cuya prueba incumbe al perjudicado, sino una *quaestio iuris*.

D. Aspectos constitucionales de la indemnización del llamado ‘daño moral’

Ahora acudo a la expresión «daño moral» en una acepción muy restringida, llamando así al que sufre una persona como consecuencia de un atentado a su honor, a su intimidad o a su imagen.

Ya hemos visto antes cómo el TC español, en su sentencia sobre el *baremo del automóvil*, alude con razón a la dificultad que entraña la *traducción* a términos económicos de ese tipo de lesiones. Y si me ocupo ahora de este extremo es porque el TC tuvo oportunidad de manifestarse sobre el significado «constitucional» de una resolución judicial que concedió una indemnización muy exigua a quien había sufrido un atentado a su intimidad y a su imagen. Se trataba de un caso que fue muy notorio en nuestro país, porque la víctima era una mujer de gran relieve en la «vida de sociedad» española (por así decirlo, la *alta sociedad*). Una antigua empleada de su hogar había hecho unas declaraciones a una revista, revelando intimidades de su también antigua empleadora. No parecían ser excesivamente *ofensivas*; de hecho, la Sala Primera del Tribunal Supremo dijo que constituían sólo «una propalación de chismes de escasa entidad, que en algún caso pudieran servir como base para resolver el contrato laboral de empleo del hogar, pero nunca para estimarlos como un atentado grave y perjudicial a la intimidad de una persona».

La ofendida planteó demanda contra la empleada, dictándose en última instancia sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo por la que se

²⁷ Acudo a las palabras del artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil española.

²⁸ De hecho, no sé de ningún autor español que se haya planteado dudas sobre una posible inconstitucionalidad de la inversión de la carga de la prueba. Por citar doctrina reciente y de máxima solvencia, Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.

desestimó la demanda; el argumento era precisamente el de la escasa entidad de los «chismes».

Formuló recurso de amparo la demandante, dictándose por el TC sentencia de 5 de mayo de 2000 por la que se reconocía haber habido lesión del derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente y se anulaba la sentencia del Tribunal Supremo.

La Sala Primera del Tribunal Supremo dictó nueva sentencia, de 20 de julio de 2000, en la que se estableció una condena de 25.000 pesetas, algo así como 190 dólares USA.

Recurrió de nuevo en amparo la agraviada, evidentemente por considerar ignominiosa la condena de 25.000 pesetas. Su posición social y económica permiten pensar que no era una *acción en busca de dinero*, según expresión conocida de los juristas norteamericanos.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 17 de setiembre de 2001, otorgó el amparo solicitado por la demandante, reconoció que se había vulnerado el derecho a su intimidad personal y familiar y acordó restablecerla en su derecho; se declaró la nulidad de la segunda sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, estableciendo el TC *directamente* una indemnización en favor de la demandante por un importe de 10.000.000 de pesetas, que era la que había acordado la Audiencia Provincial.

En lo que aquí interesa, procede reproducir unos fragmentos de la sentencia del TC, en los que se excluye que la indemnización de este daño moral pueda quedar reducida a un carácter simbólico, por reducido o exiguo. Dice la resolución:

«Respecto a la indemnización fijada por la Sentencia recurrida es cierto que este Tribunal ha declarado que, en principio, la fijación de una u otra cuantía no es susceptible de convertirse en objeto de vulneración autónoma de los derechos fundamentales, en este caso del derecho a la intimidad. Pero no es menos cierto que también hemos declarado que ‘la Constitución protege los derechos fundamentales... no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos’ (STC 176/1988, de 4 de octubre, F. 4). Como indicamos en la STC 12/1994, de 17 de enero, F. 6, los arts. 9.1, 1.1 y 53.2 CE impiden que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en ‘un acto meramente ritual o simbólico’. Así lo proclaman, en el ámbito propio del amparo constitucional, los arts. 1, 41 y 55 de nuestra Ley Orgánica. Desde esta perspectiva existen motivos para afirmar que una indemnización de 25.000 pesetas resulta insuficiente para reparar el derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente. Sin embargo, desde la perspectiva de la lesión de ese derecho fundamental la cuestión de mayor trascendencia no es ésta, sino el apartamiento de la Sentencia recurrida de los criterios fijados por la STC 115/2000 en orden a delimitar el alcance del derecho y fijar la indemnización.

Pues bien, analizando la cuestión desde esta perspectiva cabe concluir que, en efecto, al revisar la cuantía de la indemnización fijada por la

Audiencia Provincial la Sentencia ahora impugnada partió de un entendimiento del derecho a la intimidad que no se ajusta a la interpretación que de tal derecho fundamental realizó este Tribunal en su Sentencia, y que vincula a todos los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial (art. 5.1 LOPJ). El Tribunal Supremo valora la cuantía de la indemnización con base en el carácter ‘insignificante’ de determinadas frases del reportaje (‘granos que le salen en la cara..., determinada agenda de piel de cocodrilo..., ropa que posee...’), argumento que ya utilizó en su primera Sentencia de casación, en la que declaró que tales datos, calificados de ‘chismes de escasa entidad’, no podían reputarse como gravemente atentatorios a la intimidad. Se aparta así de los criterios fijados en la STC 115/2000, ya que, en primer lugar, como se desprende del tenor literal de su fundamento jurídico 5 antes citado, la vulneración del derecho a la intimidad no derivó únicamente del hecho de haberse revelado datos sobre ‘los granos’, ‘la agenda’ y ‘la ropa’ de la recurrente, sino de haber desvelado otros datos de su vida personal y familiar de mucha mayor entidad. Se ponderó, además, según consta en el fundamento jurídico 6, el carácter cualificado de la vulneración derivado del hecho de que la divulgación de los datos había sido realizada quebrantando el deber de secreto impuesto a las personas que conviven en el hogar de una persona por razones laborales. Por otra parte, en la STC 115/2000 se declaró que la vulneración del derecho a la intimidad no podía hacerse depender de la insignificancia de algunas de las expresiones vertidas en el curso de dicho reportaje, ya que revestía la trascendencia propia de la relevancia constitucional del derecho fundamental afectado; y, aunque en el F. 8 se afirmase con carácter general que la gravedad atentatoria de los datos revelados podía ser tenida en cuenta para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho, por supuesto eso no significa que al fijar la indemnización pueda desconocerse la premisa de la relevancia constitucional del derecho afectado y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego.

Por ello, al no considerar la Sentencia impugnada, ni aun tras el enjuiciamiento realizado en la STC 115/2000, que la revelación de tales datos constituyó el núcleo de la intromisión ilegítima efectuada en la intimidad personal y familiar de la demandante de amparo, y reiterar de nuevo una minusvaloración del quebranto sufrido por el derecho fundamental afectado en función del pretendido ‘carácter insignificante’ de algunas frases del reportaje publicado en la revista *Lecturas*, la Sentencia frente a la cual ahora se demanda amparo realiza una interpretación que, lejos de reparar el derecho vulnerado, lesiona de nuevo el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), menoscabando así la eficacia jurídica de la situación subjetiva declarada en nuestra precedente Sentencia»²⁹.

²⁹ Debo señalar que dos Magistrados de la Sala Segunda del TC, compuesta por seis miembros, discreparon de la fijación *directa* por el Tribunal Constitucional de la indemnización, considerando que lo procedente habría sido devolver las actuaciones al Tribunal Supremo.

E. *El problema de los 'daños punitivo'. Y la indemnización consistente en el beneficio del dañado*

1. No es preciso resaltar ni documentar el interés que en el plano doctrinal suscita, en los países del *civil law*, la figura de los llamados *daños punitivos* (entre otras denominaciones), tan afincados en algunos países del *common law*, sobre todo Estados Unidos.

Pero no me voy a referir a la cuestión de la *bondad* o *maldad* del concepto, o de su aplicación práctica, sino a dos posibles aspectos en los que la figura podría ser contemplada, desde el punto de vista constitucional.

El primero de esos aspectos es el relativo a si podría tener acomodo en nuestra Constitución, o en otra inspirada en una similar *cultura jurídica*, una hipotética formulación legal del tipo de «indemnización» que los daños punitivos constituyen.

Y en íntima conexión con ese primer punto de vista está el segundo, que es el de la posibilidad de ejecutar una sentencia comprensiva de *daños punitivos* en un Estado cuyo ordenamiento no los reconoce.

Ambas preguntas, como es obvio, están radicalmente vinculadas con el carácter que, según la *tradición jurídica*, se atribuya en un determinado ordenamiento a las reglas de responsabilidad civil. Esto es, si se les reconoce sólo una función de indemnización, o si también cabe atribuirles una finalidad punitiva, o una de prevención, u otra de disuasión, etc.

La doctrina española no parece aceptar, en general, que los *daños punitivos* se acomoden al *concepto* que de la responsabilidad civil tenemos en nuestro país³⁰.

Pero, puesto que contamos con el ejemplo de un ordenamiento jurídico, el alemán, inspirado en principios (en esta materia) similares al nuestro, creo que no es inoportuno dar a conocer el criterio del Tribunal Federal de Alemania sobre el problema.

Me refiero a la sentencia del Tribunal Federal de Justicia alemán de 4 de junio de 1992³¹.

Los orígenes del caso resuelto por el Tribunal Federal se encuentran en Stockton, California, lugar donde residían el demandante y el demandado. Ambos poseían la nacionalidad norteamericana; el demandado, además, tenía la nacionalidad alemana. En mayo de 1984, el demandado —que había

³⁰ Escribe sobre la cuestión REGLERO CAMPOS en el *Tratado* que antes he citado, pp. 76 ss. Yo lo hice brevemente en mi libro *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 69-ss.

³¹ Tomo una valiosa información de VADILLO ROBREDO, «Reconocimiento y ejecución en Alemania de sentencias extranjeras de daños punitivos (Comentario a la decisión del Tribunal Federal de Justicia alemán de 4 de junio de 1992)», en *Estudios de Deusto*, julio-diciembre, 1997, pp. 203-ss. Trabajo de notable interés para conocer algunos detalles del régimen de los *daños punitivos*.

sido sentenciado por un tribunal norteamericano a prisión por abuso sexual de un menor (el demandante)– abandonó los Estados Unidos. Desde ese momento, vivió en Alemania, donde poseía propiedades.

El Tribunal Superior del Estado de California y del Distrito de San Joaquín, el 24 de abril de 1985, condenó al demandado a abonar a la víctima una indemnización de 750.260 dólares. De las transcripciones del proceso se desprende que el veredicto estaba basado en la ofensa sexual cometida contra el demandante, quien en el momento de la ofensa tenía 14 años. La indemnización se compuso de 260 dólares por gastos médicos pasados, 100.00 dólares por gastos médicos futuros, 50.000 dólares por gastos de colocación de la víctima, 200.000 dólares por ansiedad, dolor, sufrimiento y daños generales de esta naturaleza y 400.000 dólares por daños punitivos. Al abogado de la víctima se le concedió el 40% (300.104 dólares) del total de la indemnización final recibida por su cliente, como honorarios.

Ante el *Bundesgerichtshof* se presentó, en apelación, el reconocimiento y la ejecución de la sentencia del Tribunal Superior del Estado de California.

El Tribunal de Distrito había decidido que en este caso no había impedimento para una orden de ejecución de sentencia, más los intereses. En respuesta a la apelación del demandado, el Tribunal de Apelación de Düsseldorf mantuvo la orden de ejecución de la sentencia, pero redujo la indemnización a la cantidad de 272.325 dólares. Las dos partes apelaron la sentencia. El Tribunal Federal de Justicia decidió que la cantidad correspondiente a los daños punitivos (400.000 dólares) no podía ser ejecutada en Alemania; sobre el resto de la indemnización se emitió la orden de ejecución.

Quiere decir que, en este caso, el Tribunal Federal de Justicia decidió que la indemnización de daños punitivos constituía un ataque al orden público sustantivo conforme al 328(1)4 del Código de procedimiento civil alemán.

Repito que en la sentencia del Tribunal Superior de California se indemnizó a la víctima con 400.000 dólares por daños punitivos. El Tribunal de Distrito alemán decidió que cabía la orden de ejecución sobre todo el veredicto del Tribunal Superior, más los intereses. Tras la apelación del demandado, el Tribunal de Apelación de Düsseldorf sostuvo, como decía, la orden de ejecución en la cantidad de 275.325 dólares y anuló el resto. Su interpretación sobre esta cuestión fue que la orden de ejecución sólo podía ser emitida sobre la suma requerida para cubrir los costes legales, aunque dicha suma estaba supeditada al examen del orden público. El examen de orden público tuvo como resultado que, en lugar del 40% de la indemnización total que estableció el Tribunal Superior de California como honorarios de abogado, sólo se reconociese el 25% de la indemnización de daños compensatorios recibida por la víctima (55.065 dólares).

En lo que interesa al extremo que ahora nos ocupa (puesto que hubo otros que ahora no vienen a cuento), considero de gran interés reproducir los razonamientos del Tribunal Federal para no aceptar la ejecución en Alemania de los *daños punitivos* que había establecido el Tribunal norteamericano:

«Uno de los principios fundamentales del Derecho alemán es el principio de ‘proporcionalidad’, el cual surge del Estado constitucional y es válido también en el Derecho civil... En el Derecho civil, la atención que se presta a la compensación en la valoración de los daños, entre otras cosas, tiene este principio en cuenta: a menudo, la única intención apropiada de la acción civil, tomada en respuesta a un acto ilícito, es la de compensar por los efectos de ese acto sobre las circunstancias financieras de las partes directamente afectadas. Las reglas de procedimiento y las reglas sobre la prueba para las acciones de esta clase permiten a las partes ejercer una influencia variada y dominante sobre el resultado, y han sido diseñadas con este propósito. Las acciones civiles norteamericanas están gobernadas por reglas similares...

Las sanciones que intentan ser punitivas o disuasorias –o, por ejemplo, proteger el derecho y el orden público– son, según la interpretación alemana del Derecho, parte del monopolio de castigo ejercido por el Estado. Es él quien ejercita este monopolio en interés del público en un proceso especial, en el que por un lado la investigación oficial intenta proveer de una mejor garantía para que la decisión sustantiva sea exacta, mientras que por otro lado asegura una mayor protección para los derechos del demandado. Desde un punto de vista local, sería inaceptable imponer, en un juicio civil, el pago de una considerable suma de dinero, la cual no intenta ser compensación por los daños, sino que es calculada esencialmente según el interés público y puede ser impuesta junto con el castigo criminal por la misma ofensa...

De hecho, esto es lo que ha ocurrido en el caso presente. La indemnización impuesta es mayor que el total de todas las sumas concedidas para compensar por el daño causado. Aun el total de todos los costes legales supondría sólo una tercera parte de los ‘daños punitivos’. No existe prueba de otros daños por los que se deba conceder compensación. El efecto de la orden de ejecución en el demandado sería, por lo tanto, excesivo.

Los daños punitivos impuestos bajo el poder discrecional del tribunal, los cuales no tienen una relación firme con el daño sufrido y algunos de los cuales son extremadamente altos, han contribuido a un importante aumento en la carga de las indemnizaciones en la economía como un todo. Dicha carga ha alcanzado ahora el límite del riesgo calculable y asegurable...

...Por esta razón, la ejecución de una reclamación de indemnización por daños –superior a la compensación de todas las lesiones patrimoniales y extrapatrimoniales realmente sufridas– constituiría en sí misma un resultado inaceptable...

La ejecución en Alemania está, por lo tanto, excluida. No es necesario determinar si la ejecución de la indemnización de daños también contraviene la ley y el orden alemán en otras bases. En particular, no hay necesidad de determinar si las condiciones para la imposición de un veredicto de daños punitivos, cuyas condiciones son difíciles de estipular, y la cantidad de la indemnización deben valorarse según las bases del artículo

103.2 de la Constitución de Alemania, o si la condena a este pago, así como la pena criminal, constituiría, desde el punto de vista alemán, una violación de la prohibición de castigo múltiple (artículo 103.3 de la Constitución alemana)».

Estimo que razones semejantes a las invocadas por el Tribunal Federal alemán serían las que utilizaría un tribunal español ante un caso similar. Pero la cuestión, que algún día se nos planteará, está por resolver.

2. Distinto conceptualmente de la figura de los *daños punitivos* es el caso en que una ley impone, en el supuesto de daño extracontractual, una «indemnización» consistente en el beneficio que el dañador hubiere obtenido con su conducta lesiva³².

Aunque los criterios tradicionales en materia de indemnización del daño buscan eso, la reparación de la víctima y nada más, nuestro Derecho conoce casos en los que alguna ley dispone una fórmula de «indemnización» consistente, según decía, en el beneficio patrimonial del dañador.

Así, el artículo 9 de la Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de 5 de mayo de 1982, dispone en su artículo 9, apartado 3:

«La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma»³³.

De otro lado, y siguiendo en parte criterios ya establecidos en las Leyes que se modificaban, la Ley de 5 de junio de 2006, que amplía los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y establece normas procesales para la aplicación de diversos reglamentos comunitarios,

³² También me cuidé brevemente de esta hipótesis en el libro antes citado, *Algunas previsiones...*, pp. 64-ss.

³³ Como hace notar REGLERO CAMPOS, *Tratado...*, p. 96, la sentencia del TC de 17 de setiembre de 2001, antes citada, aceptó implícitamente la constitucionalidad de este concepto de «indemnización» consistente en el beneficio obtenido por el causante de la lesión. Más aún, el TC reprochó al Tribunal Supremo el no haber tenido en cuenta en aquel caso los beneficios obtenidos por la empresa editora de la revista en la que se había publicado el reportaje *ofensivo*. El TC señaló que en las actuaciones seguidas en primera instancia quedaba reflejado que se había producido un incremento de tirada de la revista, incremento que coincidió con la injerencia ilegítima en la intimidad de la demandante.

modificó parcialmente la Ley de propiedad intelectual, la Ley de patentes, la Ley de marcas y la Ley de protección jurídica del diseño industrial³⁴.

En cuanto a la Ley de propiedad intelectual, su artículo 140 queda redactado así:

«Artículo 140. Indemnización.

1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y *los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita*.

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

3. La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercerla».

Por lo que respecta a la Ley de patentes, su artículo 66 queda redactado, en sus apartados 1 y 2, de la siguiente forma:

«1. La indemnización de daños y perjuicios debida al titular de la patente comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el titular a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener

³⁴ Debe advertirse que esta Ley de 5 de junio de 2006 obedeció, entre otros motivos, al de trasponer al Derecho español la Directiva 2004/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, para garantizar un nivel de protección elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior. También debe advertirse que bajo la denominación de propiedad intelectual también se recogen en el Derecho comunitario los derechos que en el ordenamiento jurídico español se agrupan bajo la denominación de propiedad industrial.

pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

2. Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrán en cuenta, a elección del perjudicado:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor y *los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado*.

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico.

b) La cantidad que como precio el infractor hubiera debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación conforme a derecho.

Para su fijación se tendrá en cuenta especialmente, entre otros factores, la importancia económica del invento patentado, la duración de la patente en el momento en que comenzó la violación y el número y clase de licencias concedidas en ese momento».

El artículo 43, apartados 1 y 2, de la Ley de marcas queda con la siguiente redacción:

«1. La indemnización de daños y perjuicios comprenderá no sólo las pérdidas sufridas, sino también las ganancias dejadas de obtener por el titular del registro de la marca causa de la violación de su derecho. El titular del registro de marca también podrá exigir la indemnización del perjuicio causado al prestigio de la marca por el infractor, especialmente por una realización defectuosa de los productos ilícitamente marcados o una presentación inadecuada de aquélla en el mercado. Asimismo, la cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

2. Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrá en cuenta, a elección del perjudicado:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación y *los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación*.

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico.

b) La cantidad que como precio el infractor hubiera debido de pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho».

Por fin, el artículo 55 de la Ley de protección jurídica del diseño industrial queda, en sus apartados 1 y 2, con la siguiente redacción:

«1. La indemnización de daños y perjuicios comprenderá no sólo las pérdidas sufridas, sino también las ganancias dejadas de obtener por el titular del diseño a causa de la violación de su derecho. El titular del diseño registrado también podrá exigir la indemnización del perjuicio causado al prestigio del diseño por el infractor, especialmente por una realización defectuosa de los productos ilícitamente comercializados, la realización defectuosa de las imitaciones o las condiciones en que haya tenido lugar su comercialización. Asimismo, la cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

2. Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrá en cuenta, a elección del perjudicado:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido de la explotación del diseño si no hubiera tenido lugar la violación de su derecho y *los beneficios obtenidos por el infractor como consecuencia de la violación del derecho del titular del diseño registrado*.

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico.

b) La cantidad que como precio el infractor hubiera debido de pagar al titular del diseño por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo la explotación del diseño conforme a derecho».

Si menciono todos estos preceptos que he citado es porque podría pensarse que las reglas legales en cuestión rompen con el principio de que la responsabilidad civil obedece sólo a una finalidad de indemnización; esto es, no a una función punitiva.

Sin embargo, creo que cualquier opinión en tal sentido debe descartarse, porque, si bien se mira, el criterio del *beneficio del infractor* se utiliza como elemento de cuantificación de un daño que, o no puede someterse a reglas objetivas de estimación, como puede ser el daño moral, o bien corresponde a conceptos de indemnización (sobre todo, el lucro cesante de la víctima) que es legítimo *trasladar* a un «capítulo» que libera al demandante de *pruebas diabólicas*, y a su vez muy *objetivo*, como es el de la ganancia económica o beneficio patrimonial obtenido por el infractor con su conducta dañosa.

No creo, pues, que en este extremo exista el más mínimo roce con la constitucionalidad.

F. Responsabilidad civil y presunción de inocencia

Se ha esgrimido frecuentemente ante los Tribunales civiles españoles la alegación de que la línea jurisprudencial de invertir la carga de la prueba y requerir –para que el demandado presunto responsable sea absuelto– que sea él quien demuestre no haber cometido la acción o, en su caso, no haber incurrido en omisión alguna de la diligencia debida en su actuar, opera en

contra de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución española³⁵.

El Tribunal Constitucional rechaza ese reproche de inconstitucionalidad, diciendo por ejemplo (sentencia de 13 de diciembre de 1993):

«Respecto de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia la queja del recurrente carece de fundamento constitucional. Este derecho fundamental actúa siempre que deba adoptarse una resolución, judicial o administrativa, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado punitivo, sancionador o limitativo de sus derechos [SSTC 13/1982, 36/1985], y por ello, no es aplicable a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de un ilícito civil (art. 1.089 CC)».

El mismo criterio se ha formulado reiteradamente por la Sala de lo civil del Tribunal Supremo. Por citar una de las más recientes sentencias al respecto, la de 13 de febrero de 2003 declara:

«El octavo alega la infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española por no haberse respetado el principio de presunción de inocencia. Este principio se aplica no sólo en el ámbito del Derecho penal, sino en todo campo del Derecho en que se contengan normas punitivas o sancionadoras, pero no cuando se trata de una cuestión de acreedor y deudor de una obligación nacida, en el presente caso, de acto negligente. Así la sentencia de 19 de junio de 1997 dijo claramente: ‘el principio de presunción de inocencia se aplica a todo el campo del Derecho pero sólo en caso de normas represivas, punitivas o sancionadoras; en general, para el Derecho civil: en principio, no contiene este tipo de normas, sino relativas a derechos o intereses privados, por lo que muy raramente es aplicable tal principio; en concreto, para el Derecho de obligaciones: se trata de acreedor y deudor, no de culpable o inocente, incluso en materia de responsabilidad extracontractual; en concreto, para el proceso civil: no cabe una resolución judicial que produzca un efecto jurídico desfavorable o condene a una carga perjudicial si no media prueba, valorada libremente por el Tribunal de instancia’. Lo cual es reiterado y aplicado específicamente a un caso de responsabilidad aquiliana, como el presente, por la sentencia de 12 de junio de 1998 que dice: ‘la presunción de inocencia, no es aplicable al caso de la culpa extracontractual, habiendo de referirse en todo caso, a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para con-

³⁵ Me referí a este extremo en mi *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 193-202.

seguir que el patrimonio de la víctima quede, por efecto de la indemnización y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente al que tenía antes de sufrirlo (SS. 20 de febrero de 1989, 25 de marzo de 1991, 7 de enero de 1992 y 2 de marzo de 1993, entre otras)'. Asimismo lo reiteran las sentencias de 28 de marzo de 2000, que recoge la doctrina jurisprudencial vertida en sentencias anteriores, y de 28 de junio de 2002, en un caso de obligación contractual».

G. La responsabilidad 'patrimonial' de las Administraciones públicas en la Constitución española. La 'posible' responsabilidad patrimonial del Estado legislador

1. Como he señalado antes, el único precepto de la Constitución que establece propiamente un *principio de responsabilidad* es el apartado 2 del artículo 106, que reza:

«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Esta regla, inimaginable hace todavía no muchas décadas, no fue sin embargo nueva en nuestro ordenamiento. En efecto, ya una Ley de 1954 (la de expropiación forzosa, de 16 de diciembre) rompió un principio que, al menos en la interpretación literal de la norma correspondiente, excluía la posibilidad de obtener una indemnización por los daños causados por el Estado, al exigir como condición que el Estado hubiese actuado por mediación de un «agente especial»; esto es, no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario «a quien propiamente corresponda la gestión practicada». Esto decía el hoy desaparecido párrafo quinto del artículo 1.903 del Código civil.

En la Ley de expropiación forzosa de 1954, de una forma ciertamente curiosa desde el punto de vista de la técnica legislativa, se «aprovechó la oportunidad» para insertar un artículo 121 que dispuso:

«Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo».

La misma norma se reprodujo, casi textualmente, en el artículo 40 de la que hoy nos parece ya vetusta Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, al decir:

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella fuese una consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».

Promulgada la Constitución, la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, de 26 de noviembre de 1992, dedica su Título X, artículos 139 a 146, a la *responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio*. Importa la reproducción del artículo 139 y del apartado 1 del 141, que dicen:

«Artículo 139. Principios de la responsabilidad

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial».

«Artículo 141. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

Debe advertirse que la redacción originaria del apartado 1 del artículo 141 fue «mitigada», muy razonablemente, en virtud de reforma por Ley de 13 de enero de 1999: se introdujo la causa de exclusión de antijuridicidad –según una determinada interpretación– consistente en el llamado «estado de la ciencia».

Se observa que el régimen es el de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en general (por cierto, tan abundantes en España), no sólo del Estado.

2. Particular interés, y notable discrepancia doctrinal, se ha suscitado en España en relación con la conocida como *responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, también llamada *por el hecho de las leyes*.

La cuestión se planteó en nuestro país como consecuencia de un gran número de sentencias (cerca del centenar) en las que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo —empezando por la de 22 de febrero de 2000— estimó la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una Ley luego anulada por el TC. Se trataba de una Ley de 29 de junio de 1990, que estableció la medida tributaria consistente en un «gravamen complementario» sobre máquinas de juegos de azar. Empresarios del sector entablaron abundantes demandas de responsabilidad patrimonial, que, como queda dicho, fueron estimadas. Ocurre que la Ley en cuestión había sido declarada inconstitucional por la sentencia del TC de 31 de octubre de 1996, por infracción del principio constitucional (artículo 9.3) de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales. La sentencia del Constitucional no especificó, ni en sus fundamentos jurídicos ni en su fallo, los efectos de tal declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del referido impuesto.

La Sala Tercera del Supremo declaró que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es aplicable a la responsabilidad del Estado legislador, añadiendo que existe una notable tendencia en la doctrina y en el Derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una Ley, pueda generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando se cause privación de derechos y lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles. Se añadía que los actos administrativos de liquidación del impuesto de que se trataba habían sido actos nulos de pleno derecho, calificándose como esencialmente antijurídico el daño producido por dichos actos de recaudación tributaria. Dijo también la Sala Tercera que no era de aplicación el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencias con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales. Manifestó así mismo la Sala que la acción de responsabilidad del caso no se computaría desde la fecha de la producción del daño cuya reparación se pretende, sino a partir de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la sentencia correspondiente del Tribunal Constitucional. Incluso más, se declaró por la Sala Tercera que el interesado podría en todo caso pedir la declaración de oficio de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo denegatorio de la indemnización, sin sujeción a plazo alguno. Por todo ello, la Sala Tercera acordó la devolución

a los recurrentes del importe íntegro del impuesto en cuestión, más los intereses legales.

Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido objeto de algunas severas críticas, sobre todo las muy documentadas del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA³⁶.

H. *Leyes de desarrollo de normas constitucionales atinentes al Derecho de daños*

Como he señalado antes, y por otra parte es obvio, la promulgación de la Constitución española ha dado lugar a un elevado número de leyes. Unas, de *ajuste* a la Carta Magna de disposiciones legales preconstitucionales. Otras, de desarrollo o conversión en *legalidad ordinaria* de normas o principios de la Ley Fundamental.

En materia de Derecho de daños, el Código civil ha experimentado una ligerísima modificación. Consiste en la supresión, por Ley de 7 de enero de 1991, del antiguo y originario párrafo quinto de dicho precepto, que se refería a la llamada «responsabilidad civil del Estado». Se produjo esa supresión, explicable, porque se había promulgado ya la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, de 26 de noviembre de 1992, que dio una nueva fisonomía a la conocida como responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, según antes hemos visto.

En cuanto a Leyes posteriores a la Constitución en materia de responsabilidad civil, además de la citada de régimen jurídico de las Administraciones públicas pueden mencionarse las siguientes:

- La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, modificada parcialmente por Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995. Se trata de un texto legal de desarrollo del artículo 18.1 de la Constitución y que ha dado lugar a una abundantísima jurisprudencia civil. Y también, desde luego, a una muy nutrida jurisprudencia constitucional.

³⁶ *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, sobre todo capítulo VI, pp. 223-ss. GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que sólo es posible en España la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos cuando éstos desconocen o infringen normas superiores de los ordenamientos comunitarios o internacionales dotados del principio de primacía normativa y, por tanto, con capacidad reactiva o neutralizadora de la norma inferior que puede hacer valer el mismo juez. Es decir, en una situación que coloca a los jueces nacionales, respecto de las Leyes, en una analogía a la que tienen en relación con las normas reglamentarias (pp. 135 y 244).

- Ley de 19 de julio de 1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios, modificada en parte por Ley de 13 de abril de 1998. Como manifiesta su preámbulo, obedeció al designio de *hacer verdad* el principio (uno de los «principios rectores de la política social y económica» del Capítulo tercero del Título I, artículos 39 a 52) de que «*los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*» (artículo 51.1). Como decía, el preámbulo de la Ley hace expresa alusión a la Constitución, al igual que algunos de sus artículos (entre estos últimos, el 31, sobre arbitraje de consumo, en pro de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Ley Fundamental).
- La Ley de 21 de abril de 1998, de residuos, invoca el carácter de competencia del Estado de la legislación básica sobre protección del medio ambiente, con fundamento en la Constitución.
- Respondió también a *requerimientos* constitucionales, según se dice expresamente en algunos lugares de su articulado, la Ley Orgánica de 13 de diciembre de 1999, de protección de datos de carácter personal. La Constitución es citada en sus artículos 7 y 49.
- La Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora de la autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica, se justifica expresamente sobre la base del derecho a la protección de la salud, calificado como tal (es decir, «derecho», no principio) en el artículo 43.1 de la Constitución.

Otras leyes que establecen reglas de responsabilidad civil y se refieren, con más o menos intensidad, a la Constitución son las siguientes: Ley de 2 de agosto de 1985, de aguas; Ley de 12 de julio de 1988, de auditoría de cuentas; Ley de 28 de julio de 1988, de costas; Ley de 11 de noviembre de 1988, general de la publicidad; Ley de 17 de julio de 1989, de defensa de la competencia; Ley de 15 de octubre de 1990, del deporte; Ley de 10 de enero de 1991, de competencia desleal; Ley de 24 de noviembre de 1992, de puertos del Estado y de la Marina Mercante; Ley de 23 de marzo de 1995, sobre crédito al consumo, luego modificada por Leyes posteriores; Ley de 6 de julio de 1995, reguladora de los viajes combinados; Ley de 15 de enero de 1996, de ordenación del mercado minorista; Ley de 13 de abril de 1998, sobre las condiciones generales de la contratación; Ley de 15 de diciembre de 1998, reguladora de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico; Ley de 5 de noviembre de 1999, de ordenación de la edificación; Ley de 23 de diciembre de 1999, sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos; Ley de 7 de enero de 2000, de enjuiciamiento civil, sobre todo en materia de legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios; Ley Orgánica de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los

menores; Ley de 7 de diciembre de 2001, de marcas; Ley de 1 de julio de 2002, de prevención y control integrados de la contaminación; Ley de 11 de julio de 2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; Ley de 7 de julio de 2003, de protección jurídica del diseño industrial; Ley de 7 de julio de 2003, de seguridad aérea; Ley de 9 de julio de 2003, concursal; Ley de 10 de julio de 2003, de garantías en la venta de bienes de consumo; Ley de 17 de noviembre de 2003, del ruido; Ley de 19 de diciembre de 2003, de firma electrónica; Real Decreto Legislativo de 29 de octubre de 2004, texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; Ley de 5 de junio de 2006, ampliando los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, y Ley de 7 de julio de 2006, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual.

De otro lado, debe tenerse presente que la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, en su Título V, artículos 292 a 297, regula la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. El capital artículo 292 dispone:

- «1. Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título.
2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
3. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización»³⁷.

No puede dejarse de señalar, igualmente, que fue posterior a la Constitución la promulgación del vigente Código penal, de 23 de octubre de 1995, cuyos artículos 109 a 122 regulan la mal llamada *responsabilidad civil derivada de delito*, materia que, como consecuencia de una verdadera «curiosidad histórica», se viene regulando, a pesar de su carácter *civil*, en el Código penal.

El «marco constitucional» se encuentra también en la raíz de otras Leyes que no pertenecen en rigor al terreno de la responsabilidad civil, pero están

³⁷ Existe, como es lógico, una copiosa jurisprudencia constitucional sobre la materia. Entre las últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre error judicial, procede la cita de la de 8 de mayo de 2006, que otorgó el amparo solicitado por los recurrentes, reconociendo el error de hecho padecido por un órgano judicial. De lo que la Sala dedujo vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

próximas a él. Por ejemplo, la Ley de 8 de octubre de 1999, de solidaridad con las víctimas del terrorismo³⁸.

I. *El efecto de principios constitucionales en la jurisprudencia sobre responsabilidad civil*

Sería interminable el elenco de preceptos, extremos o aspectos en los que la jurisprudencia civil española, con más o menos intensidad, viene invocando reglas o principios de la Constitución. Por eso, me limito a algunos puntos en los que la *presencia* de la Constitución en la doctrina de los Tribunales, en concreto del Supremo, ha sido más patente.

A) PRINCIPIO ‘PRO DAMNATO’ Y ‘PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES’

Me refiero ahora a un extremo que, partiendo de una singular sentencia, a la que enseguida aludiré, dio lugar a una doctrina jurisprudencial de enorme importancia práctica. Una doctrina que, formalmente hablando, parecería heterodoxa y de significativa ruptura con criterios anteriores.

En el momento actual, la solución jurisprudencial a la que me refiero carece casi de relevancia, porque, en virtud de reciente reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, es claro que toda reclamación de responsabilidad patrimonial contra una Administración pública tiene que sustanciarse ante la referida Jurisdicción, con exclusión de cualquier otra. Sin embargo, no era así cuando la doctrina jurisprudencial en cuestión adquirió, salvo contadas excepciones, carta de naturaleza en nuestro Derecho.

El punto de partida es el de que, con la legalidad vigente antes de 1999, las reglas en materia de jurisdicción competente imponían de forma inexcusable, al menos en una interpretación literal, que las demandas de responsabilidad contra la Administración se ventilaran ante la contencioso-administrativa cuando la demandada era únicamente la Administración; esto es, no cuando *además* se demandaba a un funcionario, caso en el que se admitía pacíficamente la competencia del orden jurisdiccional civil.

Pero hubo un *leading case*, en terminología de los anglosajones, en el que el criterio se quebró, con manifiesta aplicación del principio *pro damnato* y con explícito soporte en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

Se trató de la sentencia de 5 de julio de 1983³⁹, cuya doctrina siguieron

³⁸ He tenido la oportunidad, y el honor, de desarrollar esta materia en el prólogo a un libro del Doctor GIL BOTERO, de Medellín (en este caso de Colombia). Parece que la obra va a ver la luz pronto, cuando se escriben estas líneas.

³⁹ Fue comentada por ZORRILLA RUIZ y por mí en *Anuario de Derecho civil*, 1984, octubre-diciembre, pp. 1237-1257 (»Responsabilidad civil de la Administración. Jurisdicción competente y otros extremos«).

muchas otras posteriores, aunque no faltó alguna que se orientó en una interpretación *más literal* de las reglas procesales propias del problema.

El esposo de la demandante había fallecido como consecuencia de los disparos efectuados por un funcionario de Policía. Alegaba la actora que el subinspector de Policía había actuado con manifiesta desproporción, al disparar por la espalda al fallecido mientras éste se hallaba de cara a una pared y otro funcionario le colocaba las esposas. Se decía en la demanda que la muerte del detenido era constitutiva de un *ilícito civil*, del cual respondía subsidiariamente la Administración del Estado, por mandato del artículo 1.903 del Código civil. Y, de hecho, sólo fue demandada esa Administración del Estado; quiere decir que no se demandó a los policías actuantes.

El Abogado del Estado contestó a la demanda sosteniendo en primer lugar que la actuación del policía se había debido a la conducta del propio interfecto, que en el momento en que estaba siendo esposado amagó una agresión contra los agentes de Policía con una navaja que portaba. Se advertía que la demanda se había dirigido sólo contra la Administración del Estado, no contra el agente de Policía. Y terminó suplicando sentencia por la que se declarase la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer la pretensión aducida por la actora, por corresponder a la jurisdicción contencioso administrativa; y por la que, subsidiariamente, se desestimase en su integridad la demanda planteada.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por la parte demandada, declaraba absuelta a ésta, sin entrar a conocer el fondo de la cuestión.

Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó íntegramente.

La Sala Primera del Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación de la demandante, diciendo, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

«... con el factor adicional que, notoriamente, resulta del aplazamiento, implicado en la estimación de la cuestión de competencia esgrimida por el representante de la Administración, tesis inaceptable que, además, desde la vertiente de la víctima, ofrecería la, insostenible, perspectiva de causar, día a día, un irreparable perjuicio a siete menores de edad, cuyo derecho a ver cubiertas sus necesidades físicas y espirituales de todo orden, es incuestionable y merecedor de que la dudosa cuestión competencial, bascule del lado de la Jurisdicción civil, matriz de las especializadas, y, de suyo, atractiva, ofreciendo así una solución razonable que, por otra parte y muy principalmente, encuentra inmovible apoyatura, que importa subrayar con el debido énfasis, en la calificada por conocidísima doctrina como ‘vinculación más fuerte’ refiriéndose, naturalmente, a la Constitución promulgada el 27 diciembre 1978, a cuyo orden de valores se encuentran, directamente, vinculados, al mismo tiempo que los ciudadanos, las Autoridades y Tribunales de todo orden, los cuales, en su misión de aplicar, incluso las disposiciones de rango legal, han de hacer siempre un juicio de constitucionalidad, negando validez, según el sentir general

de la doctrina, a toda norma que contradiga el cuadro de valores básicos, constitucionalmente establecidos y dejando de aplicar –virtualidad también negativa– en las concretas controversias que, ante ellos se susciten, tanto las claramente inconstitucionales, como las que, por las especiales circunstancias del caso, manifiestamente restrinjan el derecho a obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos o produzcan, prácticamente, un estado de indefensión contrario al derecho fundamental consagrado por el art. 24 del texto constitucional, tal y como sucedería en este caso en el que, si algo está claro, es que la declaración de incompetencia del Tribunal Civil, a los nueve años largos de ocurrir el luctuoso suceso que sumió en la miseria a la demandante y sus hijos, quedados en situación calificada por el informe de la Alcaldía de Barcelona, ya en 20 febrero 1979, como de ‘francamente deplorable’, obviamente significaría embarcarlos en una nueva búsqueda de Juez competente, para entablar un nuevo proceso en el que, a lo largo de todas sus instancias y vicisitudes, tratar de obtener la satisfacción de un legítimo interés indemnizatorio, que tuvo su origen en la lesión de otro derecho constitucionalmente declarado fundamental (art. 15 de la C. E.) después de haberlo perseguido, estérilmente, primero en vía penal –sumario 56/1974 del Juzgado núm. 2 de los de Barcelona– luego en reclamación administrativa –escrito al M.º del Interior de 2 febrero 1978– y por último ante la Jurisdicción ordinaria en este proceso presente».

Se advierte, pues, cómo el Tribunal Supremo, al socaire del principio constitucional de tutela judicial efectiva, *libró* a la demandante –contra lo que parecía ser una interpretación fundada de la legalidad aplicable– de una «nueva búsqueda de juez competente». Es decir, la liberó de lo que la doctrina ha llamado un «peregrinaje de jurisdicciones».

B) DIFUMINACIÓN DE LOS LÍMITES ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Sabidas son las dificultades conceptuales que entraña la distinción, característica de los sistemas jurídicos inspirados en el Código civil francés, entre responsabilidad contractual y extracontractual. Sabido es también el formidable problema que supone, en presencia de muchos casos concretos, determinar si se está ante una responsabilidad u otra. Y conocido es también que todo no queda ahí, sino que el dilema –y esto es lo importante– lleva consigo consecuencias prácticas de gran calado, una de las cuales es la del diferente plazo de prescripción de ambas acciones (al menos en España). Lo que, en definitiva, se traduce en el riesgo de que una pretensión pueda fracasar si el demandante califica la responsabilidad del demandado de una forma distinta de la en que lo hace el Tribunal que debe resolver, al menos si se interpreta de una forma muy estricta el concepto de *causa de pedir* y el principio *ius novit curia*.

Pues bien, en la segunda mitad de la década de los noventa, sobre todo, el Tribunal Supremo acuñó una doctrina que hoy puede calificarse de predo-

minante. Nos referimos a la teoría llamada «de la unidad de la culpa civil», por cuya virtud el perjudicado por un comportamiento dañoso puede basar su pretensión contra el dañador invocando de forma conjunta o cumulativa la fundamentación jurídica propia de la responsabilidad contractual (artículos 1.101 y concordantes) y de la extracontractual (artículos 1.902 y sus concordantes también).

Son muy abundantes las sentencias de la Sala Primera del Supremo en este sentido, pero a modo de ejemplo cito la de 24 de julio de 1998, que declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada, contra la sentencia de la Audiencia que le había condenado a una indemnización por daños. Dice la resolución, en la que se advierten las referencias a la doctrina del Tribunal Constitucional:

«Efectivamente, aunque la jurisprudencia de esta Sala ha proclamado en numerosas sentencias que las normas de la responsabilidad contractual y las de responsabilidad extracontractual fundamentan dos pretensiones distintas (SS. 12 marzo 1934, 24 junio 1969, 2 enero 1978 y 1 abril 1990, entre otras muchas), sin embargo, como opina parte de la moderna doctrina científica, sería un error deducir que si el perjudicado ha fundamentado jurídicamente su demanda de indemnización, ya en normas de responsabilidad extracontractual, ya de responsabilidad contractual, exclusivamente, el juzgador no podrá estimarla o desestimarla, aplicando las normas que regulan la otra responsabilidad, sin incurrir en incongruencia por cambio de la causa de pedir.

Esta postura doctrinal es lógica y se asume totalmente desde el punto de vista del principio *iura novit curia* perfectamente desarrollada por la corriente doctrina germánica de la *freie revisions praxis*, que permite al juzgador dar la norma jurídica aplicable al *factum* alegado y probado, aunque en la pretensión no se alegue la misma, e incluso cuando se alegue otra norma con distinto contenido. Y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la emblemática Sentencia de 5 mayo 1982, cuando en ella se dice que los Tribunales no tienen ni necesidad ni obligación de ajustarse, en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos, a las alegaciones de derecho de las partes, y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues a ello les autoriza la regla del aforismo *iura novit curia*. Siendo asumida dicha tesis por el Auto del Tribunal Constitucional de 16 mayo 1984. Todo ello corroborado por lo dispuesto en la Sentencia de esta Sala de 18 febrero 1997 que afirma: “Sostiene, en efecto, la Sentencia de esta Sala de 1 abril 1994 que debe reconocerse como aplicable el principio inspirador de la jurisprudencia acerca de la llamada ‘unidad de la culpa civil’ (Sentencias de 24 marzo y 23 de diciembre 1952, entre otras) que en los ‘supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual’ señalan como ‘doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro’, junto con los límites estrictos a que se ciñe la

responsabilidad contractual en casos de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, de manera ‘que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial (Sentencia de 9 marzo 1983, entre otras muchas)’, criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida ‘unidad conceptual’ (Sentencia de 20 diciembre 1991) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 febrero 1993)” o “yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible” (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 febrero 1993). Y más adelante añade: “proyectado al caso el principio inspirador señalado y los criterios jurisprudenciales enunciados puede decirse que amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la *causa petendi* en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente salvado –por iguales hechos y sujetos concurrentes–, el carácter único de la indemnización no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del *iura novit curia* y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa”».

Es fácil imaginar el formidable efecto que en la práctica del Derecho en España ha implicado esta doctrina jurisprudencial de la «unidad de la culpa civil».

C) SIGNIFICADO ‘CONSTITUCIONAL’ DE ALGUNAS ‘INMISIONES’

Las *inmisiones* (de ruido, humos, olores, vibraciones, polvo, etc.⁴⁰) tradicionalmente emplazadas en la doctrina de las *relaciones de vecindad*,

⁴⁰ Hoy se llega a hablar de la *inmisión lumínica*. Y también está muy de moda la posible inmisión de campos electromagnéticos derivados de tendidos eléctricos de alta tensión o de antenas, materia de la que he escrito últimamente.

encuentran ya hace varias décadas sede propicia en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. En el Código civil español, artículo 1.908, que recoge supuesto de «responsabilidad por el hecho de las cosas», sobre todo de lo que hoy llamaríamos «industria».

En este punto se ha producido recientemente en España una curiosa *tradicción constitucional* del derecho de quien sufre la inmisión, llegándose a hablar, en el caso del ruido, de una violación del derecho a la salud de quien sufre la inmisión e incluso de una violación de su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar⁴¹.

Basta ahora la cita de la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2001. A pesar de ser una sentencia desestimatoria, admite que es posible establecer una relación inmediata entre las inmisiones medioambientales y los derechos fundamentales, que se traduce en que la falta de actuación de la Administración competente (que no evita la contaminación acústica generada por establecimientos de ocio) puede significar la vulneración de los derechos a la integridad física, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio.

Había habido el *precedente* del recurso de amparo formulado por la señora López Ostra, que alegó el daño derivado de las inmisiones originadas por los malos olores, el humo y el ruido de una planta depuradora de aguas residuales próxima a su domicilio. El TC, por providencia de 26 de febrero de 1990, inadmitió la demanda de amparo. Acudió la señora López Ostra al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictándose por éste la sentencia de 9 de diciembre de 1994 (*Caso López Ostra contra Reino de España*), en la que se declaró que había habido violación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁴², suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 26 de setiembre de 1979. Se condenó al Estado español a abonar a la demandante una cantidad en concepto de perjuicios y otra en el de gastos y costas.

⁴¹ V. en la reciente doctrina española, FERNÁNDEZ URZAINQUI, *La tutela civil frente al ruido*, Civitas, Madrid, 2003. También, EGEA FERNÁNDEZ, «Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedente de una zona de ocio nocturno. Recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STS 119/2001, de 24 de mayo)», en *Derecho privado y Constitución*, 15, 2001, pp. 69-ss.

⁴² Dice: «1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*».

Entre otras cosas, en aquella sentencia dijo el Tribunal Europeo: «Sin embargo, ni que decir tiene que los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar; sin, por ello, poner en grave peligro la salud de la interesada.

Que se aborde la cuestión bajo el ángulo de una obligación positiva del Estado –adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del individuo en virtud del apartado 1 del artículo 8– como desea la demandante, o bajo el de “una injerencia de una autoridad pública”, según los términos del apartado 2, los principios aplicables son muy semejantes. En ambos casos hay que tener en cuenta el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto, gozando el Estado en cualquiera de las hipótesis de un cierto margen de apreciación. Además, incluso para las obligaciones positivas que resultan del apartado 1, los objetivos enumerados en el apartado 2 pueden jugar un cierto papel en la búsqueda del equilibrio deseado (ver, en concreto, las Sentencias Rees contra Reino Unido de 17 de octubre de 1986, serie A, n.º 106, pág. 15, apartado 37, y Powe y Rayner contra Reino Unido de 21 de febrero de 1990, serie A, n.º 172, pág. 18 apartado 41)».

Por ello, concluyó: «Teniendo en cuenta lo que antecede –y a pesar del margen de apreciación reconocido al Estado demandado–, el Tribunal estima que éste no ha sabido mantener un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca –el de disponer de una planta depuradora– y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar».

Inspirado en esta sentencia del Tribunal Europeo, el Constitucional español, en su sentencia de 3 de diciembre de 1996, aunque desestimó el recurso del caso, dijo: «La importancia del derecho al medio ambiente ha sido puesta de relieve también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha declarado que, en determinados casos de especial gravedad, los daños ambientales pueden llegar a vulnerar el derecho de una persona a su vida personal y familiar, declarado por el art. 8 del Convenio de Roma (Sentencias del TEDH Powell y Rainer c. Reino Unido, 21 de febrero de 1990, y López Ostra c. España, 9 de diciembre de 1994)».

En la sentencia que he citado al principio, de 24 de mayo de 2001, el Tribunal Constitucional manifestó: «Partiendo de la doctrina aquí expuesta en apretada síntesis, debemos señalar que estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, F. 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada.

A esta nueva realidad ha sido sensible la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso Powell y Rayner contra Reino Unido; de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia».

D) EL 'DERECHO A LA SALUD' Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El artículo 43 de la CE declara en su apartado 1 que «*se reconoce el derecho a la protección de la salud*». También se menciona la salud en el artículo 51.1, citándose, entre otras garantías de los consumidores, la de su salud.

Pues bien, desde los años ochenta son muchas las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo en las que se argumenta (casi siempre en casos de condena) sobre el primero de los dos preceptos constitucionales que he citado. Es frecuente que la Sala invoque dicha norma como de *directa aplicación*, a pesar de que la protección de la salud se inserta en nuestra Ley Fundamental como uno de los «principios rectores de la política social y económica». A modo de ejemplos, traigo a colación pasajes de algunas sentencias en el sentido apuntado.

Sentencia de 20 de marzo de 1997: «*El informe pericial no descarta de modo categórico que la precipitada alta hospitalaria no influyera en la evolución desfavorable del enfermo, pues rotundamente la reputa inoportuna y no aconsejable. No ha de atenderse a la intensidad de la negligencia, basta que concurra y represente falta de diligencia conveniente, cuando se trata de cuestión tan primordial como es la procura, protección y defensa de la salud de las personas, que el artículo 43 de la Constitución reconoce como un derecho, elevado a la condición de básico en el artículo 2.1, a) de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 julio 1984*».

De 7 de abril de 1997: «*La negligencia la ocasiona, en este caso, el no haber agotado la ciencia médica en tiempo oportuno y con posibilidades muy próximas de alcanzar resultados serios favorables, así como por la falta de empleo de los medios de curación al alcance, como los más aconsejables y necesarios, y que no revestían nota de ejecución imposible o insalvable, para la procura de la mejor salud del recurrido, pues la importancia de este derecho humano primordial –que la Constitución en su artículo 43 proclama como derecho ciudadano– no puede supeditarse a una deficiente organización burocrática hospitalaria o a meros formulismos, desgraciadamente muy usuales en los ámbitos sanitarios, para eludir los deberes de prestar cuidado eficaz a los pacientes, sin condicionamientos, disculpas ni aplazamientos más o menos convencionales o acomodados a otros intereses ajenos a los que impone la completa asistencia a los enfermos, que confían en el médico y le entregan el don tan preciado como es el cuidado de su salud*».

De 4 de febrero de 1998: *«Ahora bien, sentado cuanto antecede y establecida por las razones expuestas, la no responsabilidad de la doctora O., debemos ahora analizar, desde un punto de vista más amplio, la posible responsabilidad del INSALUD, como tal y como sustento de la administración sanitaria a realizar a la generalidad de los ciudadanos, dentro del campo de la Seguridad Social. En cuanto a ella el art. 43 de nuestra Constitución recoge en su apartado 1.º “el derecho a la protección de la salud”, como tal derecho constitucional, y en su apartado 2.º establece que: “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”». Más adelante, la sentencia insiste: «Así pues, para concluir, entendemos que se dan todos los requisitos necesarios, para que funcione la responsabilidad directa de la Administración, a través del codemandado INSALUD, al no haber proporcionado, como debía, a la actora, los medios necesarios e idóneos en orden a la resolución conveniente de su embarazo, incumpliendo con ello el deber de prestar adecuadamente a aquélla el derecho a una asistencia sanitaria adecuada, encuadrable y protegida por el art. 43.2.º CE; es por ello, que conforme a toda la doctrina expuesta en los fundamentos cuarto, quinto y sexto de la presente, dicha responsabilidad debe traducirse en la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios ciertos causados, al amparo de lo dispuesto en los arts. 1902, 1903.1º y 4º del CC y 106.2 de la propia CE».*

De 19 de junio de 1998: *«En cuanto a la responsabilidad objetiva de los organismos públicos, la Audiencia la fundamenta –se dice textualmente en el mismo cuarto considerando– del siguiente modo: “Así se deriva, por una parte, del artículo 139 de la LRJ-PAC, y de, otra, del artículo 28 de la LGDCU, normas concurrentes y no excluyentes en estos casos de responsabilidad cuando es la Administración sanitaria la demandada por quien se considera perjudicado por las presentaciones realizadas por aquélla, superando totalmente el sentido culpabilístico del artículo 1902 del CC, preceptos todos ellos que han de ser interpretados conforme a los artículos 41, 43 y 106.2 de la Constitución”.*

Estas argumentaciones obviamente tratan en última instancia de fundamentar el fallo condenatorio de los organismos públicos demandados junto a los médicos en la vía civil, pero son totalmente inaceptables porque los artículos 1902 y 1903 CC son partes de un sistema de responsabilidad civil asentado sobre la culpa, nada tiene que ver con el fundamento de los servicios públicos a quienes se imputa el daño. La responsabilidad que de ello nace se regula por las disposiciones administrativas al efecto, que se fundan en el principio de la responsabilidad objetiva de la Administración. Tampoco tiene nada que ver el artículo 28 de la Ley General de los Consumidores y Usuarios de 19 julio 1984 con los artículos de la Constitución citados con el fin de establecer una responsabilidad objetiva, que ya el propio precepto consigna, ni sirve para que los preceptos civiles se interpreten superando el

principio de la culpa, ni su aplicación desplaza la normativa de la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios. Así las cosas, la razón de la condena a los organismos públicos demandados radica en el daño producido por el funcionamiento de los servicios sanitarios, lo que hubiera debido llevar a la Audiencia a la apreciación de oficio de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, no a pronunciar una condena en la vía civil basándose en preceptos de esta naturaleza no aplicables a los hechos que son presupuestos de aquella condena.

Por todo ello el motivo se estima».

Y sentencia de 5 de octubre de 1999, que dijo: «*De lo expuesto en el fundamento anterior, se desprende claramente la estimación de la demanda de responsabilidad civil, con base constitucional (artículos 43 y 51 de la Constitución Española), fundamento en el Código Civil (artículo 1902) y apoyo en legislación especial (artículo 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios): se ha acreditado el nexo causal entre la actuación –fabricación de producto farmacéutico– de la sociedad demandada y el daño personal y moral que sufre el demandante, siendo intrascendente jurídicamente el elemento de la culpabilidad en esta responsabilidad objetiva».*

Por otra parte, son muchas las sentencias del Tribunal Constitucional en las que éste desarrolla el significado del artículo 43 de la Constitución, en relación con lo que solemos conocer como *responsabilidad médica*, tanto la reclamada a profesionales o a centros sanitarios privados, como a Administraciones sanitarias. Destacan en número las que versan sobre el gran problema jurídico que conocemos como *consentimiento informado*. El TC ha llegado a hablar del *derecho humano* a la autodeterminación (la del paciente), en casos de información médica inexistente o insuficiente⁴³. Con carácter general, y a modo de simples ejemplos, cito las sentencias de 30 de noviembre de 2000 (protección de datos en la asistencia sanitaria), 29 de junio y 16 de octubre de 2000 (valoración de daños corporales), 26 de octubre de 1996 (relación con libertad religiosa), 2 de octubre de 1996 (negativa a someterse a pruebas biológicas), 14 de julio de 1994 (esterilización de incapaces), 11 de abril de 1994 (imprudencia del médico), 27 de junio de 1990 (huelga de hambre) y 15 de febrero de 1989 (reconocimiento médico forzoso).

⁴³ Puede encontrarse una exhaustiva recopilación de jurisprudencia, que incluye la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de los Tribunales españoles, en todos los órdenes jurisdiccionales, en la obra colectiva, en la que tuve el honor de participar, *Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario*, Colex, Madrid, 2001, tres volúmenes. La jurisprudencia se encuentra en la segunda parte del I y en todo el II. En la parte doctrinal, volumen I, pp. 1003-ss., ZORRILLA RUIZ es autor del trabajo «¿Principio constitucional o derecho a la protección de la salud?».

Continuidad de un compromiso social y Académico

Manuel M^a Zorrilla Ruiz

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto

Ex-Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Presidente de la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados de España

Recibido: 14.09.06

Aceptado: 10.10.06

Resumen: De 1974 a 2003, la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Deusto ha organizado las *Semanas de Derecho del Trabajo* para analizar las principales cuestiones surgidas en el seno de esa disciplina. La transición democrática y su impacto en el Derecho Social se contemplaron en primer lugar. Se dedicó luego la atención a las transformaciones producidas en unas materias caracterizadas por su celeridad evolutiva y su acomodación a las realidades sociales. El estudio presente trata de establecer el panorama y el significado de la conciencia de las transformaciones que se sucedieron entonces. Insiste en los peligros del neoliberalismo, dañoso para la supervivencia del Derecho Social, y en la devaluación del Estado de Bienestar, ante los excesos desreguladores y los aspectos censurables de la globalización.

Palabras clave: Transición democrática. Proceso de cambio. Crisis económica. Flexibilidad. Globalización. Neoliberalismo.

Abstract: *From 1974 to 2003, the Chair of Labor Law, University of Deusto, has organized the Weeks of Labor Law to analyse the main questions which have appeared in that discipline. The democratic transition and its influence on the Social Law was the matter observed in first place. Afterwards, the attention was reserved to the transformations produced in a discipline whose characteristics are the rapid and easy adaptation to the social conditions. This study tries to establish the panorama and the meaning of the consciousness of the changes suffered. It insists on the risks of the neoliberalism, injurious for the surviving of the Social Law, and the weakness of the Welfare State, duty to the excess of the desregulation and the negative regards of the globalisation.*

Key words: *Democratic transition. Change. Economic crisis. Flexibility. Globalisation. Neoliberalism.*

Sumario: 1. Reflexiones introductorias.—2. Reacciones y actitudes del pensamiento jurídico.—3. Carácter de una curiosidad afanosa y tenaz.—4. Recordatorio y crónica de un compromiso.—5. Referencia a la estabilidad en el empleo.—6. Aspectos notables del Derecho Social colectivo.—7. Entorno, consecuencias y manifestaciones conflictivas de la crisis económica.—8. Eficiencia y perspectivas de la mediación jurisdiccional.—9. Fenomenología específica del sindicalismo.—10. Relativización de las acciones de tutela social.—11. Redefiniciones del derecho a la liber-

dad de empresa.—12. Tendencia a la igualación en el progreso.—13. Ensanchamiento de los espacios sindicales.—14. Recapitulación constitucional.—15. Hacia la recepción e instalación del hecho globalizador.—16. ¿Esperar contra toda esperanza?

1. Reflexiones introductorias

Han superado los ejercicios de imaginación más atrevidos, la contundencia y variedad de los impactos que —a plazos cortos y perecederos, sin un terco afán de perpetuarse y prestando *auxilios de urgencia*— han causado, en los campos de sus respectivos planteamientos y en el curso de sus operaciones, las cuestiones polémicas del Derecho Social. Fruto de la *sensibilidad ética* con que —aprovechando el favor de una coyuntura de euforias y de *prosperidad económica*— el Estado Social y democrático de Derecho abanderó, bajo ese rótulo, la novedad de sus disciplinas. A saber, el *Derecho de las relaciones individuales de trabajo*, el *Derecho Sindical* o de las relaciones colectivas, el *Derecho de la Seguridad Social* y las *particularidades litigiosas* que, caracterizadas por su expeditividad y dinamismo, convivían con los modelos de *equivalentes jurisdiccionales* o sustitutivos procesales de la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Estos sectores del ordenamiento jurídico estatal y las expresiones homólogas del ordenamiento jurídico extraestatal —entre sí concurrentes— no gozaban de la solidez y prestancia con que las valiosas instituciones del *Derecho Romano* se erigieron en paradigma del pensar de los juristas y de la persuasión de unos razonamientos que aunaban los valores del entendimiento y la emoción. El nuevo *Derecho Social* tampoco contaba con la serenidad y la pausa que —para engrosar el crédito de sus ofrecimientos— el *Derecho Privado* general aplicaba a la renovación de sus elementos de origen, sin que esta audacia intelectual privase a sus hallazgos —laboriosos inventos y no veleidosos arbitrios— de alcanzar larga vida y encontrar las claves que, enriqueciendo sus instituciones, demostraban su provecho social.

El Derecho de las relaciones de trabajo y sus disciplinas conexas reclaman una actividad —de apariencias urgentes, si se quiere, pero inseparable del *grave compromiso* adquirido con las parcelas de la familia humana— que se debe a un dato evidente. Los sectores del ordenamiento jurídico cuyos intereses evolucionan a ritmos pausados y consolidan un desarrollo saludable retienen los *mínimos de estabilidad* y solidez que derivan de unas realidades sociales descubiertas, entre luces y sombras, por la clarividencia político-legislativa o accesibles en términos que, avalando la calidad del discurso de los legisladores, confirman sus merecimientos. Ha de transcurrir un espacio de tiempo, significativo y fecundo, entre los episodios que prueban el acierto de la *voluntad originaria del legislador* —actualizada y respetable, mientras no la frustren acontecimientos sorprendentes— y la *voluntad adulta de la ley* que

procede de un cambio sustancial de la base o *presuposición legislativa*. Irrumpen entonces unas *realidades sociales* que el legislador juzgó de improbable advenimiento y/o poco dignas de tomarse en cuenta, o que, lisa y llanamente, no atinó a predecir con la exactitud y pormenor que –en pro de los intereses generales protegidos por la norma jurídica– exigían la importancia de sus apariciones y la sensibilidad precisa para no soslayarlas.

De ahí que la *comprensión histórico-evolutiva* de las normas jurídicas desborde el trabajo meramente interpretativo –ceñido a esclarecer mensajes oscuros o ininteligibles– y reformule –rehaciéndola en función de esas necesidades– la proposición o proposiciones deontológicas afectadas por cambios cuya notoriedad ineludible clama por un tratamiento actualizado y convincente. Las normas jurídicas –lejos de ser, como rezaba el viejo adagio, *pan para hoy y hambre para mañana*– incorporan un enérgico instinto de conservación que preserva sus afanes de supervivencia. Designio que, en principio, corresponde a los términos accesibles de su *aplicación originalista* y que, con el paso didáctico del tiempo, se beneficia de las *acciones cuasilegislativas* de la jurisdicción. El juez ordinario no se limita a interpretar las normas anticuadas u obsoletas, sino que –ante lo tentador del estado de cosas que le desafía– las reconstituye y ajusta al *espíritu y la finalidad* del momento de su aplicación.

Las soluciones que el Derecho Social ha cosechado en los conflictos que le imprimen carácter, se señalan –a causa de sus contenidos inéditos y de lo imprevisible del tiempo en que aparecen– por un *componente técnico-jurídico de dificultad* no menor y, sin duda, más conmovedor o existencial que el de muchas cuestiones notables del Derecho Privado. Cosa distinta es la *superficialidad* con que esos problemas se abordan –casi siempre por apremios del tiempo– o la *austeridad* del razonamiento que se les dedica. Defectos que han motivado pintorescos comentarios de los especialistas de otras disciplinas o han petrificado actitudes que –por ejemplo, en materia de la *teoría de las fuentes*– se han estancado sin llegar al fondo de las cosas. A la atención de nadie escapan la abundancia y apremio de los interrogantes que –inopinadamente y reclamando soluciones prontas– se adueñan del universo de las relaciones de trabajo. Sin olvidar las sucesivas *señales históricas* –de entusiasmo y optimismo sociales, de crisis de las economías generales, de regreso al neoliberalismo funesto– con que los desafíos de gran magnitud conmueven a la sociedad y a la opinión pública, para ocupar –sin tardanzas injustificadas y con el pertrecho intelectual de los argumentos razonables– el espacio habitable de su marco jurídico. La duración de esos conflictos –que tienden a sintetizar o disolver, no a exasperar estérilmente, los antagonismos subyacentes a su promoción y su entidad– debe y suele ser breve. A poco que sus protagonistas intenten extenderlos más allá de los límites tolerados por su patología, se seguirán daños desaconsejados por la prudencia y la templanza –que también cumplen su papel al respecto– de una estrategia sindical consciente y responsable. La excesiva prolongación o la putrefacción del

conflicto desploma las energías sindicales y obstaculiza las salidas fundadas en la preponderancia de lo equitativo y de lo justo.

Las relaciones de producción y trabajo, dependientes antes del decisionismo de la autonomía sindical, se ven hoy castigadas por la recuperación del poder que –complotado con las agresiones de la tecnología y gracias al *apoyo globalizador*– ha consumado el capital. Se resienten de dificultades que crecen con inquietante rapidez. Sus celadores adivinan que las soluciones ofrecidas al precio de serios esfuerzos de gestión y celeridad de diagnóstico, se devalúan y decaen al cabo del tiempo. Decepciona la desproporción entre las *dosis de racionalidad y paciencia* derrochadas para perfeccionarlas –fomentando la ilusión de su continuidad– y la rapidez con que sus posibilidades se esfuman. Los adelantos y las sorpresas tecnológicas –que estimulan esta caducidad y minimizan la *socialidad del Derecho aplicable*– equivalen a factores endémicos y presagios de lo pésimo para los más débiles, cuando no sirven de *arma letal* destinada a exterminar sus proyectos. Sus adelantos *aguardan apostados a la vuelta de la esquina* para que –como ocurre también con el destino– se sepa, cuando menos, de sus inconvenientes, y, cuando más, se conjuren, con fortuna variable, los peligros de la entrada en batalla. Situaciones inadvertidas o latentes –aunque expuestas a aparecer de pronto– pueden hacer interminables las vigilias de los juristas que, tras examinar esos cambios, recomiendan los arreglos de *relativismo terapéutico* que estiman adecuados a su calidad y tratamiento.

2. Reacciones y actitudes del pensamiento jurídico

El crecimiento –incontrolable en cuanto al *si* y el *cómo*– de la disciplina del Derecho Social desencadena reacciones abandonistas y académicas, más frecuentes las unas que las otras.

Constan, con solvencia estadística, la frecuencia y detalle con que –desde que se estrenó, en sus variantes o *diferencias específicas*, el *género próximo del juicio de constitucionalidad*– los recursos de amparo constitucional han agotado el tratamiento de los temas más llamativos del Derecho Social. Es éste un sector del ordenamiento jurídico cuya técnica del pensamiento de problemas incorpora semejante dato y no prescinde de su peso específico. Hay un copioso acervo de normas jurídicas que –a la hora de aplicarse para encajar el supuesto histórico en la figura típica de su *imagen rectora*– necesitan del *complemento cuasinormativo* que contiene la doctrina emanada de esta variante defensiva de la legalidad fundamental. Con preferencia, algunas veces, a la que trae causa de la jurisprudencia ordinaria.

Pese a la utilidad de sus aportaciones –novedosas, de entrada, y acostumbradas con el tiempo– el examen de las afirmaciones centrales o razones de decidir de los jueces ordinarios no muestra una predilección excesiva por emplear el apoyo –que, a mayor abundamiento, es *preceptivo*– de los valo-

res, principios y preceptos de la legalidad fundamental –algunos de confección muy laboriosa– o de los criterios hermenéuticos de su supremo intérprete. Se prefiere un uso más testimonial o intuitivo y menos técnico de esos contenidos constitucionales y de otros que se les parecen. Una *tecnificación rigurosa* –es decir, obediente a la letra y el espíritu de las normas constitucionales y fiel a la razón de decidir del órgano encargado de su interpretación– permitiría que, amén de los precedentes ya integrados en el Derecho objetivo, se tomase cuenta y razón de las adquisiciones, doctrinalmente sugestivas, que el Derecho Social –agraviado por el desdén de los cultivadores de otras disciplinas, pese a su *regeneracionismo moralizador* y a las lecciones aprendidas de sus transformaciones históricas– reivindica cargado de razón. Sus construcciones, marcadas por la celeridad, comulgan con la máxima de que *la justicia tardía se convierte en justicia mal administrada* y escapan a la reprobación de un mal frecuente en otros órdenes jurisdiccionales. También han de habituarse –será el tiempo testigo del fracaso o el éxito de estas insinuaciones– a situar los problemas planteados en un marco constitucional apto para dilucidarlos con la contribución del *precedente* –síntesis de autoridad y tradición– o de la *persuasión intelectual* que los jueces ordinarios pueden, si se esmeran en ello, inferir del acervo constitucional a su alcance.

No siempre se recuerda, quizás a causa de esas dificultades, que las *categorías permanentes* del Derecho Civil –sobre todo las de su Parte General, primer esbozo de la Teoría del Derecho, y las del Derecho de las obligaciones– son de manejo indispensable para el desarrollo y el buen fin de la aplicación de las normas del Derecho Social. Pertenecen al depósito de las garantías del acierto de su entrada en juego y también de los inconvenientes de su olvido. La obligación de recordar lo impercedero y exigente del pasado sufre las erosiones de un desgaste que –quizás propiciado por factores extrajurídicos influyentes en la calidad de las resoluciones judiciales– explica su desmemoria dogmática y los inconvenientes que acarrea.

3. Carácter de una curiosidad afanosa y tenaz

La curiosidad de los especialistas –cuyo censo y preocupaciones jurídicas crecen en razón directa de grosor de aquellos desafíos– sigue pendiente de los proteicos acontecimientos del Derecho Social, y de las fuentes, la velocidad de cruce y la naturaleza de sus cambios. Están ávidos de *pacificar* –aun condicionados por la relatividad del concepto jurídico indeterminado que este infinitivo contiene– problemas cuyas soluciones, lejos de achicar el panorama de las inquietudes pensantes, se ven sucedidas por otras cuestiones que aumentan las dificultades. No se puede perder el mínimo detalle de una evolución que, a veces, parece atormentada y esotérica, ni dejar de observar hasta cuándo, cubiertos los objetivos pacificadores, el *círculo del*

discurso jurídico prosigue abierto y expectante. A muchos problemas que dejan de serlo por la celeridad de la solución que el orden social de la jurisdicción les facilita, suceden la búsqueda y la crítica de los principios informadores de su significado, y los debates que –imprejuizados como cuestiones colectivas sobre los intereses generales– reclaman un examen, general asimismo, que satisfaga los imperativos de la seguridad jurídica. Cabe incluso que, al sanearse las posturas irreconciliables del caso litigioso, esa suerte de seguridad –patente en los efectos de la cosa juzgada material– deje otros *cabos sueltos* que tardan lo suyo, si al final lo consiguen, en cerrar sus definitivas ataduras.

No en vano, como se ha subrayado, una distinción clarividente separaba la *presurosa andanza* del Derecho Social –en incesante combustión de etapas– de la templanza equitativa del Derecho Romano y de la altanería –modernizante y progresiva– del Derecho Civil. Antes de emerger los actuales rasgos de su perversión por el *virus diabólico del neoliberalismo*, el Derecho Social era una disciplina –paradójicamente, *menos disciplinada* o poco rígida– que, ante lo inaplazable de proteger los intereses que se le encomendaban, reaccionaba con la presteza y efectividad que exigían los signos de los tiempos. Sin subordinar sus soluciones a la adquisición de niveles pulquérrimos de reflexión, cuyos fracasos prueban que *lo mejor suele ser enemigo de lo bueno*, ha realizado los esfuerzos –de proporciones medias– que, en cada circunstancia, conjugaban el *prosaísmo* de las cuestiones traídas a debate con la *delicadeza técnico-jurídica* de los criterios adoptados y con la aplicación de los remedios que instaban las auténticas demandas sociales.

4. Recordatorio y crónica de un compromiso

Las reflexiones siguientes –comprensivas de la que, según sus propósitos, cabe llamar *continuidad de un compromiso social y académico*– son un *volver la vista atrás*, porque así lo han querido los imperativos del tiempo docente, pero nunca una *despedida irrevocable* ni un resignado adiós a las experiencias de una iniciativa que arroja un saldo gratificante y positivo. El resultante de haber librado y ganado, al menos, la *batalla de seis lustros* que abarcan importantes mudanzas habidas en el campo del Derecho Social. Aquella rúbrica que, fuera de cualquier casualidad, pretendía fijar la *longitud de onda* de los esfuerzos pensantes a que dio lugar, ayudó a diseñar la imagen –desconcertante, a veces, pero aleccionadora, como reflejo, que era, de los episodios de un *cambio sustancial* en la Política y la estructura del Estado– de las transformaciones que el Derecho Social acusaba y de la recepción de los correspondientes cuerpos de doctrina. Se intenta hacer, con ello, un *inventario*, ni siquiera un balance, de lo que –siendo a la vasta historia del Derecho de las relaciones de trabajo lo que una gota de agua a las inmensidades oceánicas– fueron y significaron las 30 jornadas que, desde el

curso académico 1973-1974 hasta el 2002-2003, ambos inclusive, constituyeron las celebraciones anuales ordinarias de las *Semanas de Derecho del Trabajo de la Universidad de Deusto* y en las que, con carácter extraordinario, se interpuso, la que, a finales de 1988, precedió a la inauguración del *Instituto de Estudios Sociolaborales* de ese centro. Semanas que organizó la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, con la iniciativa originaria de su Decanato, y a la que, andando el tiempo y en función de las referencias que lo aconsejaban, se sumaron las contribuciones institucionales del propio Instituto de Estudios Sociolaborales, del Consejo General del Poder Judicial, de la Universidad Montesquieu de Burdeos (Francia), de la Universidad de Lodz (Polonia), de la Universidad Católica de Recife y del Instituto Pernambucano de Derecho del Trabajo (Brasil). A ellas se añadieron, como invitados a título individual, las intervenciones de los especialistas más notables del Derecho Social en los ámbitos de la Universidad, del Poder Judicial, de la Justicia Constitucional y del ejercicio interdisciplinar de las profesiones jurídicas y las variantes económicas. Intentar mencionarlos nominativamente –con el riesgo de silenciar a uno sólo de cuantos prestaron su apoyo y su conocimiento– supondría un agravio del que la *mala memoria* no serviría de suficiente justificación. Todos ellos supieron de la estima con que se acogió su presencia, se agradeció su generosidad y se asimilaron los frutos de su sabiduría en las peripecias de una *transformación histórica* que atribuyó un valor excepcional a su contribución.

Para salvar esa fidelidad y honrar su condición de promesa solemne, se reiteró hasta la extenuación –en el curso de las anualidades universitarias y a la medida de los útiles y oportunidades disponibles– la *dobles finalidad* de estos actos. De una parte, el cumplimiento de un compromiso contraído con la *sociedad pluralista*, destinataria y paciente del enmarañado acervo jurídico sobre el que se discurría. De otra, la obligación adquirida frente a un *mundo académico* que, acentuando su curiosidad y voluntad de escrutar los fenómenos del Derecho Social, se acercaba a las experiencias de su aplicación y a los paradigmas familiarizados con la inquietud de los juristas. Era preciso que –haciendo *historia fiel* de unas innovaciones tan sugestivas como inéditas– la sociedad asumiese la preocupación por los temas y/o aspectos de las relaciones de trabajo que, además de afectar a las necesidades, tangibles e inmediatas, de sus pobladores, destacaban la complejidad técnica y el provecho social que en ellos concurrían.

También cundía la exigencia de que el alumnado de la Facultad de Derecho y, no menos, las personas o grupos interesados, conociesen los pareceres –convergentes o contradictorios– que los especialistas –teóricos y prácticos– del Derecho Social emitían en vista de esos cambios. Lo hicieron, primero, en el contexto de un *sistema paternalista autoritario*, cuya peculiar Política Social acusaba los defectos imitados de los modelos contemporáneos –tiempo atrás perecidos– que les inspiraron. Lo hicieron después ante la

expectación despertada por el nacimiento de un *Estado social y democrático de Derecho*, cuyo certificado de defunción –por lo que hace al primero de sus atributos conceptuales– figura entre los objetivos capitales de un pensamiento y una acción hoy confundidos por la depredación y la objetable moralidad de las *especies globalizadoras*. La experiencia autóctona había surgido tardíamente de las luces y sombras de una *transición –rectius, regeneración– democrática* que, acudiendo a una modalidad castiza de *uso alternativo del Derecho*, sustituyó el radicalismo de la *ruptura traumática*, por el arbitrio pacificador de una *reforma reconciliadora* que, con ventaja y oportunidad, hizo sus veces. Aunque, de nuevo, un *pensamiento débil* y demoleedor ponga en tela de juicio la sanidad y perfección de ese proceso.

De ahí, la *pluralidad de cuestiones* que –atisbadas en el horizonte constitutivamente histórico de la razón práctica o surgidas, de súbito, con luz cegadora– impresionaban por lo sorprendente y, a veces, fugaz de su fisonomía. Sus repercusiones colectivas aceleraban la premura de despejar sus dudas, adoptando criterios purgados de errores técnico-jurídicos y/o demoras dañosas para la estabilidad del orden político y la tutela del interés social. Esas aportaciones merecen un *especial recuerdo* que va más lejos de la *gratitud superficial*. El esfuerzo y el tiempo que les dedicaron sus autores satisfacían, con devoción muy superior a la de otros problemas contemporáneos del Derecho, unas *demandas sociales de vanguardia* que, restituyendo su sonoridad, al clamor apagado de las *voces sin voz*, confiaban en ser oídas efectiva e inaplazablemente.

Las consideraciones siguientes recogen y refunden las *líneas generales* de las reflexiones que, por su sucesión cronológica y al hilo de las transformaciones político-sociales, acreditan la *continuidad de ese compromiso social y académico* que operó durante un tiempo duradero y revelador de las novedades que fueron surgiendo.

5. Referencia a la estabilidad en el empleo

Los datos procedentes de un mundo de relaciones de trabajo caracterizado por la decadencia de la –anacrónica y terca– *obsesión autoritaria* disentían de las pautas liberalizadoras que, atendiendo a la naturaleza de las cosas, observaban los países industrializados de Occidente para adaptar el volumen de las ofertas hechas a los consumidores en el mercado de libre competencia –dependientes de las previsiones sobre su absorción por la demanda de bienes y servicios– a dos elementos concurrentes. Uno era la dosis de *fuerza de trabajo* que, demandando ocupación en el mercado de empleo, se reclutaba, sin desmerecimientos económicos, hasta los límites de una *sobredimensión* que señalaba los umbrales de la ocupación efectiva. El otro afectaba a la *duración de las relaciones individuales* constituidas, por vía contractual, para lograr una acomodación equilibrada y evitar situaciones de mora –indi-

vidual o colectiva— de los acreedores de trabajo. La satisfacción de esa demanda se explicaba por la voluntad de poner coto a su marginación o transferencia a otros mercados, pero también para que los contenidos económicos de la libertad de empresa no sufriesen la *carga de remunerar* a los trabajadores de una plantilla inactiva por motivos que escapaban a una diligente previsión o, más crudamente, por la rigidez de la contratación por tiempo indefinido. El gravamen de las sobredimensiones de plantilla enrarecía y elevaba a la segunda potencia los episodios de desocupación colectiva. Anunciando la puesta en escena de la que se llamaría luego *flexibilidad laboral*, no alteraban un ápice las reacciones del régimen autoritario que, aferrado a los anacronismos del *principio de estabilidad en el empleo*, quería compensar, pese a lo frecuente de sus efectos negativos, la falta de las garantías exigibles en el plano de las relaciones colectivas.

Conviene aludir a los temas que más notoriamente se abordaron, con la vista puesta en esos objetivos y en la fenomenología que desencadenaron. La frecuencia de la llamada *cesión ilegal de mano de obra* —reprobada a causa del vejamen que sus prácticas irrogaban a la cosmoeminencia de la persona individual y a la libertad de trabajo— no era la misma en todas las variantes que, sin afinar demasiado, compartían ese título de censura. Había que separar los rictus de su *rostrum inhumano* —que degradaba el hecho del trabajo a la condición de mercancía— de otras hipótesis que, aunque similares a primera vista, diferían de la rudeza de esa especialidad. Suponían formas de contratación o subcontratación de servicios a que los países industrializados con economía de mercado recurrían para encarar los retos de la *crisis económica* —en cuya presencia, el sistema paternalista autoritario reaccionaba con la impavidez de una esfinge— y valorar la eficacia de los nuevos factores que ocupaban el círculo pacífico de los experimentos del diálogo social. Mediaba el convencimiento —aplastante y unánime— de que la gravedad del estado de cosas nacido de la crisis económica y apreciado en la esfera social europea, obligaba a un *cambio de rumbo* que, aunque provisional en apariencia, favorecía la *explotación neoliberal del éxito* y condenaba a entenderse a los sujetos de unas relaciones antagónicas. Relaciones nerviadas, al cabo de una larga lucha, por un *dogma de fe* —el principio de irregresividad de las adquisiciones sociales— que, como irrenunciable regla de oro, garantizaba su consolidación. El sistema político paternalista y el sindicalismo vertical —geográficamente cercanos e ideológicamente distantes de los espacios industriales de la democracia— desoían las voces de alarma que, venidas del *agujero negro* de la autarquía económica, escapaban a su falta de voluntad e incapacidad de entendimiento.

La legalización democrática de las *empresas de trabajo temporal* facilitaría la introducción de supuestos afines, pero no idénticos a los groseros experimentos de tráfico ilegal de mano de obra que coexistían con otros de traza menos censurable y que, a falta de criterios unificadores, no recibían igual trato de las jurisdicciones que enjuiciaban sus manifestaciones conflic-

tivas. Pese a la tipificación general de los delitos contra la seguridad en el trabajo, la estadística de su represión penal era poco menos que una *página en blanco* ante la inanidad de los empeños en que las acusaciones públicas los persiguieran con alguna coherencia. La jurisdicción contencioso-administrativa reaccionaba con una *severidad sensata* al revisar los actos de ejercicio de la potestad sancionadora que, verificada la cesión ilegal de mano de obra, emprendían los órganos competentes de la Administración Pública. La jurisdicción de trabajo aportó pormenores y matices que, sin presumir de una perfección impecable, presagiaban aspectos de la futura *flexibilidad laboral*. Un acaecimiento históricamente indivisible y unico determinaba *calificaciones divergentes* y reñidas con la contundencia –*una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo*– del principio ontológico de no contradicción.

La especie químicamente pura de *cesión ilegal* –consistente en la enajenación lucrativa de la fuerza de trabajo– resucitó una idea que había despertado la atención de los civilistas dedicados a estudiar el tema de la distinción entre derechos reales y derechos de crédito, y a reducir sus diferencias. Admitían que incluso los derechos de crédito podían vulnerarse por actos u omisiones de personas extrañas a la relación jurídica que los incorporaba. La cesión ilegal de mano de obra –cuya naturaleza jurídica mixta combinaba las categorías de la *simulación relativa* y el *fraude de ley*– se enfocó desde esta perspectiva, para facilitar el diagnóstico del fenómeno e intentar su exterminio. Había que proteger la estabilidad en el empleo lesionada, si, al extinguirse los contratos simulados de prestación de servicios o ejecución de obra, el cedente de mano de obra daba por acabadas las relaciones –de traza visiblemente temporal– convenidas con trabajadores que, pese a la *ficción disuasoria*, llevaban sólo a cabo las tareas permanentes y habituales del ciclo productivo de la empresa principal. Concurrían en ellos –pese a lo *atado y bien atado* del disfraz de la simulación– los requisitos de una relación individual de trabajo que –en vez de vincularles a la *empresa cedente* que decía cumplir la carga de darles ocupación efectiva– les ligaba al *empleador cesionario* que organizaba y dominaba el proceso económico de transformación. De ahí, las figuras de morfología compleja o variantes de *cesión a la carta*.

La *leva de operarios* o cesión ilegal propiamente dicha databa de la confabulación rudimentaria de personas físicas que, sin ser empleadores ni pretender asumir este carácter, disponían del esfuerzo manual de aquellos cuyas voluntades suplantaban al servicio de los cesionarios. La *contratación por terceros*, ayuna de proceso productivo autónomo y acompañada de la cesión, arrancaba de un convenio fraudulento entre el empresario verdadero y el empresario falso. La *contratación con proceso propio* desfigurado por el préstamo dimanaba de la confabulación de verdaderos empresarios que, con habilidad antisocial, dotaban de aspecto respetable a la tosquedad de la leva de operarios. La *cesión inducida* o provocada venía del acuerdo que el verdadero empresario y uno o varios de sus trabajadores concluían para subor-

dinar la vigencia de la relación laboral a la duración del arrendamiento de servicios que, a primera vista, mediaba entre unos y otros.

Sorprendió que –nada más incoada la transición democrática– continuara su curso el proceso legislativo de *regulación de las relaciones laborales*, cuya aprobación fue posible gracias a la votación parlamentaria de todos los componentes del Gobierno que, como un solo hombre, cumplieron las instrucciones recibidas y evitaron el fracaso que se presentía. El texto –vigente en virtud de una exigua mayoría numeral– no se condecía con el signo de la renovación esperado y dejaba en pie demasiados residuos anacrónicos del extinto sistema autoritario. Reiteraba –caído el telón del escenario de la representación de dicho régimen– una *sobreprotección de la estabilidad en el empleo* que el sistema anterior –condescendiente hasta el hartazgo, con las avideces económicas del empresariado– no llevó a sus últimas y naturales consecuencias. Aun cuando había defendido a ultranza las tesis que –bajo los respectivos rótulos de la *comunidad nacional del trabajo* y de la *colaboración productiva*– negaban la evidencia histórica y afirmaban la accidentalidad de la *lucha de clases* en los países industrializados con economía de mercado. La legislación ordinaria del sistema previgente cuidó de no agotar, cuantas veces actuaba su doble moral, los efectos positivos de las declaraciones programáticas con que las leyes fundamentales –integrantes de la Constitución abierta del fenecido régimen– reiteraron el compromiso del Estado con la garantía, en forma específica, del derecho al puesto de trabajo. La promesa se intentó reanimar, después de periclitados sus autores, al modo de una *criatura póstuma* de escuálida supervivencia. Una estabilidad que no perduró más ni menos que el tiempo preciso para probar el despropósito de su tardía exhumación. Conviene recordar que, al subrayarse esta extemporaneidad, cundió la expresión relativa al *tiempo real de experiencia de una ley no aceptada*.

La tentativa encarnada en la inoportuna legislación sobre las relaciones laborales provocó un descontento masivo. Si la transición democrática se preciaba de sinceridad histórica y dogmática, desalentaba el porvenir que, a través de una disposición trasnochada, reservaba el ordenamiento jurídico a un Derecho Social cuyas pretensiones de universalidad recababan la máxima apertura. Reclamaban la recepción preconstitucional de los instrumentos privativos del *Derecho de Gentes* que les informaba, y proscribían una solución que, como la nostálgicamente propuesta, fomentaba la confusión sobre el futuro sociopolítico y adecuaba –algo taimadamente– parte de su contenido a los paradigmas del anterior sistema que petrificaba y convertía en *compromisos adquiridos*. Lejos de confirmarse el acceso a un sistema cabal de libertades, subsistía –con la esperanza rota del *soldado perdido*– el difuso intento de alargar artificiosamente la vida de instituciones desautorizadas por el carácter y el impulso de la transición democrática que a la sazón daba comienzo.

Llamaba la atención, debido a la mala conciencia que la motivaba, la *sobreprotección tardía* de la estabilidad en el empleo que, de acudir a una

lectura evolutiva, habría adelantado –en clave ajena a la voluntad inmovilista del legislador– la *cláusula transformadora y social* con que, para liquidar las situaciones de desigualdad material, el texto constitucional invitaría, algo después, a producir una *legislación de apoyo*. Los sistemas democráticos contemporáneos confiaban la salvaguarda de la estabilidad individual del puesto de trabajo –antes de su sustitución, abierta la crisis económica, por la defensa colectiva de un *volumen razonable de empleo*– a un mecanismo de frenos y balanzas. Intervenían, de una parte, el *poder de organización* del empleador, cuyos excesos y/o precipitaciones le costaban caros si osaba atentar injustamente contra dicha estabilidad, y, de otra, el contrapeso que, frente a extralimitaciones de ese corte, significaban las *reacciones de la autonomía y la autotutela sindicales*.

Se explica la virulencia de las críticas a esa situación. La regeneración sociopolítica topaba con una regresión obcecada que, al desencadenar un aluvión de descalificaciones y censuras, obligó a dejar sin efecto buena parte de la temibilidad que la regulación entrañaba. La idea de reinstalar vestigios de la estructura autoritaria –propugnada por cuantos melancólicamente preparaban sus *viajes a ninguna parte*– se depuso ante la actitud de los poderes públicos que, impresionados por el parecer de la opinión, restauraron la confianza puesta en la exclusividad y el acierto de las opciones democráticas que, una vez elegidas, estaban en trance de cumplirse sin reservas ni obstáculos que las detuvieran.

6. Aspectos notables del Derecho Social colectivo

El sistema autoritario *aborreció la huelga* hasta el punto de que –vedando su invocación nominativa, excepción hecha de una incorrecta mención jurídico-penal– la declaró *delito de lesa patria* que, como variante de sedición impropia, se emboscaba en el impenetrable entretejido de los *delitos contra la seguridad interior del Estado*. Su despenalización –según la vestidura liberalizadora que desencantó a los analistas cuyo *pensamiento de deseo* ansiaba una evolución más progresiva y audaz– no redujo la huelga a una figura exenta de consecuencias negativas para sus promotores y/o agentes de especial intensidad. La evidencia del *conflicto industrial* –resignadamente aceptada por el sistema autoritario a la luz de las contradicciones internas de la sociedad pluralista y del derrumbe de la falsa ilusión cooperativa– abarcaba cuantas expresiones de disidencia colectiva sobrenadaban a la defensa de la *unidad productiva al servicio de la patria*. El confuso y difuso Derecho colectivo de la agonía autoritaria transigió con la terquedad histórica de la huelga y terminó acatando una expresión terminológica que –proscrita hasta entonces– tenía el valor incipiente de empezar a llamar a las cosas por su nombre. La *modernización postconciliar* de la doctrina de la Iglesia católica ya sirvió de coartada, en algún caso notable de conmoción social,

para invocar inútilmente la etiqueta que –como *recurso* y no como *derecho subjetivo*– asignaba el Derecho Sindical autoritario a esta forma de autotutela colectiva. Se recordó que la *naturaleza programática* de los textos de la legalidad fundamental –alegados y reinterpretados en el proceso judicial que suscitó la huelga– demoraba su eficacia preceptiva directa mientras el legislador ordinario –compelido por aquel adelanto– no lo tradujese en normas positivas e inmediatamente aplicables. Todo un acicate para la creatividad y los arrestos de que, en tal peripecia, pudo hacer gala la jurisdicción que conocía del conflicto y prefirió, no obstante, *solución minimalista*.

La obnubilación autoritaria rehusaba a la huelga la naturaleza jurídica –que, en sano Derecho de Gentes, le correspondía– de un derecho subjetivo o *libertad pública de titularidad individual* –integrante del patrimonio de cada trabajador– y *colectivamente actuada* por una comunidad de personas físicas que, propugnando el buen fin de la actividad de autotutela y eficazmente adheridos a ella, obligaba al empleador –so pena del fracaso de los objetivos huelguísticos– a consentir efectos coincidentes o razonablemente afines a los determinantes de la convocatoria. Peculiaridad divergente de las orientaciones de la Teoría General del Derecho, cuya enseñanza es la de que –so pena de rehusar al interés protegido la utilidad predicable de sus apetencias– la cualidad de sujeto de un derecho embebe el ejercicio de todas las facultades integrantes de su contenido esencial o núcleo invulnerable. Sobrepasadas las etapas de la *huelga-libertad* –hechura del contractualismo demoliberal– y de la *huelga delito* o *ilícito contractual*, seguida por corporativismo autoritario, era excesivo atribuirle, de buenas a primeras, el carácter de libertad pública o derecho subjetivo fundamental en que su reconocimiento residía. Al precio de esa *concesión nominalista*, la legislación autoritaria de urgencia –impactada por alguna decisión judicial que, para calificar las formas de participación en una famosa huelga de su tiempo, importó del Derecho Penal la causa colectiva de inculpabilidad consistente en la *inexigibilidad de otra conducta*– no tuvo reparo en obrar con pésima conciencia. Rechazó que la huelga mereciese el trato de un derecho ejercitable en el momento fijado por sus promotores y conforme a las conveniencias estratégicas de sus objetivos. La huelga devino un *estado de necesidad* –alternativa a la no exigibilidad de otra conducta– o un *último recurso* que sólo procedía si habían fracasado por completo las tentativas de resolver pacíficamente el conflicto plasmado en la interrupción concertada del trabajo. No era ésa, ni de lejos, la verdad de su enjundia técnico-jurídica.

El disfraz semántico a que apelaba la laxitud –*rectius*, cínica contumacia– autoritaria para tildar la huelga de baluarte defensivo remoto y rehusarle la cualidad, ofensiva y eficaz, de derecho subjetivo, encendió las objeciones de inconstitucionalidad anejas a tan caprichosa ocurrencia. Aun privada de los deseables controles de inconstitucionalidad, la entonces jurisdicción de trabajo cuidó, llegado el caso, de *inaplicar los textos* que denotaban ese mal y vulneraban un principio de irregresividad inherente a la fisonomía del

cambio. Las dudas planteadas formaron parte de los desafíos que –gracias a los criterios histórico-evolutivos de interpretación accesibles en el período de transición democrática– se afrontaban con alguna fortuna. No hacía falta un *uso alternativo* cuyo empleo –manejando instrumentos mellados y acaso elegidos disparatadamente– dispensaban los auxilios hermeneúticos que, para sortear esas dificultades, tenían a mano los aplicadores de las normas de Derecho Social.

La *fenomenología del poder colectivo* –cuyos ejemplos se estrenaban y ganaban en peso específico– exhibía otro de los aspectos frecuentados por el interés general en difundir el *rostro académico* –es decir, ilustrado– y las *expresiones polémicas* del Derecho Sindical renaciente. Mientras primaron los rigores de la clandestinidad, los *oponentes políticos* del sistema establecido se localizaban y controlaban, sin dificultad, por la publicidad de su afán de testimonio y por la comisión de ciertas imprudencias desaconsejables para la prosperidad de su causa. Ello allanaba las tareas de su supervisión y/o vigilancia, otorgaba márgenes de permisividad y facilitaba la reducción o eliminación de sus actividades. Otro era el caso de los *antagonistas sindicales* que, como los pobladores de las catacumbas, actuaban con disfraces y en zonas de equívoca presencia, neutralizando la persecución del aparato autoritario. Impartían consignas y realizaban movimientos que, descolocando al mundo oficial, le convencían de la esterilidad de sus acciones antisindicales y –ante un enfrentamiento en que *llevaba todas las de perder*– le transmitían sensaciones de desasosiego y de derrota. Cualquier trabajador presente en el lugar de empleo constituía un *sindicalista en potencia* y presumiblemente provechoso, cuya dedicación comprometida se confundía con el desempeño de una ocupación profesional que era el objeto de una exigencia contractual y ocultaba el activismo solapado tras esa cobertura. Al compás de los ritmos de los hechos históricos, el sindicalismo clandestino agravó el mordiente de su agresividad. Sitió y asaltó los flancos más vulnerables del sistema político, denunciando el engaño de un *sindicalismo oficial* al que sólo restaba la salida de una retirada silenciosa que no quiso ni supo adoptar inteligentemente.

La subsistencia –perceptible, a medias, y, a medias, invisible– del poder colectivo sindical deshilachaba el frágil tejido del sistema y acreditaba un ímpetu que, acelerando el proceso de su consunción, le aquejó hasta el trancé final de su perecimiento. Ello ocurría antes de abrirse el ciclo de la transición democrática y el debate sobre sus posibilidades y salidas. La falsa consistencia del *sindicato vertical* –que monopolizaba el régimen de las relaciones individuales de trabajo e ignoraba la existencia y las demandas de las relaciones colectivas– disimulaba lo recio y pujante de estas últimas. Se estaba ante un supuesto más de *alzamiento del velo* y también se advertía cómo el *experimento asambleario* –cuyas prácticas invadían la familia, el aprendizaje y la docencia, las comunidades sociales y el marco agostado del hecho religioso– incoaba el ensayo de *democracia directa sindical* que hallaría su

espacio racionalizador en el texto central de las relaciones democráticas anunciado después como Estatuto de los Trabajadores.

Comenzados los trabajos preconstitucionales, el tema del reconocimiento y el carácter conferidos por el constituyente a los *derechos sociales* reclamaba un discurso sobre el particular, pues el zafiamente llamado *borrador* –al que un léxico pulcro y académico habría bautizado como *texto de primera lectura*– abundaba en imprecisiones y antinomias de fatigosa reducción. Objeciones que se aminoraron –gracias a la invención y complacencias del *consenso*– en momentos sucesivos, no exentos de incidentes, de la hechura de la carta política. Un texto que, ya en su fase polémica, predecía la elasticidad o *aptitud pluralista* que, gracias a una de sus excelencias capitales, le adjudicaba una fisonomía peculiar y –a la hora de aplicar las normas jurídicas cuya dureza había que ablandar– permitía obviar los requisitos de reforma de las constituciones rígidas. La *elasticidad de nuevo signo* no dependía de la comodidad del trámite reformador, sino de la *libertad de interpretación* –razonable, imaginativa y creadora– que, sin la complicación de ese aparato, procuraba los mismos o análogos efectos. La elasticidad de la ley fundamental adquiriría un sentido distinto del que la separaba de las clásicas constituciones rígidas, pues, sin cambiar una tilde del tenor literal de los preceptos, cabía un *uso variable* de los conceptos jurídicos indeterminados que alojaban sus declaraciones, prohibiciones y/o mandatos. Algo dogmáticamente aproximado a las *tesis maleables del Derecho Natural*, la inmutabilidad de cuyas proposiciones básicas –*harás el bien, evitarás el mal, no harás a terceras personas lo que detestas que a ti puedan hacerte*– toleraba desenvolvimientos de contenido y pormenor adecuados a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Estos adelantos prefiguran una *política judicial* –no convenida ni coordinada de antemano, porque los postulados de la independencia lo impedirían– resultante de la indivisibilidad del cúmulo de las nuevas realidades sociales y de los atractivos de una *interpretación supraoriginalista* que, desbordando la voluntad primitiva del legislador, acusa las diversidades que imponen los signos de los tiempos. Política judicial que destaca la aplicación independiente, a cargo de los jueces ordinarios, y las experiencias del Derecho Social en el período –indefinido y dúctil– de la transición democrática, considerada entonces única e insustituible, y entendida después, por algunos, como el primer capítulo de los *cambios sustanciales* que en el futuro pueden ocurrir.

Había ya irrumpido la *doctrina extrafronteriza del uso alternativo del Derecho*, que, sin elementos actualizados de interpretación, rehabilitaba –judicial y dogmáticamente– las normas del sector social del ex-ordenamiento jurídico corporativo fascista y –mediante atrevidas lecturas constitucionales– reconvertía, en el seno de una democracia recién erigida, las relaciones afectadas. La imposibilidad de que el legislador extranjero aumentase la velocidad de cambio necesaria para que, sin demasiada incertidumbre,

los jueces aplicaran el nuevo Derecho derivado forzó esta toma de posición hermenéutica. Dado lo inaccesible de una interpretación evolutiva, ello supuso una *postura rupturista* con el ordenamiento obsoleto –que se consideró abolido en la medida conveniente– y el ejercicio de operaciones de reconocimiento de la eficacia preceptiva directa de los valores, principios y otras normas constitucionales. El elemento histórico-evolutivo de interpretación, ausente del medio jurídico en que se daba el uso alternativo extranjero, permitió que el autóctono Derecho Social se aprovechara de sus aportaciones elásticas al período de transición democrática. El *principio de conservación de las normas jurídicas* –en pro de la aplicación de las regulaciones útiles del sistema político extinto– quedó servido saludablemente y eliminó el *horror al vacío* que habría causado un pavoroso estado de inseguridad jurídica.

El sector del ordenamiento jurídico correspondiente al Derecho Social se ha beneficiado, más productivamente que cualquier otro, de que –en circunstancias propicias a la comisión de errores de bulto– se apelase al elemento histórico-evolutivo de interpretación sancionado por el Derecho constituido. Su acogida y cultivo muestran las ventajas de un *espíritu móvil* e inspirador de finalidades –propias y acomodadas a su tiempo– que fundamentalmente reflejaban la *voluntad renovadora* de las normas y, así las cosas, corregían o remodelaban la intención, ya distante y distinta, del legislador que las había puesto en la ciudad.

7. Entorno, consecuencias y manifestaciones conflictivas de la crisis económica

El tránsito de un sistema autoritario a unas relaciones de trabajo democráticas requería la revisión del *orden público* o Derecho necesario y de las funciones que sus normas cumplían en uno y otro marco. Máxime, cuando las ulteriores *tendencias flexibilizadoras* minaron los espacios tradicionalmente reservados a ese Derecho necesario y aceleraron los *procesos desreguladores* del Derecho Social.

El régimen autoritario –ávido de aplicar a las relaciones individuales de trabajo las disposiciones generales que paralizaban o empequeñecían la movilidad de la autonomía individual– suplantó la autonomía colectiva por el ejercicio de las *competencias de control* y *tutela* a cargo del Estado. Aunque la idea de orden público mantenía el nominalismo de su omnipresencia, la tónica erosiva del sindicalismo clandestino y su impacto en las relaciones y contactos de grupo conquistaban espacios de libertad que, muy a su pesar, el sistema establecido aceptaba de puertas adentro, aunque, disimulando el enojo del desgaste, continuase usando de un léxico plegado a su vanidad triunfalista y sus hábitos de propaganda. Antes de iniciarse la transición democrática, la fortaleza de la noción de orden público se hallaba devaluada y un tanto vacía de la *solidez conceptual* que era típica de su definición. Par-

te, por concesiones a que el propio sistema se obligaba, aunque, para ocultar sus claudicaciones, recurriese a sofismas y arbitrios dialécticos empobrecidos. Parte, por el estado de cosas que caracterizaba a las relaciones de trabajo en virtud de las acciones sindicales veladas, de las presiones del contexto social, de los criterios de la opinión pública, del mimetismo de los modelos democráticos contemporáneos, y de las desautorizaciones y/o advertencias de los organismos internacionales. A partir de la ambientación constituyente, el orden público necesario deja de controlar el régimen de las relaciones de trabajo, aunque las exigencias –relativas al menos– de *planificación democrática* habiliten, especialmente en lo económico, formas de intervención oficial que, sin atentar contra los contenidos esenciales de las autonomías individual y colectiva, los modera –periférica y razonablemente– para no romper el equilibrio requerido por el concurso de otros valores constitucionales.

A la luz de esta señal premonitrice, la *catalogación del empleo* –un *bien escaso*, constitucionalmente protegido y exigente de un justo reparto– informa la *redefinición del Derecho Social*. Lo ratifican el advenimiento de la crisis –inteligentemente coasumida en los países industrializados con economía de mercado– y la inminente incorporación a la vastedad extrafronteriza de las relaciones económicas. La etiqueta de *sociedad próspera* que, para el crédito de sus éxitos y la prevención de sus fracasos, asistió al nacimiento del Estado de bienestar presuponia unas condiciones satisfactorias y optimistas, porque el diagnóstico de la *economía general*, lejos de coartar el ímpetu de su ejemplaridad, le transmitía sus estímulos óptimos. Justificaban ese optimismo, la variedad y el crecimiento de las ofertas de trabajo, la rapidez de su absorción por los demandantes de empleo, y las intuiciones de un clima económico que –con el automatismo de una *regla cuasinatural*– consumía, sin anomalías ni excedentes, los bienes y servicios dados al mercado. Este convencimiento disipaba, siquiera a medio plazo, los riesgos del temor de abandono o cambios repentinos en las preferencias adquisitivas de los consumidores. Se confirmaban los augurios sobre la estabilidad en el empleo y se mantenía la confianza en el modelo de relaciones contractuales por tiempo indefinido.

La aparición de la *crisis económica*, debida a las dificultades y/o discriminaciones de abastecimiento y al alza de los precios de las materias energéticas, ensombreció el panorama de una concurrencia que –con la holgura de unas reglas de juego observadas sin *estridencias cainitas*– actuaba en los ámbitos normalizados de la libertad de empresa. La convulsión causada por la crisis económica –que, como tantas especies de su índole, situaba ante la nebulosa de un futuro ignorado y temible– obligó a acudir, oscureciendo unas relaciones industriales exentas de fricciones demasiado álgidas, a las soluciones de *reestructuración empresarial* que expulsaron a muchos empleadores del mercado de libre concurrencia. Para paliar las *sobredimensiones* que erosionaban el núcleo intangible de la libertad de empresa, se propugnó

la reducción del número de los contratos de trabajo a la cifra precisa para generar un volumen de bienes y/o servicios que, una vez transmitidos al mercado, se consumiesen por los demandantes sin discontinuidad ni acumulación residual de existencias. Había que cancelar los contratos cuya superfluidad constituía a los trabajadores en un *estado escueto de disponibilidad* y originaba la *mora accipiendi* de los empresarios que, incumpliendo, contra su voluntad, las cargas de procurar efectiva ocupación, alteraban la correlación –dictada por la naturaleza de las cosas– entre la *dosis de fuerza de trabajo*, aplicable a los bienes de producción transformados, y la *cifra de bienes de consumo* generados por su actividad profesional.

Se columbraba la magnitud de la contingencia de un *desempleo estructural*, que incidiría negativamente en la vida, el progreso y los hábitos de las sociedades infectadas por su virulencia y acostumbradas, con el tiempo, a explotar sus *manifestaciones perversas*. No siempre la clase empleadora –seducida por los cantos de sirena tecnológicos que, elogiando sus efectos mágicos, predecían el aumento de los beneficios y la minimización de los conflictos– mostraría el sincero propósito de atacar una plaga cuyos riesgos de corrosión de las comunidades afectadas lesionaban los intereses generales y enfrentaban a los poderes públicos con aspectos inéditos de la *cuestión social*.

Dos vías eran preferibles –entre los arbitrios al uso– para entregarse a la tarea de contener y acondicionar el desempleo. La primera ensayaba una nueva Política Social a cargo del Estado, deudor de *prestaciones sustitutivas* del salario que dejaban de percibir los desempleados, cuya seguridad económica, aunque módica, podía hacer de sus beneficiarios –animados por el doble juego y por los alicientes de la *economía sumergida*– los pobladores de una clase socialmente pasiva, técnicamente apática, hostil a reformarse profesionalmente –mediante las oportunidades de readaptación a su alcance– y refractaria a reinsertarse en el mercado de trabajo. La segunda optaba por el método de *reconversiones industriales* que –camufladas bajo una rotulación publicitaria y engañosa– no fueron transformaciones de técnicas de sustitución y sí *azotes atlanos* que liquidaron, sin contemplaciones, numerosos ciclos productivos.

Las circunstancias que esculpieron la fisonomía de la *sociedad industrial de la crisis* fueron la contrafigura de las notas de la *sociedad industrial de la prosperidad*. He aquí el cómo y el porqué de este juicio. La cifra de los oferentes de empleo –temerosos de no encontrar fuerza de trabajo o profesionalización adecuada a las particularidades de las reconversiones industriales– decreció de manera sensible y cautelosa. Exigían *cualificaciones específicas* de una mano de obra adaptable, sazónada y elástica, difíciles de satisfacer sin una readaptación profesional garantizada y solvente, por parte de los responsables de la formación, y una aceptación responsable de los trabajadores. La contratación de la fuerza de trabajo debía plegarse a las previsiones de un volumen de producción de bienes y servicios que, presumiblemente absorbi-

bles por las predilecciones del consumo, descartaban los riesgos –disuasorios para el ejercicio lucrativo de la libertad de empresa– de las retenciones estériles y el aumento de las pérdidas. Los errores de cálculo fueron fatídicos en este orden de cosas, porque dispararon la estadística de las *regulaciones de empleo*, a base de los mal llamados despidos colectivos, y engrosaron los contingentes de desocupados. El recurso a la *contratación temporal* –cualesquiera que fueran su rotulación y variantes– se convirtió en el menor de los males posibles para reordenar el reclutamiento de los trabajadores dependientes. Constituyó una *medida de fomento* de empleo que animaba al empleador a contratar, curado del espanto de la sobredimensión y del temor a los perjuicios patrimoniales derivados de inmovilizar un exceso de plantilla frente a la reducción de las exigencias productivas que mostraba el desmoronamiento del mercado.

Olvidando que, según la *filosofía del asombro*, la guerra y la contradicción lo engendran todo, el pensamiento autoritario defendía que las colisiones entre el capital y el trabajo no provenían de los excesos de la *plusvalía* –que el primero de ambos factores productivos arrancaba al segundo– y sí de los desmerecimientos accidentales de la *justicia social* que, sin necesidad de transformar de raíz la sociedad, el poder público estaba en condiciones de restituir. El autoritarismo autóctono disentía de la *negación paganizante* del conflicto, pero hacía de la Política Social un instrumento de la producción que ignoraba el antropocentrismo de las relaciones de trabajo y las desligaba del respeto debido a la dignidad de la persona. Aceptó contenidos doctrinales del *catolicismo social*, aunque acogió también otras premisas de los modelos contemporáneos imitados, en cuyos espejos se miraba para fijar el contraste de su imagen. Ocultaba, a sabiendas, que el *conflicto industrial* –expresión inflamada de una lucha de clases que luego acertó a civilizarse y desistir del compromiso revolucionario que alentaba sus ilusiones de futuro– residía en la naturaleza de las cosas y, por mucha intencionalidad que exhibiese el voluntarismo del legislador, se atisbaba tras las tozudeces de un sistema empeñado en abolirlo por decreto. Hasta el punto de que –cuando la visibilidad del conflicto se impuso y contradijo, a todas luces, los dogmas ungidos de irrevocabilidad por el pensamiento autoritario– entraron en circulación las *versiones propagandísticas* de su realidad y provecho. Se incluyó, como embuste histórico de gran cabotaje, el diagnóstico de que esas manifestaciones conflictivas no emanaban de las viejas desigualdades sociales que el sistema autoritario estaba en disposición de enmendar, sino de las fértiles contradicciones de una prosperidad generada por el nuevo estilo de justicia social. Metodología que la propaganda oficial cuidó de imbuir sistemática y opresivamente.

Una constante del adoctrinamiento de dichos regímenes y de los paliativos de sus frustraciones consistió en dotarlos de un *ropaje seudoliberal* –que no empañaba el descaro y/o la rudeza de sus objetivos– y presentarlos como concesiones fundadas en la madurez y la fortuna conquistadas por los instru-

mentos del sistema. Se inventaban versiones –rotundamente falsas– de una suerte de *libertades paralelas* de factura original y, sin el éxito deseado, se pretendía perpetuar la sumisión psicológica y moral de los trabajadores víctimas de este pensamiento.

La multiplicación de los acontecimientos conflictivos y su modo proteico de exteriorizarse en las *postrimerías críticas* del sistema autoritario abonaron el terreno para verificar, sin errores de bulto, lo que el antagonismo de las relaciones industriales, recrudecido como tal, significaba a la sazón. Había, pues el estado de cosas lo exigía, que delimitar un concepto –a saber, el de *conflicto colectivo*– que reclamaba la máxima solicitud. El sistema previgente sometió a un control administrativo de legalidad los *conflictos colectivos económicos* que, como su denominación indicaba, se promovían para denunciar la injusticia conmutativa contractual en las relaciones individuales de trabajo y mejorar las condiciones preexistentes. El control de la jurisdicción contencioso-administrativa –que se instituyó tardíamente– no alcanzaba a revisar las cuestiones de fondo ni a sanar las insuficiencias que cada uno de ellos –también llamados *conflictos de intereses* ante la inexistencia un derecho subjetivo que los perfeccionase– mostraban a través de su irrepetible planteamiento. De los *conflictos colectivos jurídicos* conocía –antes de emprenderse la transición democrática y merced a una fórmula heredada de la invención corporativa– la jurisdicción de trabajo.

Había que desentrañar dos cuestiones notables. Una, la concerniente a la *judicialización de los conflictos colectivos económicos*. Otra, la relativa a lo que –bajo la rúbrica común de *conflicto colectivo jurídico*– encerraban las variantes de aplicación e interpretación de su concepto.

El conflicto económico surgía a la manera como –para preservar la *equivalencia objetiva* de las prestaciones– el Derecho Civil se había ocupado de revisar los contratos de tracto sucesivo o dependientes del influjo de futuros acontecimientos. Albergaba una propuesta o tentativa de modificar las condiciones de trabajo que –a causa de las circunstancias económicas depresivas para la condición de los trabajadores o de las demasías del ejercicio del poder de organización del empleador– sufrían un *desequilibrio global* que, lesionando el interés anejo a todas y cada una de las relaciones individuales de servicio, reclamaba el rescate de una *justicia conmutativa* en trance de decrecimiento y dispersión. Desde la legalización del uso equitativo hasta el agotamiento del período constituyente, la mención de la *equidad* justificaba, con irrefutables argumentos, lo inexcusable de su *ponderación judicial* para dirimir conflictos económicos, pues de su naturaleza se infería –de modo comunicativo e inequívoco– la necesidad y posibilidad de que así fuese. Vigente el texto constitucional, la oferta de una *efectiva tutela judicial* dirigida a los portadores de intereses legítimos situaba –de pleno Derecho– el apoyo oficial a los conflictos económicos en el plano de conocimiento y dilucidación del Poder Judicial. Esto empero, tan meridiana conclusión no ha prevalecido en la práctica. Se han hurtado a la cobertura de un derecho fun-

damental y a los ingredientes de su contenido esencial, la extensión e intensidad del conocimiento con que el Derecho constituido –de cuya rigurosa lectura al respecto no puede prescindirse– confiere a la jurisdicción esas atribuciones de control.

La distinción esmerada, entre los *conflictos jurídicos de aplicación* y los *conflictos jurídicos de interpretación* formaba parte de esta asignatura pendiente, junto al objetivo, definidor de los conflictos económicos, de reintegrar a cada relación individual de trabajo la dosis de *conmutatividad* que –rebajando su justicia contractual– le arrebatava el transcurso del tiempo. Es claro y resultante de las indagaciones históricas que, gracias a una espiritualización progresiva de la contratación, la generalidad de los contratos conmutativos admite una *equivalencia subjetiva* o equitividad individual de las prestaciones de las partes. Cada una de ellas iguala el *valor del sacrificio* que su obligación apareja, con la *medida de la utilidad* que la prestación de su cocontratante le depara. La falta o la pérdida sobrevenida de equivalencia objetiva de un contrato conmutativo no le priva –salvo en los casos especiales que el legislador considera constitutivos de una lesión grave– de la validez que el principio de autonomía de la voluntad le ha conferido. El contrato de trabajo es una excepción a este reflejo de la libertad contractual. Merma la autonomía individual, en beneficio del trabajador, y cuida de preservar una *equivalencia objetiva* que la autonomía colectiva del poder sindical y la acción de apoyo de los poderes públicos codificaron ardorosamente para prestigiar la Política Social del Estado de Bienestar.

El conflicto colectivo económico pretendía novar –mediante las acciones de *grupos representativos*, de hecho o de Derecho, que conectaban con cada relación individual– la conmutatividad que, predicándose de la constitución de los contratos individuales de trabajo, se exponía a que el curso del tiempo achicase la justicia material y redujese la equivalencia objetiva de sus prestaciones. Se intentaba arrancar al empleador, con formas *acrememente reivindicativas*, unas concesiones que –si, terminológicamente, parecían responder a lo que su nominación indicaba– eran parte de un supuesto *resarcimiento testimonial*. A saber, el de un daño que –bajo la anfibológica rotulación de *deuda histórica* e indefinidamente pendiente de liquidación– la clase trabajadora había sufrido en virtud de dos actitudes causales. Una de ellas, la *desatención del Estado demoliberal* que –al omitir la diligencia necesaria para adoptar, veraz y minuciosamente, un modelo social– hizo caso omiso de sus necesidades y evidencias. La otra residió en el ejercicio egocéntrico de las facultades de la *libertad de empresa*, consecuente con el papel que –empecatada mortalmente por su falta de cosmovisión– la filosofía liberal asignaba a la propiedad de los instrumentos y medios de producción, desconociendo la importancia de los mínimos de una *Política Económica* recomendable y canonizando las incursiones del *capitalismo salvaje*. Algo que se percibe en el universo de estos tiempos, cuyos agentes moralizadores –que, amén de escasear, parecen hablar en voz inaudible– no encuentran los cami-

nos –*que haberlos, los hay*– para planificar y acometer la contrarrevolución o *historia cargada de razón*, frente a las posiciones –ofensivas y torpes– que, explotando su *razón sin historia*, gana el neoliberalismo en todos los confines de la Tierra.

La *laguna de método* para abordar los conflictos colectivos económicos era la ausencia de una norma previa que los regulase satisfactoriamente, pues lo *irrepetible de las circunstancias* de las personas, el tiempo y el lugar que enmarcaban sus antagonismos, pugnaban con una ordenación que –para til darse de *disciplina general y sistemática*– debía fundarse, lo cual era imposible por hipótesis, en la sucesión de experiencias anteriores, sustancialmente coincidentes o afines, y expresivas de la vulneración o riesgo de lesión inmediata de un interés compartido por las comunidades o grupos de personas afectadas. Habría que preconstituir –mediante una *legislación de caso único* abundante en *cualidades proféticas* o dotes absolutas de adivinación– la regulación equitativa que, siendo indispensable y apta para dirimir la controversia, agotase en ella su utilidad y aplicación. Salvo improbables excepciones, esa regulación no era transferible a la resolución de otros conflictos que podían suscitarse después. El tercero encargado de dilucidar un conflicto colectivo económico que no admite otros modos de composición, interviene como *cuasilegislador* que elabora la norma rectora del caso único pendiente, y como *cuasijuzgador* que –tras haberla fabricado– la traslada al supuesto pendiente de resolución.

La variante de los *conflictos colectivos jurídicos* implicaba –a causa del antagonismo creado por la disociación de los factores productivos cuya cooperación disminuía o cesaba desde el origen de la confrontación– la previgencia de una norma cuya aplicación se discutía por razones, más o menos complejas, de Derecho constituido. Bien porque, pese a la meridiana formulación del supuesto de hecho y de sus consecuencias, se obstaba frontalmente de adverso a la producción de esos efectos y se distorsionaba el ritmo regular de las relaciones jurídicas en juego. Bien porque los contendientes –compartiendo la lectura inteligible de la norma jurídica– alegaban razones de peso que la ponían en tela de juicio o neutralizaban su eficacia. Bien porque, rehuendo un entendimiento inequívoco de su mensaje, concurrían interpretaciones encontradas que, según la traza del conflicto, era preciso armonizar, reducir o expulsar de raíz. El primer caso requería que, disipada la duda sobre el carácter colectivo del interés en juego, se declarase si –previo análisis de su posibilidad de subsunción– el supuesto de hecho de la norma colectiva, oficial o pactada, debía producir los efectos que preconizaba su texto. La negativa a que ello sucediese, podía emanar de una actitud antijurídica de desprecio al mandato del Derecho objetivo que la norma encarnaba o de la oposición de medios –defensas o excepciones– aptos para paralizar sus consecuencias. Las partes –que coaceptaban el entendimiento de la norma y no planteaban temas de interpretación– disentían de la producción de los efectos que anunciaban y alegaban los respectivos fundamentos de

hecho y de Derecho en pro de sus respectivas pretensiones. No mediaba un discurso fatigoso sobre el alcance de una norma inequívocamente enunciada y absolutamente comprensible, pero se usaba de un razonamiento –más liviano y no menos enérgico– sobre el sí o el no del *encaje del episodio litigioso* en el tipo de su figura rectora. Ello exigía que la situación histórica del caso se adaptase, sin desajustes ni holguras, a la proposición constitutiva de la norma polémica y que no prosperase –en el sentido técnico de contraderecho o excepción de afín naturaleza– ninguna *defensión* bastante para contrarrestar la expectativa y/o producción de los resultados pretendidos.

Los conflictos jurídicos de interpretación diferían genéricamente de los conflictos de naturaleza económica y específicamente de los conflictos de aplicación recién considerados. La modificación de las condiciones de trabajo –que los primeros pretendían trasladar al clausulado de cada contrato individual– no contaba con el apoyo de una *acción procesal* que, deducida ante la jurisdicción competente, permitiese invocar la regulación previa de la ley y solicitar del juez ordinario una resolución sustitutiva de las voluntades de los interesados en pugna. El ordenamiento jurídico no se ocupaba de esta forma de revisión por *cambio en la base del negocio*. Más bien, se confiaba –sin ignorar lo ácido y árido de estas controversias– en la habilidad y el éxito de la autonomía de las partes conscientes de la necesidad de sanear sus relaciones productivas y evitar la ruina de una ruptura irreversible. No en vano, hay que insistir en ello, estaban *condenadas a entenderse* y el conflicto no podía abocar al fracaso de esta regla de oro tan difícil de mantener indemne. La decisión a cargo de un tercero –cuando no se usaba de un equivalente jurisdiccional menos complicado y más inductivo– ejemplificaba, como se ha advertido, un *desdoblamiento de funciones* asumidas por la misma persona física o jurídica. Se daba, en primer término, la actividad –semejante al papel de la *legislación de caso único*– del tercero que, atento a las sugerencias e intuiciones de la justicia material, inventaba –esto es, descubría– la norma jurídica inédita que, habiendo de aplicarse, se formulaba mediante la proposición oportuna. Venía después la *acción cuasijurisdiccional* que –partiendo de la regla obtenida para exhumar el *verdadero rostro* del conflicto económico y aclarar sus cuestiones polémicas– emitía el parecer o dictamen que aconsejaba la equidad inspiradora del Derecho objetivo del caso.

Toda esta doctrina se concilia con la *posibilidad de judicialización* que se ha indicado y que relativiza buena parte de su primitivo rigor.

La diferencia con los conflictos colectivos jurídicos residía en el asentimiento de las partes a la preexistencia y validez de la norma colectiva elegida para saldar la controversia, y en su desacuerdo sobre el significado y el alcance de las opciones interpretativas que admitía. Complejidad a la que se añadían los interrogantes del propio ejercicio hermenéutico. Hay normas colectivas que pertenecen al sector social del ordenamiento jurídico del Estado y que, sin perjuicio de las laboriosas tareas de su interpretación, se entien-

den conforme a los criterios empleados para determinar el sentido de las reglas jurídicas de factura oficial. El ámbito de la autonomía colectiva comprende una *cuasilegislación* cuyo cumplimiento entendimiento requiere acudir a las pautas especiales de interpretación de los negocios jurídicos y manejar también las propias de las normas de Derecho objetivo. Ello explica la *naturaleza mixta* de las fuentes del Derecho de las relaciones colectivas de trabajo, cuya fisonomía manifiesta lo que hay en ellas de *cuerpo de contrato y alma de ley*.

8. Eficiencia y perspectivas de las intervenciones jurisdiccionales

La *unidad de jurisdicción* reflejaba, en los pagos del Derecho Procesal, el dogma jurídico-político de la *unidad de soberanía* que el constituyente había convertido en presupuesto básico de la estructura del Poder Judicial y el servicio de la Administración de Justicia. Ello repercutió en el dato de que la llamada *jurisdicción de trabajo* en el sistema previgente pasó a denominarse *orden social de la jurisdicción*. No han sido pocos los interrogantes de interés que de este paso se han seguido.

Las pasiones catárticas de la transición democrática comenzaron censurando y restando valor –con acritud disuelta al cabo de algún tiempo– a las acciones de una jurisdicción cuya existencia e inventario de logros se silenció vergonzosamente en *preámbulos legislativos* de significación decisiva, como si un *compromiso intencional de desmemoria* obligara a testimonios que exaltaban la estulticia histórica y el desamor a la verdad. Se omitió, *no por precipitación o inadvertencia*, que –gracias al complemento unificador del *recurso central de suplicación* y no al de una casación decisoria hasta entonces de recursos minoritarios– se había afianzado la *unidad de la mayor parte del sector social del ordenamiento jurídico* y fijado un cuerpo de doctrina que acreditaba la solidez lograda por el acervo del Derecho Social desde sus orígenes hasta la apertura del sistema constitucional. Ni el mínimo recuerdo y gratitud merecieron los resultados unificadores que, a lo largo de más de seis lustros, esa *auténtica jurisprudencia* había acopiado en materia de conflictos colectivos. Si, alguna vez, se escribe el pasaje de la Historia del Derecho relativo a este punto, justo será que se designe, con nombres y apellidos, a las personas físicas capaces de tal resentimiento y responsables de semejante mezquindad.

La intuición de futuros problemas provocó posturas motivadas por la necesidad de armonizar la *distribución territorial de la Administración de Justicia* en el orden social, superpuesta a la de las respectivas Comunidades Autónomas, con la aparición de *complementos interpretativos divergentes* que emanasen de la *aplicación unificadora* de un Derecho Social del Estado indivisible y único. Se precisaba que –tras autonomizarse el espacio geográfico del recurso de suplicación que, parcelado a partir de su ámbito estatal,

retuvo su denominación– las fórmulas unificadoras de doctrina, fruto de la *casación centralizada*, respondiesen a los objetivos de su establecimiento. A saber, procurasen un inventario, ya que no exhaustivo sí un tanto completo, de los desajustes y/o contradicciones que, vertical y/u horizontalmente, registraban la *jurisprudencia superior* y las *jurisprudencias juveniles* de los espacios judiciales autonómicos. Lo facilitaría la intervención –presumiblemente solícita– del Ministerio Fiscal, que, pese a todo, no ha logrado superar ese obstáculo.

Se deseaba cumplir los objetivos de una efectiva tutela judicial que asignaba al recurso supraunificador la tarea de garantizar la *unidad y unicidad del sector social del ordenamiento jurídico del Estado*. Designio que encontraba reparos de bulto. No resultaba fácil –antes bien, improbable y costoso– localizar, con mínimo rigor, las contradicciones merecedoras de denuncia, ni reaccionar con celeridad que, para normalizar el ritmo de recurso, no violase el derecho fundamental a la defensa de la parte interesada en invocarlas. Debía ponderarse la frecuencia estadística con que –atendiendo a los frentes en que su acción se desplegaba y a los medios personales y reales de que disponía– el Ministerio Fiscal estaba en condiciones de recurrir cuantas veces procediera hacerlo. Había que conjurar los riesgos de que –si no mediaban las condiciones indicadas– las normas de Derecho Social, generadas por el poder central, se interpretasen e integrasen con aportaciones complementarias que –como parte del cuerpo de doctrina fijada en los recursos de suplicación y/o en las variantes de la casación común y excepcional– causaban una *petrificación irremediable*. Variedad de criterios que, a falta de una selección acertada y una impugnación eficaz, terminarían canonizando la *autonomización del Derecho del Estado*. El espíritu y la finalidad de una norma jurídica, dictada por el legislador central, no pueden ser los mismos en dos o más espacios regionales donde las respectivas *realidades sociales* revelan la emergencia –peculiar y tangible– de sendos *espíritus móviles*. Abonan interpretaciones que –irreductibles en todo o en parte– se solidifican.

Un sistema de recursos acorde, en un principio, con la legalidad fundamental del ordenamiento jurídico –porque presumiblemente aseguraba el cuánto de efectividad predicable de la protección judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos– podía adolecer, a la larga, de una *inconstitucionalidad sobrevenida* peculiar y conceptualmente distinta de la que, así llamada, sólo es una *inadecuación de normas previgentes* a la incoación de la democracia constitucional. Si bien la presunción –inicial y asistida de toda cordura– de constitucionalidad alcanzaba, de entrada, a muchas de las normas sociales promulgadas por la legislación central, su favor se expone a decaer ante las experiencias de una aplicación que, lejos de confirmar la seguridad jurídica de la aspiración nomofiláctica, no unificaba el Derecho Social del Estado ni mitigaba las disparidades que engendraban esas contradicciones. Un futuro modelo de recurso –apto para enmendar tales inconvenientes y al que quizás convenga la etiqueta de *recurso de control de diver-*

gencias interpretativas— puede cumplir satisfactoriamente —si, alguna vez, se certifica el óbito del recurso de casación tradicional— los objetivos dificultados por unos riesgos de inconstitucionalidad sobrevenida más probables que los que, con resignación, son de prever.

9. Fenomenología específica del sindicalismo

Comprometía lo suyo el afrontar —con cosmovidencia y prudente diagnóstico— las novedades de la *fenomenología sindical*, ya que, además de responder al cumplimiento de una exigencia derivada del *Derecho de Gentes*, el sindicato rehabilitado por el constituyente devenía un *agente social* que, privilegiado como poder de hecho significativo, fue investido de funciones inéditas. Su privilegio implicaba, en primer término, que el sindicato de estructura clásica —basado en las categorías representativas y en el ejercicio de la democracia delegada— coexistiera con otras *variantes de morfología sindical*. Aumentaban la popularidad y el entusiasmo por una *democracia directa* que, con ingredientes emocionales muy activos, acogió —para eliminar los lastres que coartaban su efectividad— la bondad de los elementos racionalizadores de sus maneras de operar.

El nuevo sindicato nacía de los episodios —desconcertantes y agravados— de una *crisis económica* que, para arrostrar un cúmulo de dificultades y adoptar actitudes acordes con la agresividad de los cambios, demandaba compromisos muy duros y sacrificios impensables. Debía recobrar las expresiones colectivas e individuales que, impulsadas por el *esfuerzo de transformación*, alcanzasen excelentes niveles de progreso social. El sindicato constitucionalizado no acertaba —quizás para evitar a su clientela, sedienta de resultados y conquistas, una impresión de complacencia con el empresariado y/o los poderes públicos— o se resistía a digerir un postulado entonces coasumido por el *sindicalismo occidental* contemporáneo. La dimisión de la autosuficiencia económica y el ingreso en un universo democrático de relaciones industriales coincidía, para el infortunio de su causa, con un trance de crisis cuya disciplina requería adoptar *medidas austeras* y abstenerse de *populismos triunfalistas*. Todas las economías industrializadas de mercado ya estaban entrenadas en el ejercicio de estas prácticas o *virtudes sociales* que los sindicatos constitucionalizados no se decidieron a hacer suyas con convencimiento y energía. Quizás, por ello mismo, así fueron las cosas.

El sindicato no servía su oficio en solitario, sino que —a cambio de su *posición privilegiada* y afín a la de las iglesias nacionales en los modelos de confesionalidad del Estado— asumía, por mandato del constituyente, la *función social de contribuir*. Lo que obligaba a preguntarse por el *sentido de la contribución* y las características y *cualidad de los sujetos* —públicos y/o privados— con los que su desempeño debía compartirse. La contribución sindical se extendía —aunque tan optimistas perspectivas no se hayan confirmado—

a la *promoción y defensa de objetivos propios*, un concepto jurídico indeterminado cuya formulación ambiciosa iba mucho más lejos de las adquisiciones meramente sociales que se recobraban. Perseguía también aquellas metas que, según las circunstancias del tiempo y del lugar, la libérrima opción del sindicato *declaraba preferibles* e insertaba en las bases de su acción protectora. Ocupaban espacios vacíos o habitados por personas físicas y/o sociedades parciales que servían insuficientemente a intereses requeridos de atenciones más edificantes y continuas. La apropiación de nuevos objetivos respondía, entre otras, a las consignas de sustitución o *suplencia de la actividad de unos partidos políticos* que –tras haberse ganado, a conciencia, los recelos del electorado y usado, hasta el hartazgo, del blindaje que les facilitaba la inexigencia de mandato imperativo– sólo eran *partidos de cuadros*, renuentes a unas tentaciones de conmoción y contacto sociales que los sindicatos podían, si aceptaban el reto, intentar con visos de fortuna.

10. Relativización de las acciones de tutela social

La realidad legislativa del momento no podía eludir la convicción –gobernada por el voluntarismo político– de que los ecos de la máxima «*siempre más, nunca bastante*» se esfumaban en un régimen público de Seguridad Social que, entre luces y sombras, sepultaba el *principio de irregresividad de las adquisiciones sociales* y presuponia que, en voz baja, la carta política era ya bautizada como el *texto constitucional de la crisis*, con las reservas inherentes a tan pesimista etiqueta. Al esplendor de la máxima de los reformadores sociales del norte de Europa, sucedía el *santo y seña* de acomodar –reajustándolas con dureza y ausencia de misericordia– las excelencias del Estado de Bienestar al cuadro de rebajas de la *inmersión en la crisis económica*. Los poderes públicos –enfrentados al *síndrome de desinversión y abandono* de los empleadores que, ante el panorama de degradación del empleo, dimitían de su atrevimiento y arrogancia en los ámbitos de libre competencia– denunciaban, con explicable alarma, el crecimiento de las contingencias provocadas por la *reducción de las ofertas de trabajo*.

Había que atribuir a la protección del desempleo galopante un *reducto de atención urgente* en la lista de las situaciones de necesidad que históricamente se le anteponían. Era inaplazable dotar a los procesos productivos de oportunidades que aliviasen los inconvenientes y los efectos disuasorios de la fuga de los titulares de la libertad de empresa que desertaban del mercado de libre concurrencia, debido a la depauperación de sus elementos materiales y a la quiebra de un instinto competitivo lastimado por falta de estímulos. Los poderes públicos, lejos de ejercer sus potestades de control sobre dicho ejercicio, insistían en una actitud de apoyo que prolongaba la intensidad y la vehemencia –obra del pasado del Estado social y democrático de Derecho– con que se subrayaba la *cooperación de los empleadores* al cumplimiento de

las cargas sociales que afianzaban el nivel de bienestar. El contenido esencial o núcleo invulnerable de la *seguridad* que el constituyente reconocía como derecho fundamental, dejaba fuera de sus opciones de tutela –pese a las tentativas hermenéuticas amparadas en el elemento histórico-evolutivo de interpretación– la variante de la *seguridad colectiva*. Supondría ésta la adopción de las medidas tendentes a prevenir o indemnizar los daños que, con frecuencia y habitualidad probadas, asediaban a la normalidad de las actividades humanas y enturbiaban los episodios de la vida de relación.

El modelo de Seguridad Social vigente al iniciarse la transición democrática representó una herencia que –salvo detalles de menor enjundia– no estaba hipotecada por el *decisionismo político* general o por alguna de sus condiciones esenciales. Superaba, sin dificultad, la prueba del mecanismo de depuración establecido para concluir que, globalmente apreciada, no acusaba la *inadecuación constitucional* designada bajo el rótulo impropio –fruto de la fenomenología de aquel cambio– de *inconstitucionalidad sobrevenida*. Una contradicción en los términos que –alterando la normalidad del orden de las cosas– situaba cronológicamente la norma constitucional de control a seguido de la legalidad previgente que se controlaba. Esta figura exótica era ventajosa y paliaba equitativamente el endurecimiento de la reconversión democrática de las normas del sistema autoritario, que, al seguirse aplicando, evitaban los inconvenientes del *miedo al vacío*. Mediaban diferencias notables entre el entendimiento que la garantía constitucional –relativa al régimen público de Seguridad Social– adquiriría en la *era de la prosperidad* –ambientadora del esplendor del Estado social y democrático de Derecho y de su Política Social– y el impuesto por las vicisitudes de la *crisis económica*. Una crisis que incidía en las relaciones individuales de trabajo –cuya traza de progreso decaía vertiginosamente– y no menos en el plano de las relaciones colectivas. Éstas ponían a prueba la madurez de unos sindicatos atrapados entre la *condena a entenderse* con el capital y a desdibujar los perfiles de una conflictividad creativa, y la urgencia –debida a motivaciones de prestigio frente a sus afiliados y devotos– de *mantener enhiesta la figura* y no claudicar en tan escabrosa encrucijada. Una crisis que propagaba sus cambios a las peripecias del sistema de la Seguridad Social. El imperativo del salvamento social determinó –con consecuencias que fueron más lejos de lo exigido por los sacrificios tendentes a mitigar sus agresiones– las lecturas e *interpretaciones antagónicas* que, en las sucesivas épocas de prosperidad y de crisis, dictaron los *cánones garantizadores* o reglas de oro de la protección colectiva que se cuestionaba.

Las tesis de la *Seguridad Social de la prosperidad* difundían, como dogma de fe, que el régimen público sólo era el marco del portento de las soluciones con que los poderes públicos garantizaban el principio de irregresividad de las adquisiciones sociales. Así constaba el *pago de la deuda histórica* legada al Estado social y democrático de Derecho por un Estado demoliberal que había errado al diseñar el edificio que su modelo –el de la

clase burguesa dominante— quería ocupar a perpetuidad. Era el marco de unas *particularidades selectivas* que amparaban las contingencias preferibles en función de la urgencia inherente a la satisfacción de las situaciones de necesidad apreciadas. La *preferencia* —peculiar de los derechos cuya plenitud y respeto no se concebían sin una financiación adecuada— se atendía con una generosa asignación de los recursos sociales destinados a ello, sin ignorar que la *suficiencia de las prestaciones* —exigida por el Derecho Social constituido— era indisoluble de la limitación de esos recursos, por grande que fuese su disponibilidad, y difería de la *reparación íntegra del daño* que utilizaba el Derecho de la responsabilidad civil. La preferencia obligaba a posponer el cuidado de las contingencias que, aunque oteadas en el horizonte de la necesidad de protección, no eran inaplazables. *Mantener el régimen público* significaba entonces que el aumento de los niveles de bienestar —puestos en negro sobre blanco por el legislador que se hacía cargo de las propuestas y/o adquisiciones sindicales— sólo podía detenerse, a lo sumo y algo así como *marcando el paso*, en circunstancias de excepción que lo justificasen. Los poderes públicos seguían obligados a *responder a las reivindicaciones sindicales* que, en nombre de un valor cultural afianzado, reclamaban la reanudación del proceso de adquisición interrumpido. El principio de irregresividad no concebía el mantenimiento como un estado de supervivencia oficial de la gestión pública, vacío de la sustancia que la completaba paso a paso. Invocaba un compromiso consistente en la *prohibición de interrumpir* la defensa de las expectativas en curso de consolidarse y los beneficios sociales ya perfectos. Algo que parecía inmutablemente natural y que luego sería rechazado como un pecado de lesa neoliberalismo. De ahí, la traslación de la idea —en parte sindical y en parte técnico-jurídica— de *derecho adquirido* al ámbito de las relaciones colectivas y las equivocidades a que ha dado lugar. No menos, de las operaciones de *caza y captura*, que, para terminar con ella, arruinaron su sustantividad ante el Derecho y liquidaron las existencias de su rico inventario.

Distinto era el alcance que el *Derecho Social de la crisis* asignaba a la noción de aquel *mantenimiento*, erigido en un concepto jurídico indeterminado con significación contradictoria de la que antaño se le atribuía. La *comprensión minimalista* —que estimuló el afán de arrinconar, con pretextos y medias verdades, los avances del Estado de Bienestar— se transfirió a la legislación y a la lectura de la legalidad fundamental manejada para incentivar —valga la paradoja— el *progreso galopante de las regresiones*. Se sostuvo que ese *mantener* se refería a la mejora del contenido de las prestaciones sociales del régimen público, sino que solamente reiteraba su carácter de *deudor de éstas* y excluía las fórmulas de privatización absoluta. El compromiso no pasaba de ahí y dejaba en una zona deslucida y opaca —expuesta a escalofriantes augurios, cual el de generalizar una Seguridad Social asistencial— cuanto afectase al crecimiento de sus objetivos. Prevalecía el compromiso de continuar una Política Social vinculada a unas posibilidades —más o menos

escasas— dependientes del voluntarismo de los poderes públicos y de no abandonar la zona protectora en que estaban obligados a permanecer. Sin cuestionarse la atribución de esas obligaciones, importaban más la *dosis de beneficio efectivo* y lo impreciso de la satisfacción correspondiente a los intereses legítimos que, necesitados de tutela, debían convertirse en derechos subjetivos. La defensa a ultranza del principio de irregresividad y las esperanzas depositadas en su arrojo quedaron al margen de un decisionismo cuyas providencias reductoras no fueron atacadas por los sindicatos con la debida intransigencia. Interesaría analizar cómo y hasta dónde los imperativos éticos de los sindicatos y sus predilecciones estratégicas se conciliaron para no combatir con denuedo el *principio del fin* de la fuerza social de las relaciones de trabajo.

La Seguridad Social de la prosperidad se atuvo a unas pautas posibilistas y graduales. Reclamaban que se ponderase —sin restricciones arbitrarias ni prodigalidades demagógicas— la cantidad y calidad de los recursos que, derivados de las fuentes elegidas por el legislador, amparaban las contingencias protegibles. El *gradualismo* —expresión muy cara a la semántica del Derecho Social y compartida por otros de sus problemas destacables— traslucía la propensión a *beneficiar a todos los ciudadanos* de la tutela del Estado de Bienestar, con pausas distintas de la congelación o el paso lento, y a *racionalizar un equilibrio equitativo* entre el juego de las fuentes de financiación y la naturaleza y/o posición de los grupos sociales o sociedades parciales afectados. El objetivo de la tutela del régimen público era una sociedad pluralista e indemne que, para resarcir los daños sufridos por sus comunidades e individuos, contase con remedios idóneos. La propagación de esos beneficios a toda la ciudadanía —como anunciaban los constituyentes imbuidos del espíritu social— culminaría la ejecución del «*cuán largo me lo fiáis*» que subyacía a las promesas optimistas del Estado de Bienestar.

La extensión de sus beneficios a todos los ciudadanos es, para la Seguridad Social de la crisis, algo más constreñido y consonante con el *espíritu de sobriedad* que predicán sus profetas de encargo. Se dicen conmovidos por el cambio, desconcertados por las mudanzas del estado de cosas ocurrido y prestos a sacrificarse para ofrecer soluciones más modestas que, en vista de sus lamentaciones, preserven la sustancia de un Estado de Bienestar que —a la luz de su pensamiento demolitorio y de las acciones consiguientes— pierde mucho de lo que le es consustancial. Alguna *confiscación presupuestaria de las pensiones públicas* —de que no disintió ninguno de los partidos políticos con representación parlamentaria, pese a su compromiso explícito de hacerlo eficazmente— es una *muestra escandalosa* de esos experimentos de tala o reducción. Apelando, como es usual, a la solidaridad, se elogian las ventajas que depara la elección de una *Seguridad Social asistencial* —no vedada por el constituyente al decisionismo político del legislador ordinario— y capaz de perfeccionar los adelantos de su mermado posibilismo. La preferencia por la solución asistencial puede reducir la Seguridad Social contribu-

tiva a proporciones ínfimas y, lo que es alarmante, ponerla en trance de exterminio o detrimento máximo.

La Seguridad Social de la prosperidad concibió la *suficiencia de las prestaciones* económicas al modo de un dato que, ante la tasa de los recursos disponibles y la selección de las contingencias protegidas, difería –cualitativa y cuantitativamente– de la reparación íntegra del daño asociado a la situación de necesidad que privaba de bienes debidos al sujeto. Su resarcimiento abarcaría –para restituir las cosas a su primitivo estado– el valor de la pérdida causada por la contingencia acaecida y de los beneficios que había impedido conseguir. La suficiencia de las prestaciones públicas –contemplada objetivamente y a tenor de la seguridad jurídica– trataba de *aminorar una distancia*. A saber, la existente entre la indemnización cabal del daño sufrido y la dosis de atención patrimonial que, con los medios a su alcance, destinaban los poderes públicos a colmar el espacio vacío dejado por esa carencia. Se entendían conceptualmente persuasivas –guardando las apariencias y adaptando sus soluciones a la naturaleza que el sistema adquiría y a la confusión dogmática que se engendraba– las prestaciones que una *determinación cuasitridentina* del poder público estimaba bastantes para declarar extinguida la situación de necesidad pendiente de satisfacción. Algo afín a un ejercicio de planificación atípica, cuyo voluntarismo rompía con el esmero técnico-jurídico de las instituciones del Estado de Bienestar y de los sistemas de Seguridad Social inspirados en ellas. Faltaba la libertad –moral e intelectual– indispensable para que el decisionismo político de los legisladores –distendido por el margen de libertad otorgado y el cuánto de responsabilidad contraído– se atuviese a las *cargas de la ética político-legislativa* que pesaban sobre sus acciones. También para que los intérpretes –constitucionales u ordinarios– se abstuviesen de osadías hermenéuticas cuya irreversibilidad terminaba obligando a un *acto de fe* en sus ejercicios de interpretación.

Las intuiciones y sondeos de la Seguridad Social de la prosperidad no atisbaron el dato –convertido después en un axioma de la Política Social– de que el trabajo estaba llamado a ser un *bien escaso* y repartible con criterios de solidaridad y justicia distributiva. No se llegó a prever algo reñido con la *fertilidad de los factores* convergentes en las relaciones de trabajo de los países industrializados con economía de mercado. No era de temer el advenimiento de un estado de cosas cuya probabilidad escapaba a la perspicacia de las predicciones más sutiles. Los observadores de la evolución de la Seguridad Social de la crisis económica elevaron la magnitud del desempleo –ante los episodios de reestructuración causados por las dificultades de aprovisionamiento o de sustitución de materias energéticas– a la categoría de una *contingencia de primer orden*, que, además de su novedad cualitativa, daba cuenta de la conmoción social de sus apariciones. De ahí, la transición a una Política Social empedregada y dependiente de las circunstancias que, según esas transformaciones, orientaban erráticamente sus cambios de rumbo.

Las prestaciones sociales –estimadas *suficientes* por un acto voluntarista de nominación– dejaban de serlo a causa de su escasez cuantitativa para reparar los daños anejos a la situación de necesidad. Las *prestaciones complementarias* –que eran *libres* en el caso de suficiencia material de las prestaciones principales públicas– devenían *suplementarias y forzosas* para compensar la insuficiencia sustantiva que los auxilios oficiales no enmendaban. La libertad forzada convertía en sarcástico el tenor de la cláusula por la que los poderes públicos *decían mantener* un régimen público de Seguridad Social cuya indigencia no escapaba a las críticas de su *fisonomía transformada*.

11. Redefiniciones del derecho a la libertad de empresa

Ha sido y, sigue siendo, pese a las apariencias, una verdad –secreto a voces– de la Historia reciente la tesis de que la *Política Social europea* o, para discurrir con pulcritud, la *coordinación* –aun por aquello de *ser lo mejor enemigo de lo bueno*– de las Políticas Sociales nacionales ostentaba el carácter de *pariente pobre* de las políticas comunitarias. La Comunidad Económica Europea no asumió la prevalencia de los *valores sociales* de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y, por ello, el problema de reservar a la Política Social un espacio habitable abrió la controversia que obligó a reemplazar los propósitos de una *Política Social unitaria* –ordenada sistemáticamente en las instituciones de las comunidades económicas– por la *armonización* de las Políticas Sociales de cada uno de los países miembros. La ida en pos de la *tierra prometida de la Europa Social* invitaba a examinar los pormenores que el ingreso en la Europa comunitaria aportaba al concepto de *libertad de empresa*.

El reconocimiento constitucional de este derecho se plasmó en una fórmula que –a la luz de las ventajas e inconvenientes del consenso– toleraba una *doble lectura* fundada en la elasticidad del valor superior del pluralismo político. Valor que autorizaba desarrollos entre sí divergentes de la norma constitucional que amplificaban, pero siempre ajustados a la legalidad fundamental e inteligibles conforme a sus principios y/o preceptos. El primero de ambos entendimientos defendía que el único modelo económico admisible era el de la *economía de mercado* –en cuyo seno la libertad de empresa se desenvolvía– y que, ante lo rotundo y excluyente de esta tesis, holgaban las interpretaciones paralelas o afines a los modelos planificadores del *cuasimarxismo* en boga a la sazón. Otra lectura más sensible planteaba *dos alternativas* a la fórmula elástica del pluralismo político, vidriando acaso el principio ontológico de no contradicción y su lema de que *una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo*. La primera variante prejuzgaba el juego clásico de la economía de mercado y, con ella, el ejercicio de la libertad de empresa en los países industrializados que la practicaban. La segunda pros-

cribía dicha libertad si, como base de la interpretación, se *militarizaban los episodios económicos* y se elegían los caminos de la planificación absoluta a cargo del Estado.

La *protección de la productividad* por los poderes públicos dependía de una u otra de dichas actitudes. Las exigencias de la *economía general* eran, para la primera, una consecuencia de la movilidad que caracterizaba a las operaciones de ese signo, puesto que su ejercicio afianzaba el entretejido del mercado de libre competencia. La referencia a la *planificación* se entendería restrictivamente, pues, sólo en circunstancias de excepción, reajustaba las demasías de una libertad sujeta a restricciones. En la segunda hipótesis, los imperativos de la *economía general* segregaban un concepto jurídico indeterminado que el decisionismo político podía actualizar, ya que no a su ilimitado albedrío, sí en virtud de criterios adecuados a las particularidades de las personas, del tiempo y del lugar. La tutela de la productividad no procedía entonces de las iniciativas protectoras de los poderes públicos, sino que les forzaba a respetar las directrices de una economía ya planificada. Modelo que, al concretar las previsiones del constituyente, la legislación podía adoptar por obra y gracia de un pluralismo político que apoyaba la razonable libertad de su elección.

Lo preceptivo de acomodar este mensaje a los textos internacionales ratificados por España, determinaba que –producido el acceso a la Europa comunitaria– esa elasticidad se disipase. Sobrevivía el análisis de la libertad de empresa en una clave que –descartado el prejuicio de la planificación anticipada– no atentase contra el contenido esencial o círculo intangible del derecho fundamental afectado. A saber, la *libertad de establecimiento* y la *libre circulación de capitales* que habían ganado carta de naturaleza en el espacio europeo. La interdicción de una planificación autoritaria de la libertad de empresa acotaba la zona de maniobras y llevaba a preguntarse sobre la mejora de su calidad en el campo de los derechos reconocidos constitucionalmente.

Cuestión que se enfoca a la luz del *principio de primacía del Derecho comunitario*. Hay una interdicción de que las normas del Derecho de los Estados miembros –incluidas las componentes de la legalidad constitucional interior– contradigan las pertenecientes al Derecho Fundamental o derivado de las comunidades europeas, que prevalece sobre aquéllas. Debe destacarse algo más sobre la comprensión de este principio. La fisonomía de una institución regulada por el Derecho de cualquiera de los Estados miembros requiere adjudicarle –declarativamente, por hipótesis, y no constitutivamente, por el voluntarismo causal del poder público– la misma naturaleza jurídica que, según los postulados innatos de un *orden natural europeo*, le confieren las normas del Derecho comunitario. La libertad de iniciativa económica y las variantes de su propagación –confiadas a la autorregulación peculiar del contenido esencial de este derecho– pertenecen al *acervo comunitario de derechos fundamentales*. El principio de primacía del Derecho comunitario

prohíbe que la legislación material o vertical de los Estados miembros dinamite la esencia de la libertad de empresa y, desvirtuando la identidad del derecho fundamental que entraña desde la perspectiva europea, le asigne una posición sistemática y un tratamiento jurídico que degradan y/o deterioran su totalidad. Se está en presencia de un derecho público subjetivo impuesto a la voluntad del constituyente e incompatible con complacencias que desfiguren su verdadero rostro. Algo que inequívocamente luce en el horizonte, constitutivamente histórico, de la razón práctica. Si el constituyente atribuye a dicha libertad una naturaleza de proporciones medias o inferior calidad, rebajando la conveniente a sus condiciones innatas, la deficiencia es abolida en virtud del principio de primacía del Derecho Comunitario –que veda esas reducciones sustanciales– y reemplazada por el *óptimo trato* a que la aplicación de aquél conduce. La libertad de empresa en el marco de una economía de mercado –positivizada como una *libertad de proporciones medias*– asciende a la *categoría de derecho fundamental* en el ordenamiento jurídico estatal que le rehusaba esa titulación. No cabe otorgarle un tratamiento más tenue o menos agresivo que el preceptuado por el ordenamiento jurídico supraestatal que obliga a lo contrario. Se defiende, en suma, la elevación de la libertad de iniciativa económica a derecho fundamental de cada Estado miembro que, en el marco europeo de las relaciones industriales, la juzga inseparable de la *libertad general* de las personas físicas y jurídicas que ejercitan las facultades y asumen las cargas de las funciones sociales que están a su cargo.

La atribución de este carácter –objeto de un debate que demanda serenidad y reflexión– invitaba a diseñar la libertad de empresa como un *derecho-facultad* cuyas manifestaciones de poder se encaminaban a obtener un beneficio económico y a superar los riesgos ordinarios que lo entorpeciesen. También justificaba el calificarle de *derecho-función*, porque *la propiedad obliga* en virtud de las funciones sociales del dominio –sobre los instrumentos y medios de producción– que, sin esperar a las futuras concreciones de los legisladores ordinarios, predice la *regla en blanco* que el constituyente ha tenido a bien adelantar. Lo primero implicaba el ejercicio de cuantas facultades –relativas a la selección, destino e inversión del capital, régimen de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, y técnicas de racionalización del proceso productivo– aguardaban respuestas conexas con las conminaciones de una crisis económica cuya gama de temores y vacilaciones se adueñaba del espacio social europeo.

La *función social* de la libertad de empresa coartaba el contenido de un derecho de disposición que incluía la facultad de abandonar, sin trabas, el mercado de libre competencia. Los titulares de esa libertad no habían de afrontar riesgos incómodos o peligrosos, porque su concepción de la economía de la prosperidad no les imponía el deber –moral y social– de sufrir, por tiempo indefinido, los quebrantos patrimoniales de un endeudamiento improductivo. La dependencia de estas cargas conservaba activos y sustraía

a los inconvenientes de la territorialidad ambulatoria –luego atizada por la *globalización*– los ciclos de producción cuyo arraigo geográfico aconsejaba una terapia moderada que preservase su continuidad. Había que aminorar las anomalías de las relaciones de trabajo y reducir –conteniendo la virulencia de su impacto– la *velocidad de crucero* de la crisis económica, para evitar la irradiación de las *reconversiones salvajes*. La expansión cualificada de las ofertas de trabajo, completada con los efectos positivos de la readaptación profesional de los demandantes, sanearía los aspectos morbosos de la fenomenología de la crisis. Se desaceleraba, en los casos más álgidos, el proceso maligno de degradación del empleo que, por inercia o simpatía, mostraba alarmantes síntomas de empobrecimiento.

12. Tendencia a la igualdad en el progreso

A estas reflexiones se sumaba un componente inseparable, fruto del interés en aclarar –llamando a las cosas por su nombre y no rindiéndose a las tentaciones de un disfraz desvahído– la alentadora cláusula de equiparación o *igualación en el progreso* que encabezaba la lista dispositiva de la Política Social europea. Ello movió –con resultado estéril y acompañado de algunas mezquindades que el pudor impide pormenorizar– a instar la interpretación propuesta en la *primera de las cuestiones prejudiciales* que, tras su ingreso en las Comunidades, planteó el Reino de España ante el orden jurisdiccional comunitario. Se recababa un parecer sobre el que los jueces ordinarios –promotores de dicho incidente– rotulaban de *cláusula transformadora* similar a la constitucionalizado en algunos Derechos nacionales de la Europa económica. Para ratificar –con ingenuidad que los hechos han corroborado– el alcance atribuido a ese pasaje y fomentar el avance de la interpretación propugnada, se suplicó un pronunciamiento que, como *complemento jurisprudencial*, delimitara el entendimiento de la cláusula en el orbe geográfico de las Comunidades. El grueso de las alegaciones de la cuestión prejudicial denunciaba ciertas *medidas regresivas* de signo social que el legislador estatal había adoptado sin observar tres condiciones exigidas por la naturaleza de las cosas y consistentes en la conclusión de un *previo acuerdo con los sindicatos representativos*, en la *ejecución gradual* que aligerase el perjuicio causado por tales medidas, y en la *fijación de indemnizaciones* suficientes para compensar el daño anejo a la pérdida del derecho o el interés legítimo de que se priva al grupo social o a la persona. Se denunciaba la reversibilidad –pecado de *lesa Seguridad Social*– de unas prevenciones reñidas con el espíritu de progreso de las cláusulas cuya interpretación se debatía. Se pedía la declaración de que, al conducirse así, la Política Social gubernamental *vulneraba la consigna transformadora de igualdad en el progreso*, entendida como clave de los propósitos de cambio que acampaban en esos precedentes e incluso utilizaban algún elemento aprovechable del pensamiento jurídico marxis-

ta. Consigna que, de incorporarse al pensamiento social europeo, refrendaba la idea –muy cara a dicho cuerpo de doctrina– de que el Derecho no sólo está en circulación para *pacificar los conflictos* entre las partes afectadas por la colisión de sus intereses, sino también para igualar las condiciones sociales y, acelerando el ritmo de su bienestar, *transformar la fisonomía de las modernas sociedades*. Pese a lo escrupuloso y reflexivo de los términos en que la cuestión prejudicial se dedujo, su destino no corrió la mejor de las suertes. Soportó el tratamiento de una técnica reductora o *cirugía de jibarización* –que la jurisdicción comunitaria decidió aplicarle– y también la enemiga con que la distinguieron algunas instancias políticas del Estado soberano autor de la medida enjuiciada. Primó la conclusión –desalentadora y poco edificante– de que el órgano judicial comunitario no debía conocer de aspectos que –como el concerniente al principio de irreversibilidad de las adquisiciones sociales, clásico, capital y confirmado por los aleccionamientos de la Historia– habían caído en desgracia de las normas comunitarias invocadas para defender su subsistencia.

Una vez más, se acreditaba la atonía con que, pese a las menciones platónicas de la *Europa social*, las instituciones comunitarias equiparaban sus reclamaciones a las del *pariente provinciano e incómodo* con quien molesta relacionarse y/o comprometerse demasiado. La densidad de la petición de una respuesta inequívoca a los temas generales que se consultaban pudo influir en la *obsesión simplificadora* de la resolución recaída.

Tampoco estaban fuera de la inquietud europeizante las reflexiones provocadas por la aplicación del Derecho Comunitario a las experiencias de *crisis de empresa*. Había que reinterpretar, por vía de actualización, las normas del Derecho autoritario que no asoció el tratamiento de la crisis al ejercicio del poder de organización del empleador que intentaba una *operación de salvamento*. Ahora procedía acomodar a las exigencias del mercado el volumen de producción –castigado por las reconversiones industriales y las vicisitudes de la oferta y la demanda– y acreditar la causa colectiva de extinción de las relaciones contractuales a través de los *despidos plurales*, bautizados después con el nombre impropio de *despidos colectivos*. La intervención de las representaciones sindicales y del poder administrativo laboral –reflejo anacrónico de la injerencia de los poderes públicos que controlaban y/o restringían, en el transcurso de la crisis, las prerrogativas empresariales de organización– se calificó de *regulación más favorable*. Gracias a una conversión hermenéutica, el novedoso papel de esos agentes –de hecho y de Derecho– robustecía la igualdad y evitaba la indefensión social de los trabajadores despedidos por causas tecnológicas o económicas. Se moralizaba y socializaba el *tufo neoliberal* que, para facilitar los despidos plurales, tenía puesto a punto el ordenamiento jurídico comunitario. Un Derecho estatal, restrictivo y pendiente de amparar los intereses egocéntricos del régimen paternalista autoritario, devenía un Derecho actualizado, democráticamente generoso y abierto a la tutela de los intereses generales de las Comunidades. El Derecho

Comunitario europeo –encadenado por una de sus normas jurídicas en blanco– facilitaba el juego de *acciones de apoyo* innominadas e imprevistas.

Conviene asimismo aludir al problema –que se abordó más tarde– creado por el *Programa de Convergencia* que, junto a otros aspectos, incidía en un tema tópico de las vicisitudes del Derecho Social. A saber, la determinación del alcance de la injerencia del Estado en la regulación de las condiciones de trabajo y la definición de un *principio de subsidiariedad* que difería del concepto inherente a su rotulación en la era demoliberal. Había que erigir, para ello, un *principio de autonomía* fundado en la presunción tácita de dos proposiciones. Conforme a la primera, nadie mejor que los sujetos individuales y colectivos inmersos en el círculo de los problemas apreciados, conocían los antecedentes, las motivaciones y los hechos históricos de que derivaban aquéllos. Dominaban exhaustivamente el supuesto de hecho de las decisiones o pautas relativas a las situaciones cuyo examen condicionaba el amparo de sus intereses. La otra presunción anunciaba que, aunque el poder público estaba en condiciones de proveer a dichas exigencias, no podía aportar el *toque de individualización* que aseguraba sus efectos óptimos. Los agentes sociales, que advertían de primera mano los términos en que los problemas adquirirían la cualidad de tales, se obligaban a adoptar las soluciones coherentes con su *conocimiento inmediato y certero* del estado de cosas, y con el uso de la diligencia exigible para despejar sus interrogantes.

13. Ensanchamiento de los espacios sindicales

La condición –*privilegiadamente constitucional* y sometida a cargas de cierta importancia– que la legalidad fundamental otorgaba a las organizaciones sindicales, se tornaba exigente hasta el punto de que la libertad sindical tuvo que abrirse paso como el resultado de un *esfuerzo reinterpretaivo*. Ello implicaba el derecho de los sindicatos a elegir y dar cabida en sus programas, además de los objetos de su atención tradicional, a cuantas *hipótesis de deficiencia social* considerasen dignas de una mejora a cargo de su acción cooperativa. La atribución de la naturaleza de derecho fundamental partió de un razonamiento imprescindible para perfeccionar un reconocimiento involuntariamente incompleto. La situación contemplada bajo la estricta rúbrica de los *derechos fundamentales y libertades públicas* no agotaba los contenidos propios de la creciente libertad del sindicato.

Había que apelar a un discurso que, con un mínimo de imaginación, satisficiera un objetivo doble, a saber, la *definición omnicomprendensiva* de la libertad sindical y su reconocimiento como *derecho fundamental* adornado de los atributos que –más allá de la mera eficacia– realizaban su efectividad. La oferta innominada de apoyo que los poderes públicos cursaban a los sindicatos les invitaba a utilizar –diríase que con indiscreta frecuencia– la institución del Estado social y democrático de Derecho que representaba la *pro-*

ceso judicial. El sindicato invadía la vasta *tierra llana* de cuantos, yendo en pos de la efectiva tutela judicial de sus derechos subjetivos e intereses legítimos, accedían a los beneficios del derecho fundamental que esa protección innovaba. El proceso judicial estaba a disposición del sindicato, porque se habían disipado los prejuicios emocionales y la terquedad rupturista que –hasta su renuncia a la revolución– el *programa revolucionario* sindical mantuvo frente al talante antisocial del Estado de Derecho liberal burgués. Libre de estos reparos, se recordaba al sindicato la diversidad enriquecedora de sus intereses legítimos y se le imputaba una *deuda de cooperación* sumada a las iniciativas que podía emprender en solitario. El deber de contribuir, en coalición o en desacuerdo con otras organizaciones, admitía –desde una perspectiva sincera y socialmente productiva– un *uso sindical del proceso* del que antaño el sindicato disenta por varias razones. Unas eran emocionales e instintivas, otras aducían los dogmas fundamentalistas que negaba la salvación social fuera de los cauces brindados por el sindicato, y otras, en fin, brotaban de un rechazo difuso del proceso judicial, a causa de las experiencias negativas que éste había supuesto para el triunfo de las reivindicaciones sindicales. El Estado demoliberal contempló estas reacciones desde una perspectiva general, a la que sólo fue excepción la crisis de una *conciencia social minoritaria* –tan testimonial como inútil– enfrentada al *decisionismo pedestre* de la burguesía. De ahí, la confusión intencional de los esfuerzos y luchas sindicales con supuestas tentativas de alteración del orden público que era obligado combatir. La represión de las acciones sindicales contó con la complicidad de un Poder Judicial enojado por el hecho de su aparición y resuelto a defender el derecho de propiedad privada y las manifestaciones expansivas de su ejercicio en el mercado libre de bienes y servicios. Se reprimía el movimiento que, augurando la fulminación violenta del Estado burgués, pretendía acercarse a la meta del *fin de la historia*, que sucedería a los cambios de la *dictadura del proletariado*, y liquidar la dominación del sistema demoliberal, cuyo aplastamiento controlado entraba de lleno en el cuerpo de las premoniciones sindicales. Los textos sagrados del sindicalismo acusaban a los jueces de ser –junto a otros poderes de hecho y de Derecho, como los aristócratas, los banqueros, los militares y los eclesiásticos– los *enemigos naturales* de la clase trabajadora y los opositores más hostiles al prevalecimiento de sus aspiraciones colectivas.

Los sindicatos percibían –nebulosa e intuitivamente– que su acceso al ámbito físico de la soberanía del Estado no emanaba de una concesión que graciosamente les adjudicaba un espacio habitable, sino de un acuerdo que tácitamente combinaba los *ingredientes de control y de apoyo* –necesarios para la regularidad de aquella recepción– sin privarles de la condición de sujetos institucionales soberanos. Carecían de la base geográfica sustituida por las condiciones en que su recepción se producía. La idea de *poder sindical* y la denominación de la *autonomía colectiva* ejemplificaban una confrontación civilizada o condena a entenderse con los poderes públicos, fuera

de cualquier postura de sometimiento a las decisiones de la jurisdicción. El reciente desarrollo normativo del proceso facilitó a los sindicatos fórmulas de legitimación general, sindicalización de acciones y represión judicial de conductas antisindicales que, sin provocar el rotundo rechazo de sus beneficiarios, no suscitaron un entusiasmo desmedido. La estadística judicial da fe de la parquedad con que el sindicato –no siempre consciente de la sinceridad y utilidad de esas ofertas– ha aprovechado el apoyo de sus formulaciones. El desarrollo protector ha judicializado los conflictos colectivos –claramente los de naturaleza jurídica e implícitamente los de orden económico, que la jurisdicción no acaba de atraer a su conocimiento– y se ha extendido a los *conflictos impropios*, cuya judicialización es obra del decisionismo político de la legislación procesal delegada.

Interesaría conocer las estadísticas de cómo –salvaguardando su pretensión de autonomía– los sindicatos han utilizado los equivalentes jurisdiccionales o sustitutivos procesales, y compartido la *oferta de apoyo* que –fuera de cualquier *amago de control*– subyace a la declaración del derecho a la efectiva tutela judicial de sus derechos subjetivos e intereses legítimos. La *fuerza vinculante* –que es la fuerza de ley de las normas del ordenamiento extraestatal– de la negociación colectiva proclama que el constituyente llama, en auxilio de los beneficiarios de sus cláusulas convencionales, a un Poder Judicial dispuesto a injerirse en unas relaciones sindicales cuya normalidad no mediatiza ni altera. Aporta un ingrediente de templanza jurídica que el antagonismo y la crudeza de las contiendas de esa índole no siempre garantizan ni logran imponer a las voluntades de los empleadores y sus asociaciones.

Conviene volver sobre la *fenomenología de la huelga* que animaba el proteísmo del Derecho Social colectivo en su evolución general y en sus particularidades autóctonas. Las alergias del sistema autoritario previgente brotaban de un trío de *supuestas agresiones* que, a juicio de sus críticos, lesionaban su prosperidad y prestigio. Procedía la una de los movimientos declarados, a la sazón, separatistas y desintegradores de la unidad nacional. Residía la otra en la acción de los partidos políticos, a cuya voracidad doméstica y desinterés para con la cosa pública se achacaban las desventuras que asolaban a la sociedad. La última consistía en la insaciable *reiteración de las huelgas*, reputadas fatídicas para la buena marcha de la economía y la defensa de los intereses de los trabajadores.

La interferencia del régimen autoritario imprimió a la evolución de la huelga un ritmo conceptual y cronológicamente distinto del que, desde los albores del Estado demoliberal hasta entonces, revelaba el examen histórico de sus cambios. La *huelga-delito* señalaba una primera etapa en que, como excepción cualificada a la neutralidad exigible, el legislador tipificó episódicamente la *coalición punible* e incluyó la libertad de comercio y de empresa en la lista de bienes objeto de la tutela jurídico-penal. La figura siguiente de la *huelga-libertad* redimió al Estado demoliberal de las responsabilidades

del pecado venial consistente –a la usanza de entonces– en una acción de apoyo a la libertad de empresa y no fue más allá de un incumplimiento masivo que, sin consecuencias punitivas, resaltaba la eficacia disuasoria de los males derivados de tal actitud. Si los trabajadores se sumaban a la huelga, porque eran libres de desatender sus obligaciones de disponibilidad y asistencia al trabajo, los empresarios podían invocar la antijuricidad de cada incumplimiento personal y extinguir los contratos individuales por medio del despido. La *huelga-derecho* perfeccionaba un ideal del Derecho de Gentes de las relaciones de trabajo y confería al sindicato el poder colectivo de constituir –elegidos la oportunidad y el momento estratégicos de emplear ese medio de presión institucionalizada– a los grupos de trabajadores, cuya voluntad sustituían, en una *situación convenida* que, además de otros efectos secundarios, autorizaba a omitir las prestaciones específicas del deber profesional de trabajar. La atribución subjetiva del derecho adquirido e ingresado temporalmente en el patrimonio de cada titular constituía una *causa de justificación* que –a semejanza del modelo jurídico-penal– excluía la ilicitud de la conducta de inasistencia al trabajo e impedía cancelar los contratos amparados por esta eximente. Así se explicaban la *titularidad individual* del derecho de huelga y su oponibilidad, por vía de excepción, frente a la determinación empresarial de despedir. La función compulsiva de la huelga exigía que, aceptada esa titularidad individual, su cualidad de *derecho en pie de guerra* se realizase colectivamente, porque, sin el impacto de sus conminaciones, fracasaba el mecanismo de presión institucionalizada que igualaba materialmente a los sujetos del conflicto. Sus objetivos de autotutela no se agotaban con la puesta en situación que suponía su disponibilidad de arranque. Hacía falta que el elemento de *coactividad* –que, so pena de fracaso, debe asistir a toda acción de huelga– interviniese eficazmente o que, al menos, se mantuviese la dosis de *temor de necesario y suficiente influjo* en la actitud del empresario ante el riesgo creado por la adopción de la máxima medida de conflicto.

Las vicisitudes autóctonas de la huelga ganaron en complejidad y artificio. Implantado el sistema autoritario, la *recriminalización de la huelga* como delito de lesa patria nada tenía que ver, pese a su reingreso en la órbita del Derecho Penal, con las rudimentarias acciones de apoyo embebidas –hacia tanto tiempo– en la rancia política persecutoria del delito de coalición. No se trataba de amparar, a su efímera usanza, el interés económico de la libertad de comercio e industria, sino de sancionar –con la altivez del pensamiento autoritario– la violación de un deber público de solicitud y diligencia, que lesionaba la *unidad al servicio de la patria* en que la idea de producción se resumía. La obsesión de aportar una imagen amable y condescender con los disfraces engañosos de la libertad, llevó, más tarde, a una *despenalización de la huelga* que no eliminó sus repercusiones negativas en la vida de las relaciones de trabajo. Agonizando el sistema autoritario y tras alguna decisión judicial utilizable, se recurrió al arbitrio –doctrinalmente inédito y

debido al empeño en conciliar la continuidad autocrática con la falsa imagen de las libertades subsistentes— de la *huelga-recurso*. Sin categoría de derecho, la figura de nueva creación se asemejaba a una *eximente de responsabilidad colectiva* que —imitando el estado de necesidad o la inexigibilidad de otra conducta— inmunizaba a los contratos de trabajo contra los acuerdos de despido. Pese a la represión exasperada de estos movimientos, la aplicación de la ingeniosa *teoría gradualista* permitió que —aquilatando la voluntariedad individual de los intervinientes— la jurisdicción atenuase, conforme a la equidad, el alcance de la máxima sanción de despido y recortase las extinciones masivas de contratos por la participación material de los trabajadores en huelgas ilegales.

El constituyente concibió la huelga como un *derecho fundamental* cuya ordenación legislativa y autorregulación sindical parecían, a primera vista, incompatibles y, eran, no obstante, impecablemente adecuados a la legalidad fundamental. No tanto por la maleabilidad interpretativa con que el valor superior del pluralismo político autorizaba a reaccionar, cuanto por obra y gracia de la *conjugación gramatical* en presente de subjuntivo —deslizado incontroladamente y de rondón en el texto definitivo— del verbo *regular* elegido al efecto. Esa conjugación impedía denunciar la inconstitucionalidad por omisión del desarrollo legislativo del derecho de huelga, si constaba inequívocamente la preferencia del poder público —que se abstenía de legislar— por los mecanismos autorreguladores. Queda en pie la duda —creciente y creíble— de si la ordenación inmediatamente preconstitucional del hecho huelguístico, acuciada por motivos de credibilidad democrática, no ha sido abolida por el engrandecimiento de las realidades sociales subsiguientes a una regulación urgente cuya supervivencia se cuestiona con razones de peso. No han faltado pretextos para desistir de una regulación completa, porque la coyuntura no coincidía con las exigencias centrales del derecho fundamental. Las tentativas obedecieron a las razones de *orden público* que lo requerían contingentemente, pero nunca se remataron para analizar, en condiciones de serenidad intelectual, las exigencias y los problemas técnico-jurídicos suscitados por el modelo constitucional y por su adaptación al ejercicio colectivo de la potestad de autotutela. El más reciente ensayo corrió la suerte de un *templado proyecto gubernamental* que, iniciado el trámite parlamentario, se convirtió en un furibundo instrumento de las acciones sindicales que —administrando y adueñándose de las vicisitudes de la huelga— fulminaba la cordura del texto inicial. El frenesí del aparato partidario y el sentido de responsabilidad del poder público entraron en conflicto. La alarma social —quizás menos intensa de lo exigido por las circunstancias— que despertó la tramitación del proyecto, fue la causa eficiente de una decisión cuya *interioridad histórica* no se ha desvelado por completo. Dícese que, cuando el texto aprobado por el Congreso se hallaba en la Cámara Alta pendiente de su devolución, se acordó —gracias a las presiones de la comunidad empresarial y a la conclusión de un pacto inconfesa-

do con el Poder Ejecutivo– la disolución de las Cortes Generales. Se acudió a una vía desproporcionada, si se quiere, pero inevitable para sepultar la *masa de riesgos* que, oteados de cerca, impedían que el proyecto fuera lo que sus autores habían deseado de raíz. Ejemplo de cómo, de buenas a primeras, el decisionismo político retiró su *etiqueta de urgencia* a una iniciativa que, después de declararse inaplazable, se ha olvidado y pospuesto por tiempo indefinido. Ese estado de cosas dio la oportunidad –harto justificada y académica– de ensayar una *revisión crítica* del tratamiento de la huelga y de la información comparatista sobre sus imágenes y expresiones históricas.

14. Recapitulación constitucional

Con cuatro lustros de atraso sobre las iniciativas europeas, la expansión democrática de las relaciones industriales se abrió a los adelantos de la *flexibilidad* y al uso ponderado de la *desregulación*. Surgió la oportunidad de debatir si el porvenir universal del Derecho de las relaciones de trabajo no aconsejaba su transformación –a la usanza del modelo histórico de las antiguas recepciones– en un *Derecho Social de principios* para una reforma social de preceptos. La rapidez con que se sucedían las construcciones –teóricas y prácticas– del Derecho Social y se disciplinaban sus instituciones, inducían a las propuestas de este estilo. Denotaban una especial *velocidad de tránsito* de la dogmática a la Historia del Derecho, con las dificultades y –también hay que decirlo– los alicientes de creatividad interpretativa que estas circunstancias engendraban.

Consideraciones que movieron la *puesta en común* sobre el Derecho constitucional del Trabajo en España, con participación de juristas españoles y brasileños que, representando a las instituciones más notables, acreditaron la utilidad y el valioso balance de su encuentro.

Circulaba también la inquietud relativa a las parcelaciones o rupturas que, en algunas circunstancias de su aplicación, podían afectar al Derecho Social emanado de la competencia exclusiva del Estado. Las nuevas perspectivas y posibilidades trajeron a capítulo cuanto entonces podía referirse a los temas de la unidad y la coherencia o *indivisibilidad del sector social* del ordenamiento jurídico.

Ante las repercusiones del Tratado de Amsterdam en la versión consolidada del Tratado de Roma, la idea de las *luces y sombras de la Europa Social* se manejó de nuevo para mostrar la necesidad –obstada por sistema e indefinidamente– de un tránsito que, con paciencia inagotable, aguardaba su turno. A saber, el salto de la timorata e impropriamente llamada Política Social europea a un *espacio deontológico* donde la protección reconocida fortificase la naturaleza –que aquellos textos avalaban– de un *derecho fundamental* a los beneficios de la Seguridad Social.

Todo este cuerpo reflexivo remozaba consideraciones que –ante las evidencias de los signos de los tiempos– se habían adelantado en su momento y que, gracias al curso de los acontecimientos, aconsejaban precisiones complementarias y matices.

15. Hacia la recepción e instalación del hecho globalizador

Las comprobaciones asociadas al *fenómeno de la mundialización* y de sus inquietantes capítulos llevaron –tras un examen esmerado de su incidencia en las relaciones industriales– a conclusiones veraces y abundantes en cierto pesimismo. Toda la historia de esas relaciones –absorbida por la atención prestada al ritmo y las mudanzas de un conflicto endémico– condicionaba su sobrevivencia. El descubrimiento y la notoriedad del dogma histórico-social del antagonismo entre los agentes de la producción justificaron el diagnóstico –marcado por el cuerpo de doctrina y las inquietudes de la *lucha de clases*– favorable a la constancia del conflicto industrial. Algo que la oscurividencia del Estado liberal se empeñó en ignorar o, a lo sumo, tildó de *castigo civil* impuesto por una coyuntura históricamente explicable y llamado a remitir sin tardanza. A tan voluntarista y voluntariosa muestra de ignorancia, sucedió el dictamen –modelo de agudeza intelectual– de las llamadas luego por el neotomismo *minorías de choque proféticas*. Grupos que, tras tomar cuenta y razón de los cambios sociales debidos a las tensiones del conflicto, predecían la necesidad de atajar, con soluciones ajenas a la política de lamentaciones, las incertidumbres derivadas de su expansión irreprimible. La tozudez y contundencia de los hechos determinaron que al diagnóstico selecto del conflicto –ciegamente ignorado por el Estado–ordenamiento y el Estado comunidad– sucediese la *conciencia fatalista* de su comprobación y la renuncia a cualquier acto de medicina social bueno para encauzarle. La fuerza de las cosas obligaba a reconocer su magnitud y convivencia con una fenomenología convulsiva. El Estado demoliberal y los poseedores de los instrumentos y medios de producción se enfrentaban a los agentes sindicales que –rehusando, al verse vencidos de antemano, cualquier solución de compromiso con el sistema burgués cuyo *juego de ventaja* les arrinconaba– elegían la senda revolucionaria para liquidar la opresión y los desmanes imputados a las instituciones democráticas. El Estado de Derecho liberal burgués –empavorecido y cauteloso– tomaba nota de la entrada en liza de la nueva clase, pero acataba escrupulosamente las *reglas de neutralidad* de su filosofía política. Ni de lejos se plegaba a aceptar las responsabilidades de su contribución al bienestar general –confesando el relieve social de las aportaciones de la fuerza de trabajo– y del respeto a la dignidad de cuantas personas físicas poblaban esa creciente sociedad parcial de su interior. De ahí, su *esterilidad deplorable* para adivinar y administrar las peripecias de un conflicto plagado de riesgos que se multiplicaron con el tiempo.

Fue posterior la *abolición artificial* del conflicto que los sistemas autoritarios suplantaron por el establecimiento de una *comunidad nacional* –de capital y trabajo– y la conversión de los procesos productivos en *unidades de colaboración* cuya idílica perspectiva –animadora de algunas adquisiciones positivas de Política Social– acabó truncada por los sucesos políticos internacionales y por la combatividad infatigable del sindicalismo clandestino. La racionalización o *distensión del conflicto* fue parte de la decisiva operación emprendida por el Estado social y democrático de Derecho que –a través de aproximaciones y tanteos– dejaba fuera de cuestión la inmovilidad del sistema democrático y arrancaba a las organizaciones sindicales de los países industrializados de economía de mercado sus promesas de *renuncia a la revolución*. El sistema insertaba al sindicato en el marco postbélico de unas relaciones industriales civilizadas y le confería un activismo social audaz y perceptible. Posición que, animada por la favorable coyuntura económica de la sociedad occidental sumida en los encantos del mercado libre, fomentó un *estilo sindicalista de gestión*, cuyas demandas cuantitativas se sustanciaban generosamente, y orilló las de un *sindicalismo cualitativo de reivindicación* que, preso de ese triunfalismo, no se esforzó en poner a punto algunas de sus asignaturas pendientes. De ahí que, como reacción avalada por el tiempo, la *transfiguración morfológica* del conflicto revelase la extensión protectora del Derecho Social al ejercicio de los derechos constitucionales en el lugar de empleo y a las nuevas formas de acción sindical que, trasladando el conflicto a las unidades productivas, iba en pos de los *objetivos cualitativos* marginados por el sindicalismo de gestión. Se alzaba una barrera frente a la *ansiedad competitiva* de los empleadores que multiplicaban las técnicas de racionalización aconsejadas para sobrevivir en el mercado y poner a prueba las variantes malélicas de la *plusvalía*. Aceleraban, sin tasa ni piedad, los ritmos de trabajo y convertían a los trabajadores en inconscientes cómplices de su explotación tecnificada. Desnaturalizaban el deber profesional de trabajar que, de una *obligación de medios* o de simple actividad, pasaban a serlo de fines o de *resultado*. El asentamiento de la *democracia industrial* salvó, si no todas, sí algunas de las contradicciones que había engendrado esa dinámica.

La *moderación del conflicto* acontece cuando la crisis económica –que atravesará las fases sucesivas de aparición inopinada, coexistencia tolerable e inmersión absoluta– obliga a reemplazar la dureza de la confrontación por actitudes de colaboración que, so pena de entenderse o perecer, refluyen en distintos aspectos. Los sindicatos, que habían desistido de la revolución, aceptan, como males menores, *gravosas renunciaciones* al principio de irregresividad, a la subsistencia del concepto de derechos adquiridos y afirmados históricamente, y a la sustitución de la defensa de la estabilidad del puesto de trabajo por la protección colectiva de los niveles de empleo expuestos a una degradación enorme. La indisponibilidad o el encarecimiento de las materias energéticas crean dificultades que *reducen las ventajas cuantitativas* de los trabajadores a cambio de concesiones en la política de empleo, de mejora de

las condiciones de seguridad e higiene, y de aumento de las garantías del ejercicio de las libertades sindicales. Enfatizan la carga empresarial de acelerar los *procesos de reconversión industrial* que aseguran la continuación y la presencia en el mercado de bienes y servicios, para bien de los consumidores, y en el mercado de ofertas de trabajo, para desacelerar la destrucción del empleo. La ineficacia del *deber de paz* lleva a sustituirle por *obligaciones individuales de productividad* con que la parte normativa de la negociación colectiva suple el perjuicio causado por la impunidad de que –rompiendo la conmutatividad de los convenios– los sindicatos se servían para soslayarle. Esta dulcificación del conflicto –cuyas apariencias de provisionalidad sugerían la vuelta a la normalidad de antaño– puso en camino del *despeñadero neoliberal*. Ocurrió así porque, sin posibilidades de un control eficaz, se generalizó el *ejercicio abusivo* y, por lo mismo, irracional de unos derechos flexiblemente destinados a conjurar una crisis que, ante esta sorpresa, se desboca en derroteros laberínticos. El cuasimonopolio –dominante y selectivo– de las ofertas de empleo constituye, a partir de ahí, la *clave del perjuicio* irrogado a los derechos de los trabajadores.

Un paso más y se intuía la *disolución del conflicto* que predecía la aventura facilitada por el ejercicio multidireccional de la libertad de establecimiento y el derecho a la libre circulación de capitales. Los empleadores exceden y emigran de los ámbitos territoriales de localización del conflicto y, movidos por los alicientes del poder multinacional, privan a la clase sindical de *opciones tangibles de oposición y de presencia* en el campo de juego que antisocialmente abandonan. Penetran en espacios geográficos donde la simplicidad de la estructura social, lo difuso de la conciencia de la dignidad personal, el efecto invasor de las novedades tecnológicas y la ausencia de sensibilidades culturales al respecto, favorecen la construcción de un escenario idóneo para *herir de muerte* el ya debilitado, aunque tenaz, influjo del conflicto en las relaciones industriales. Tras la disolución, cabe hablar de la *civilización del conflicto*, no en cuanto enriquecimiento –que, a su tiempo, fue positivo y aleccionador– de las normas de Derecho Social, sino del *remate de la desregulación*. Toda una tendencia a suprimir la ya empequeñecida injerencia del Estado y a engrandecer el poder contractual del empleador, cuya dominación enfrentaba a los trabajadores individuales en posiciones de *conflicto impropio*. La autonomía sindical dejaba de pesar en la fijación de unas condiciones de trabajo que nacían de la contratación individual y que –al perder su carácter de conquistas debidas a las acciones meritorias de los sindicatos– les retiraban uno de los rasgos que, más y mejor, habían cooperado a su prestigio.

Al cabo de estas regresiones en la edificación de la parte más sensible y amplia de un orden jurídico justo, el *modelo sinóptico del Derecho Social* objetivo quedaba ensombrecido y, a veces, eclipsado por la intensidad de las agresiones económicas. Restaba poco de la estructura de una relación individual de trabajo que, gracias a las aportaciones de la Teoría General del

Derecho y el Derecho Civil, llevaba camino de un enriquecimiento dogmático favorecido por las adquisiciones justas y no por las rebajas de los derechos de los trabajadores. El Derecho colectivo volvía a sindicalizar los objetivos de gestión –dificultando y entenebreciendo los de reivindicación– que no se ejercitaban ya porque el Estado y los empleadores se adelantasen a satisfacerlos, sino porque estos mismos sujetos frenaban las propuestas sindicales de mejorar lo módico de aquellos resultados. El Derecho de la Seguridad Social sufría el castigo de las *torpes coartadas* con que –asociándose a las alabanzas de las recetas neoliberales– la doctrina oficial de los Estados soberanos acumulaba impedimentos y pretextos para yugular las intenciones de *retorno al Estado de Bienestar*. El modelo sinóptico de un Derecho Social objetivo –fruto de los afanes de armonía y solidez– se desplomaba, dejando tras de sí algunos débiles arbustos que, en la vastedad del desierto social, cedían ante los vendavales del neoliberalismo, impenitente enfermedad contemporánea. A eso se reducía la distinción de contenidos entre el *sector social* del ordenamiento jurídico estatal y las esferas respectivas de los *ordenamientos extraestatales* interior y exterior.

Al cierre de esas reflexiones, el interrogante de la *mundialización depresiva* del Derecho Social se plantea para realzar los vicios que su *falsa recivilización* acarrea y denunciar las agresiones –obra de francotiradores de confianza que, desde distintas posiciones, pretenden abatir la pieza cuya liquidación se les confía– que inutilizan los empeños en *racionalizar moralmente la vida económica*.

16. ¿Esperar contra toda esperanza?

No se está tocando con la mano la recuperación íntegra de los valores del Derecho Social, pero parece equitativo y justo añadir –*creyendo en la esperanza*– alguna reflexión sobre ese *crédito grandioso* –de su *insustituible dignidad*– que la persona humana debe ejercitar, sin tasa y sin tregua, frente a las *actitudes indiferentes* de la sociedad, contra lo irrecuperable del *tiempo perdido* y a pesar del *tormento de las incertidumbres* que le aquejan.

Defender la dignidad personal del trabajador significa ir en busca de cuanto deben a la persona el *hoy* de su escena viviente, el *mañana*, que guarda a la vuelta de cada uno de sus días, y la dureza de las circunstancias que aparecen en cada momento y/o lugar del cumplimiento de su *condena a vivir en libertad*. La dignidad de la persona es la *cosmoeminencia*, sobre el resto de las cosas que hay en el universo, y la *expectativa lúcida* de que, sin claudicaciones ni temores, tiene un derecho inalienable a conseguir cuantos beneficios –generados dentro del mundo que habita– convienen a sus necesidades naturales y a sus más caras ilusiones.

Tan largo recorrido está marcado por los signos de los tiempos que el Derecho Social reconoce como una de las constantes que ilustran de su can-

tividad y calidad de su *contenido variable*. Le acompañaron siempre –al menos, fue tal la pretensión de cuantos abrieron sus caminos– una continuidad y un denominador común existenciales. Ello supone pertenecer a una población activa en que la persona descubre –por vocación emocional y sentido de servicio social– la esencia de sus aspiraciones, comprende los mecanismos de dependencia a que obliga la dedicación productiva, rescata los valores de la autonomía individual que han decaído, y reivindica –armonizando las energías de la actualidad con la nostalgia del pasado– unas actividades sindicales que, honrando a sus motivaciones, renueven las adquisiciones hoy maltrechas por la *carcoma del neoliberalismo*.

Forma ello parte de una *aventura compartida*, cuya recta intención –difícil de ejecutar en nombre de la *causa del bien* frente al *poder de las tinieblas*– está en la valerosa decisión de cuantos, desde todos los confines de la Tierra, denuncian los *usos injustos de la globalización* y confían en el ocaso de su malevolencia, que, a no dudarlo, llegará algún día.

La *plenificación* de la dignidad se extiende a dos especies de pobres.

Los *pobres experimentados* –pobladores de los grupos sociales que ya han mordido el polvo de la derrota y saben de su suerte– contemplan la voladura controlada de las adquisiciones sociales que hicieron suyas los abanderados de esa causa. Preceden a los *actuales pobres* profesionales de vanguardia, que pueblan vastos espacios de la Tierra sin haber agotado las experiencias históricas de los primeros, ni haber soportado la amargura de las ilusiones vencidas, ni haber perdido aún la condición de escarnecidos por la insolidaridad de quienes se hallaban alejados y por la indiferencia de quienes conviven con ellos. Atraviesan las sendas de un mundo que de antiguo les era vedado, pero en el que avanzan, sin desánimo y a costa de sus vidas, al encuentro de su *espacio habitable*. Ni los unos se consideran sus prójimos, ni los otros han perdido la ocasión de demostrar que, llegado el momento, tienen capacidad de obrar y conducirse como sus más enconados adversarios.

Sobre las páginas en blanco del libro que acoge el relato de sus experiencias, la oleada de los protagonistas del drama del trabajo *escribirá derecho* –como suele ocurrir con los *renglones torcidos* de los hombres– la historia de su redención, para convencer de que su dignidad personal les antepone a las personas que les oprimieron y a los bienes que se les rehusaron, cuyo efímero triunfo no destruirá la entereza de su *carácter erguido y animoso*.

Ni siquiera les ha dejado solos el mensaje de una Teología que –dedicada a denunciar y extinguir esa indignancia– se compromete con el afán de cuantos, lejos de *abandonar toda esperanza*, están en el derecho de gozar del *día y la hora de su liberación*.

Cuando la causa de los así oprimidos consiga la victoria merecida, porque las leyes de la Historia así van a imponerlo, habrán caído las barreras interpuestas entre la nostalgia del *paraíso perdido* y un modelo de sociedad cuya excelencia prevalezca sobre el culto a la vulgaridad, la detestación de la bondad y la repugnancia por lo estético.

Exterminadas esas plagas cuasiapocalípticas, renacerán las esperanzas de que la dignidad individual constituya el título de estancia en una *ciudad terrestre, donde la persona –libre de alienaciones y temores– ame, sirva, conviva y edifique*.

Nada de cuanto aquí se ha referido y ordenado habría sido dable sin la contribución generosa de cuantos –que han sido muy devotos y muchos– cooperaron al fin –adecuado a las exigencias y posibilidades de su tiempo– de este *compromiso social y académico* que, si giró hasta hace poco bajo un signo determinado, no puede darse por irremisiblemente terminado y admite otros modos o versiones de prolongación.

De ahí, que el desafío de un espectacular *Derecho de Gentes* de las relaciones de trabajo siga aguardando las respuestas conducentes a la supervivencia y la reconstrucción álgida de un mundo que, pese a los hábitos de devastación que le inundan, *cree todavía y seguirá creyendo en la esperanza*.

NOTAS

Valoración de la normativa laboral española sobre menores a la luz de la Directiva 94/33/CE del Consejo

Sol Ruiz De La Cuesta Fernández

Profesora doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante

Recibido: 17.10.06

Aceptado: 06.11.06

Sumario: 1. La protección del menor en el trabajo desde el ámbito internacional.—2. El marco normativo comunitario: especialmente, la Directiva 94/33/CE.—3. La regulación del trabajo del menor de edad en el Derecho Laboral Español. 3.1. Antes de la Directiva 94/33/CE. 3.1.1. El trabajo del niño como artista en espectáculos públicos. 3.2. Tras la Directiva 94/33/CE. 3.2.1. Prevención de riesgos laborales y prohibiciones a la contratación de menores de edad. 3.2.2. Tiempo de trabajo. Especial referencia al trabajo nocturno del artista menor de edad.—4. Consideraciones finales.

1. La protección del menor en el trabajo desde el ámbito internacional

El trabajo infantil viene siendo, desde comienzos del siglo XX, uno de los problemas sociales que más esfuerzo ha merecido por parte de los legisladores internacionales. La principal referencia normativa en esta materia, a nivel internacional, la constituyen los Convenios elaborados por la OIT, con los que se establece el nivel de protección que, como mínimo, los Estados deben proporcionar a los menores de edad en relación con el empleo y las condiciones en que lo desarrollan. De los diversos Convenios OIT que existen al respecto¹, destaca el n.º 138², por el que se fija una edad mínima de acceso al empleo, por debajo de la cual debe resultar prohibida la contratación laboral de los menores. Edad mínima que no será inferior a la edad de escolaridad obligatoria que establezca cada Estado, ni, en todo caso, a los quince años³.

¹ Entre otros, el Convenio n.º 6, de 29 de octubre de 1919, relativo al trabajo nocturno de los menores en industrias, revisado por el Convenio n.º 90, de 17 de junio de 1948; Convenio n.º 79, de 19 de septiembre de 1946, relativo a las limitaciones del trabajo nocturno de los menores en los trabajos no industriales; Convenio n.º 123, de 2 de junio de 1965, relativo a la edad mínima de admisión al trabajo en las minas, y el Convenio n.º 182, de 1 de junio de 1999, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su erradicación.

² De 6 de junio de 1973, relativo a la edad mínima de admisión al empleo.

³ Artículo 2.3 del Convenio OIT n.º 138.

El fundamento de la fijación de una edad mínima de acceso al empleo resulta indiscutido: el menor de edad es un ser naturalmente más débil que el adulto, y se encuentra inmerso en una etapa de su vida en la que sus objetivos prioritarios han de ser los de su propia formación humana y profesional. Así, al proscribir la contratación de menores por debajo de esa edad mínima se persigue proteger al menor tanto en lo referente a su salud física, cuanto respecto de los peligros que el trabajo puede suponer para su formación personal, facilitándose y promoviéndose su ciclo educativo, de manera que su proceso de educación no se vea interrumpido, lo que le abocaría posteriormente a trabajos marginales⁴.

2. El marco normativo comunitario: especialmente, la Directiva 94/33/CE

Idénticos objetivos se persiguen desde Europa y son expresivamente formulados en las Cartas Social Europea⁵ y Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores⁶. En este último texto se asumen las previsiones internacionales en materia de edad mínima de acceso al empleo⁷, se consagra el derecho del menor a percibir por su trabajo una remuneración equitativa⁸ y se insta a los Estados a adoptar normas laborales que faciliten el desarrollo, la formación y el empleo de los jóvenes, así como a establecer limitaciones en materia de tiempo de trabajo⁹. Recientemente, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ha consagrado la prohibición del trabajo infantil y ha reiterado los mismos objetivos respecto del trabajo de los jóvenes¹⁰.

⁴ RUANO ALBERTOS, S.: «El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional (1)», en *TRS*, número 127, 2001, p. 37.

⁵ Turín, 18 de octubre de 1961.

⁶ Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989.

⁷ Artículo 20 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

⁸ Artículo 21 de la Carta.

⁹ Vid. artículo 22 de la Carta.

¹⁰ El artículo II-92 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (DO n.º C 310, de 16 de diciembre de 2004) dispone lo siguiente: «Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el periodo de escolaridad obligatoria, sin perjuicio de otras disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas. Los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación».

Protección de la salud y de la formación personal y profesional del menor son, por lo tanto, los principios informadores de la normativa comunitaria en esta materia, cuya referencia principal la constituye, sin duda, la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

La Directiva 94/33/CE fija una categoría general de sujetos protegidos, los «jóvenes», siendo tales los menores de 18 años¹¹. Como categorías especiales de jóvenes se encuentran la de los adolescentes y la de los niños (términos que se emplearán a lo largo de este estudio para diferenciar claramente las diversas franjas de edad). El «adolescente» es el menor de 18 años, pero mayor de 15, que ya no está sujeto a la escolaridad obligatoria¹². «Niño» es, al contrario, el joven menor de 15 años o que aún está sujeto a la escolaridad obligatoria¹³. Así, como manifestación de la edad mínima de acceso al empleo, se prohíbe, con carácter general, el empleo de los niños, pero se admite la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan excepciones, por vía legal o reglamentaria¹⁴. En todo caso, las excepciones posibles quedan referidas a actividades o trabajos que puedan considerarse ligeros, en el sentido de que no perjudiquen al niño, ni física, ni psicológicamente, ni desde el punto de vista de su educación y formación. Entre ellos, por ejemplo, se encuentran los relacionados con actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario. El adolescente, por el contrario, puede trabajar por cuenta ajena, como regla general.

Tanto para el caso de que sea un niño quien acceda al empleo –por haberse hecho uso de algunas de las excepciones previstas por la Directiva–, cuanto en relación con el trabajo del adolescente, la norma establece una serie de previsiones de alcance general por las que se fijan, en definitiva, las especiales condiciones laborales para este colectivo de trabajadores, distintas, por lo tanto, a las condiciones de trabajo del mayor de edad. Las especialidades más notables se refieren a los siguientes aspectos:

Necesidad de identificar las actividades que, por su propia naturaleza, o por la intervención en ellas de determinados agentes o sustancias, resultan peligrosas para la salud física del menor¹⁵. A tales efectos, la norma comunitaria proporciona un listado «no exhaustivo» –pero muy completo– de procedimientos y trabajos que deben resultar prohibidos para los jóvenes¹⁶, así como una serie de criterios a tener en cuenta por los Estados miembros a la hora de identificar las actividades peligrosas –y, por lo tanto, prohibidas– para los menores de edad¹⁷.

¹¹ Artículo 3, letra *a*, de la Directiva 94/33/CE.

¹² Según dispone el artículo 3, letra *c* de la Directiva 94/33/CE.

¹³ Artículo 3, letra *b* de la Directiva 94/33/CE.

¹⁴ Vid. artículo 4 de la Directiva 94/33/CE.

¹⁵ Fundamentalmente, artículos 7 y 15, así como el Anexo de la Directiva 94/33/CE.

¹⁶ Puntos I y II del Anexo.

¹⁷ Artículo 7.2 de la Directiva 94/33/CE.

Establecimiento de una serie de obligaciones empresariales en materia de Prevención de Riesgos Laborales cuando se contrate la prestación de servicios de los jóvenes¹⁸. Entre otras, la de realizar con carácter previo a la incorporación del menor a su puesto e, igualmente, siempre que se produzca una modificación importante de sus condiciones de trabajo, una evaluación de los riesgos que existan; la de efectuar periódicamente, en determinados supuestos, una evaluación y vigilancia de la salud del menor; y la de informar a los menores y a sus representantes legales, en su caso, acerca de los posibles riesgos y de las medidas adoptadas para evitar que se actualicen.

Limitaciones relativas a la ordenación del tiempo de trabajo, estableciendo previsiones especiales respecto de la jornada máxima diaria y semanal¹⁹, el trabajo nocturno²⁰, los periodos de descanso semanal²¹, anual²² y en jornadas continuadas²³. Con carácter general y, a salvo de excepciones posibles, puede afirmarse que la jornada máxima que podrá realizar el menor se limita a 8 horas diarias y 40 semanales, sin que pueda realizar horas extraordinarias; que el trabajo nocturno del menor debe prohibirse; y que, como mínimo, el descanso semanal del menor será de 48 horas consecutivas.

La Directiva 94/33/CE conmina a los Estados miembros a adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para el cumplimiento de sus previsiones, o, en su defecto, a asegurarse de que los interlocutores sociales apliquen las disposiciones necesarias mediante convenios colectivos, a más tardar el 22 de junio de 1996²⁴.

Con el estudio que a continuación se inicia se pretende valorar el grado de adaptación de la normativa laboral interna a la comunitaria, partiendo para ello del contexto previo a la Directiva 94/33/CE y continuando con el análisis del marco jurídico actual. De este modo, quedará evidenciado el nivel de protección que nuestro ordenamiento jurídico laboral venía dispensando al menor de edad antes de dicha Directiva, lo que permite valorar más exactamente la incidencia real de la norma comunitaria en el ordenamiento jurídico laboral español.

¹⁸ Artículo 6 de la Directiva 94/33/CE.

¹⁹ Artículo 8 de la Directiva 94/33/CE.

²⁰ Artículo 9 de la Directiva 94/33/CE.

²¹ Artículo 10 de la Directiva 94/33/CE.

²² Artículo 11 de la Directiva 94/33/CE.

²³ Artículo 12 de la Directiva 94/33/CE.

²⁴ Disposición Final 1.a Directiva 94/33/CE.

3. La regulación del trabajo del menor de edad en el Derecho Español del Trabajo

3.1. Antes de la Directiva 94/33/CE

Tal y como sucede en otros muchos ordenamientos internos, en el español la preocupación por el trabajo de los menores se pone de manifiesto como consecuencia de la Revolución Industrial. La explotación intensiva de la fuerza de trabajo de los colectivos más débiles –entre ellos, el del menor– determina que el Estado, silenciado hasta entonces por el feroz liberalismo imperante, empiece tímidamente a intervenir en las relaciones laborales²⁵. Las primeras intervenciones paternalistas se dirigen, por ello, a imponer limitaciones en las condiciones de trabajo de –sobre todo– las mujeres y los niños²⁶. Sin que sea ésta la sede para dar cuenta del devenir histórico de la legislación española relativa al trabajo infantil²⁷, baste indicar, a título de ejemplo, algunas de las primeras normas que fijaron una edad mínima de acceso al empleo. Así, la Ley de 13 de marzo de 1900, sobre accidentes de trabajo en la industria²⁸, la establecía en los 10 años, siguiendo a su antecesora, la Ley de 24 de julio de 1873²⁹. Por su parte, el Código de Trabajo de 1926 la fijaba en los 14 años, al igual que la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, con la sola excepción del trabajo agrícola y el desarrollado en talleres familiares³⁰. Como antecedente inmediato de la actual regulación, y con el Convenio n.º 138 OIT sobre la edad mínima de acceso al empleo como referencia, la Ley de Relaciones Laborales de 1976 la establecía en los 16 años³¹.

Ya en periodo constitucional, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (LET, en adelante), reiterará en su artículo 6.1 la prohibición de acceso al empleo de los menores de 16 años³². Introducida al amparo del Convenio OIT n.º 138, y como única excepción a la prohibición,

²⁵ Vid. LOZANO LARES, F., *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Sevilla, Merqablam, 2000, pp. 25-39.

²⁶ Al respecto, puede consultarse ALEMANY GARCÍA, M., *El concepto y la justificación del paternalismo*, Madrid, Iustel, en prensa.

²⁷ Cfr., para ello, APILLUELO MARTÍN, M., *La relación de trabajo del menor de edad*, Madrid, CES, Colección Estudios, 1999, pp. 33-40; LOZANO LARES, F., *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, cit., pp. 25-74.

²⁸ En sus artículos 1.º y 2.º.

²⁹ Cuyo artículo 1.º indicaba lo siguiente: «Los niños y las niñas menores de diez años no serán admitidos al trabajo en ninguna fábrica, taller, fundición o mina».

³⁰ Artículo 171 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944: «Los menores de ambos sexos que no hayan cumplido catorce años no serán admitidos en ninguna clase de trabajo. De esta prohibición quedan exceptuados el trabajo agrícola y el que se verifique en talleres de familia».

³¹ Artículo 6.º.1.

³² Artículo 6.1 LET: «Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años».

se contemplará la posibilidad de que el menor de 16 años sea contratado para intervenir como artista en un espectáculo público³³, cuestión esta sobre la que se volverá más adelante.

Sin embargo, el establecimiento por parte del legislador de 1980 de los 16 años como edad mínima de acceso al empleo se compadecía mal con la situación de hecho que se producía a partir de las previsiones contenidas en la legislación educativa de la época. La entonces vigente Ley General de Educación³⁴ extendía la educación general básica, de carácter obligatorio, hasta los 13 años³⁵, de manera que sólo finalizaba sus estudios a los 16 años el adolescente que, voluntariamente, hubiera decidido continuar con los estudios de bachillerato³⁶. Así las cosas, el joven de 13 ó 14 años –si los cumplía durante el curso– que no prolongase su educación mediante los estudios de bachillerato, los culminaría al finalizar la educación general básica, pero durante los dos años siguientes estaría legalmente incapacitado para contratar su trabajo. La incoherencia³⁷ de la normativa era manifiesta. Por un lado, el legislador laboral establece la edad mínima de acceso al empleo en los 16 años, no sólo con la finalidad de proteger la salud del menor, sino también con la de facilitar y promover la educación del niño. Por otro lado, se mantiene, no se reforma, una ley educativa que convierte en voluntaria la educación a partir de los 13 años de edad, lo que en modo alguno coadyuva a la finalidad pretendida por la norma laboral y, además, deja al niño de 13, 14 ó 15 años en un «limbo» intelectual y productivo: no está obligado a continuar sus estudios, pero tampoco se le permite acceder a un empleo.

Esta situación se prolongaría durante diez años, hasta que la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo³⁸ conciliara por fin la edad en la que la finaliza la escolaridad obligatoria y la mínima legal de admisión al trabajo, fijando la primera en los 16 años³⁹.

Además de la prohibición de acceso al empleo de los menores de 16, la LET incluirá en el mismo artículo 6 otra serie de previsiones relativas al trabajo del menor de edad, pero mayor de 16 años. El número 2 del artículo 6

³³ Artículo 6.4 LET: «La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados».

³⁴ 14/1970, de 4 de agosto, BOE de 6 de agosto.

³⁵ Artículo 15.2 LGE.

³⁶ Vid. artículo 21.3 LGE.

³⁷ Sobre la coherencia normativa, puede consultarse MACCORMICK, N., *Rhetoric and the rule of law (A theory of legal reasoning)*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 189-ss.

³⁸ Ley 1/1990, de 3 de octubre, BOE de 4 de octubre.

³⁹ Artículo 17 LOGSE. La misma edad –16 años– para la finalización de la escolaridad obligatoria en la reciente LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE de 4 de mayo), artículo 22.1.

ET prohibirá, por un lado, la contratación de menores de 18 años para realizar trabajos «que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana». Por otro, quedarán igualmente prohibidos el trabajo nocturno del menor de edad, entendiéndose por tal el que se realice entre las diez de la noche y las seis de la mañana⁴⁰, y la realización de horas extraordinarias⁴¹. Se trata de las únicas especialidades en materia de tiempo de trabajo que el ET de 1980 contemplaba respecto del trabajo del adolescente, de manera que en este aspecto el resto de las condiciones laborales serían idénticas a las del trabajador adulto (jornada máxima, descanso semanal, descanso en las jornadas continuadas...).

Variará este panorama, introduciendo nuevas especialidades en materia de tiempo de trabajo del adolescente, la Ley 11/1994⁴², que reforma parcialmente el ET, previa a la Directiva 94/33/CE, pero imbuida –como expresamente indica su Exposición de Motivos– de la «cultura política europea». Partiendo de la afirmación de que la ordenación del tiempo de trabajo constituye un aspecto básico en la protección de la salud y seguridad de los trabajadores⁴³, la Ley 11/1994 establecerá una jornada máxima diaria de 8 horas para los menores de 18 años⁴⁴ –frente a las 9 horas del trabajador mayor de edad–, un descanso obligatorio de, como mínimo, 30 minutos cuando la prestación de servicios se desarrolle ininterrumpidamente durante más de 4 horas y media⁴⁵ –frente a los 15 minutos que corresponden al trabajador mayor de edad cuando la prestación se prolonga ininterrumpidamente durante más de 6 horas– y un descanso semanal de, como mínimo, 48 horas ininterrumpidas⁴⁶ –frente a las 36 horas de descanso para los mayores de edad–.

3.1.1. EL TRABAJO DEL NIÑO COMO ARTISTA EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

Como única excepción a la prohibición de acceso al empleo de los menores de 16 años se introducirá, en el artículo 6.4 LET⁴⁷, la posibilidad de

⁴⁰ Según disponía el artículo 34.6 ET.

⁴¹ Artículo 6.3 LET.

⁴² De 19 de mayo (BOE de 23 de mayo).

⁴³ Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 11/1994.

⁴⁴ Artículo 34.3 párrafo tercero ET.

⁴⁵ Artículo 34.4 ET.

⁴⁶ Artículo 37.1 ET.

⁴⁷ Artículo 6.4 ET: «La intervención de los menores de 16 años en los espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados».

que los niños trabajen por cuenta ajena como artistas en espectáculos públicos, de conformidad con lo previsto en el artículo 8 del Convenio OIT n.º 138⁴⁸. La excepción se refiere a trabajadores sujetos de la relación laboral de artistas en espectáculos públicos, considerada por el artículo 2.1.e ET como «de carácter especial» y regulada por el RD 1435/1985, de 1 de agosto⁴⁹ (RDAEP), sin alcanzar, por lo tanto, a una relación común de trabajo. De un lado, porque la intervención en el espectáculo público debe producirse en calidad de artista –no como técnico o auxiliar⁵⁰– y, de otro, porque sólo será posible autorizar el trabajo artístico del niño cuando vaya a desarrollarse en un espectáculo público, y no en ámbito privado.

Así las cosas, el reglamento que regula la relación laboral especial de los artistas desarrolla en su artículo 2.1 las previsiones del artículo 6.4 ET⁵¹, exigiendo, con carácter preceptivo, una autorización de la Autoridad Laboral, obtenida la cual los padres o tutores del menor podrán celebrar el contrato de trabajo, con el consentimiento de aquél si tuviere suficiente juicio.

La autoridad laboral competente⁵² «podrá» o no conceder la autorización⁵³, lo que supone una manifestación del poder discrecional de la administración pública, que goza de libertad para otorgarla o no en cada caso. La concesión queda sujeta, sin embargo, a los límites de que el trabajo no suponga peligro para la salud física ni para la formación profesional y humana del menor. Si se estima la solicitud de autorización para el trabajo del menor en espectáculos públicos habrá que especificar el «espectáculo o la

⁴⁸ Art. 8 Convenio OIT n.º 138: «1. La autoridad competente podrá conceder, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, por medio de permisos individuales, excepciones a la prohibición de ser admitido al empleo o de trabajar que prevé el artículo 2 del presente Convenio, con finalidades tales como participar en intervenciones artísticas. 2. Los permisos así concedidos limitarán el número de horas del empleo o trabajo objeto de esos permisos y prescribirán las condiciones en que puede llevarse a cabo».

⁴⁹ BOE 14 de agosto.

⁵⁰ Funciones estas expresamente excluidas del ámbito personal de aplicación del RD 1435/1985 (artículo 1.5).

⁵¹ Artículo 2.1 RDAEP: «La Autoridad Laboral podrá autorizar expresamente la participación de menores de 16 años en espectáculos públicos, siempre que dicha participación no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana. La autorización habrá de solicitarse por los representantes del menor, acompañando el consentimiento de éste, si tuviera suficiente juicio, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando el espectáculo o la actuación para la que se concede. Concedida la autorización, corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; así mismo, corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato».

⁵² Lo será el organismo que cada Comunidad Autónoma haya designado al efecto. Cfr. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, op. cit., pp. 333-334.

⁵³ Artículo 2.1 RDAEP.

actuación» para la que se concede el permiso⁵⁴ o, en palabras del ET, los «actos determinados» en los que se permite el trabajo del menor⁵⁵, de modo que la autorización deberá concretar indubitadamente el género artístico para el que se concede, el tipo de intervención en que consiste la actividad del menor, así como las funciones a las que se extiende el permiso, los lugares en los que previsiblemente tendrá lugar el espectáculo y los horarios de la actuación⁵⁶.

3.2. *Tras la Directiva 94/33/CE*

Recién incorporadas al ordenamiento jurídico laboral español, mediante Ley 11/1994, especiales previsiones en materia de tiempo de trabajo del adolescente, se aprobará, con fecha 22 de junio de 1994, la Directiva 94/33/CE del Consejo, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. El texto comunitario, tal y como en su momento se indicó, parte del establecimiento de una edad mínima de acceso al empleo y afronta la protección del trabajador menor de edad, básicamente, a partir de tres vías. Una de ellas consiste en identificar las actividades o trabajos que, bien por su propia naturaleza, bien por la concurrencia de determinados agentes o procedimientos, resultan peligrosos o penosos, dada la especial vulnerabilidad del menor, y respecto de los cuales resultaría prohibida la contratación de los jóvenes. Una segunda vía de protección consiste en reforzar las medidas de prevención de riesgos laborales cuando el trabajador es un menor de edad. Por último, la norma comunitaria establece particulares previsiones con relación al tiempo que estos menores destinan al trabajo.

Pues bien, cuando se consulta acerca del estado de trasposición de la Directiva 94/33/CE, accediendo a la información que proporciona el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo⁵⁷, se comprueba que aquélla se tiene por incorporada a nuestro ordenamiento interno, pues se indica que la trasposición se ha producido a través de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995⁵⁸ (LPRL) –artículo 27, fundamentalmente–, y del artículo 6 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Desde luego, por lo que se refiere al establecimiento de una edad mínima de acceso al empleo, el ordenamiento jurídico español la contempla con mucha antelación a la exigencia comunitaria, y lo mismo puede afirmarse respecto de las disposiciones relativas al tiempo de trabajo del menor de

⁵⁴ Artículo 2.1 RDAEP.

⁵⁵ Artículo 6.4 ET.

⁵⁶ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, F., *El estatuto del artista profesional*, op. cit., p. 91.

⁵⁷ <www.mtas.es/insht>.

⁵⁸ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, BOE de 10 de noviembre.

edad, introducidas en el ET antes incluso de que la Directiva 94/33/CE fuese aprobada, como ha quedado expuesto. No obstante, es posible cuestionar la efectiva transposición de la Directiva en materia de prohibiciones a la contratación de menores de edad y, por otro lado, la regulación nacional del trabajo nocturno de los jóvenes presenta alguna duda interpretativa cuando el menor va a desarrollar su prestación de servicios como artista en espectáculos públicos.

3.2.1. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y PROHIBICIONES A LA CONTRATACIÓN DE MENORES DE EDAD

Por lo que se refiere a la incorporación de la Directiva 94/33/CE a partir de lo dispuesto en la LPRL, ciertamente, el número 1 de su artículo 27 adapta las previsiones contenidas en el artículo 6 de la Directiva, al establecer, por vez primera, una serie de obligaciones en materia de riesgos laborales para el empresario que emplee a trabajadores menores de edad.

Así, con carácter previo a la incorporación del menor a su puesto de trabajo y también cuando se produzcan modificaciones importantes en sus condiciones laborales, deberá realizarse una evaluación del puesto de trabajo a fin de identificar los posibles riesgos que pudiera presentar. En dicha evaluación, se tendrán especialmente en cuenta los riesgos que deriven de la falta de experiencia del menor, su inmadurez para evaluarlos y su desarrollo todavía incompleto⁵⁹. El empresario informará al menor y a sus representantes legales de los riesgos posibles y de las medidas adoptadas para prevenirlos.

Aunque nuestro ordenamiento interno cumple de este modo con las exigencias derivadas del artículo 6 de la Directiva 94/33/CE, se trata, sin embargo, de un aspecto pendiente aún de desarrollo negocial, pues la mayoría de los convenios colectivos se limitan a reproducir la literalidad del precepto, sin adoptar específicas medidas al respecto, lo que sería deseable, pues no cabe duda de que la negociación colectiva es la vía más adecuada para estimular la efectividad real de este deber de protección especial⁶⁰.

⁵⁹ Para LOZANO LARES, F., *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, cit., p. 178, sólo es posible conocer tales aspectos de la personalidad del menor –determinantes de cara a la evaluación adecuada de los riesgos– a través del reconocimiento médico de sus aptitudes psicofísicas.

⁶⁰ LÓPEZ AHUMADA, E., «La regulación del deber de vigilancia de la salud y los grupos especiales de riesgo», en AA.VV. (Coord.: R. Escudero): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Observatorio de la Negociación Colectiva, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 629. Para MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «...el contenido dado al indicado precepto de la LPRL por el legislador nacional no sólo está muy lejos de suponer el indicado acto de transposición, sino que incluso es palmariamente más sucinto que el de la norma comunitaria». (Vid. «La normativa comunitaria sobre trabajos prohibidos a menores», en *RRLL*, 1999-II, p. 751).

El mismo artículo 27, en su número 2, dispone que el Gobierno deberá establecer las restricciones a la contratación de menores para las actividades que representen riesgos específicos, previsión esta que, recuérdese, ya contenía el artículo 6.2 LET. Por otro lado, la Disposición Derogatoria Única de la LPRL declara expresamente en vigor, en este aspecto, el Decreto de 26 de julio 1957, que contiene un listado de actividades prohibidas para los menores de edad. Ninguna otra previsión se contiene en la LPRL en relación con la identificación de tales actividades, por lo que cabe suponer que la transposición de la Directiva 94/33/CE, respecto de esta materia, se tiene por hecha a partir de lo dispuesto en el artículo 27.2 y la Disposición Derogatoria Única LPRL.

Sin embargo, cuando se analiza el marco jurídico resultante de la pretendida transposición, se comprueba cómo con él no se cumplen los objetivos de la Directiva 94/33/CE.

Ésta prescribe que los Estados miembros prohibirán el trabajo de los jóvenes en una serie de actividades y procedimientos minuciosamente listados, y si bien es cierto que no puede considerarse que dicho listado posea carácter exhaustivo, también lo es que tiene naturaleza de derecho necesario relativo, lo que significa que las legislaciones nacionales deberán incluir en todo caso dichas prohibiciones mínimas⁶¹. Ello quiere decir, por lo tanto, y dado que la Directiva se tiene por transpuesta, que nuestro ordenamiento jurídico interno debiera haber prohibido, como mínimo, el trabajo del menor de edad en actividades que superen objetivamente sus capacidades físicas o psicológicas; en las que impliquen una exposición nociva a agentes tóxicos, cancerígenos, o produzcan alteraciones genéticas hereditarias, o efectos nefastos para el feto y crónico para el ser humano; en las que impliquen una exposición nociva a radiaciones, frío o calor, ruido o vibraciones, agentes físicos⁶², biológicos⁶³ y químicos⁶⁴ listados en el punto I del Anexo de la

⁶¹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La normativa comunitaria sobre trabajos prohibidos a menores», op. cit., p. 745.

⁶² Como las radiaciones ionizantes o la sobrepresión elevada.

⁶³ Remitiendo en este apartado a lo dispuesto por la Directiva 90/679/CEE del Consejo, de 26 de noviembre de 1990, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

⁶⁴ Distinguiendo entre sustancias y preparados tóxicos, muy tóxicos, corrosivos, o explosivos, de conformidad con la Directiva 67/548/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1967, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de clasificación, embalaje y etiquetado de las sustancias peligrosas; sustancias y preparados clasificados como nocivos de conformidad con las Directivas 67/548/CEE y 88/379/CEE; sustancias y preparados clasificados como irritantes de acuerdo con las Directivas 67/548/CEE y 88/379/CEE; plomo y sus derivados; y amianto.

Directiva, así como los procedimientos⁶⁵ o trabajos⁶⁶ enumerados en el punto II del Anexo.

Lejos de ello, la lista de trabajos considerados insalubres, penosos, nocivos o peligrosos para los menores⁶⁷ por el antiquísimo Decreto de 26 de julio de 1957, referencia única en esta materia, se encuentra ampliamente superada por las nuevas realidades productivas y tecnológicas: por una parte, algunas de las actividades que enumera resultan obsoletas y, por otra, no menciona muchas de las que actualmente forman parte del mercado de trabajo⁶⁸. Por otro lado, se hace necesario rastrear entre las dispersas y diversas normas sobre salud y seguridad laboral para completar aquel listado y comprobar, por ejemplo, que al menor de edad le está prohibido acceder a un puesto de trabajo que implique su calificación como «trabajador profesionalmente

⁶⁵ La norma remite a los procedimientos industriales contenidos en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo. El citado Anexo enumera los siguientes: 1) trabajos que supongan exposición a hidrocarburos aromáticos policíclicos presentes en el hollín, el alquitrán, la brea, el humo o los polvos de la hulla; 2) trabajos que supongan exposición al polvo, al humo o a las nieblas producidas durante la calcinación y el afinado eléctrico de las matas de níquel; 3) procedimientos con ácido fuerte en la fabricación de alcohol isopropílico.

⁶⁶ Entre otros, los de fabricación y manipulación de instrumentos, artefactos u objetos diversos que contengan explosivos; los realizados en recintos de animales feroces o venenosos; los de sacrificio industrial de animales; los que impliquen manipulación de aparatos de producción, almacenamiento o utilización de gases comprimidos, licuados o disueltos; los relacionados con cubas, depósitos, cisternas, damajuanas o bombonas que contengan agentes químicos; los que impliquen riesgos de tipo eléctrico de alta tensión; aquellos cuyo ritmo esté condicionado por máquinas y estén remunerados en función del resultado. El artículo 7.2 de la Directiva 94/33/CE enumera también, entre otros, los que presenten riesgos de accidente de los que se pueda suponer que los jóvenes, por su falta de conciencia respecto de la seguridad o por su falta de experiencia o de formación, no puedan identificarlos o prevenirlos, así como los que supongan exposición a frío, calor, ruido o vibraciones.

⁶⁷ Entre otros, el de engrase, limpieza, examen o reparación de las máquinas o mecanismos en marcha que resulten de naturaleza peligrosa (artículo 1.b); el de manejo de prensas, guillotinas, cizallas, sierras de cinta o circulares, taladros mecánicos, y cualquier otra máquina que represente un marcado peligro de accidentes (artículo 1.c); el que se efectúe a más de cuatro metros de altura sobre el suelo, salvo que se realice sobre piso continuo y estable, tal como pasarelas, plataformas de servicios u otros análogos, que se hallen debidamente protegidos (artículo 1.d); el que implique excesivo esfuerzo físico o perjudique a las circunstancias personales del menor (artículo 1.e); el de transportar, empujar, arrastrar cargas que superen determinados pesos citados por la norma (artículo 1.f).

⁶⁸ «Por citar sólo algunos casos concretos, se prohíbe, por ejemplo, dentro de las Industrias Forestales, la preparación de carbón vegetal y no se menciona la prevención y extinción de incendios; no se incluye el sector agrícola, que debido a la creciente mecanización ha llegado a ser una de las actividades productivas más peligrosas, ni el sector marítimo-pesquero, ni se alude al trabajo en las centrales nucleares o con peligro de exposición a los nuevos agentes biológicos nocivos»: LOZANO LARES, F., *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Sevilla, Mergablum, 2000, pp. 169 y 170.

expuesto» a radiaciones ionizantes⁶⁹; o el trabajo como paleros, fogoneros o pañoleros de máquinas en barcos de pesca que utilicen carbón, ni su contratación como personal de Maestranza o Subalternos, salvo que, en este último caso, trabajen en calidad de aprendices⁷⁰; o su enrolamiento en buques de la marina mercante como «fogoneros, paleros y bodegueros»⁷¹. Por su parte, el RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal⁷² ofrece en su artículo 8 un listado de *Actividades y trabajos de especial peligrosidad*, entre los que se encuentran los realizados en obras de construcción⁷³, los que se desarrollen en plataformas marinas y los directamente relacionados con la fabricación, manipulación o utilización de explosivos.

A partir de ello, es posible concluir que no todas las prohibiciones contenidas en la Directiva 94/33/CE forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, pues la principal norma de referencia está claramente obsoleta e ignora actividades, agentes y procedimientos más modernos que sí son tenidos en cuenta desde el texto comunitario. El análisis del resto de la normativa sobre salud y seguridad en el trabajo permite ampliar el listado, pero no cubre las deficiencias detectadas. Urge, por lo tanto, la elaboración por parte del Gobierno de un listado único en el que, sin tomarse ya en consideración las actividades obsoletas, se incluyan aquellas otras que, en el actual mercado de trabajo, resultan vetadas para los menores de edad, así como las posibles excepciones. De este modo no sólo se daría cumplimiento a las exigencias comunitarias, sino que se eliminaría la inseguridad jurídica que supone la falta de una referencia exacta acerca de qué actividades son o no peligrosas para los menores de edad. De cara a la elaboración de ese listado debería ser una útil guía la enumeración de Agentes, Procedimientos y Trabajos contenida en la Directiva 94/33/CE e, igualmente, habrían de tenerse en cuenta los datos arrojados por las Encuestas Nacionales de Condiciones de Trabajo (ENCT) y por las estadísticas de Análisis de la mortalidad por Accidentes de Trabajo (AT), elaboradas por el Instituto Nacional de la Seguridad e Higiene en el Trabajo⁷⁴.

⁶⁹ Artículo 7 del RD 53/1992, de 24 de enero, que aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra las radiaciones ionizantes.

⁷⁰ Artículo 19.2 y 4 de la Orden de 19 de diciembre de 1974, por la que se aprueba la Ordenanza de trabajo en buques congeladores.

⁷¹ Artículo 7.B. de la Orden de 23 de diciembre de 1952 por la que se aprueba la Ley sobre condiciones de trabajo en la Marina Mercante.

⁷² BOE de 24 de febrero.

⁷³ Con arreglo a lo dispuesto en el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

⁷⁴ Las más recientes pueden consultarse en la web del INSHT: <www.mtas/insht/satis-tics>.

3.2.2. TIEMPO DE TRABAJO. ESPECIAL REFERENCIA AL TRABAJO NOCTURNO DEL ARTISTA MENOR DE EDAD

Otro aspecto fundamental tenido en cuenta por la Directiva 94/33/CE a la hora de establecer las medidas destinadas a la protección de los jóvenes es el relativo a la ordenación del tiempo de trabajo. Los artículos 8 a 12 de la norma comunitaria se destinan precisamente a regular la jornada diaria de trabajo del menor de edad⁷⁵, el trabajo nocturno⁷⁶, el descanso semanal⁷⁷, las vacaciones⁷⁸ y las pausas en jornadas continuadas⁷⁹.

Aunque la Directiva 94/33/CE admite ciertas excepciones y matizaciones, como regla general puede afirmarse que:

- el menor de edad trabajará un máximo de 8 horas diarias y 40 semanales⁸⁰;
- tendrá un descanso de 14⁸¹ o de 12⁸² horas consecutivas por cada periodo de 24 horas, y uno semanal de, como mínimo, 48 horas consecutivas⁸³;

⁷⁵ Artículo 8 Directiva 94/33/CE.

⁷⁶ Artículo 9 Directiva 94/33/CE.

⁷⁷ Artículo 10 Directiva 94/33/CE.

⁷⁸ Artículo 11 Directiva 94/33/CE.

⁷⁹ Artículo 12 Directiva 94/33/CE.

⁸⁰ Permite ciertas excepciones el artículo 8.5 Directiva 94/33/CE, que debe hacer valer el Estado miembro por vía legal o reglamentaria. Por otro lado, la jornada de los denominados «niños», regulada por el artículo 8.1, tiene un especial tratamiento, destinado a conciliar su educación con el trabajo que pudieran desarrollar excepcionalmente: «Los Estados miembros que hagan uso de la facultad contemplada en las letras b) o c) del apartado 2 del artículo 4 tomarán las medidas necesarias para limitar el tiempo de trabajo de los niños: a) a ocho horas diarias y a 40 horas semanales para los niños que sigan un régimen de formación en alternancia o de prácticas de empresa; b) a dos horas por día de enseñanza y a doce horas semanales para los trabajos realizados durante el periodo escolar fuera de las horas lectivas, en la medida en que la legislación y/o la práctica nacional no los prohíban; el tiempo diario de trabajo en ningún caso podrá exceder de siete horas; este límite podrá ampliarse a ocho horas para los niños que hayan cumplido 15 años; c) a siete horas diarias y a 35 horas semanales para los trabajos realizados durante un periodo de inactividad escolar de al menos una semana; estos límites podrán ampliarse a ocho horas diarias y a cuarenta semanales para los niños que hayan cumplido los 15 años; d) a siete horas diarias y a 35 semanales para los trabajos ligeros realizados por niños que ya no estén sujetos a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional.»

⁸¹ Para los niños, ex artículo 10.1.a Directiva 94/33/CE.

⁸² Para los adolescentes, según prevé el artículo 10.1.b Directiva 94/33/CE., si bien caben ciertas excepciones en sectores como la pesca, las fuerzas armadas o la agricultura (artículo 10.4).

⁸³ Cabe reducir a 36 horas consecutivas el descanso semanal de los adolescentes cuando razones técnicas o de organización así lo justifiquen (artículo 10.2) y, por vía legal o reglamentaria, respecto de determinados sectores de actividad, cabe la interrupción del descanso cuando se trate de actividades caracterizadas por periodos de trabajo fraccionados o de corta duración a lo largo del día (artículo 10.3).

- los jóvenes que trabajen más de 4 horas y media al día disfrutarán de una pausa de, al menos, 30 minutos consecutivos⁸⁴;

queda prohibido el trabajo nocturno de los jóvenes. Por un lado, el de los niños, sin excepción posible, entendiendo en este caso por «trabajo nocturno» aquel que se realice entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana. Por otro lado, el de los adolescentes, siendo «nocturno» el que se realiza entre las diez de la noche y las seis de la mañana, o entre las once de la noche y las siete de la mañana. En este caso, sin embargo, sí cabe que los Estados miembros establezcan excepciones por vía legal o reglamentaria: 1) permitiendo en determinados sectores el trabajo realizado entre las diez y las doce de la noche, y entre las cuatro y las siete de la mañana, pero manteniendo la prohibición en la franja horaria que va desde las doce de la noche hasta las cuatro de la mañana⁸⁵; 2) permitiendo el trabajo nocturno en toda la franja horaria considerada nocturna, pero tan sólo respecto de ciertas actividades: trabajos realizados en los sectores de navegación o pesca; en el marco de las fuerzas armadas o de la policía; en hospitales o establecimientos similares; en actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario⁸⁶.

Como se vio en su momento, la Ley 11/1994 introdujo en la LET ciertas previsiones relativas a la ordenación del tiempo de trabajo del menor de edad que vinieron a sumarse a las ya contempladas por el legislador de 1980, de modo que es posible afirmar que al respecto, y con carácter general, nuestro ordenamiento jurídico interno cumplía anticipadamente con las exigencias comunitarias. Así, la jornada máxima diaria del menor de edad se fija en 8 horas⁸⁷, quedando prohibida para estos trabajadores la realización de horas extraordinarias⁸⁸; se establece un descanso de 30 minutos, como mínimo, cuando la jornada continuada exceda de 4 horas y media⁸⁹, uno semanal de 48 horas consecutivas⁹⁰ y se prohíbe el trabajo nocturno⁹¹.

En relación precisamente a la prohibición del ET del trabajo nocturno del menor, plantea algún problema interpretativo la cuestión de si resulta aplicable cuando el adolescente o el niño –éste, previa autorización administrativa– trabajan como artistas en espectáculos públicos. En tal caso, recuér-

⁸⁴ Artículo 12 Directiva 94/33/CE

⁸⁵ Artículo 9.2.a y b Directiva 94/33/CE.

⁸⁶ Artículo 9.2.b Directiva 94/33/CE.

⁸⁷ Artículo 34.3 TRET: «Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos».

⁸⁸ Artículo 6.3 TRET.

⁸⁹ Artículo 34.4 TRET.

⁹⁰ Artículo 37.1 TRET.

⁹¹ Artículo 6.2 TRET.

dese, existirá una relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos, regulada por el RDAEP, y a la que sólo se aplica la normativa laboral común –ET y demás normas laborales de general aplicación– en defecto de previsiones específicas y siempre que resulte compatible con la especial naturaleza de la relación⁹². El RDAEP, por su parte, no contiene ningún precepto que prohíba el trabajo nocturno del artista menor de edad.

Dado que el ET es la norma interna en la que se contiene la prohibición del trabajo nocturno de menores y ya que el RDAEP condiciona la aplicación supletoria del ET al dato de que sus disposiciones resulten compatibles con las especialidades del trabajo artístico, podría concluirse que el desarrollo de ciertas actividades en franja nocturna, habida cuenta de los horarios en los que suelen ofrecerse al público determinados espectáculos, es una de tales especialidades y que, en consecuencia, ello repele la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 6.2 ET. El trabajo nocturno de los artistas menores de edad estaría, entonces, permitido en el ámbito del espectáculo público, tal y como afirma algún autor⁹³.

Ello no obstante, la correcta resolución de la cuestión obliga a tener en cuenta la Directiva 94/33/CE, pues, obvio es, habrá que atender a la norma comunitaria de cara a la interpretación del ordenamiento jurídico interno.

Prohíbe la Directiva 94/33/CE –como ya se ha indicado–, con carácter general, el trabajo nocturno de los menores, pero permite a los Estados miembros autorizar por vía legislativa o reglamentaria el trabajo nocturno de los menores calificados como «adolescentes» (todo joven, recuérdese, de 15 años como mínimo, pero menor de 18 años, que ya no esté sujeto a edad de escolaridad obligatoria impuesta por la legislación nacional⁹⁴), en relación con determinadas actividades, entre las que se encuentran las de carácter artístico⁹⁵. Por el contrario, como también se vio, los denominados «niños» (menores de 15 años o jóvenes aún sujetos a la edad de escolarización obligatoria) no podrán trabajar en ningún caso en franja nocturna.

Pues bien, hasta la fecha el Estado español no ha hecho uso de la posibilidad concedida por la norma comunitaria de excepcionar la prohibición del trabajo nocturno de los adolescentes, y no es posible interpretar que el silencio del RDAEP con relación al trabajo nocturno de menores es equiva-

⁹² Así lo dispone el artículo 12.1 RDAEP.

⁹³ Vid. ALZAGA RUIZ, I., *La relación laboral de los artistas*, Madrid, CES, Colección Estudios, 2001, p. 251.

⁹⁴ Artículo 3.c de la Directiva 94/33/CE.

⁹⁵ El artículo 9.2.b, párrafo segundo, Directiva 94/33/CE dispone lo siguiente: «No obstante, los Estados miembros podrán autorizar, por vía legislativa o reglamentaria, el trabajo de adolescentes durante el periodo de prohibición de trabajo nocturno, en los casos que se menciona a continuación, cuando razones objetivas así lo justifiquen y siempre que se conceda a los adolescentes un descanso compensatorio adecuado (...): ...actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario».

lente a la regulación de una excepción a la prohibición contenida en la Directiva 94/33/CE, pues indubitadamente la norma comunitaria exige a los Estados miembros que la excepción se haga valer de forma expresa, mediante ley o reglamento.

Así las cosas, sólo puede concluirse que, en la actualidad, el trabajo nocturno de los menores también está vetado en relación con las actividades artísticas⁹⁶, sin que ello sea óbice para que en un futuro se haga uso de la excepción posibilitada por la Directiva 94/33/CE, permitiendo, por vía legal o reglamentaria, el trabajo de los adolescentes, y sin olvidar que, en todo caso, los menores de 15 años y los que aún estén sujetos a la escolaridad obligatoria no podrían de ningún modo acogerse a la excepción.

Ello implica que, sobre la base del vigente ordenamiento jurídico, el contrato de trabajo del artista menor de edad en el que se prevea la intervención de éste en un espectáculo desarrollado en franja nocturna, adolece de nulidad parcial (ex artículo 9.1 ET). Desde otra perspectiva, la resolución de la Autoridad Laboral que permita la intervención de un menor de 16 años en un espectáculo público realizado en horario nocturno, debe considerarse un acto administrativo cuyo contenido infringe el ordenamiento jurídico, resultando nulo⁹⁷.

4. Valoración final

En general, puede afirmarse que la normativa española sobre el trabajo de los menores de edad cumple con las directrices europeas, pues, incluso previamente a la fundamental Directiva 94/33/CE y en cumplimiento de las exigencias internacionales, se establece una edad mínima de acceso al empleo, se insta al Ejecutivo a la elaboración de un listado que identifique las actividades respecto de las que ha de quedar prohibida la contratación de los menores de edad, dada su peligrosidad o penosidad, y se contemplan especiales previsiones en materia de tiempo de trabajo, adecuadas a las necesidades físicas y formativas del joven.

⁹⁶ La misma conclusión en LOZANO LARES, F., *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, op. cit., pp. 197-199.

⁹⁷ El artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sanciona con la nulidad los actos administrativos cuando: lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; sean dictados por órgano manifiestamente incompetente; tengan un contenido imposible; sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido; resulten contrarios al ordenamiento jurídico y mediante ellos se adquieran facultades o derechos, cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal. Puede consultarse al respecto BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 2002, pp.178 y 179.

El punto débil de la legislación laboral interna se encuentra en la regulación de las actividades peligrosas, nocivas, penosas o insalubres que, en consecuencia, no debería desarrollar el menor de edad. La llamada efectuada, ya en 1980, al Ejecutivo para que las identificara indubitadamente, sigue sin respuesta. En su lugar se encuentra un desfasado reglamento, intocado desde 1957, y una dispersa normativa relativa a la seguridad y salud laborales. Ello pese a que la Directiva 94/33/CE convierte la necesidad de listar dichas actividades en uno de sus pilares básicos. En consecuencia, numerosas actividades, procedimientos y agentes que en la actualidad forman parte de los procesos productivos como consecuencia de los avances científicos y tecnológicos, y que resultan potencialmente peligrosos para la salud del menor de edad, no se encuentran identificados como tales en nuestro ordenamiento jurídico interno, que incumple con ello las previsiones mínimas de la Directiva 94/33/CE.

Puesto que la Directiva en cuestión sí enumera minuciosamente agentes, procedimientos y trabajos, y dado que sus disposiciones al respecto establecen obligaciones claras, precisas e incondicionales, debe admitirse la aplicabilidad directa de esta norma comunitaria, a partir del llamado efecto vertical de las Directivas comunitarias⁹⁸. Ello significa que los particulares podrían alegrarla en sus relaciones con el Estado, lo que incluye a la empresa pública, frente a la que podría oponerse el listado contenido en la Directiva 94/33/CE cuando la contratación se refiriera a un menor de edad. Frente a los empresarios privados, sin embargo, la norma no resultaría aplicable por esta vía. Todo lo más, si el empresario privado hubiese empleado a un menor en una actividad de las consideradas como peligrosas por la Directiva y, como consecuencia de ello, el menor sufriera un daño (accidente de trabajo o enfermedad profesional), el particular podría exigir al Estado la responsabilidad patrimonial que le corresponde por daños derivados de la falta de trasposición de la Directiva⁹⁹.

Por lo que se refiere al trabajo nocturno de los menores cuando éstos actúan como artistas en espectáculos públicos, en la actualidad y a falta de una formulación expresa de la excepción admitida por la Directiva 94/33/CE, debe concluirse que resulta igualmente prohibido. Sería deseado

⁹⁸ Al respecto, vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La aplicabilidad de las Directivas no traspuestas: incidencia de la jurisprudencia social del TJCE», en *Temas Laborales*, número 46, 1998, pp. 45 y ss, y VÁZQUEZ ORGAZ, J., «La eficacia directa de las Directivas comunitarias», en <<http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0157.htm>>.

⁹⁹ Con detalle, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «La normativa comunitaria sobre trabajos prohibidos a menores», cit., pp. 752-754. La autora considera que «...en un caso de tanta relevancia como éste, en el que están en juego intereses tan importantes como lo son los de los menores de edad y en ausencia de trasposición deberían aplicarse también a los empresarios particulares las previsiones de la norma comunitaria», si bien reconoce que «tal y como se configura el Derecho comunitario hoy por hoy esta exigibilidad es más que dudosa».

ble, no obstante, y habida cuenta de que, de hecho, determinados espectáculos abarcan tramos horarios considerados nocturnos, que se introdujera reglamentariamente la excepción, articulada de forma tal que correspondiera a la Autoridad Laboral no sólo la autorización de la actuación del menor en franja nocturna, sino también la supervisión –si no el establecimiento– del régimen de horarios y descansos adecuados al carácter nocturno de la actividad. En todo caso, no se olvide, la excepción sólo podría referirse a los menores de 18 años, pero mayores de 16, y en ningún modo a los considerados «niños».

El «regreso de Dios» a la política: las religiones «públicas»

Manuel M.^a Urrutia León

Profesor de Sociología del Hecho Religioso
Universidad de Deusto

Recibido: 05.10.06

Aceptado: 10.10.06

Resumen: Este artículo se acerca al fenómeno de la irrupción de las religiones en el ámbito público, que se produce a partir de finales de los años 1970 a lo largo del mundo. El objetivo de este trabajo es, por un lado, desarrollar los dos modelos típico-ideales de «religiones públicas» posibles, según sea la postura que la religión adopte respecto a la democracia y a la laicidad; y, por otro lado, replantear el paradigma de la secularización, que defendía la privatización de la religión, para que se haga cargo de aquella presencia pública de las religiones que sea legítima y aceptable para una sociedad democrática.

Palabras clave: Religiones públicas. Política. Secularización. Democracia.

Abstract: *This article focuses on the irruption of religion in the public sphere that takes place at the end of the XX century 70s all around the world. The main aim of this work is, on the one hand, to develop the two typical-ideal models of «public religions» possible, according to the position that religion adopts concerning democracy and laicism and on the other hand, to rethink the paradigm of secularization that defended the privatization of religion so it would be able to take into account a public presence of religions that could be considered legitimate and acceptable to a democratic society.*

Key words: *Public religions. Politics. Secularization. Democracy.*

Sumario: 1. Introducción.—2. La irrupción de las religiones en el ámbito público a partir de finales de los años 1970.—3. Religiones públicas a la «reconquista del mundo».—4. Un dilema: ¿«retorno de la religión» o fracaso político y social de la modernización?—5. Religiones públicas legítimas en una sociedad laica.—6. Bibliografía citada.

1. Introducción

A partir de finales de los años 1970 y durante la década de los 1980, algo empezó a cambiar a lo largo del mundo globalizado. Inesperadamente, y contraviniendo uno de los elementos fundamentales del paradigma de la secularización dominante en el pensamiento occidental, que auguraba que las religiones se refugiarían en la esfera privada —perdiendo toda relevancia pública en las sociedades modernas y, como producto de la modernización, a medio plazo también en el resto del mundo—, las religiones rea-

parecieron con fuerza en el ámbito público y político en muchos lugares del mundo.

El presente artículo se acerca a ese momento histórico, y a través del desarrollo de los dos modelos tipo-ideales de «religiones públicas» posibles, según sea la postura que adopte la religión respecto a la democracia y la laicidad, tratará de replantear de manera adecuada el paradigma de la secularización para que se haga cargo de aquella presencia pública de las religiones que sea legítima y aceptable para una sociedad democrática.

2. La irrupción de las religiones en el ámbito público a partir de finales de los años 1970

«Dios vuelve a la política» leía, al comenzar a escribir estas líneas en el verano de 2006, en la portada de la edición española de la revista *Foreign Policy*, título que contrasta vivamente, lo recordaban los autores del artículo que daba pie a dicha expresión, con la ya célebre portada de la prestigiosa revista *Time* que, en abril de 1966, se preguntaba: «¿Dios está muerto?¹». Lo sugerente de este titular, aunque en absoluto novedoso, es la utilización del concepto de «vuelta» –también se habla de «regreso» o de «retorno»–; conceptos que se aplican a la religión en general, y en este caso a la vuelta de la religión a la esfera pública en particular, y que quieren enfatizar el importante giro que se habría producido en las últimas décadas frente a la situación anterior.

En efecto, desde la aparición misma del «paradigma de la secularización»², a finales de los años 1960, y acompañando a su consolidación posterior, éste será cuestionado por varios acontecimientos históricos, inicialmente de dos tipos diferentes.

En un primer momento, a principios de los años 1970, las discusiones en torno a la problemática de la secularización se centraron en la emergencia de los llamados desde entonces «Nuevos Movimientos Religiosos»; pero poco después, a finales de la misma década, el centro de las miradas se desplazó al fenómeno que nos ocupa, a un hecho aún más sorprendente e imprevisto si cabe que el anterior para la mayoría de los teóricos de la secularización: la importante irrupción de las religiones en la esfera pública en muchos lugares del mundo. Como escribía William Swatos en un libro de finales de los años 1980:

¹ «Dios vuelve a la política». *Foreign Policy. Política, economía e ideas globales*. Edición española, n.º 16, agosto-septiembre 2006. El artículo «Por qué Dios está ganando» está firmado por Timothy Samuel SHAH y Monica DUFFY y ocupa las páginas 22 a 28.

² Para todo lo referente al «paradigma de la secularización» (sus antecedentes, sus contenidos, sus presupuestos e hipótesis fundamentales, sus defensores, etc.), véase mi artículo: Urrutia, 2005.

«Sería difícil pensar en un fenómeno que cogió más por sorpresa a los estudiosos de la religión occidentales que el resurgimiento por todo el mundo de la religión –¡*religión política* nada menos!– ocurrido con visibilidad creciente mientras transcurrían los años 1970» (SWATOS, 1989: 1).

Igualmente, Bruce Lawrence sentenciaba por esas mismas fechas: «Nadie estaba preparado para la vuelta de la religión a la política global en los 1980», y añadía, refiriéndose al acontecimiento que acabaría por vencer las resistencias de algunos teóricos escépticos ante la importancia y magnitud del fenómeno: «el fundamentalismo islámico era la respuesta a la pregunta planteada en Irán: ¿la religión cuenta aún en la arena pública?» (LAWRENCE, 1989: XII y XIII).

El fenómeno, que afectaba también a las sociedades modernas occidentales, cogió a todo el mundo por sorpresa, pues si existía una convicción firme y prácticamente unánime entre los defensores del «paradigma de la secularización» era que las religiones tendían a privatizarse. Que la religión tendía a restringirse, en palabras de Berger, a la «esfera privada de la vida social cotidiana», de tal forma que «los valores pertenecientes a la religiosidad privada son específicamente irrelevantes para los contextos institucionales que sobrepasen la esfera privada» (BERGER, 1999/1967: 192). En este sentido Thomas Luckmann, que fue entre los sostenedores del «paradigma de la secularización» quien seguramente más extensa y agudamente se refirió al paso de la religión desde la esfera pública a la privada, titularía un importante libro suyo, significativamente, *La religión invisible*. Para él, la «nueva forma social» emergente de la religiosidad era una forma radicalmente subjetiva de religión que, frente a la tradicional «religiosidad orientada a la iglesia», plenamente «visible», consiste en la posibilidad y aún en la necesidad de que el individuo autónomo se construya por sí mismo un sistema privado más o menos articulado de significado «último» (LUCKMANN, 1973/1967: 116), con lo que este tipo de religiosidad se vuelve «invisible». Para concluir, al final de su obra, señalando cómo el proceso de radical subjetivización de la religión que había descrito le parecía prácticamente irreversible: «Es improbable que el indicio que hemos intentado describir sea reversible, aun admitiendo que tal reversibilidad se considere deseable» (Ibidem: 129).

Pues bien, precisamente por su carácter totalmente inesperado, el hecho de que a finales de los años 1970 las religiones, a lo largo de todo el mundo, penetrasen de forma masiva en la esfera pública, sorprendió poderosamente a los teóricos de la secularización, que se verían obligados a partir de entonces a replantearse sus presupuestos, lo que acabaría además por introducir importantes cambios en la percepción social del hecho religioso.

«En muchas partes del mundo –África, Filipinas, Irán, Líbano, Nicaragua, Brasil, EE.UU.– las relaciones entre las instituciones religiosas y los poderes dominantes han experimentado cambios dramáticos [...].

Estos desarrollos [...] plantean cambios a las maneras en que pensamos acerca del lugar público de la religión en el mundo contemporáneo. Ellos nos han obligado a cuestionarnos si nuestras teorías convencionales son adecuadas para la tarea o si necesitamos dirigirnos hacia nuevas interpretaciones» (WUTHNOW, 1992: 131).

Como escribirá Casanova, a partir de los años 1980 la religión «se hizo pública» en un doble sentido. Por una parte, porque penetró en la esfera pública, moral y política, de las sociedades; y por otra parte, porque ganó publicidad (CASANOVA, 2000: 15), apareciendo reiteradamente en los medios de comunicación y, a través de su influencia, en la opinión pública en general logrando que el fenómeno de la presunta «vuelta de lo religioso» comenzara a ponerse de moda. Y lo que es más importante, haciendo que la investigación sobre el hecho religioso pasase a un primer plano en el ámbito de las ciencias sociales. No sólo en la sociología de la religión, que abandona su situación casi marginal anterior y cobra inusitada importancia, sino que el estudio del «factor religioso» pasa a ocupar una posición relevante en los ámbitos de investigación de la ciencia política, la filosofía moral, la antropología, las relaciones internacionales, etc., entrando a formar parte al mismo tiempo de las agendas de los políticos y de las organizaciones internacionales, e influyendo en amplios círculos de la sociedad civil.

Nos encontramos ante un fenómeno de gran relevancia, mucho más importante que el de los «Nuevos Movimientos Religiosos», tanto numéricamente, por la gran cantidad de personas involucradas, como sobre todo por la influencia social, política, moral, cultural, etc., de éste. Y que afectando a las dos subtesis fundamentales de la secularización, la tesis de la *decadencia* de la religión y la tesis de la *privatización* de la religión, sobre todo va directamente en contra de esta última, pues implica la «desprivatización» de la religión en el mundo moderno. En palabras de Casanova, el «hecho de que las tradiciones religiosas de todo el mundo se niegan a aceptar el papel marginal y privatizado que les han reservado las teorías de la modernidad y las teorías de la secularización» (CASANOVA, 2000: 18). Fenómeno para el que se va a acuñar un nuevo concepto, el de «religiones públicas», frente a las religiones privadas o privatizadas; pudiendo existir dos formas fundamentales, ideal-típicas en sentido weberiano, de religiones públicas en función de la postura que adopten las religiones frente a la democracia moderna: 1) aquellas que se oponen frontalmente a la modernidad secularizada; 2) o aquellas religiones públicas «viables» y «legítimas» en la medida en que respeten y potencien la sociedad democrática y laica.

3. Religiones públicas a la «reconquista del mundo»

La aportación de Gilles Kepel, uno de los precursores en el estudio de la irrupción de las religiones en la esfera pública, nos servirá para ejemplificar

el primero de los modelos de religiones públicas desde un punto de vista histórico. Kepel, en un libro ya clásico, habló de «la revancha de Dios» para referirse a un conjunto de movimientos religiosos (cristianos, judíos y musulmanes) que, emergiendo a finales de los años 1970, se lanzaban a la «reconquista del mundo». Más allá del eco mediático que el libro adquirió, debido en parte a la metáfora sugerente e impactante de su título, nos encontramos ante una valiosa aproximación teórica, sin duda una de las más originales, a un fenómeno que con el tiempo iría cobrando importancia creciente.

«Un nuevo discurso religioso toma forma, no para adaptarse a los valores seculares sino para devolver el fundamento sacro a la organización de la sociedad, cambiándola si es necesario. Este discurso, a través de sus múltiples expresiones, propone la superación de una modernidad fallida a la que atribuye los fracasos y las frustraciones provenientes del alejamiento de Dios [...]. En quince años este fenómeno ha adquirido dimensión universal: surgió de civilizaciones que difieren entre sí tanto por su origen cultural como por su grado de desarrollo. Pero, sobre todo, se desplegó como reacción a una «crisis» de la sociedad cuyas causas profundas dice haber identificado, por debajo de los síntomas económicos, políticos o culturales a través de los cuales se manifiesta [...].

Más que combatir una ética laica que consideran inexistente, piensan que la modernidad producida por una razón sin Dios no ha sabido, en definitiva, engendrar valores: al atascar los mecanismos de solidaridad generados por el Estado-providencia, la crisis de los años setenta dejó al desnudo angustias y miserias humanas sin precedente. A los ojos de los nuevos militantes religiosos, esa crisis revela la vacuidad de las seculares utopías liberal o marxista, cuya traducción concreta es en Occidente el egoísmo consumista, y en los países socialistas y el Tercer Mundo la gestión represiva de la penuria, en un marco de olvido de la sociedad de los hombres» (KEPEL, 1995a: 14 y 18).

Valga esta larga cita a modo de resumen del significado de estos movimientos, así como del contexto de crisis social al que remiten.

La originalidad de la perspectiva de Kepel, y por la que el libro sería además criticado, radicaba en el establecimiento de una perspectiva comparativa entre las tres grandes «religiones del Libro» (incluso aludía a que se encontraban rasgos semejantes también, por ejemplo, en ciertos movimientos hinduistas y sintoístas), cuando algunos críticos sostenían que hablar de «revancha de Dios», sobre todo desde la perspectiva del «peligro» potencial de tales movimientos, no tenía sentido más que en su referencia al mundo musulmán (KEPEL, 1995b: 9).

Kepel, más allá de las diferencias evidentes, creía encontrar «asombrosas similitudes» entre ciertos movimientos religiosos católicos, judíos o cristianos y los movimientos islámicos que había estudiado previamente. Pero es que, además, la aparición casi simultánea de estos grupos a partir de 1975

(con el detonante de la crisis económica mundial de 1973-1974), no le parecía que podía deberse al azar y defendía, por tanto, su estudio como un fenómeno global, como el testimonio de una enfermedad social profunda, enmarcándose todos ellos en el contexto de descalificación global de la modernidad que se inició en esa época.

Tales movimientos coinciden en su diagnóstico de los males de la modernidad y en el tratamiento que consideran adecuado para superarlos. Parten del cuestionamiento de los fundamentos sociales del orden cultural de la modernidad y más específicamente de una impugnación radical de las bases de la modernidad laica cuyo origen remite a la ilustración: «en la orgullosa emancipación de la razón respecto de la fe ven la causa fundamental de los males del siglo XX» (KEPEL, 1995a: 266). Luego el remedio está en la «resacralización» de la sociedad, en su transformación para dotarla de un sentido total y de los valores aportados por la religión correspondiente.

Pero esta «lucha por la hegemonía sobre el sentido» (1995b: 15) no se produce sólo en el exterior a la propia tradición religiosa, en la sociedad circundante, sino que es una lucha que tiene su origen en el interior de la tradición religiosa misma, de una manera específica y radical. Quizás nos encontremos con uno de los rasgos decisivos de estos movimientos: la utilización del material religioso de la tradición correspondiente, oponiéndose muchas veces al discurso dominante de la «religión oficial», de cara a la intervención política del movimiento. Se produce la elaboración más o menos explícita de un proyecto de reconstrucción del mundo que encuentra en los textos sagrados respectivos los fundamentos de la sociedad futura. Fred Halliday, quien comparte básicamente la aportación de Kepel en este punto y refiriéndose más explícitamente al fundamentalismo, introduce un matiz que nos puede ayudar a comprender mejor lo que está en juego. Halliday distingue entre dos elementos que en el fundamentalismo están ligados de forma contingente. «Uno lo constituye la invocación a un retorno a los textos sagrados, leídos de modo literal, y el otro la apelación a que estas doctrinas se apliquen a la vida social y política» (HALLIDAY, 1994: 38). Dos formas de interpretación de los textos que llamará *escritural* y *contingente* respectivamente, siendo esta última la que tiende a predominar. «Lo que resulta importante es que, en circunstancias modernas, son los deseos contemporáneos, no una cierta interpretación inmanente verdadera, los que determinan el uso que se hace de esos textos» (Ibidem: 45³). Tal interpretación contingente subordinada al objetivo prioritario de la transformación radical del mundo es, al mismo

³ Como intenta demostrar en el caso iraní, el curso de su revolución se explica mucho mejor no en forma escritural sino de política pragmática, y concretamente la teoría de Jomeini del «gobierno islámico», que acabaría por marcar dicho rumbo de forma decisiva, no es (puramente) teológica sino más bien producto de una utilización ideológica «para justificar la meta mundana y universal de mantener el poder del Estado» (HALLIDAY, 1994: 47).

tiempo, uno de los rasgos que convierte a estos movimientos en plenamente «modernos».

Utilizándose para este fin de transformación global de la sociedad, volvemos a Kepel, dos tipos de estrategias posibles en función de las circunstancias concretas: una resacralización «desde arriba», a través de la toma del poder, o una resacralización «desde abajo», estableciendo redes de comunidades que practiquen una forma de vida total que rompa radicalmente con la sociedad circundante.

Movimientos de «resacralización» a finales de los 1970, según Gilles KEPEL

Judíos. En 1977, por primera vez en la historia del Estado de Israel, los laboristas no pueden formar gobierno y se encarga de ello Menahen Begin. Y coincidiendo con esta pérdida de hegemonía del sionismo laico, movimientos religiosos de muy distinto signo entran en la escena política y en el gobierno (y el movimiento sionista religioso comienza la implantación de colonos en los territorios ocupados bajo la invocación del antiguo pacto entre Dios y el pueblo elegido...).

Musulmanes. A partir de la década de 1970 resurge el Islam en su forma política (de Malasia a Senegal, las Repúblicas Soviéticas musulmanas o las periferias urbanas europeas) y comienza un amplio movimiento de reislamización. Sobresale el triunfo de la revolución del Ayatolá Jomeini, en 1979, que instaura la República Islámica en Irán.

Cristianos católicos. En 1978, el ascenso al papado de Juan Pablo II provocará cambios importantes en la línea del catolicismo tras el Concilio Vaticano II; 1979 es el año de la irrupción del Sindicato *Solidaridad* en Polonia, convirtiendo al país en el «laboratorio» de la estrategia papal de la recristianización de Europa. Durante los años 1980 ciertos grupos religiosos que convergen con esta estrategia serán potenciados: grupos carismáticos; el movimiento *Comunión y Liberación*, etc.

Cristianos protestantes. En los EE.UU. y en el ámbito del cristianismo protestante juegan un papel relevante los movimientos de tipo fundamentalista y evangélico en su intento de recristianizar la sociedad americana (p. ej., el fenómeno de la *Mayoría Moral*, que surge en 1979 e interviene activamente en la elección del Presidente Reagan en 1980 y en 1984).

Estrategias de resacralización

En su intento de resacralizar la sociedad estos movimientos utilizan dos tipos de estrategias, dependiendo de las circunstancias y posibilidades concretas:

(1) **Resacralización «desde abajo»:** a través de la constitución de redes de comunidades de verdaderos creyentes que pongan cotidianamente en práctica los preceptos del dogma religioso. «Pietismo» que trata de transformar el sistema sin violencia, royéndolo desde dentro, rompiendo radicalmente con la sociedad circundante.

(2) **Resacralización «desde arriba»:** estrategia de ruptura con el orden establecido, en este caso a través de la conquista del poder y la transformación revolucionaria de la sociedad.

Elaboración propia a partir del texto de KEPEL (1995a).

Obviamente, más allá de esta coincidencia de fondo en el rechazo de la laicidad, los contenidos doctrinales y los proyectos sociales que se derivan de ellos son profundamente divergentes, pudiendo convertirse en antagónicos. Sobre todo son significativas las diferencias en las relaciones de los distintos movimientos con el Estado, la Ley y los límites democráticos (KEPEL, 1995a: 272-ss.). Lo que depende no sólo de sus distintas doctrinas religiosas, y su interpretación «pragmática», sino también del contexto social y político en que se ubican. Frente al «monismo» del Islam y del judaísmo, para el que la Ley revelada por Dios es el principio exclusivo de la organización social, lo que en los movimientos más radicales conduce a un rechazo de la noción misma de democracia, el «dualismo» cristiano representado por la frase evangélica «Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios» impone una «limitación democrática» que incide sobre el contenido de esos movimientos, obligándoles a aceptar la democracia e impidiéndoles utilizar la violencia. Limitación democrática que «también existe para los movimientos de rejudaización y reislamización ‘desde abajo’ que se desarrollan entre los judíos de la diáspora y los musulmanes emigrados a Europa» (Ibidem: 299, nota 231). Entre estos grupos la lucha se centra en lograr que se reconozca a su identidad y a sus valores religiosos un espacio mayor en la vida pública, en la reducción del espacio público del laicismo.

En definitiva, nos encontramos ante un fenómeno completamente nuevo: el retorno de las religiones al primer plano de la organización política y social, que «se inscribe en el enorme cambio registrado en la organización del mundo a partir de los años setenta» (basado en los medios de comunicación de masas y alimentado por las crecientes bolsas de marginación y la desaparición de la bipolaridad capitalismo-comunismo). Con el paso del

tiempo todo se iba complicando más aún, a marchas forzadas, por la aceleración de un fenómeno que en esos años subyacía ya a los principales análisis del fenómeno de la irrupción de las religiones en la esfera pública, y singularmente como vemos en la lógica del análisis comparativo de Kepel, como es el de la globalización, pero que posteriormente –la caída del muro de Berlín en 1989 puede tomarse como punto simbólico de inflexión– se haría omnipresente condicionando toda la realidad a nivel mundial. Globalización que, para algunos intérpretes, parece favorecer la presencia de las religiones políticas. El propio Kepel sentenciará en una entrevista posterior: «Asistimos al retorno de la religión como factor en las relaciones internacionales» (1994: 3). O, por las mismas fechas, Halliday, y refiriéndose más específicamente a los movimientos fundamentalistas, escribía que todo parecía indicar que «pueden permanecer largo tiempo entre nosotros» (1994: 48).⁴

4. Un dilema: ¿«retorno de la religión» o fracaso político y social de la modernización?

Con el avance de la globalización el panorama internacional cambia de forma acelerada y con él todas las categorías del pensamiento recibidas para hacernos cargo de él parecen tambalearse, a lo que no va a ser ajena la idea de la «secularización» que iba asociada, no lo olvidemos, a la modernización social que ahora la globalización va extendiendo por doquier.

Con lo que el dilema que ahora se nos plantea es el siguiente:

(1) ¿Nos encontramos realmente ante un «retorno de la religión» y más en concreto al ámbito público de las sociedades, que la globalización parece propiciar, y por consiguiente ante el desmentido más rotundo del paradigma de la secularización, como piensan algunos?

«La creencia de que los brotes de religión politizada son desvíos temporales en el camino hacia la secularización era plausible en 1976, en 1986 o incluso en 1996. Hoy día, este argumento es insostenible. Como marco para explicar y predecir el curso de la política global, el secularis-

⁴ Jacques Sutter sostuvo que *La revancha de Dios* se había beneficiado del «eco mediático» que tiende a amplificar de manera artificial ese tipo de fenómenos. Y criticaba a Kepel por haber sobredimensionado el fenómeno, que no tenía además una significación meramente «religiosa», por lo que, a su juicio, era necesario relativizar la importancia de los movimientos estudiados en el seno de las tradiciones religiosas y sobre todo en la sociedad en su conjunto (SUTTER, 1991). Visto en perspectiva creo que el planteamiento de Kepel (que sería complementado por gran cantidad de estudios empíricos), no incurría en tales «excesos» y se ha demostrado fértil como aproximación a la génesis histórica de un hecho relevante y de enorme actualidad.

mo es cada vez menos sólido. Dios está ganando la batalla en la política global. Y la modernización, la democratización y la globalización solamente le han hecho más fuerte» (SHAH y DUFFY, 2006: 28).

Lo que nos reenvía a otro problema decisivo estrechamente relacionado con éste. La interpretación «contingente» (Halliday) de las doctrinas religiosas para aplicarlas a la vida social y política, que efectúan la mayoría de estos movimientos, nos recuerda que casi nunca cabe hacer una interpretación puramente «religiosa» de éstos; que, como en cualquier otra realidad de las que se ocupan las ciencias humanas y sociales, hay varios factores que actúan a la vez (religioso, político, ideológico, económico, etc.), que habría que tratar de ponderar debidamente en cada caso concreto y ver en qué medida hablamos de una renovada presencia de lo religioso o más bien de una instrumentalización de un factor (lo religioso) que demuestra, eso sí, una gran capacidad de movilización (como lo étnico, lo comunitario, etc.) La extensión de la instrumentalización de lo religioso por intereses políticos, económicos, estratégicos, etc., en muchos de los lugares donde aparece la religión, cuestionaría la alternativa planteada en este primer polo del dilema y reforzaría el otro.

«¿Hablando de estos movimientos, de qué se habla exactamente? ¿De movimientos primaria y fundamentalmente religiosos, que instrumentalizan lo político con el objetivo de la resacralización del espacio público? ¿De movimientos primaria y fundamentalmente políticos, que instrumentalizan lo religioso con el objetivo de la conquista del poder (o de la legitimación del poder adquirido)? ¿O de movimientos simultáneamente políticos y religiosos, que apuntan *al mismo tiempo* al poder y a la resacralización del espacio público y cuya característica sería por lo tanto que no concebirían el poder más que en y por referencia a lo religioso y lo religioso más que en y por referencia al poder? Sí, pero entonces ¿cuál sería, incluso sin tener en cuenta todos los fenómenos, potenciales o reales, de manipulación, la jerarquización de los objetivos pretendidos en el interior mismo de la confusión inducida por esta doble referencia? [...].

Se podría [...] sostener la idea de que estos movimientos [...] lejos de manifestar un “retorno de lo religioso”, atestiguan su desaparición, señalando un vacío, un déficit de la política en el momento presente, masivo y cruel, que carecería incluso de términos *políticos* que permitirían expresarla. De ahí el recurso a lo religioso, como registro del discurso, como lenguaje» (MICHEL, 1994: 107-108).

Con lo que el segundo polo del dilema podría plantearse así:

(2) ¿Más que un «retorno de la religión» no sucederá, como piensan otros intérpretes, como es el caso de Michel, que la politización de la religión responde a una fase transitoria de la historia, propiciada por el fracaso de la modernización o por una modernización desordenada y desarraigadora de las sociedades a consecuencia de la intensa y profundamente desigual

globalización en curso, y en la medida en que las sociedades se vayan modernizando y democratizando de forma adecuada habrán de secularizarse necesariamente al menos en este sentido de la privatización de la religión?

En esta dirección apunta, por ejemplo, la excelente obra de Marcel Gauchet, *El desencantamiento del mundo. Una historia política de la religión* (1985), que desde su perspectiva de una «historia política» de la religión y ampliando el fértil planteamiento weberiano, desarrolla su tesis del cristianismo como la religión de la «salida de la religión». El autor, en una reciente entrevista (2005b), enfrentándose con el dilema que planteamos, expresaba lo siguiente:

«Se habla de “retorno de lo religioso” desde hace veinticinco años, de hecho desde la revolución islámica en Irán, en 1979. [...] lo que está en juego, desde hace un cuarto de siglo o algo más, detrás de esta agitación superficial es, en contra de las apariencias, una etapa crucial de la salida de la religión; una etapa que amplía, intensifica y acelera el fenómeno. Lejos de «retornar», la organización religiosa del mundo se desvanece. La salida de la religión alcanza de lleno lugares a los que hasta ahora llegaba de manera remota. Precisamente se despliegan y prosperan como reacción a esta descomposición, esforzándose por recuperar y reconstituir lo que desaparece [...].

La salida de la religión es la salida de la estructuración religiosa de las sociedades; un proceso que duró siglos en Occidente, y en donde está a punto de acabar. Un proceso que, gracias a la globalización, alcanza hoy al conjunto de las civilizaciones y tradiciones del planeta, provocando los sobresaltos fundamentalistas que a los occidentales, para los que la estructuración religiosa no quiere decir gran cosa, les cuesta tanto comprender» (GAUCHET, 2005b: 293 y 294).

La concepción de Gauchet de la «salida de la religión» –no dejemos engañarnos por expresiones como *fin* o *final* de la religión que el autor utiliza igualmente para referirse al mismo fenómeno–, se asemeja plenamente a la hipótesis de la «privatización» de la religión y en absoluto debe interpretarse en el sentido de una supuesta «desaparición de la religión», que algunos críticos del «paradigma de la secularización», de forma totalmente errónea, equiparan al proceso de secularización como tal. Nada más falso. Ya en los sociólogos clásicos, Durkheim y Weber, fundadores de la sociología de la religión, y mucho más explícitamente aún en los sostenedores del «paradigma de la secularización», se defiende justamente lo contrario: que la «secularización», en sus distintas modalidades, en ningún caso parece implicar que la religión fuera a desaparecer (URRUTIA, 2005: 175-176). Para Gauchet el fin de la religión significa el final de su función práctica tradicional, de su función política y de aglutinante del cuerpo social, es decir, que la religión ya no va a volver a organizar completamente el campo huma-

no y social más, como lo hizo históricamente. Luego nada de muerte de los dioses, ni desaparición de los creyentes y de sus iglesias y, por otro lado, es fácil constatar además la aparición de equivalentes religiosos en muchos ámbitos profanos. Incluso más aún, piensa Gauchet, es más que verosímil concebir la existencia de una experiencia de tipo religioso como un núcleo antropológico irreductible en el ser humano. Por lo que las creencias religiosas, que arraigan en la subjetividad de la conciencia, seguirán jugando un importante papel en la sociedad, eso sí, una sociedad organizada totalmente al margen de la religión, una sociedad que funciona «como si Dios no existiera».

«Incluso suponiendo la edad de las religiones definitivamente cerrada hay que convencerse de que, entre religiosidad privada y sustitutos de la experiencia religiosa, probablemente nunca terminaremos con lo religioso [...]. La discontinuidad en el orden de la función social se ha producido ya esencialmente. En cambio, la continuidad en el registro de la experiencia íntima no ha terminado de reservarnos sorpresas. [...] estamos ante uno de los grandes focos futuros de la invención cultural» (GAUCHET, 2005a: 283).

Está claro que el dilema planteado sólo podrá ser respondido en el futuro y no sabemos por cuánto tiempo seguirán proponiéndose falsas alternativas, como las religiones políticas, a nuestra globalización desbocada. Pero también es cierto que, como insinuábamos más arriba, si lográramos superar las consecuencias más destructivas del profundamente desigual desarrollo de la economía mundial, y si la globalización fuera poco a poco potenciando una modernización que consolide la democracia pluralista y los derechos humanos a lo largo del mundo, ello no podrá hacerse sin fortalecer a un mismo tiempo su base necesaria, la laicidad –si bien que revisada para adaptarse a los nuevos desafíos globales, como la aparición y profundización del multiculturalismo en todas las sociedades, etc.–, y por lo tanto una cierta «privatización» de la religión.

Pero, aunque parezca paradójico, voy a defender a continuación cómo las religiones pueden contribuir a la potenciación de esos valores universales como son los derechos humanos y la democracia, y para ello no pueden resignarse a una privatización total, sino que han de ser «públicas» al menos en un cierto sentido.

5. Religiones públicas legítimas en una sociedad laica

«... la génesis del hecho democrático sólo puede entenderse históricamente, según nuestro punto de vista, como el establecimiento de una forma subjetiva de funcionamiento social. El advenimiento de la democracia es el paso de la sociedad de religión, es decir, de la sociedad sujeta a

Otro, a la sociedad sujeta a ella misma, en tanto que sociedad estructurada fuera de la religión» (GAUCHET, 2005a: 245).

Si convenimos con Gauchet que una sociedad democrática es una «sociedad sujeta a sí misma», entonces cobra enorme importancia el concepto de laicidad, y más aún su adecuada plasmación en la realidad, pues supone convertir a la ciudadanía en el centro de la vida pública frente a cualquier tipo de identidad societaria que se pretenda global, no ya sólo religiosa, sino étnica, ideológica, comunitaria, etc.

Ahora bien, ¿las sociedades modernas, laicas, sustentadas en la democracia y el respeto a los derechos humanos, exigen necesariamente que las religiones se sometan a una subjetivización o privatización total? ¿O cabría algún tipo de «religión pública», o de expresión «pública» de la religión, no sólo escrupulosamente respetuosa con la sociedad laica, sino incluso potenciadora de ésta? Creo que en el intento de responder fundadamente a esta pregunta se encuentra una de las aportaciones más valiosas del planteamiento de José Casanova, que representa el segundo de los modelos tipo-ideales propuestos.

Casanova cree, lo que comparto plenamente, que el fenómeno de la desprivatización de la religión vivido a partir de los años 1980 exige un replanteamiento crítico de las «teorías de la secularización», pero en ningún caso su abandono. Y que para ello es necesario diferenciar analíticamente, para poder evaluar por separado, las que considera las tres premisas principales del «paradigma de la secularización»: 1) la tesis central o tesis de la *diferenciación* (que se identifica con el proceso de secularización como tal), es decir, «la conceptualización del proceso de modernización de la sociedad como un proceso de diferenciación y emancipación estructural de las esferas seculares –principalmente el Estado, la economía y la ciencia– respecto a la esfera religiosa» (CASANOVA, 2000: 36), de la que se han hecho derivar dos subtesis que supuestamente explicarían lo que le ocurriría a la religión como resultado de este proceso; 2) la tesis de la *decadencia* de la religión; 3) la tesis de la *privatización* de la religión en el mundo moderno.

Lo que sucede es que sólo la primera, la diferenciación funcional y estructural de las sociedades, es realmente necesaria, se trata de una «tendencia estructural moderna», por lo que constituye el núcleo válido, tanto a nivel empírico como normativo, de las «teorías de la secularización». Por ello, la separación entre la iglesia (religión) y el Estado (política), y la libertad de creencia son una condición necesaria de la modernización social en el sentido aludido. Por lo que las religiones políticas (o cualquier visión totalizadora del mundo) son rechazables no ya sólo desde un punto de vista valorativo sino igualmente empírico.

Pero de aquí no se sigue que cualquier expresión pública de la religión ponga inevitablemente en peligro la diferenciación funcional moderna:

«puede haber y hay religiones públicas en el mundo moderno que no necesitan poner en peligro ni las libertades individuales modernas ni las estructuras diferenciadas modernas» (Ibidem: 290). Y si es así no se haría necesaria su reducción «absoluta» a lo privado.

La privatización es una «tendencia histórica» que, eso sí, se ha convertido en dominante debido, además de a la influencia de la propia estructura social diferenciada, a ciertas bases históricas particulares, occidentales y etnocéntricas, en las que se desarrollaron las «teorías de la secularización», y por lo que concierne a la ideología muy especialmente al dominio de las concepciones liberales de la política y las esferas públicas que tienden a prescribir la privatización de la religión, su despolitización, como presunta garantía de la separación estructural y de las libertades individuales.

Ahora bien, el liberalismo confunde tres niveles diferentes en el ámbito de la esfera pública que conviene distinguir analíticamente: Estado, sociedad política y sociedad civil. Obviamente, desde el punto de vista normativo del que partimos, la presencia pública de las religiones no cabe ni en el ámbito del Estado (iglesias oficiales, teocracias, etc.), que impiden la separación iglesia/Estado y la libertad religiosa, absolutamente esenciales; ni de la sociedad política (movimientos sociales o políticos confesionales), sino tan sólo en el de la sociedad civil.

¿Con qué objetivos? Una iglesia «orientada hacia la sociedad civil» entraría en la esfera pública «para defender la institucionalización de los derechos universales modernos, la creación de una esfera pública moderna y el establecimiento de regímenes democráticos» (Ibidem: 297), luego en ningún caso sus propias prerrogativas o presuntos derechos. Y en este ámbito podemos señalar su posible contribución –en la que coincidiría con otras críticas normativas similares al liberalismo de teóricos críticos, republicanos o feministas–, a la creación de una verdadera «esfera pública moderna», frente a la concepción liberal de las esferas públicas de la economía y de la política como amorales y frente al excesivamente riguroso trazado de fronteras que realiza el liberalismo. Las fronteras entre público/privado, moral/legal, religión/secular, justicia/vida buena, etc., están y deben estar «abiertas a la controversia, la redefinición, la renegociación y la legitimación discursiva». Éste es el sentido central del concepto de religión pública que defiende Casanova: «Lo que yo llamo “desprivatización” de la religión moderna es el proceso por el cual la religión abandona su lugar asignado en la esfera privada y entra en la esfera pública indiferenciada de la sociedad civil para tomar parte en el proceso en curso de debate: la legitimación discursiva y el nuevo trazado de las fronteras» (Ibidem: 97).

Modalidades de intervención legítima de las «religiones públicas»

1. En sociedades no democráticas o autoritarias:

Sería aquel tipo de intervención pública para *proteger no sólo la propia libertad religiosa sino todas las libertades y derechos modernos*. Es decir, la lucha, junto con otros movimientos de todo tipo, por la instauración de una sociedad civil democrática y, lo que es importante, sin buscar con ello la obtención de ningún tipo de privilegio o prerrogativa particulares para la propia religión.

2. En las sociedades modernas democráticas:

Aquí las religiones públicas podrían efectuar determinados tipos de intervención en el sentido de *cuestionar y discutir legítimamente los límites del orden liberal social y político* que las confina a la privacidad.

2.1. Intervención pública para *proteger el mundo de la vida* (por ejemplo, las formas de vida tradicionales: familia, modelos de comportamiento sexual, etc.) *de la penetración administrativa o jurídica*. Siempre y cuando se trate de un tipo de intervención en el terreno del debate público. Si se trata de un tipo de intervención tradicional anti-moderna pondría en peligro el Estado liberal democrático, lo que no sería aceptable.

2.2. Desprivatización en el sentido de *poner en cuestión o impugnar la absoluta autonomía de las esferas seculares*, singularmente de los dos subsistemas sociales principales: el Estado y el mercado. Cuestionar que se rijan exclusivamente según sus propias normas funcionales intrínsecas, *al margen de cualquier tipo de consideración ética o moral exteriores a tales esferas*. Sería una contribución a la redefinición de las fronteras entre las esferas pública/privada, legalidad/moralidad, sistema/mundo de la vida, etc. Siempre que se efectúe en nombre de los derechos humanos o de valores humanos universales.

2.3. En relación con esto último estaría la pretensión de las religiones de *mantener el principio del «bien común» en contra de las teorías liberales individualistas que tienden a reducirlo a la mera suma de las elecciones individuales*. Serviría para recordar (junto a otras corrientes éticas o políticas) que debe existir una estructura normativa intersubjetiva (una dimensión social, institucional o estructural de la ética). O incluso para insistir, en plena época de globalización, que el «bien común» sólo puede definirse en términos universales, globales y humanos más allá de las fronteras nacionales o estatales.

Elaboración propia a partir de CASANOVA, 2000: 87-88 y 307-308.

Ello exigiría obviamente a las religiones la aceptación plena de un pluralismo social y cultural tanto fuera, en la sociedad, como dentro de la propia institución religiosa. Y, por lo que respecta al catolicismo, al que se refiere especialmente Casanova, debería renunciar a seguir disfrutando de cualquier prerrogativa especial y, mucho más aún, a la pretensión de detentar el monopolio de la verdad en cualquier ámbito del que se trate al presentarse en la esfera pública, y asumir que su opinión es una más entre otras, que debe expresarse y hacerse valer en un lenguaje universalista y no particularista: «sea cual sea la postura o la opción que adopte», «la Iglesia tendrá que justificarla por medio de un discurso racional, público y abierto en la esfera pública de la sociedad civil» (Ibidem: 301).

Modelo normativo inaceptable para algunos, bien por exceso o bien por defecto, que es claramente compatible con una laicidad bien entendida⁵, como se expresa, con gran claridad, en el relevante *Informe de la Comisión Stasi sobre la Laicidad* (11 diciembre 2003), elaborado en Francia para hacer frente a los nuevos desafíos planteados a la laicidad en unas sociedades crecientemente multiculturales y multirreligiosas.

«... lo espiritual y lo religioso deben prescindir de cualquier pretensión de dominio sobre el Estado y renunciar a su dimensión política. La laicidad es incompatible con cualquier concepción de la religión que deseara dirigir, en nombre de sus supuestos principios, el sistema social o el orden político.

En el marco laico, las opciones espirituales o religiosas dependen de la libertad individual: esto no significa en absoluto que estas cuestiones sean confinadas a la intimidad de la conciencia, “privatizadas”, y que se les niegue cualquier dimensión social o capacidad de expresión pública. La laicidad distingue la libre expresión individual o religiosa en el espacio público, legítima y esencial en el debate democrático, del dominio sobre ese espacio, que es ilegítimo. Los representantes de las diferentes opciones espirituales están autorizados para intervenir a ese título en el debate público, como cualquier componente de la sociedad» (2003: 58).

En nuestras sociedades fuertemente pluralistas, el desafío es cómo forjar la unidad social respetando a un mismo tiempo su diversidad creciente. En este sentido, la laicidad representa los valores comunes de la sociedad, que se apoyan en una concepción de la ciudadanía que supera las pertenencias comunitarias, étnicas o confesionales. Por lo que el cristianismo puede y

⁵ Es lo que defiende, por ejemplo, Javier Otaola desde su reflexión sobre la laicidad: «Sólo de una manera pudiera admitirse una cierta proyección de cualquier tipo de magisterio espiritual en el ámbito de la ciudad terrestre: cuando el discurso religioso puede traducirse al lenguaje de la razonabilidad del debate político, es decir, cuando no se funda ni se sostiene en ningún principio de fe o de revelación, sino que se apoya en una argumentación controvertible» (1999: 35-36).

debe contribuir a fortalecer tal laicidad, en la medida en que se comporte realmente como «la religión de la salida de la religión».

«Ya no hay política cristiana posible. Hay una política profana, o “secular”, o “laica”, poco importa, en la que participan los cristianos con sus valores y convicciones, pero cuya última palabra no tienen [...]. La ética democrática no excluye nada, pero por eso mismo relativiza todas las posiciones. Rechaza la idea de que un componente de la colectividad pudiera poseer una verdad absoluta que impondría al conjunto. Es lo que la hizo antipática para los cristianos durante tanto tiempo. Ellos la denunciaban como una forma insoportable de relativismo y como una renuncia inaceptable a la idea de verdad. No hay nada de eso en realidad, pues el principio mismo de la libre discusión y de la igualdad de los interlocutores no tiene nada de relativo en la concepción democrática. Representa un absoluto. No implica ningún abandono de la verdad. La transforma desplazándola *entre* los interlocutores. Nadie la posee, pero todos participan en su búsqueda. Los cristianos pueden reconocerse en este absoluto democrático y en su comprensión de la verdad. Es lo que han hecho. La democracia les pide aceptar coexistir con no cristianos, admitiendo concederles una parte de verdad y admitiendo que el orden justo que unos y otros buscan construir será tanto el asunto de los no cristianos como el suyo» (GAUCHET, 2005b: 299).

Resuena en estas palabras, seguramente, un eco polémico frente a la postura de la jerarquía de la iglesia católica que tiende a identificar ciertas decisiones democráticas que no le gustan con un relativismo pernicioso y disolvente al no apoyarse en ciertas verdades absolutas, inscritas por Dios mismo en la naturaleza y de las que obviamente ella sería la única detentadora.

¿Será capaz la iglesia católica de superar estos resabios dogmáticos y colaborar con el resto de la sociedad, en igualdad de condiciones, a la construcción de una sociedad más justa?

«Por lo demás, ¿por qué excluir un *aggiornamento* en regla de las Iglesias extenuadas de nuestro Viejo Mundo que las liberaría de sus viejos demonios de autoridad; una conversión a la era democrática que les devolvería aliento y fuerza, permitiéndoles rehacer la base de la convivencia primera entre el espíritu del cristianismo y el destino occidental?» (Gauchet, 2005a: 234-235⁶).

⁶ Gauchet, en consonancia con una concepción abierta de la laicidad –que frente a épocas pasadas o concepciones más estrechas, valora de forma positiva la aportación que las tradiciones religiosas pueden efectuar al «capital social» de las sociedades modernas–, y en la línea del planteamiento de Casanova, defiende la necesidad de que la tradición católica aporte los valores cristianos al debate de la esfera pública. Los valores católicos, escribe, «adquieren hoy todo su alcance polémico frente a las derivas del individualismo contemporáneo. [...] Estos valores, provenientes de la religión cristiana, pero que tienen sentido para

6. Bibliografía citada

- BERGER, P. L. (1999/1967): *El dosel sagrado. Para una teoría sociológica de la religión*, Barcelona, Paidós.
- CASANOVA, J. (2000/1994): *Religiones públicas en el mundo moderno*, Madrid, PPC.
- «Dios vuelve a la política» (2006): *Foreign Policy. Política, economía e ideas globales*. Edición española, n.º 16, agosto-septiembre.
- GAUCHET, M. (2005a/1985): *El desencantamiento del mundo. Una historia política de la religión*, Madrid, Trotta.
- , (2005b): «Lo religioso hoy (Conversación con Esteban Molina)» *El desencantamiento del mundo. Una historia política de la religión*, Madrid, Trotta, pp. 293-302.
- HALLIDAY, F. (1994): «El fundamentalismo y el mundo contemporáneo», *Papeles de Cuestiones Internacionales*, CIP, Madrid, n.º 52, pp. 37-51.
- KEPEL, G. (1994): «Entrevista», *El País* («Temas de Nuestra Época»), 28 abril, p. 3.
- , (1995a/1991): *La revancha de Dios. Cristianos, judíos y musulmanes a la reconquista del mundo*, Madrid, Anaya & Mario Muchnik.
- KEPEL, G. (dir.) (1995b): *Las políticas de Dios*, Madrid, Anaya & Mario Muchnik.
- LAWRENCE, B. B. (1989): *Defenders of God: the fundamentalist revolt against the modern age*, New York, Harper and Row.
- LUCKMANN, T. (1973/1967), *La religión invisible. El problema de la religión en la sociedad moderna*, Salamanca, Sígueme.
- MICHEL, P. (1994): *Politique et religion. La grande mutation*, Paris, Albin Michel.
- OTAOLA, J. (1999): *Laicidad. Una estrategia para la libertad*, Barcelona, Bellaterra.
- SHAH, T. S. y DUFFY TOFT, M. (2006): «Por qué Dios está ganando», *Foreign Policy. Política, economía e ideas globales*. Edición española, n.º 16, agosto-septiembre, pp. 22-28.

los que están fuera de la religión se resumen en una palabra: *humanismo*. [...] es del interés de una sociedad salida de la religión que existan en su seno instituciones religiosas vivas –naturalmente hablo de instituciones que han comprendido lo que significa democracia y que participan en el juego de la libertad humana–» (GAUCHET, 2005b: 301). Y señala tres aspectos de interés: 1. Desde el punto de vista de la identidad histórica, pues Europa sale del cristianismo. 2. Desde el punto de vista del debate colectivo, pues puede contribuir a recordar que más allá de lo trivial están los fines últimos. 3. Y desde la idea del hombre que puede aportar. Para concluir que: «La preocupación espiritual es incluso esencial a la idea más laica o más secular del hombre. A este respecto, el apoyo de la exigencia religiosa le es infinitamente precioso, desde el momento en que las religiones no pretenden constituir la ley de la sociedad» (Ibidem: 302).

- SUTTER, J. (1991): «Quelle revanche de Dieu?», *Esprit*, octubre, pp. 116-128.
- SWATOS, Jr., W. H. (ed.) (1989): *Religious politics in global and comparative perspective*, New York, Greenwood Press.
- URRUTIA LEÓN, M. M.^a (2005): «Del concepto al paradigma de la secularización», *Estudios de Deusto*, vol. 53/1, enero-junio, pp. 163-181.
- VV.AA. (2005): «Informe de la Comisión Stasi sobre la Laicidad (11 diciembre 2003)», *Pasajes de Pensamiento Contemporáneo*, Valencia, 18, otoño, pp. 57-73.
- WUTHNOW, R. (1992): *Rediscovering the sacred. Perspectives on religion in contemporary society*, Michigan, Eerdmans.

JURISPRUDENCIA

Casos escogidos de Derecho antitrust europeo

Bajo la coordinación de

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

y

María Pilar Canedo Arrillaga

Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Deusto

Recibido: 01.12.06

Aceptado: 11.12.06

I. Introducción

Tal como se anunció en el número 54/1 enero-junio de 2006, y en reflejo de la creciente importancia en los mercados nacionales del Derecho Europeo de la Competencia, los coordinadores de esta sección, en colaboración con el equipo de investigación de la Universidad de Deusto «Diversas implicaciones del Derecho Transnacional» y otros expertos profesores de diversas Universidades españolas, presentan la entrega anual de comentarios sobre casos escogidos de *Derecho antitrust europeo*.

Todos los casos comentados en este número –salvo uno– se han resuelto o han sido publicados en el año 2006 y los temas que se abordan son los siguientes: ententes, abuso de posición dominante, concentraciones y libre acceso al mercado. En cada epígrafe se ha seguido un orden cronológico en la presentación de los casos.

Los profesores que participan en estos comentarios son: Alfonso-Luis Calvo Caravaca (Universidad Carlos III de Madrid), María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto), Marta Casado Abarquero (Universidad de Deusto), Manuela Eslava Rodríguez (Universidad de Extremadura), Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra), Carmen Herrero Suárez (Universidad de Valladolid), Olatz Retortillo Atienza (Universidad de Valladolid), Juliana Rodríguez Rodrigo (Universidad Carlos III de Madrid) y Mercedes Sabido Rodríguez (Universidad de Extremadura).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y María Pilar Canedo Arrillaga

II. Ententes

Caso N.º 21. Ententes: STJCE 16 febrero 2006, As. C-111/04, Adriatica di Navigazione/Comisión

NOTA

Adriatica di Navigazione (en lo sucesivo «Adriatica») es una compañía marítima con participación pública que ejerce su actividad de transporte de pasajeros y de vehículos particulares e industriales entre Grecia e Italia. Como consecuencia de la denuncia presentada por un usuario, motivada por el hecho de que las tarifas de los transbordadores eran sospechosamente similares en la línea que comunicaba estos dos países, la Comisión inició un procedimiento de investigación que, el 9 de diciembre de 1998, culminaba con la adopción de la Decisión 1999/271/CE (IV/34.466). En esta resolución, entre otros aspectos, se imponía a Adriatica una multa de 0,98 millones de los entonces ecus por haber participado en las reuniones entre las seis compañías de transbordadores que explotaban esa ruta con el objeto de concertar los niveles de las tarifas para camiones aplicables en las rutas que unen Patras con Bari y Brindisi.

No conforme con el fallo, Adriatica interpuso un recurso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia con el propósito de que anulara, total o parcialmente, la Decisión y, subsidiariamente, que anulara o redujera la multa que se le había impuesto. Básicamente, los motivos de anulación que aducía y que serán objeto de un análisis posterior eran los siguientes: falta de motivación respecto a la definición del mercado de referencia y contradicción entre la exposición de motivos y la parte dispositiva (I); falta de acreditación de su participación en las prácticas colusorias que se le imputaban (II).

En relación con la *falta de una definición suficiente del mercado de referencia*, Adriatica entendía que la Comisión había adoptado la Decisión sin examinar previamente el mercado de referencia y, por lo tanto, sin apreciar las diferencias que existían entre los distintos tipos de servicios ofrecidos por las empresas que operaban en la ruta marítima que comunicaba Grecia con Italia.

Este motivo de anulación fue desestimado por el TPI y, posteriormente, confirmado en la sentencia objeto de estudio. Es cierto que es preciso distinguir entre la diferente función que la definición del mercado de referencia desempeña en el Derecho de la competencia. Así, mientras en el ámbito de aplicación del artículo 82 TCE tiene la condición de presupuesto necesario y previo a la calificación de un determinado comportamiento como contrario al Derecho de la competencia, en el marco del artículo 81 TCE su definición no tiene un carácter autónomo. En otros términos, la prueba de la existencia de un abuso de posición dominante exige acreditar la existencia de una posición de dominio en un determinado mercado, lo que obliga a delimitar pre-

viamente el mercado de referencia de que se trate (artículo 82 TCE). Por el contrario, a efectos del artículo 81 TCE, los presupuestos de aplicación son la existencia de un acuerdo, la afectación del comercio entre Estados miembros y el perjuicio de la competencia. Ello significa que la definición del mercado de referencia tiene un carácter meramente instrumental en la medida en que sirve para acreditar la distorsión de la competencia y el daño al comercio entre Estados.

No obstante, esta distinta condición del mercado de referencia no significa que su delimitación sea inoperante y que se exima a la Comisión de esta obligación, máxime imputándose la comisión de una infracción colectiva como en el caso que nos ocupa. Una errónea configuración del mercado de referencia incidiría sobre el régimen de responsabilidad de la empresa sancionada. Piénsese que si acredita la participación de la empresa en un acuerdo general y colectivo sobre los precios sin delimitar correctamente el mercado de referencia y, por lo tanto, sin delimitar correctamente su intervención en él se estarían generando consecuencias negativas en las relaciones entre la empresa y los terceros afectados. De hecho, éstos podrían dirigirse contra la empresa que ha participado en la infracción colectiva para obtener el resarcimiento de los daños que se le hayan causado por hechos que, quizá, no sean imputables a esta última.

En definitiva, la adecuada definición del mercado de referencia es un requisito necesario para la valoración de un comportamiento supuestamente contrario a la competencia, habiéndose puesto de relieve la importancia de este examen por la propia Comisión en la Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Según ella, *«la definición de mercado permite determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual la Comisión aplica la política de competencia. El principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva. Desde esta perspectiva, la definición permite, en particular, calcular las cuotas de mercado, que aportan una información significativa con respecto al poder de mercado para la apreciación de una posición dominante o para la aplicación del artículo 85»* (DO 1997, C 372, pp. 5-13).

No obstante lo anterior, el TJCE desestimó el motivo de apelación alegado por la demandante por entender que la delimitación del mercado de referencia estaba correctamente efectuada ya que, si bien la exposición de motivos puede resultar ambigua y poco rigurosa, la parte dispositiva de la Decisión estaba correctamente formulada y únicamente se imputaba a Adria-

tica una infracción por su participación en un acuerdo de fijación de precios en la ruta Patras-Brindisi.

En relación con la *falta de acreditación de su participación en las prácticas colusorias que se le imputaban*, Adriatica admitía la asistencia y participación de uno de sus representantes a las reuniones que tuvieron lugar el 25 de octubre de 1990 y el 24 de noviembre de 1993 entre las seis compañías transbordadoras que operaban en la línea Grecia-Italia (cinco griegas y una italiana) con el objeto de adoptar un acuerdo de fijación de precios. No obstante, Adriatica afirmaba que su decisión de aumentar las tarifas había sido tomada antes del 25 de octubre de 1990 y que en ningún momento se adhirió al acuerdo sobre coordinación de precios adoptados por las otras cinco empresas competidoras. En este sentido, sostenía que la Comisión no había probado su consentimiento al acuerdo anticompetitivo y, por lo tanto, la multa debía ser anulada.

Frente a esta argumentación, el TPI y más tarde el TJCE recurrieron a una jurisprudencia ya consolidada según la cual, cuando se ha demostrado que una empresa ha participado en reuniones entre mercantiles con un propósito claramente anticompetitivo, corresponde a dicha empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación no estaba en modo alguno inspirada por un espíritu contrario a la competencia y que informó a sus competidores de que participaba con unas intenciones diferentes a las suyas (en este sentido, sentencias del TJCE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie y otros/Comisión*, asuntos acumulados 40/73 a 38/73, 50/73, 54/7 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. 1663, ap. 315 y, más recientemente, sentencia de 8 de julio de 1999, *Hüls/Comisión*, C-235/92, Rec. I-4539, ap. 181).

Pues bien, debe resaltarse que la infracción que se le imputa a la recurrente no se centra en la aplicación de las tarifas acordadas con sus competidores, sino simplemente en haber participado en un acuerdo que tenía por objeto la fijación de los precios de venta, conducta considerada anticompetitiva por sí misma y de la que únicamente puede ser exonerada si prueba su distanciamiento público (STPI de 17 de diciembre de 1991, *Hercules Chemicals/Comisión*, T-7/89, Rec. p. II-1711, apartado 232; de 10 de marzo de 1992, *Solvay/Comisión*, T-12/89, Rec. p. II-907, apartados 98 a 100; y de 6 de abril de 1995, *Tréfileurope/Comisión*, T-141/89, Rec. II-791, ap. 85). La razón de ser de esta exigencia radica en que al participar en tales sesiones sin distanciarse públicamente de su contenido, se induce a las competidoras a pensar que los demás participantes suscriben el resultado de las reuniones y que se adaptan a él. Por lo tanto, el hecho de que Adriatica adoptara instrucciones internas que manifestaban su intención de no alinearse con las demás participantes sin que se les dotara de la preceptiva publicidad a efectos de las restantes empresas intervinientes en la práctica colusoria, es una simple medida de organización interna que resulta insuficiente para desvirtuar el carácter infractor de su conducta.

Marta Casado Abarquero

Caso N.º 22. Ententes: STPI (Sala Cuarta) 15 marzo 2006. As. T-26/02, Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd./Comisión & Caso N.º 23. Ententes: STPI (Sala Cuarta) 15 marzo 2006. As. T-15/02, BASF AG/Comisión

En ambos casos, la demanda de la empresa tiene por objeto la anulación o reducción de la multa impuesta por la Comisión en la Decisión 2003/2/CE de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, relativa a un procedimiento con arreglo a los arts. 81 TCE y 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-1/37.512 – Vitaminas) (DO 2003, L 6, p. 1).

Mediante esta Decisión, la Comisión declaró que varias empresas habían infringido los arts. 81.1 CE y 53.1 del Acuerdo sobre el EEE al participar en prácticas colusorias que afectaron a los mercados de las vitaminas A, E, B₁, B₂, B₅, B₆, el ácido fólico, las vitaminas C, D₃, H, el betacaroteno y los carotínidos. Las empresas afectadas habían fijado los precios de diversos productos, se habían asignado cuotas de ventas, habían acordado y aplicado aumentos de precios, habían publicado anuncios de precios de conformidad con sus acuerdos, habían vendido los productos a los precios convenidos, habían creado un dispositivo de supervisión y control del cumplimiento de sus acuerdos y habían participado en una estructura de reuniones regulares para aplicar sus planes.

La Comisión impuso multas por las infracciones en los mercados de las vitaminas A, E, B₂, B₅, C, D₃, del betacaroteno y de los carotínidos, pero no impuso ninguna por las infracciones en los mercados de las vitaminas B₁, B₆, H y del ácido fólico al haber cesado más de cinco años antes del inicio de la investigación por la Comisión (art. 1 del R. n.º 2988/74). Daiichi, F. Hoffmann-La Roche AG y BASF AG fueron sancionadas por la infracción relativa a la vitamina B₅.

La Comisión fijó el importe de las multas con arreglo a sus Directrices para el cálculo de las multas impuestas y a su Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas.

Tomó en consideración la gravedad y la duración de la infracción, evaluó de forma individual el papel desempeñado por cada empresa en las infracciones, reflejó en la multa impuesta toda circunstancia agravante o atenuante y aplicó, en su caso, la Comunicación sobre la cooperación.

Atendiendo a la naturaleza de las infracciones, su impacto en los mercados individuales de productos vitamínicos afectados y a que todas ellas se extendían al conjunto del mercado común y del EEE, calificó las infracciones de los arts. 81.1 CE y 53.1 del Acuerdo EEE como muy graves, siendo sancionables cada una de ellas con multa de al menos 20 millones de euros.

Para determinar el importe de partida de las multas, la Comisión tomó en consideración el tamaño de cada uno de los mercados afectados, recordando que en la categoría de infracciones muy graves, la escala propuesta de multas probables permite aplicar el tratamiento diferenciado a las empresas

para tener en cuenta la capacidad económica efectiva de los infractores de causar un perjuicio significativo a la competencia, así como para poner la multa que asegure un suficiente efecto disuasorio. A tal efecto, agrupó a las empresas en función de su importancia relativa en cada uno de los mercados de productos vitamínicos afectados, añadiendo que la clasificación de una empresa en una agrupación particular puede ajustarse, en su caso, para tener en cuenta en particular la necesidad de asegurar la disuasión efectiva. Para ello, se basó en su respectivo volumen de negocios mundial del producto correspondiente, ya que cada cártel era de naturaleza global, y el volumen de negocios mundial indica la contribución de cada empresa a la eficacia del cártel en su conjunto o la inestabilidad de éste de no haber participado. Para determinar los volúmenes de negocio, tomó como referencia el último año civil completo de la infracción. Concluyó que Roche y Daiichi eran los dos principales productores de vitamina B₅ en el mercado mundial y los incluyó en una primera categoría, mientras que BASF, que tenía cuotas de mercado considerablemente inferiores en el mercado mundial, fue clasificada en una segunda categoría. El importe de partida de la multa correspondiente a esta infracción fue fijado en 20 millones de euros para Roche y Daiichi y en 14 millones de euros para BASF.

Con el fin de garantizar que la multa fuese suficientemente disuasoria, la Comisión incrementó en un 100% el importe de partida calculado para Roche y para BASF, de forma que se tuviesen en cuenta su tamaño y sus recursos globales. Como Roche, Daiichi y BASF habían cometido una infracción de larga duración, incrementó en un 80% la cantidad resultante de las operaciones anteriores.

Aplicó a Roche y a BASF una circunstancia agravante en tanto que líderes e instigadores, en particular en el marco de la infracción relativa a la vitamina B₅, incrementándoles el importe de base de la multa, respectivamente, en un 50% y en un 35%. La Comisión no apreció ninguna circunstancia agravante ni atenuante en el caso de Daiichi.

Por último, la Comisión consideró que Roche y BASF habían sido las primeras en aportar pruebas decisivas sobre la existencia de los acuerdos ilícitos relativos a la vitamina B₅. No obstante, al haber actuado como instigadoras o haber jugado un papel determinante en las actividades ilegales relativas a la vitamina B₅, estimó que Roche y BASF no cumplían el requisito establecido en la sección B, letra e, de la Comunicación sobre la cooperación. En consecuencia, ninguna de las tres empresas implicadas en los acuerdos relativos a la vitamina B₅ pudo beneficiarse de una reducción de la multa basada en las secciones B o C de dicha Comunicación.

Todas ellas se beneficiaron sin embargo de una reducción de la multa con arreglo a la sección D de la Comunicación sobre la cooperación ya que ocho empresas destinatarias de la Decisión –entre ellas, Roche, BASF y Daiichi– habían cooperado con la Comisión antes de que se adoptara el pliego de cargos, habían contribuido materialmente a demostrar la existencia de

las infracciones en que habían sido parte y/o no habían impugnado sustancialmente los hechos en que la Comisión basó sus alegaciones. En particular, Roche y BASF, que habían aportado pruebas detalladas sobre la estructura organizativa del cártel relativo al mercado de la vitamina B₅, contribuyeron decisivamente a demostrar o a confirmar algunos aspectos esenciales de esta infracción, por lo que, conforme a la sección D, apartado 2, primer guión, de la Comunicación sobre la cooperación, les concedió una reducción del 50% de la multa que se les habría impuesto si no hubiesen cooperado. A Daiichi, por haber facilitado datos sobre la organización y estructura del cártel de la vitamina B₅ que contribuyeron sustancialmente a demostrar o confirmar importantes aspectos de la infracción, le concedió una reducción del 35% de la multa que se le habría impuesto si no hubiese cooperado con la Comisión.

Caso N.º 22. Ententes: STPI (Sala Cuarta) 15 marzo 2006. As. T-26/02, Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd./Comisión

NOTA

Daiichi no negó los hechos imputados ni que éstos constituyesen infracciones de los arts. 81.1 CE y 53.1 del Acuerdo EEE. Su demanda pretendía la anulación total del art. 3, letra f, de la Decisión, al considerar que la Comisión debería haberle concedido una inmunidad total con arreglo a la sección B de la Comunicación sobre la cooperación o al menos una reducción del importe de la multa.

1. Sobre la vulneración de los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad

Daiichi impugna el distinto trato que se dispensó, a efectos de la determinación de los importes iniciales individuales, a los miembros del cártel relativo a la vitamina B₅, con arreglo al punto 1 A, párrafos cuarto y sexto, de las Directrices. Considera que debería haber sido clasificada en una tercera categoría detrás de Roche y BASF, o subsidiariamente, en la segunda categoría junto con BASF o, en último extremo, en una categoría intermedia entre Roche y BASF. Alega, por un lado, que la Comisión no tomó en consideración que Roche y BASF, integradas verticalmente, podían comprimir los márgenes de sus competidores en el mercado posterior de las premezclas, y que esas mismas empresas, que producían una amplia gama de vitaminas, podían aplicar precios depredadores en el mercado de la vitamina B₅ subvencionando las pérdidas correspondientes mediante subidas del precio de las demás vitaminas. Y por otro, que se vulneró el principio de igualdad de trato, respecto a la infracción relativa a la vitamina B₅, al ser clasificada en la primera categoría junto a Roche, cuando su situación no era comparable a

la de dicha empresa, y fue tratada de distinta forma que BASF, pese a que la situación de ésta era comparable a la suya. Se vulneró también aquel principio al clasificar a BASF en la segunda categoría de la infracción relativa a la vitamina B₂, cuando su posición con respecto a dicha infracción era comparable a la suya en el marco de la infracción relativa a la vitamina B₅.

El TPI reconoce que la integración vertical y la amplitud de la gama de productos pueden, en su caso, ser elementos pertinentes para apreciar la influencia que una empresa puede ejercer en el mercado y constituir indicios de dicha influencia complementarios de las cuotas de mercado (respecto a la integración vertical, STJ 14.2.1978, *United Brands/Comisión*; en relación con la amplitud de la gama de productos, STJ 9.11.1983, *Michelin/Comisión*), pero las alegaciones de la demandante no evidenciaron que Roche y BASF dispusiesen de ventajas competitivas particulares y significativas en el mercado de que se trata. Por lo que se refiere a la integración vertical, Daiichi se limita a alegar que Roche y BASF podían, subiendo el precio de la vitamina B₅, comprimir los márgenes de los fabricantes de premezclas, compradores de dicha vitamina y competidores de Roche y de BASF en el mercado posterior de las premezclas. Observa que Daiichi, como proveedor de vitamina B₅, también podía hacerlo, con la única diferencia de que, al no operar a su vez en el mercado de las premezclas, no podía aprovecharse de ello para reforzar su posición en ese mercado posterior. No obstante, esta diferencia pertenecería más al ámbito de las motivaciones de los tres productores para subir el precio de la vitamina B₅ que al de la influencia que podían ejercer en el mercado de dicho producto.

Daiichi se refirió asimismo a la amplitud de la gama de vitaminas ofrecida para afirmar que Roche y BASF estaban en condiciones de aplicar precios depredadores a la vitamina B₅ gracias a los ingresos que podían obtener de los mercados de las demás vitaminas, que constituían mercados distintos, pero estrechamente vinculados. El TPI entiende que no puede presumirse la capacidad para aplicar precios depredadores por el solo hecho de que la empresa de que se trate produzca una gama más amplia de productos similares que sus competidores.

A la alegación de vulneración del principio de igualdad de trato que habría implicado la clasificación de Daiichi, el Tribunal contesta que, aunque la agrupación de los miembros de un cártel en categorías para dispensarles un trato diferenciado al fijar los importes iniciales de las multas está admitida por la jurisprudencia pese a que equivale a ignorar las diferencias de tamaño entre empresas de una misma categoría (*SSTPI 19.3.2003, CMA CGM y otros/Comisión y Tokai Carbon y otros/Comisión*), debe respetar el principio de igualdad de trato: está prohibido tratar situaciones comparables de manera diferente y situaciones diferentes de manera idéntica, a menos que tal trato esté justificado objetivamente. Ahora bien, el control de legalidad sobre el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone la Comisión en la materia está limitado a que dicho reparto sea coherente y esté justifica-

do objetivamente sin sustituir de entrada la apreciación de la Comisión por la suya. En ejercicio de ese control, el TPI concluyó que la agrupación de los productores en dos categorías, los principales y los demás, no es una forma irrazonable de valorar su importancia relativa en el mercado a efectos de modular el importe de partida, siempre y cuando no dé como resultado una imagen burdamente deformada de los mercados de que se trate.

2. *Sobre la reducción de la multa por aplicación parcial de los acuerdos sobre precios y cantidades*

En la Decisión, la Comisión aludía a la STPI 14.5.1998, *Cascades/Comisión*, en la que se estimó que, una vez acreditada la participación de una empresa en una concertación con sus competidores en materia de precios, el hecho de que la empresa no haya ajustado su conducta en el mercado a la convenida con sus competidores no constituye necesariamente un elemento que deba tenerse en cuenta, como circunstancia atenuante, al determinar la cuantía de la multa que deba imponerse. El TPI pone de relieve, sin embargo, que en dicha sentencia se analizó una Decisión anterior a la adopción de las Directrices, que consideran expresamente circunstancia atenuante la no aplicación efectiva de acuerdos ilícitos. En consecuencia, la puesta en práctica más o menos completa, por un miembro del cártel, de las medidas acordadas con los demás miembros debe tener consecuencias sobre el alcance de la responsabilidad y sobre el nivel de la sanción (SSTJ 15.10.2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, y 28.6.2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*).

Habiendo estimado el incumpliendo de las Directrices alegado, el TPI ejerce su competencia jurisdiccional plena (arts. 229 CE y 17 del R. n.º 17), para determinar si Daiichi debía beneficiarse de una reducción de la multa en atención a la no aplicación efectiva de los acuerdos ilícitos. El TPI, sin embargo, no pudo deducir de los elementos obrantes en autos que, durante el período en que la demandante tomó parte en los acuerdos ilícitos, se abstuviera efectivamente de aplicarlos, adoptando un comportamiento competitivo en el mercado o, cuando menos, que incumpliera clara y sustancialmente las obligaciones encaminadas a poner en práctica dicha concertación.

3. *Sobre la reducción de la multa por no haber negado los hechos*

Daiichi alega, en un tercer motivo de su demanda, que la Comisión debería haberle concedido la inmunidad total o una reducción de la multa no inferior al 75%, en virtud de la sección B de la Comunicación sobre la cooperación o, subsidiariamente, una reducción de la multa de entre el 50% y el 75% en virtud de la sección C de dicha Comunicación. El TPI pone de relieve que, aunque la citada Comunicación crea expectativas legítimas en las empresas que desean informar a la Comisión de la existencia de un acuerdo ilícito, teniendo ésta la obligación de atenerse a ella (SSTPI 20.3.2002, *HFB*

y otros/Comisión y 8.7.2004, *Corus UK/Comisión*), en el caso, la Comisión aplicó fundadamente la Sección B, b, a Roche y a BASF, porque habían sido las primeras en suministrar elementos determinantes en relación con la infracción de la Vitamina B₅ (STPI 15.6.2005, *Tokai Carbón y otros/ Comisión*).

La demandante sostenía asimismo, para el caso de que no prosperara la alegación principal, que la Comisión debería haberle concedido al menos una reducción de la multa del 50%, ya que su cooperación fue tan amplia y voluntaria como la de Roche y BASF y se prestó en la misma fase del procedimiento administrativo o, en cualquier caso, superior al 35% por haberse atendido a lo dispuesto en los guiones primero y segundo de la sección D, apartado 2, de la Comunicación.

El TPI examina si la reducción del 35% del importe de la multa concedido por la Comisión con arreglo a la sección D lo fue únicamente en virtud de la cooperación contemplada en el apartado 2, primer guión, de dicha sección, o si, como afirma la Comisión, pretendía también recompensar a la demandante por no haber negado los hechos, teniendo en cuenta que la Comisión no niega que Daiichi cumplía el requisito contemplado en el apartado 2, segundo guión, de la referida sección.

La Comisión había concedido a Merck KgaA y a Aventis SA una reducción de la multa del 15 y el 10%, respectivamente, en aplicación de la Sec. D, apartado 2, segundo guión, por no haber negado los hechos, relativos a la infracción en los mercados de las vitaminas C y D₃, respectivamente, pero no la aplicó a Daiichi, reduciendo únicamente la multa de ésta en virtud de la sección D, apartado 2, primer guión. La Comisión explicó esa omisión en el procedimiento, pero el TPI estimó que dicha explicación hubiera debido figurar en la Decisión como se mencionaba expresamente con respecto a Merck y Aventis (SSTPI 20.3.2002, *ABB Asea Brown Boveri/Comisión*, y 29.4.2004, *Tokai Carbon y otros/Comisión*), por lo que concede a la demandante una reducción adicional del 15% del importe de su multa, calculado antes de la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación, que se añade al 35% ya concedido por la Comisión.

Manuela Eslava Rodríguez

Caso N.º 23. Ententes: STPI (Sala Cuarta) 15 marzo 2006. As. T-15/02, BASF AG/Comisión

NOTA

BASF admite igualmente su participación en las infracciones relativas a las vitaminas A, E, B₂, B₅, C y D₃, al betacaroteno y a los carotínidos, cuya gravedad reconoció. Su demanda pretende la anulación o la reducción de las multas. Reprocha a la Comisión que la severidad de las multas no tiene pre-

cedentes y ha supuesto una modificación radical en la política sancionadora de la Comisión.

1. *Sobre el derecho de defensa en los procedimientos de imposición de multas. El pliego de cargos*

Mediante los motivos primero y segundo de su demanda, pretende obtener la anulación integral del art. 3, b, de la Decisión por haberse vulnerado su derecho de defensa. En su razonamiento, el TPI pone de relieve que el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular a multas o a multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que debe ser observado aun cuando se trate de un procedimiento de carácter administrativo (SSTJ 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, y 2.10.2003, *ARBED/Comisión*). Así los arts. 19. 1 del R. n.º 17 y 2 y 3 del R. n.º 2842/98 relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los arts. 81 y 82 TCE –aplicables en este asunto *ratione temporis*–, imponen a la Comisión la obligación de comunicar las objeciones que se planteen contra las empresas y asociaciones interesadas y de ocuparse, en sus decisiones, únicamente de aquellas objeciones en relación con las cuales se haya ofrecido a dichas partes la oportunidad de expresar sus puntos de vista.

El pliego de cargos debe contener una exposición de las objeciones redactada en términos suficientemente claros, aunque sean resumidos, para que los interesados puedan conocer efectivamente los comportamientos que les imputa la Comisión. Sólo si cumple este objetivo, puede el pliego de cargos desempeñar la función que le atribuyen los diferentes Reglamentos comunitarios y que consiste en facilitar a las empresas todos los elementos necesarios para que puedan defenderse de forma eficaz antes de que la Comisión adopte una decisión definitiva (STJ 31.3.1993, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, y STPI 14.5.1998, *Mo och Domsjö/Comisión*, confirmada en casación por STJ 16.11.2000, *Mo och Domsjö/Comisión*). Esta exigencia se respeta toda vez que la Decisión no imputa a los interesados infracciones distintas de las previstas en el pliego de cargos y sólo se ocupa de hechos sobre los cuales los interesados han tenido ocasión de formular observaciones (STJ 15.7.1970, *ACF Chemiefarma/Comisión*, y STPI 30.9.2003, *Atlantic Container Line y otros/Comisión*).

Desde el momento en que la Comisión indica expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas afectadas e indica los principales elementos de hecho y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido deliberadamente o por negligencia, dicha institución cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas. Al actuar así, la Comisión les da las indicaciones necesarias para defenderse, no sólo contra la calificación de los hechos como

infracción, sino también contra la posibilidad de que se les imponga una multa (STJ 7.6.1983, *Musique diffusion française y otros/Comisión* y STPI 20.3.2002, *Lögstör Rör/Comisión*, confirmada en casación por STJ 28.6.2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*). Se entiende, por tanto, garantizado el derecho de defensa de las empresas afectadas ante la Comisión a través de la posibilidad de formular objeciones sobre la duración, la gravedad y el carácter anticompetitivo de los hechos reprochados.

Ahora bien, la función del pliego de cargos no varía porque una empresa haya cooperado. Por ello, el hecho de que BASF cooperase con la Comisión, reconociera haber cometido infracciones y describiera estos mismos hechos, no le privaba en modo alguno de su derecho y de su interés en recibir de la Comisión un documento exponiendo de forma precisa todas las imputaciones que formula contra ella, incluida la de poder basarse en declaraciones o pruebas facilitadas por otras empresas implicadas. Pero ello no implica que la Comisión esté obligada a indicar, en el pliego de cargos, la posibilidad de un eventual cambio en su política por lo que respecta al nivel general de las multas, posibilidad esta que depende de consideraciones generales de política de competencia sin una relación directa con las circunstancias particulares del asunto (SSTPI 10.3.1992, *Solvay/Comisión* y *Lögstör Rör/Comisión*).

Reprochaba asimismo BASF a la Comisión no haberle permitido presentar observaciones sobre su apreciación de que los comportamientos reprochados constituían una pluralidad de infracciones.

Calificar determinadas actuaciones ilícitas como constitutivas de una única infracción o de una pluralidad de infracciones incide en la sanción impuesta, puesto que la comprobación de una pluralidad de infracciones puede entrañar la imposición de varias multas, en cada caso en los límites fijados en el art. 15.2 del R. 17 y, por tanto, en la observancia del límite máximo del 10% del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio económico anterior a la adopción de la decisión. El TPI entiende, sin embargo, que la utilización en el pliego de cargos de los términos «conjunto de acuerdos», «conjunto de acuerdos y arreglos», «acuerdos de cártel», «acuerdos colusorios» o «prácticas colusorias» no implica necesariamente una calificación jurídica precisa en términos de pluralidad de infracciones, pues una serie de conductas que tengan el mismo objeto contrario a la competencia y que, analizadas por separado, puedan subsumirse en el concepto de acuerdo, de práctica concertada o de decisión de una asociación de empresas a efectos del art. 81.1 TCE pueden constituir manifestaciones diferentes de una misma infracción (STJ 8.7.1999, *Comisión/Anic Partecipazioni*). Admite que, en el pliego de cargos, la Comisión dio muestras de dudas sobre la calificación precisa de los hechos en lo relativo a la unidad o pluralidad de las infracciones, pero ello no supone una vulneración del derecho de defensa. La decisión por la que se declara la existencia de una infracción no tiene por qué ser necesariamente una copia exacta del pliego de cargos. La Comisión ha de poder tener en cuenta, en su decisión, las respuestas de las empresas afecta-

das al pliego de cargos. Ha de poder aceptar o rechazar las alegaciones de las empresas afectadas y proceder a su propio análisis de los hechos que éstas exponen, bien para abandonar los cargos que hubieran resultado mal fundados, bien para adaptar o completar, tanto fáctica como jurídicamente, su argumentación en apoyo de los cargos que mantiene.

El derecho a ser oído se extiende a todos los elementos de hecho y de Derecho que constituyen el fundamento de la resolución precisamente para respetar su derecho de defensa, pero no a la posición final que la administración decide adoptar (STPI 21.1.1999, *Neue Maxhütte Stahlwerke* y *Lech-Stahlwerke/Comisión* y 3.12.2003, *Audi/OAMI*). Una discordancia entre el pliego de cargos y la decisión definitiva sólo constituye una vulneración del derecho de defensa en el supuesto de que alguna de las imputaciones formuladas en dicha decisión no hubiera sido expuesta en el pliego de cargos con claridad suficiente para que los destinatarios de éste pudieran defenderse. La calificación jurídica de los hechos recogida en el pliego de cargos sólo puede ser, por definición, provisional, y no cabe anular una decisión posterior por la mera razón de que las conclusiones definitivas basadas en esos hechos no coincidan exactamente con esa calificación intermedia.

De acuerdo con ello, en la Decisión impugnada, según el Tribunal, la Comisión no hizo sino adaptar y enunciar formalmente los fundamentos de Derecho de la argumentación en la que basó los cargos formulados, y no impidió a la demandada dar a conocer su punto de vista sobre estos cargos antes de que se adoptara la Decisión. BASF habría debido darse cuenta, al leer el pliego de cargos, de que la Comisión no excluía la existencia de varias infracciones distintas. La Comisión debió evitar la confusión y la contradicción lamentables que caracterizan la apreciación jurídica contenida en el pliego de cargos en cuanto a la cuestión de si se trataba de una sola o de varias infracciones. No obstante, esta confusión y esta contradicción no impidieron a la demandante dar a conocer su punto de vista sobre esta cuestión en su respuesta al pliego de cargos.

2. Sobre el aumento, con fines disuasorios, de los importes de partida de las multas impuestas

a) BASF aduce, en primer lugar, que el aumento carece de motivación suficiente. El TPI incide en que la obligación de motivación (art. 253 TCE) exige explicitar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la autoridad comunitaria para que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control, así como en que debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular, del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que especifique todos los elementos de hecho y de Derecho per-

tinente. La motivación de un acto cumple las exigencias del art. 253 CE, que impone apreciar no sólo su tenor literal, sino también su contexto, así como el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (STJ 2.4.1998, *Comisión/Sytraval y Brink's France*). En el caso de una decisión en la que se imponen multas a varias empresas por una infracción de las normas comunitarias sobre la competencia, el deber de motivación debe determinarse en función de un gran número de factores, tales como las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente.

Reconoce que la Decisión cuestionada no precisa a partir de qué datos fácticos la Comisión evaluó el tamaño y los recursos globales de BASF. Sin embargo, para el TPI, de ella se desprende de modo suficiente que la Comisión se basó en los volúmenes de negocios globales de las empresas, que indican, aunque sea aproximada e imperfecta, el tamaño y la pujanza económica de una empresa (SSTJ, *Musique diffusion française y otros/Comisión*; 12.11.1985, *Krupp Stahl/Comisión*; 17.12.1998, *Baustahlgewebe/Comisión*; SSTPI 14.7.1994, *Parker Pen/Comisión*; 14.5.1998, *SCA Holding/Comisión*; 9.7.2003, *Cheil Jedang/Comisión*). Ningún pasaje de la Decisión, según el TPI, autoriza a considerar, como sostiene BASF, que fueran efectivamente tenidos en cuenta otros elementos para aumentar con carácter disuasorio los importes de partida de las multas.

b) Invoca también BASF una falta de motivación en cuanto al nivel exacto del aumento controvertido (100%, es decir, un multiplicador de dos) y cuestiona la procedencia de este aumento. El TPI, admitiendo que en la Decisión no consta el método por el que se estableció este nivel concreto, concluye que el TJ tiene declarado que las exigencias de la obligación de motivación se cumplen cuando constan en la Decisión los elementos de apreciación que han permitido a la Comisión determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin estar obligada a recoger en ella una exposición más detallada.

Añade el Tribunal que asegurar la disuasión constituye una finalidad de la multa que debe guiar a la Comisión durante toda la fase de cálculo de la multa y no exige necesariamente que este cálculo venga caracterizado por una etapa específica destinada a una evaluación global de todas las circunstancias pertinentes a efectos de la consecución de dicha finalidad. La jurisprudencia comunitaria ha reconocido en diversas ocasiones la pertinencia del tamaño y la potencia económica de la empresa como elementos de apreciación en el marco de la fijación del importe de la multa, pues estos elementos pueden indicar la influencia que la empresa haya podido ejercer sobre el mercado o el conocimiento de las exigencias y de las consecuencias del Derecho de la competencia de que pueda disponer la empresa. Una empresa de gran dimensión, que disponga de recursos financieros considerables en comparación con los de otros miembros de un cártel, puede movilizar más fácilmente los fondos necesarios para el pago de su multa, lo cual justifica, con vistas a un efecto disua-

sorio suficiente de esta última, la imposición, en particular mediante la aplicación de un multiplicador, de una multa proporcionalmente más elevada que la misma infracción cometida por una empresa que no disponga de tales recursos (STPI 29.4.2004, *Tokai Carbon y otros/Comisión*).

c) Tampoco prospera la alegación del excesivo aumento de los importes de partida. Las finalidades de las Directrices son, como pone de relieve el TPI, la transparencia y la objetividad, y no la previsibilidad del nivel de las multas. Además, en las infracciones muy graves, las Directrices se limitan a indicar que los importes de las multas previstos son de más de 20 millones de euros. Los únicos límites máximos respecto de tales infracciones son el general del 10% del volumen de negocios global (art. 15.2 R.17) y los máximos relativos al importe adicional que pueden admitirse en virtud de la duración de la infracción. Las Directrices no pueden, pues, fundamentar confianza legítima alguna en cuanto al nivel del importe de partida, de los importes adicionales aplicados a este importe en conceptos distintos de la duración de la infracción y de los importes finales de las multas que deben ser impuestas por infracciones muy graves.

d) Fracasaron asimismo los esfuerzos de BASF para que se tuvieran en cuenta las medidas adoptadas tendentes a mostrar la escasa probabilidad de reincidencia y las condenas sufridas en terceros Estados. Respecto de las primeras (el desdigo de sus directivos implicados en los hechos ilícitos y la adopción de programas internos de observancia de las normas de la competencia y de iniciativas de sensibilización del personal a este respecto), el Tribunal indica que no afectan a la realidad de la infracción comprobada y a la aplicación de factores de reducción de la multa. El mero hecho de que, en determinados casos, la Comisión haya tomado en consideración, en su práctica decisoria anterior, la aplicación de un programa de adecuación como circunstancia atenuante no implica en sí mismo una obligación de proceder del mismo modo en cada caso (SSTPI *Hercules Chemicals y otros/Comisión*; 10.3.1992, *ICI/Comisión*; 20.3.2002, *Sigma Technologie/Comisión*). Respecto de las condenas sufridas en terceros países por las mismas actuaciones colusorias, el TPI pone de relieve que el objetivo disuasorio perseguido al determinar el importe de una multa está destinado a garantizar que las empresas respeten las normas comunitarias sobre la competencia al desarrollar sus actividades en el interior de la Comunidad o del EEE (STPI 9.7.2003, *Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión*, y 29.4.2004, *Tokai Carbon y otros/Comisión*).

3. Sobre la atribución a la demandante de un papel de líder e incitador en las infracciones de las vitaminas A, E, B₅, C y D₃, el betacaroteno y los carotínidos

Las empresas que desempeñan el papel de líder e incitador de un cártel deben cargar con una responsabilidad especial frente a las otras empresas

(SSTPI 14.5.1998, *Mayr-Melnhof/Comisión* y 29.4.2004, *Tokai Carbon y otros/Comisión*). Roche y BASF, según la Comisión, habían actuado juntos como líderes e instigadores de los acuerdos colusorios que afectaban a la gama común de productos vitamínicos que producían. En atención a ese factor agravante, los importes de partida de sus multas, fijados en función de la gravedad y de la duración de las infracciones, fueron incrementados en un 50% respecto a Roche y en un 35% respecto a BASF. Sin embargo, el análisis efectuado por el TPI en el marco de su plena jurisdicción le llevó a la conclusión de que el aumento en un 35% del importe de partida de las multas, en virtud del papel de líder o de incitador de BASF, debía ser confirmado respecto de las infracciones relativas a las vitaminas A, E y B₅ y suprimirse en relación con las de las vitaminas C y D₃, el betacaroteno y los carotínidos.

4. *Sobre la vulneración de la sección B de la Comunicación sobre la cooperación y en las expectativas legítimas generadas en BASF*

En el marco de este motivo, aborda el TPI la cuestión de si la Comisión está obligada a levantar actas de las reuniones que celebra con personas o empresas. Aunque tal obligación general no incumbe a la institución demandada (STPI 28.4.1999, *Endemol/Comisión*), el TPI declara que la falta de una disposición expresa que prevea el levantamiento de un acta no excluye que, en un supuesto determinado, pueda estar obligada a consignar las declaraciones recibidas por ella en tal acto, en atención al principio de buena administración, que figura entre las garantías otorgadas por el ordenamiento jurídico comunitario en los procedimientos administrativos. Cuando una empresa se pone en contacto con la Comisión con vistas a una cooperación que puede ser recompensada en virtud de la Comunicación y se organiza una reunión en dicho contexto entre los servicios de la Comisión y esa empresa, se impone, si la empresa lo solicita al principio de la reunión, el levantamiento de un acta en la que conste la mayor parte de lo dicho en ella o, como mínimo, una grabación sonora. Es cierto que la información oral presenta el inconveniente de que su comunicación a la Comisión requiere la colaboración de ésta y está supeditada a la dedicación del tiempo de los agentes de la institución y a la disponibilidad de los medios necesarios (salas de reunión, aparatos de grabación, etc.); sin embargo, este inconveniente no resulta dirimente a efectos de la cuestión de si una información oral puede aceptarse con vistas a la aplicación de la sección B de la Comunicación sobre la cooperación. Concluye así que pueden facilitarse también oralmente elementos determinantes en el sentido de la sección B, letra b, de la Comunicación sobre la cooperación.

5. *Sobre la vulneración del secreto profesional y del principio de buena administración*

En los procedimientos regidos por el principio contradictorio que puedan dar lugar a una condena, la naturaleza y el importe de las sanciones pro-

puestas están, por sí mismos, cubiertos por el secreto profesional mientras la sanción no haya sido definitivamente aprobada e impuesta, a fin de respetar la reputación y dignidad del interesado mientras no haya sido condenado, así como el principio de buena administración (STPI 6.7.2000, *Volkswagen/Comisión*, confirmada por la STJ 18.9.2003, *Volkswagen/Comisión*). BASF, sin embargo, no consiguió probar que los servicios de la Comisión fueran responsables de la filtración de la información, no siendo posible presumir tal origen de la filtración. En cualquier caso, aun admitiendo que fueran responsables de dicha filtración, tal irregularidad, según jurisprudencia reiterada, sólo puede entrañar la anulación de la decisión si se acredita que, a falta de dicha irregularidad, dicha decisión no habría sido adoptada o su contenido habría sido diferente, exigiéndose al demandante aportar al menos indicios que respalden dicha conclusión.

El examen de los ocho motivos de la demanda concluyó con la decisión del Tribunal de confirmar el importe de las multas impuestas a BASF por las infracciones de los mercados de las vitaminas A, E, B₂ y B₅ y modificar el de las impuestas a las de los mercados de las vitaminas C y D₃, mediante supresión del incremento del 35% del importe de base realizado en virtud de las circunstancias agravantes, así como el de las impuestas por las infracciones relativas al betacaroteno y a los carotínidos, suprimiendo el incremento del 35% del importe de base realizado en virtud de las circunstancias agravantes y aumentando entre un 50 y un 75% el porcentaje de la reducción de multa llevada a cabo en virtud de la Comunicación sobre la cooperación.

Manuela Eslava Rodríguez

Caso N.º 24. Ententes: STJCE 5 abril 2006, As. T-279/02, Degussa AG/Comisión

NOTA

La sentencia que nos ocupa es el resultado de un recurso de casación presentado por la demandante, General Motors BV, domiciliada en Países Bajos, en el que se solicita la anulación parcial de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada el 21 de octubre de 2003 en el asunto T-368/00, Rec. p. II-4491.

La demandante solicita la reducción de la multa de 43 millones de euros que se había impuesto por la Comisión por medio de Decisión (DO 2001, L 59, p. 1).

Los hechos que dieron lugar a la citada decisión derivan de la constitución en 1994 de Opel Nederland BV filial al 100% de General Motors Nederland BV. Esta filial era la única sociedad nacional que comercializaba la marca Opel en los Países Bajos. Se dedica a la importación, exportación y comercio al por mayor de vehículos automóviles, recambios y accesorios,

pero no interviene en la fabricación de vehículos. Ha celebrado acuerdos de distribución y de servicios con alrededor de 150 distribuidores, por lo que éstos son considerados revendedores autorizados de la red de distribución de Opel en Europa.

La Comisión consideró en su decisión que Opel Nederland había celebrado acuerdos con los distribuidores de Opel en los Países Bajos encaminados a restringir o prohibir las ventas de exportación de vehículos Opel a consumidores finales residentes en otros Estados miembros y a distribuidores de Opel establecidos asimismo en otros Estados miembros.

En septiembre de 1996 Opel Nederland había adoptado una estrategia global con el fin de restringir o impedir todas las exportaciones a partir de los Países Bajos; en segundo lugar, la estrategia global de Opel Nederland había sido ejecutada por medio de distintas medidas individuales, aplicadas de común acuerdo con sus distribuidores en el marco de la ejecución práctica de los contratos de distribución y que se habían convertido en parte integrante de las relaciones contractuales que Opel Nederland mantenía con los distribuidores de su red de distribución selectiva en los Países Bajos.

Según la Decisión impugnada, la estrategia global conllevaba en particular las medidas siguientes: una política de restricciones del abastecimiento; una política restrictiva en materia de primas, que excluía las ventas de exportación a consumidores finales de las campañas de primas por ventas al por menor, aplicada del 1 de octubre de 1996 al 20 de enero de 1998; una prohibición directa e indiscriminada de todas las exportaciones, aplicada del 31 de agosto al 24 de octubre de 1996, por lo que se refiere a las ventas a consumidores finales, y del 31 de agosto al 12 de diciembre de 1996, por lo que se refiere a las ventas a los demás distribuidores de Opel.

En cuanto a la determinación del importe de la multa, la Comisión califica la infracción de muy grave, dado que Opel Nederland había obstaculizado la realización del objetivo de mercado único. Toma en consideración la sólida posición de que goza la marca Opel en los mercados de referencia de la Unión. La infracción también desplegó sus efectos en los mercados de otros Estados miembros. Opel Nederland había actuado deliberadamente, ya que no podía ignorar que las medidas impugnadas tenían por objeto restringir la competencia. En conclusión, la Comisión estimó que 40 millones de euros constituía un importe de base adecuado para calcular la cuantía de la multa.

En cuanto a la duración de la infracción, la Comisión consideró que la infracción cometida se había prolongado durante diecisiete meses, lo que constituye una infracción de duración media. Tomando en consideración las duraciones respectivas de las tres medidas específicas, la Comisión estimó justificado aumentar el importe de 40 millones de euros en un 7,5%, es decir, en 3 millones de euros, lo que elevó el importe de la multa a 43 millones de euros.

Consideró la Comisión que no había circunstancias atenuantes en el caso de autos, en particular porque Opel Nederland había continuado aplicando

un componente esencial de esta infracción, a saber, la política restrictiva en materia de primas, tras las inspecciones que se llevaron a cabo por la Comisión.

La recurrente manifestó que no se habían adoptado en ningún momento estrategias destinadas a impedir o a restringir indiscriminadamente todas las exportaciones y que simplemente llevaba a cabo una estrategia para restringir las ventas a la exportación irregular a revendedores no autorizados, prohibidas en los contratos de distribución en vigor, y que no pretendía limitar las exportaciones lícitas a los consumidores finales o a otros distribuidores.

El Tribunal de Primera Instancia anuló parte de la decisión de la Comisión, dado que estimó que no se había probado de modo jurídicamente suficiente que la medida de restricción del abastecimiento hubiera sido comunicada a los distribuidores y, menos aún, que hubiera pasado a formar parte de las relaciones contractuales entre Opel Nederland y sus distribuidores.

Sin embargo consideró el Tribunal que al dejar de concederse primas por ventas de exportación, el margen de maniobra económica del que disponían los distribuidores para efectuar dichas ventas se veía reducido en comparación con el margen del que disponían para efectuar ventas nacionales. Indicó que los distribuidores se veían obligados, bien a aplicar a los clientes extranjeros condiciones menos favorables que a los clientes nacionales, bien a conformarse con un margen inferior cuando se trataba de ventas de exportación. Al suprimir las primas por ventas de exportación, estas últimas resultaban menos interesantes para los clientes extranjeros o para los distribuidores. En consecuencia estimó que la medida podía, por su propia naturaleza, influir negativamente en las ventas de exportación, aunque el abastecimiento no estuviera limitado. Por tanto, teniendo en cuenta los fines que se perseguían, y el contexto económico en el que debía aplicarse, el Tribunal de Primera Instancia consideró que esta medida constituía un acuerdo que tenía por objeto restringir la competencia (STJCE de 1 de febrero de 1978, Miller/Comisión, 19/77, Rec. p. 131, apartado 7; de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartados 23 a 25, y de 28 de marzo de 1984, CRAM y Rhein-zink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 26).

El Tribunal de Primera Instancia, al considerar que no se había demostrado la existencia de la medida consistente en restricciones del abastecimiento, redujo el importe de la multa fijando el importe de base, por lo que respecta a la gravedad de la infracción, en 33 millones de euros aumentado en un 7,5% teniendo en cuenta la duración de las infracciones. Por lo tanto, el importe de la multa se fijó en 35.475.000 euros.

En el recurso de casación la recurrente solicita que sea anulada la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la medida en que hace referencia a la supuesta estrategia global restrictiva de las exportaciones así como a la política de primas y en la medida en que confirma una multa relativa a dichos puntos.

El Tribunal de Justicia considera, en primer lugar, que la recurrente trata de ocultar bajo una demanda de error en la apreciación jurídica del Tribunal de Primera Instancia su pretensión de cuestionar una apreciación de los hechos.

Recuerda en este punto el Tribunal de Justicia que el Tribunal de Primera Instancia es el único competente para determinar los hechos, salvo en los casos en que la inexactitud material de sus comprobaciones se desprenda de los documentos que obran en autos, y, por otra parte, es el único competente para apreciar estos hechos. Cuando el Tribunal de Primera Instancia ha comprobado o apreciado los hechos, el Tribunal de Justicia es competente para ejercer, con arreglo al artículo 225 CE, un control sobre la calificación jurídica de éstos y las consecuencias en Derecho que de ella haya deducido el Tribunal de Primera Instancia (STJCE de 17 de diciembre de 1998, *Bausahlgewebe/Comisión*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 23).

Del mismo modo el Tribunal de Primera Instancia no es competente para pronunciarse sobre los hechos ni, en principio, para examinar las pruebas que el Tribunal de Primera Instancia haya admitido en apoyo de éstos. En efecto, siempre que dichas pruebas se hayan obtenido de modo regular y se hayan observado los principios generales del Derecho y las normas procesales aplicables en materia de carga y de valoración de la prueba, corresponde únicamente al Tribunal de Primera Instancia apreciar la importancia que debe atribuirse a los elementos que le hayan sido presentados (ATJCE de 17 de septiembre de 1996, *San Marco/Comisión*, C-19/05 P, Rec. p. I-4435, apartado 40).

En lo que hace a la política de primas, la recurrente considera que sólo puede considerarse que un acuerdo tiene un objeto restrictivo a efectos del artículo 81 CE si, a primera vista, tiene manifiestamente como único objetivo o por objeto evidente restringir sensiblemente la competencia y que su política de primas no puede considerarse un acuerdo de esta índole. Considera además la recurrente que una interpretación demasiado amplia de este concepto podría llevar a condenar acuerdos perfectamente inofensivos para la competencia y vulneraría la presunción de inocencia y el derecho a ser oído, ante la imposibilidad de refutar dicha interpretación.

Recuerda el Tribunal de Justicia sobre esta cuestión que puede considerarse que un acuerdo tiene carácter restrictivo, aun cuando no tenga como único objetivo restringir la competencia sino que persiga también otros objetivos legítimos (STJCE de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión*, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 8 de julio de 1999, *Montecatini/Comisión*, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartado 122, y de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartado 491). Aclara además el Tribunal de Justicia que el objetivo anticompetitivo puede alcanzarse no sólo a través de restricciones directas de las exportaciones, sino también a través de medidas

indirectas, como las controvertidas en el presente asunto, toda vez que influyen en las condiciones económicas de dichas operaciones.

Para determinar si un acuerdo debe considerarse prohibido en razón de las alteraciones de la competencia que tenga por efecto, procede examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo discutido (STJCE de 28 de mayo de 1998, *Deere/Comisión*, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 76, y *New Holland Ford/Comisión*, C-8/95 P, Rec. p. I-3175, apartado 90). Recuerda además el Tribunal que no es necesario probar que existe intención de restringir la competencia, dado que tal intención no es un requisito necesario para apreciar si un acuerdo tiene por objeto una restricción semejante. Sin embargo, «nada impide a la Comisión ni a los órganos jurisdiccionales tener en cuenta dicha intención» (apartado 78).

La última pretensión de la demandante hace referencia al cálculo del montante de la sanción y en concreto alega que en otros supuestos la Comisión habría reconocido que el cese rápido de una infracción constituiría una circunstancia atenuante, que justificaría una reducción de la multa. Basa su pretensión en la Decisión 2002/405/CEE de la Comisión, de 20 de junio de 2001, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE (COMP/E-2/36.041/PO – Michelin) (DO 2002, L 143, p. 1), en la cual el cese de la infracción, que había tenido lugar antes de que se enviara el pliego de cargos, si bien tres años después de comenzar la investigación y un año después de que la Comisión hubiese llevado a cabo distintas investigaciones sobre el terreno, daba «derecho a considerar la existencia de circunstancias atenuantes».

En este punto determina sin embargo el Tribunal que la recurrente no puso fin al régimen de primas hasta más de un año después de las primeras intervenciones de la Comisión y que en estas circunstancias y aun cuando la Comisión hubiese reducido la multa en una situación comparable, el Tribunal de Primera Instancia podía afirmar, justificadamente, que la Comisión no estaba obligada a acoger las circunstancias atenuantes en la Decisión impugnada.

No parece que esta interpretación resulte acorde con el principio de igualdad de trato entre las empresas destinatarias del Derecho Europeo de la Competencia, pero lo que evidentemente hace es subrayar el margen de apreciación con que la Comisión cuenta para determinar el montante de las sanciones en este ámbito.

María Pilar Canedo Arrillaga

Caso N.º 25. Ententes: STJCE 6 abril 2006, As. C-551/03 P, General Motors BV/Comisión

NOTA

La sentencia que nos ocupa es el resultado de un recurso de casación presentado por la demandante, General Motors BV, domiciliada en Países

Bajos, en el que se solicita la anulación parcial de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada el 21 de octubre de 2003 en el asunto T-368/00, Rec. p. II-4491.

La demandante solicita la reducción de la multa de 43 millones de euros que se había impuesto por la Comisión por medio de Decisión (DO 2001, L 59, p. 1).

Los hechos que dieron lugar a la citada decisión derivan de la constitución en 1994 de Opel Nederland BV filial al 100% de General Motors Nederland BV. Esta filial era la única sociedad nacional que comercializaba la marca Opel en los Países Bajos. Se dedica a la importación, exportación y comercio al por mayor de vehículos automóviles, recambios y accesorios, pero no interviene en la fabricación de vehículos. Ha celebrado acuerdos de distribución y de servicios con alrededor de 150 distribuidores, por lo que éstos son considerados revendedores autorizados de la red de distribución de Opel en Europa.

La Comisión consideró en su decisión que Opel Nederland había celebrado acuerdos con los distribuidores de Opel en los Países Bajos encaminados a restringir o prohibir las ventas de exportación de vehículos Opel a consumidores finales residentes en otros Estados miembros y a distribuidores de Opel establecidos asimismo en otros Estados miembros.

En septiembre de 1996 Opel Nederland había adoptado una estrategia global con el fin de restringir o impedir todas las exportaciones a partir de los Países Bajos; en segundo lugar, la estrategia global de Opel Nederland había sido ejecutada por medio de distintas medidas individuales, aplicadas de común acuerdo con sus distribuidores en el marco de la ejecución práctica de los contratos de distribución y que se habían convertido en parte integrante de las relaciones contractuales que Opel Nederland mantenía con los distribuidores de su red de distribución selectiva en los Países Bajos.

Según la Decisión impugnada, la estrategia global conllevaba en particular las medidas siguientes: una política de restricciones del abastecimiento; una política restrictiva en materia de primas, que excluía las ventas de exportación a consumidores finales de las campañas de primas por ventas al por menor, aplicada del 1 de octubre de 1996 al 20 de enero de 1998; una prohibición directa e indiscriminada de todas las exportaciones, aplicada del 31 de agosto al 24 de octubre de 1996, por lo que se refiere a las ventas a consumidores finales, y del 31 de agosto al 12 de diciembre de 1996, por lo que se refiere a las ventas a los demás distribuidores de Opel.

En cuanto a la determinación del importe de la multa, la Comisión califica la infracción de muy grave, dado que Opel Nederland había obstaculizado la realización del objetivo de mercado único. Toma en consideración la sólida posición de que goza la marca Opel en los mercados de referencia de la Unión. La infracción también desplegó sus efectos en los mercados de otros Estados miembros. Opel Nederland había actuado deliberadamente, ya que no podía ignorar que las medidas impugnadas tenían por objeto restrin-

gir la competencia. En conclusión, la Comisión estimó que 40 millones de euros constituía un importe de base adecuado para calcular la cuantía de la multa.

En cuanto a la duración de la infracción, la Comisión consideró que la infracción cometida se había prolongado durante diecisiete meses, lo que constituye una infracción de duración media. Tomando en consideración las duraciones respectivas de las tres medidas específicas, la Comisión estimó justificado aumentar el importe de 40 millones de euros en un 7,5%, es decir, en 3 millones de euros, lo que elevó el importe de la multa a 43 millones de euros.

Consideró la Comisión que no había circunstancias atenuantes en el caso de autos, en particular porque Opel Nederland había continuado aplicando un componente esencial de esta infracción, a saber, la política restrictiva en materia de primas, tras las inspecciones que se llevaron a cabo por la Comisión.

La recurrente manifestó que no se habían adoptado en ningún momento estrategias destinadas a impedir o a restringir indiscriminadamente todas las exportaciones y que simplemente llevaba a cabo una estrategia para restringir las ventas a la exportación irregular a revendedores no autorizados, prohibidas en los contratos de distribución en vigor, y que no pretendía limitar las exportaciones lícitas a los consumidores finales o a otros distribuidores.

El Tribunal de Primera Instancia anuló parte de la decisión de la Comisión, dado que estimó que no se había probado de modo jurídicamente suficiente que la medida de restricción del abastecimiento hubiera sido comunicada a los distribuidores y, menos aún, que hubiera pasado a formar parte de las relaciones contractuales entre Opel Nederland y sus distribuidores.

Sin embargo consideró el Tribunal que al dejar de concederse primas por ventas de exportación, el margen de maniobra económica del que disponían los distribuidores para efectuar dichas ventas se veía reducido en comparación con el margen del que disponían para efectuar ventas nacionales. Indicó que los distribuidores se veían obligados, bien a aplicar a los clientes extranjeros condiciones menos favorables que a los clientes nacionales, bien a conformarse con un margen inferior cuando se trataba de ventas de exportación. Al suprimir las primas por ventas de exportación, estas últimas resultaban menos interesantes para los clientes extranjeros o para los distribuidores. En consecuencia estimó que la medida podía, por su propia naturaleza, influir negativamente en las ventas de exportación, aunque el abastecimiento no estuviera limitado. Por tanto, teniendo en cuenta los fines que se perseguían, y el contexto económico en el que debía aplicarse, el Tribunal de Primera Instancia consideró que esta medida constituía un acuerdo que tenía por objeto restringir la competencia (STJCE de 1 de febrero de 1978, Miller/Comisión, 19/77, Rec. p. 131, apartado 7; de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartados 23 a 25, y de 28 de marzo de 1984, CRAM y Rhein-zink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 26).

El Tribunal de Primera Instancia, al considerar que no se había demostrado la existencia de la medida consistente en restricciones del abastecimiento, redujo el importe de la multa fijando el importe de base, por lo que respecta a la gravedad de la infracción, en 33 millones de euros aumentado en un 7,5% teniendo en cuenta la duración de las infracciones. Por lo tanto, el importe de la multa se fijó en 35.475.000 euros.

En el recurso de casación la recurrente solicita que sea anulada la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la medida en que hace referencia a la supuesta estrategia global restrictiva de las exportaciones así como a la política de primas y en la medida en que confirma una multa relativa a dichos puntos.

El Tribunal de Justicia considera, en primer lugar, que la recurrente trata de ocultar bajo una demanda de error en la apreciación jurídica del Tribunal de Primera Instancia su pretensión de cuestionar una apreciación de los hechos.

Recuerda en este punto el Tribunal de Justicia que el Tribunal de Primera Instancia es el único competente para determinar los hechos, salvo en los casos en que la inexactitud material de sus comprobaciones se desprenda de los documentos que obran en autos, y, por otra parte, es el único competente para apreciar estos hechos. Cuando el Tribunal de Primera Instancia ha comprobado o apreciado los hechos, el Tribunal de Justicia es competente para ejercer, con arreglo al artículo 225 CE, un control sobre la calificación jurídica de éstos y las consecuencias en Derecho que de ella haya deducido el Tribunal de Primera Instancia (STJCE de 17 de diciembre de 1998, *Baushtalgewebe/Comisión*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 23).

Del mismo modo el Tribunal de Primera Instancia no es competente para pronunciarse sobre los hechos ni, en principio, para examinar las pruebas que el Tribunal de Primera Instancia haya admitido en apoyo de éstos. En efecto, siempre que dichas pruebas se hayan obtenido de modo regular y se hayan observado los principios generales del Derecho y las normas procesales aplicables en materia de carga y de valoración de la prueba, corresponde únicamente al Tribunal de Primera Instancia apreciar la importancia que debe atribuirse a los elementos que le hayan sido presentados (ATJCE de 17 de septiembre de 1996, *San Marco/Comisión*, C-19/05 P, Rec. p. I-4435, apartado 40).

En lo que hace a la política de primas, la recurrente considera que sólo puede considerarse que un acuerdo tiene un objeto restrictivo a efectos del artículo 81 CE si, a primera vista, tiene manifiestamente como único objetivo o por objeto evidente restringir sensiblemente la competencia y que su política de primas no puede considerarse un acuerdo de esta índole. Considera además la recurrente que una interpretación demasiado amplia de este concepto podría llevar a condenar acuerdos perfectamente inofensivos para la competencia y vulneraría la presunción de inocencia y el derecho a ser oído, ante la imposibilidad de refutar dicha interpretación.

Recuerda el Tribunal de Justicia sobre esta cuestión que puede considerarse que un acuerdo tiene carácter restrictivo, aun cuando no tenga como único objetivo restringir la competencia sino que persiga también otros objetivos legítimos (STJCE de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión*, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 8 de julio de 1999, *Montecatini/Comisión*, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartado 122, y de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartado 491). Aclara además el Tribunal de Justicia que el objetivo anticompetitivo puede alcanzarse no sólo a través de restricciones directas de las exportaciones, sino también a través de medidas indirectas, como las controvertidas en el presente asunto, toda vez que influyen en las condiciones económicas de dichas operaciones.

Para determinar si un acuerdo debe considerarse prohibido en razón de las alteraciones de la competencia que tenga por efecto, procede examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo discutido (STJCE de 28 de mayo de 1998, *Deere/Comisión*, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 76, y *New Holland Ford/Comisión*, C-8/95 P, Rec. p. I-3175, apartado 90). Recuerda además el Tribunal que no es necesario probar que existe intención de restringir la competencia, dado que tal intención no es un requisito necesario para apreciar si un acuerdo tiene por objeto una restricción semejante. Sin embargo, «nada impide a la Comisión ni a los órganos jurisdiccionales tener en cuenta dicha intención» (apartado 78).

La última pretensión de la demandante hace referencia al cálculo del montante de la sanción y en concreto alega que en otros supuestos la Comisión habría reconocido que el cese rápido de una infracción constituiría una circunstancia atenuante, que justificaría una reducción de la multa. Basa su pretensión en la Decisión 2002/405/CEE de la Comisión, de 20 de junio de 2001, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE (COMP/E-2/36.041/PO – *Michelin*) (DO 2002, L 143, p. 1), en la cual el cese de la infracción, que había tenido lugar antes de que se enviara el pliego de cargos, si bien tres años después de comenzar la investigación y un año después de que la Comisión hubiese llevado a cabo distintas investigaciones sobre el terreno, daba «derecho a considerar la existencia de circunstancias atenuantes».

En este punto determina sin embargo el Tribunal que la recurrente no puso fin al régimen de primas hasta más de un año después de las primeras intervenciones de la Comisión y que en estas circunstancias y aun cuando la Comisión hubiese reducido la multa en una situación comparable, el Tribunal de Primera Instancia podía afirmar, justificadamente, que la Comisión no estaba obligada a acoger las circunstancias atenuantes en la Decisión impugnada.

No parece que esta interpretación resulte acorde con el principio de igualdad de trato entre las empresas destinatarias del Derecho Europeo de la Competencia, pero lo que evidentemente hace es subrayar el margen de apre-

ciación con que la Comisión cuenta para determinar el montante de las sanciones en este ámbito.

María Pilar Canedo Arrillaga

Caso N.º 26. Ententes: STPI 2 mayo 2006, As. T-328/03, O2 GmbH y Co. OHG/Comisión

NOTA

La Decisión impugnada se refería a un acuerdo marco entre O2 y T-Mobile Deutschland GmbH por el que se establecía el uso compartido de infraestructuras (antenas, controladores de red, postes, estaciones, etc.) y una itinerancia nacional para la tercera generación de telecomunicaciones móviles en el mercado alemán, entendida, según el propio TPI como aquella que «permite a los operadores concernidos, sin compartir ningún elemento de red, utilizar la red de los demás operadores para proporcionar servicios a sus propios clientes». Concretamente, a principios de 2002 O2 y T-Mobile notificaron a la Comisión Europea la existencia de este acuerdo y solicitaron una declaración negativa con arreglo al artículo 81.1 TCE y, sólo subsidiariamente, una exención al amparo del artículo 81.3 TCE.

Atendiendo a la petición solicitada, el 16 de julio de 2003 la Comisión adoptó la Decisión 2004/207/CE en la que, por una parte, entendía que las disposiciones del acuerdo relativas al uso compartido de las infraestructuras no eran contrarias al Derecho de la competencia, formulando una declaración negativa al respecto; y por otro, estimaba que las estipulaciones relativas a la itinerancia nacional restringían la competencia pero podían beneficiarse de una exención individual del artículo 81.3 TCE pero sujeta a un calendario de duración estricto conforme.

No conformes con la Decisión, las mercantiles implicadas interpusieron un recurso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia. Respecto a las estipulaciones relativas a la itinerancia nacional, alegaban que no existía restricción alguna a efectos del artículo 81.1 TCE y que la Comisión no se basaba en un análisis de los efectos reales del acuerdo sobre la competencia, sino que simplemente partía de la presunción de que la compra de servicios de red por parte de un operador de red a otro operador reduciría la competencia entre ambos en lo relativo a la cobertura, la calidad, la capacidad de transmisión o los precios al por mayor.

El Tribunal de Primera Instancia, acogiendo las alegaciones de las demandantes, subraya que la aplicación del artículo 81.1 TCE exige tomar en consideración la situación de la competencia en caso de no existir acuerdo (STJCE de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière*, 56/65) y el impacto del acuerdo sobre la competencia actual y potencial (STJCE de 28 de febrero de 1991, *Delimitis*, C-234/89).

En relación con el primero de los aspectos, *la situación de la competencia en caso de no existir acuerdo*, el TPI censuró a la Comisión la falta de un examen objetivo de la situación de la competencia en caso de no existir acuerdo. Pues bien, contrariamente a lo afirmado por la Comisión sin sustento probatorio ni justificación alguna que permitiera asegurar su exactitud, el TPI entendió que la presencia de O2 en el mercado de las comunicaciones 3G no podía considerarse garantizada y que la Comisión debería haber analizado si el acuerdo era necesario o no para que este operador penetrara en el mercado de telefonía móvil 3G en Alemania. Y ello, no sólo a los efectos de la concesión de la exención, sino, con carácter previo, a los efectos del análisis económico de la incidencia del acuerdo sobre la competencia que determina la aplicación del artículo 81.1 TCE.

Entendió el Tribunal que la Comisión había partido de la premisa errónea de que la itinerancia nacional restringía la competencia. Igualmente, le reprochaba el no haber tomado en consideración la situación del mercado de las comunicación móviles 3 G, un mercado emergente en el que la competencia se ve amenazada por la presencia de un operador dominante y la existencia de barreras de entradas importantes (como puede ser, por ejemplo, la infraestructura necesaria para el desarrollo de la actividad).

En relación con *el impacto del acuerdo de itinerancia sobre la competencia actual y potencial*, la Comisión partió del carácter restrictivo de ésta. Así, desde el punto de vista de la cobertura de la red –afirmaba– la itinerancia constituía un freno al desarrollo de la red del operador que utiliza la de su asociado. Tampoco, según la Comisión, la calidad de la red y el nivel de precios se iban a ver mejorados puesto que O2 dependería de las decisiones técnicas y comerciales de su asociado.

En este contexto, el Tribunal de Primera Instancia reprochó, una vez más, a la Comisión que partiera de una premisa no verificada, sin plantearse siquiera que el acuerdo, contrariamente a restringir el juego de la competencia, podía permitir al operador más débil competir con otros cuya capacidad sea notablemente superior.

En definitiva, una resolución que no hace sino poner de manifiesto la necesidad de que la Comisión, en la aplicación de las normas relativas al artículo 81 TCE, realice un examen objetivo, no sustentado en meras formulaciones teóricas, del impacto de un determinado acuerdo sobre la competencia.

Marta Casado Abarquero

Caso N.º 27. Ententes: STJCE 18 mayo 2006, As. C-397/03 P, Archer Daniels Midland Co., y Archer Daniels Midland Ingredients Ltd./Comisión

NOTA

La sentencia que nos ocupa es el resultado de un recurso de casación presentado por la demandante, Archer Daniels Midland, con domicilio social en

Decatur (Estados Unidos) y su filial Daniels Midland Ingredients Ltd, con domicilio social en Reino Unido, en el que se solicita que se anule la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada el 9 de julio de 2003 en el asunto T-224/00, Rec. p. II-2597.

La demandante solicita la reducción de la multa de 47,3 millones de euros que se había impuesto por la Comisión solidariamente a las recurrentes por medio de Decisión (DO 2001, L 152, p. 24).

Los hechos que dieron lugar a la citada decisión derivan del hecho de que en 1991 las demandantes entran en el mercado de la lisina, aminoácido natural, empleado en la alimentación animal que en algunos casos puede ser sustituido por la soja.

En 1996, ADM Company fue acusada por las autoridades norteamericanas, junto con otras sociedades, de prácticas colusorias consistentes en la fijación de los precios de la lisina y el reparto de los volúmenes de ventas de dicho producto entre junio de 1992 y junio de 1995. Después de que dichas empresas llegaran a un acuerdo con el Ministerio de Justicia norteamericano, el juez que conocía del asunto impuso una multa de 70 millones de USD a ADM Company y tres directivos de ADM Company fueron condenados a penas de prisión y a multas por su papel en dichas prácticas colusorias.

Una de las empresas que habían colaborado con la recurrente en el acuerdo propuso a la Comisión colaborar con ella para demostrar la existencia de un cártel acogiendo a la aplicación de la Comunicación de 2004 a la que posteriormente se acogieron también otras de las empresas partícipes en los acuerdos.

La Comisión se dirigió a ADM Company y ADM Ingredients solicitándoles información en aplicación del artículo 11 del Reglamento 17. Tras dirigir un escrito recordando que no habían respondido a la solicitud ADM Ingredients respondió a la solicitud.

En 1998 la Comisión remite un pliego de cargos a las recurrentes y al resto de empresas en el que se les acusa de haber determinado los precios de la lisina en el EEE y haber establecido cuotas de ventas en dicho mercado y de haber intercambiado información sobre sus volúmenes de ventas, a partir de diferentes fechas. En concreto la recurrente llevó a cabo la práctica desde junio de 1992 (ADM) y hasta junio de 1995. Tras recibir este pliego de cargos, las demandantes informaron a la Comisión de que no negaban la veracidad de los hechos.

Posteriormente se remitió un pliego de cargos adicional modificando las fechas a que se refiere la infracción, hechos que no fueron contestados por las empresas destinatarias.

Para determinar el importe de la multa, la Comisión, aplicando las directrices, fija primero el importe de base de la multa, determinado en función de la gravedad y de la duración de la infracción (39 millones de euros en el caso de ADM). Considera la Comisión que las empresas implicadas habían cometido una infracción muy grave, teniendo en cuenta su naturaleza, sus

repercusiones concretas en el mercado de la lisina en el EEE y la dimensión del mercado geográfico afectado. A continuación, basándose en los volúmenes de negocio totales realizados en el último año de la infracción y estimando que existía una considerable disparidad en la dimensión de las empresas autoras de la infracción, la Comisión aplicó un trato diferenciado. Por consiguiente, el importe de partida de las multas se fijó en 30 millones de euros en los casos de ADM.

Respecto de la duración de la infracción, la Comisión decide incrementar la multa teniendo en cuenta la duración de la infracción y por ello determina un incremento del 10% anual, de modo que el incremento fue de un 30% para ADM.

En segundo lugar, tomando en consideración las circunstancias agravantes, el importe de base de la multa impuestas a ADM se incrementa en un 50%, es decir, en 19,5 millones de euros en el caso de ADM porque dicha empresa habría asumido la función de responsable de la infracción.

En tercer lugar, tomando en consideración las circunstancias atenuantes, la Comisión disminuye en un 10% los importes de base de las multas de todas las empresas implicadas, dado que todas ellas habían puesto fin a la infracción desde las primeras intervenciones de los poderes públicos.

En cuarto lugar, la Comisión aplicó la una reducción del 10% del importe de la multa a ADM en aplicación de la Comunicación sobre la cooperación.

La multa fue reducida por el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 25 de agosto de 2000.

Ante el Tribunal de Justicia las partes solicitan la anulación de la sentencia recurrida o subsidiariamente la reducción o anulación de la multa.

Los motivos en que se fundamenta el recurso de casación son los siguientes: violación del principio de irretroactividad, al haberse admitido que la Comisión aplicara las Directrices con carácter retroactivo; violación del principio de igualdad en la aplicación del cálculo de las multas; violación del principio *non bis in idem*, al haberse considerado que la Comisión no estaba obligada a compensar ni a tener en cuenta las multas abonadas por ADM a otras autoridades en relación con las mismas conductas; incumplimiento de la obligación de motivación; desnaturalización de las pruebas; violación del principio en virtud del cual la Comisión debe respetar las normas que se impone a sí misma, al haberse autorizado a dicha institución a infringir las Directrices, y violación del principio de proporcionalidad en el montante de las multas.

El motivo basado en la violación del principio de irretroactividad cuestiona el hecho de que el Tribunal haya aceptado la aplicación de las directrices sobre el cálculo de las multas con carácter retroactivo al considerar que, de haber seguido la práctica precedente, la cuantía de las multas habría sido inferior.

En este sentido el Tribunal de Justicia recordó acertadamente que el principio de irretroactividad de las normas penales, consagrado como derecho

fundamental en el artículo 7 del CEDH, constituye un principio general del Derecho comunitario que debe respetarse al imponer multas por infracción de las normas sobre competencia, y que dicho principio exige que las sanciones impuestas sean las vigentes en el momento en que se cometió la infracción. Este principio no se vería vulnerado por el hecho de que la Comisión aplique las Directrices a hechos cometidos antes de su entrada en vigor, teniendo en cuenta que en las Directrices no alteran los máximos establecidos en la norma ni tampoco los criterios básicos por ella establecidos, siendo así que la práctica seguida por la Comisión en sus decisiones anteriores no forma parte de dicho marco jurídico (apartado 18 y STJCE de 28 de junio 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión; C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425).

Mantiene en este punto el Tribunal que no puede considerarse que una modificación de la política represiva como la que se opera por medio de la aprobación de las directrices puede tener repercusiones en lo que respecta al principio de irretroactividad, en particular si dicha modificación se lleva a cabo mediante la aprobación de reglas de conducta tales como las Directrices (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartado 222). Sin embargo, una aplicación eficaz de las normas comunitarias sobre la competencia exige que la Comisión pueda en todo momento adaptar el nivel de las multas a las necesidades de dicha política (sentencias de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion Française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 109, y Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartado 227).

Se deduce que las empresas participantes en un procedimiento administrativo que pueda dar lugar a la imposición de una multa no pueden confiar legítimamente en que la Comisión no sobrepasará el nivel de las multas impuestas anteriormente ni en que seguirá aplicando un determinado método de cálculo de las multas y son posibles los incrementos en el nivel de multas aplicadas en casos concretos o en reglas generales de conducta (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartado 228 a 230).

En lo que hace a la vulneración del principio de igualdad la recurrente considera que la Comisión ha vulnerado el citado principio al imponer sanciones iguales a empresas que tienen volúmenes de negocios sensiblemente diferentes.

Considera el Tribunal que la demanda parte del hecho de que cuando varias empresas participan en la misma infracción, los importes de partida de la multa tan sólo pueden diferenciarse sobre la base del volumen de negocios resultante de las ventas del producto en cuestión en el EEE, siendo esta premisa errónea según apreciación el Tribunal de Justicia.

El siguiente motivo de recurso hace referencia a una posible vulneración del principio *non bis idem*.

Siguiendo una demanda que resulta habitual en las empresas recurrentes, en este caso se plantea la desproporción de las sanciones impuestas por la

Comisión al no haberse tenido en cuenta las sanciones impuestas por autoridades de competencia de terceros Estados. Proceder de otra manera implicaría el riesgo de penalizar excesivamente a las empresas afectadas y supondría imponerles una multa desproporcionada en relación con la necesidad de disuasión o con la justicia represiva.

Para fundamentar su pretensión la recurrente plantea en primer lugar que hay identidad absoluta de hechos en los procedimientos llevados a cabo por autoridades de terceros Estados y el llevado a cabo por la Comisión. Además considera que siendo ésta la circunstancia, el principio *non bis in idem* debería respetarse sin necesidad de convenio internacional aplicable.

La Comisión realiza una consideración que no deja de resultar llamativa. Denomina el principio que nos ocupa como integrante del «derecho natural» invocando las dos sentencias emblemáticas en este ámbito la STJCE de 13 de febrero de 1969, Wilhelm y otros (14/68, Rec. p. 1), y de 14 de diciembre de 1972, Boehringer Mannheim/Comisión, (7/72, Rec. p. 1281). Sin embargo, tras esta afirmación «resulta únicamente aplicable dentro de la Unión Europea», lo cual parece contradictorio con la esencia misma del Derecho natural.

Además considera la Comisión que no puede existir identidad de hechos salvo que ambos se caractericen por un mismo objeto y una misma localización territorial. La Comisión afirma que los hechos incriminados por ella no son idénticos a los incriminados por las autoridades norteamericanas y que nada permite a ADM afirmar que estas últimas tenían la intención de sancionarla por la aplicación de los acuerdos en el seno del EEE.

Las apreciaciones del Tribunal de Justicia sobre este punto ponen de manifiesto en primer lugar que la toma en consideración que el Tribunal había establecido en la sentencia Walt Wilhelm deriva de la especial situación en ese supuesto, por una parte, por la estrecha interdependencia entre los mercados nacionales de los Estados miembros y el mercado común y, por otra, por el especial sistema de reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros en materia de prácticas colusorias en un mismo territorio, el del mercado común. Estos hechos llevaron al Tribunal de Justicia, tras haber admitido la posibilidad de un doble procedimiento sancionador y ante la eventualidad de que ello supusiera una doble sanción, a estimar necesario tener en cuenta la primera decisión sancionadora por exigirlo así la equidad.

El Tribunal de Primera Instancia había comprobado que en el caso de autos no se planteaba tal situación y llegó a la conclusión de que, al no haberse invocado disposición expresa alguna de un Convenio que obligara a la Comisión a determinar el importe de las multas teniendo en cuenta las sanciones ya impuestas a la misma empresa por los mismos hechos por las autoridades o los tribunales de un Estado tercero, como los Estados Unidos de América o Canadá, las demandantes no podían acusar a la Comisión de haber incumplido esa supuesta obligación en el presente asunto.

El Tribunal de Justicia aclara que, aun suponiendo que el razonamiento expuesto sea erróneo y que la sanción impuesta por las autoridades de un Estado tercero sea un factor que deba tenerse en cuenta al apreciar las circunstancias del caso a efectos de determinar la cuantía de la multa, la imputación basada en que la Comisión no tuvo en cuenta las multas ya impuestas en los Estados terceros sólo podría prosperar en caso de que fueran idénticos los hechos de los que acusaban a ADM la Comisión, por una parte, y las autoridades de los Estados Unidos y de Canadá, por otra.

Las recurrentes alegan en este sentido que puesto que la Comisión había reconocido manifiestamente, en sus escritos y en la Decisión impugnada, que los hechos sancionados en el marco de los procedimientos incoados en los Estados terceros eran precisamente los mismos que los expuestos ante el Tribunal de Primera Instancia, éste debería haberles dado la oportunidad de ser oídas en relación con la declaración de dicho Tribunal en sentido contrario.

Sin embargo declara el Tribunal que siendo cierto que la Comisión señaló que la infracción cometida en el EEE resultaba de la existencia de una práctica colusoria de ámbito mundial, esto no implica que se reconozca identidad de los hechos de los que acusaban a las recurrentes la propia Comisión, por un lado, y las autoridades de Estados Unidos y de Canadá, por otro.

El Tribunal recoge la apreciación de la Comisión que considera que ADM y las restantes empresas a las que afecta dicha Decisión infringieron el artículo 81 CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE ya que, dentro del EEE y en el marco de un acuerdo, fijaron los precios de la lisina, controlando la oferta y repartiéndose entre ellas los volúmenes de venta, y que intercambiaron información sobre sus volúmenes de venta con el objetivo de controlar el respeto de las cuotas de ventas que habían convenido. Por su parte, y según las informaciones proporcionadas por las autoridades de Estados Unidos y de Canadá, las multas penales impuestas a las empresas afectadas por la Decisión en cuestión tuvieron en cuenta solamente los efectos contrarios a la competencia que el acuerdo examinado en dicha Decisión había producido en lo que corresponde a sus competencias.

De lo anterior se deduce, según la Comisión, que se trataba de la aplicación de un acuerdo colusorio en territorios diferentes.

Cabe destacar en este punto que el Tribunal parece hacer suya la apreciación de la Comisión en virtud de la cual, siempre que existan diferentes normas jurídicas vulneradas, y que cada autoridad imponga las sanciones «en el ejercicio de sus competencias» no puede considerarse que haya identidad de hechos.

Determina así el Tribunal que, cuando la sanción impuesta en el Estado tercero se refiere únicamente a las aplicaciones o efectos de la práctica concertada en el mercado de dicho Estado y la sanción comunitaria únicamente a las aplicaciones o efectos de dicha práctica en el mercado comunitario, no existe identidad entre los hechos.

Desconoce el Tribunal la identidad real desde el punto de vista fáctico y el hecho de que en el cálculo de las multas impuestas por la Comisión se toma en consideración el volumen de negocios mundial de la empresa afectada. Esta circunstancia podría llevarnos a la situación de quiebra del principio de *non bis in idem*, pero desde luego abogaríamos a favor de una toma en consideración de las sanciones previamente impuestas a pesar de la tesis mantenida sin fisuras hasta el momento por el Tribunal y el resto de las instancias comunitarias.

Este argumento se rebate por el Tribunal manteniendo que en la Decisión impugnada el volumen de negocios mundial se utilizó únicamente para comparar las dimensiones relativas de las empresas afectadas, a fin de tener en cuenta la capacidad efectiva para ocasionar un perjuicio importante en el mercado de lisina del EEE.

Cabe destacar finalmente el motivo de recurso basado en la infracción del principio de proporcionalidad de la sanción impuesta.

Consideran las recurrentes que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia incurrió en error al rechazar el argumento según el cual el principio de proporcionalidad exige que exista cierta relación entre la multa y el volumen de negocios que ha de tomarse en consideración y del que resulta que una multa del 115% de dicho volumen de negocios, como sucede en el presente asunto, es desproporcionada. Para su cálculo, las recurrentes se basan en el volumen de negocios que obtuvieron en el mercado de la lisina en el EEE en el curso del último año de infracción.

Las recurrentes estiman que la sentencia de 16 de noviembre de 2000, KNP BT/Comisión (C-248/98 P, Rec. p. I-9641), contiene un principio de aplicación general, en virtud del cual la sanción debe ser proporcionada a la importancia de la empresa en el mercado de los productos que constituyen el objeto de la infracción.

Las recurrentes sostienen que los hechos del presente asunto son idénticos a los del asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 1994, Parker Pen/Comisión (T-77/92, Rec. II-549), sentencia en la que dicho Tribunal redujo la multa basándose en que la Comisión no había tenido suficientemente en cuenta el volumen de negocios que debía considerarse. Para las recurrentes carece de importancia el hecho de que lo que se redujo en el asunto Parker Pen/Comisión, antes citado, fuera la multa definitiva y no el importe de partida de la multa calculado en función de la gravedad. En aquel asunto no hubo un cálculo separado del importe de partida. Por otro lado, las recurrentes alegan que la multa que se les impuso resulta desproporcionada en relación con el volumen de negocios que ha de considerarse, tanto si se tiene en cuenta la multa definitiva como el importe de partida en función de la gravedad.

El Tribunal de Justicia mantiene en esta cuestión que para determinar la multa se puede tener en cuenta tanto el volumen de negocios global de la empresa, que constituye una indicación, aunque sea aproximada e imperfec-

ta, del tamaño de ésta y de su potencia económica, como la parte de este volumen que procede de las mercancías objeto de la infracción y que, por tanto, puede dar una indicación de la amplitud de ésta. No hay que atribuir a ninguna de estas cifras una importancia desproporcionada en comparación con los demás criterios de apreciación y, por consiguiente, la determinación de una multa adecuada no puede ser resultado de un simple cálculo basado en el volumen de negocios global. Ello es así sobre todo cuando las mercancías afectadas sólo representan una pequeña fracción de ese volumen (sentencias *Musique Diffusion Française* y otros/Comisión, apartado 121, y *Dansk Rørindustri* y otros/Comisión, apartado 243, antes citadas).

En cambio, el Derecho comunitario no contiene ningún principio de aplicación general según el cual la sanción deba ser proporcionada a la importancia de la empresa en el mercado de los productos que constituyen el objeto de la infracción.

Recuerda finalmente el Tribunal de Justicia que no le corresponde sustituir, por razones de equidad, la apreciación del Tribunal de Primera Instancia por la suya propia, cuando éste resuelve, en el ejercicio de su plena jurisdicción, sobre el importe de las multas impuestas a unas empresas por haber infringido éstas el Derecho comunitario, razón por la cual el Tribunal rechaza el recurso de casación.

María Pilar Canedo Arrillaga

Caso N.º 28. Ententes: STJCE 30 mayo 2006, As. T-198/03, Bank Austria Creditanstalt AG/Comisión

NOTA

Mediante sentencia de 30 de mayo de 2006, el Tribunal de Primera Instancia ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre las decisiones formales referentes a la revelación de secretos comerciales adoptadas por el consejero auditor en nombre de la Comisión. Tales decisiones han sido impugnadas ante el Tribunal en contadas ocasiones, entre las que se encuentra la sentencia *AKZO II* (STPI de 24 de junio de 1986, *AKDO/Comisión*, asunto 53/85, Rec. 1986, pp. 1965-1977) y la que en este momento nos ocupa.

En términos generales, la problemática que subyace en ambos asuntos es la tensión entre alcance del contenido público de las decisiones dictadas por la Comisión y el relativo al secreto profesional que los funcionarios europeos deben observar con respecto a la información a que hayan tenido acceso a través del desempeño de sus funciones.

En lo concerniente al *secreto profesional*, el artículo 28 del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE (que tiene su antecesor en el artículo 20 del Reglamento 17/1962, del Consejo, de 6

de febrero de 1962) establece que la información obtenida en aplicación de las normas del Reglamento no podrá ser utilizada más que para el fin para el que haya sido recabada. Por su parte, el artículo 9 de la Decisión 2001/462/CE de la Comisión, de 23 de mayo, relativa al mandato de los consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia, en su artículo 9 dispone que «1. Cuando esté previsto divulgar información que pudiera considerarse secreto comercial de una empresa, ésta será informada por escrito de tal intención y de los motivos que la justifiquen. Se fijará un plazo para que la empresa presente sus observaciones por escrito al respecto; 2. Cuando la empresa en cuestión se oponga a la divulgación de tal información, pero se concluya que no se trata de información protegida y que, por lo tanto, puede ser divulgada, tal conclusión se expondrá en una decisión motivada que será notificada a la empresa afectada. En la decisión se señalará la fecha tras la cual la información será divulgada, sin que el plazo pueda ser inferior a una semana desde la fecha de la notificación; 3. Los párrafos primero y segundo serán aplicables, mutatis mutandis, a la información mediante publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

Por lo que a la publicidad de las decisiones se refiere, el artículo 30 del Reglamento 1/2003 afirma que en la publicación únicamente se mencionarán los nombres de las partes y, para nosotros más relevante, el «contenido principal de la decisión», incluidas las sanciones impuestas.

Pues bien, básicamente, la disyuntiva que se ha planteado es si el consejero auditor tiene que decidir sobre si ciertas partes de una decisión de la Comisión deben o no publicarse ya que no forman parte del «contenido principal» de la decisión.

Expuesta la problemática jurídica nos centraremos en los hechos que motivaron el asunto y que traen causa de la Decisión de 11 de junio de 2002 dictada por la Comisión en el asunto COMP/36.571/D-1. En esta Decisión se declaró que Bank Austria Creditanstalt AG (en lo sucesivo «Creditanstalt») había participado en una práctica colusoria con varios bancos austriacos y se le imponía una multa. Días más tarde la Comisión comunicaba a los afectados un proyecto de versión no confidencial de la Decisión y les solicitaba que autorizaran su publicación. En respuesta a este requerimiento, Creditanstalt pidió a la Comisión que publicara la Decisión substituyendo la exposición de los hechos por el texto que ellos pretendían. Tras varias reuniones entre los servicios de la Comisión y los abogados de los afectados sin conseguir llegar a un consenso sobre el tenor literal de la versión a publicar, el consejero auditor dio a conocer una última versión no confidencial de la Decisión y declaró que no contenía información amparada por la garantía de tratamiento confidencial prevista en el Derecho comunitario.

Pues bien, la jurisprudencia que básicamente sienta esta sentencia distingue entre dos distintos tipos de informaciones amparados por el secreto profesional. Por un lado está la información dirigida a personas, empresas o aso-

ciaciones de empresas con derecho a ser oídas en los procedimientos de aplicación de las normas sobre Derecho de la competencia. Y por otro, la información destinada al público en general.

En relación con la *información frente a personas, empresas o asociaciones con derecho a ser oídas en los procedimientos de aplicación de las normas sobre la competencia*, la obligación de los funcionarios de no divulgar ciertos datos amparados por el secreto profesional resulta atenuada siempre que sea necesario para el buen desenvolvimiento de la instrucción. Así lo dispone el artículo 28.2 del Reglamento 1/2003 (y el anterior artículo 20.2 del Reglamento 17/1962). No obstante, esta facultad del funcionario no es extensible a los secretos comerciales. En estos casos, la protección que se dispensa es mucho más estricta (STPI AKDO II, anteriormente mencionada, aps. 26 a 28) puesto que resulta de aplicación los párrafos primero y segundo del artículo 9 de la Decisión 2001/462 anteriormente mencionada.

Es precisamente esta protección excepcional del secreto comercial la que impone que se precise el contenido y alcance de este concepto. Pues bien, en la propia resolución analizada se afirma que es aquel que «no sólo no puede divulgarse públicamente, sino que incluso su mera comunicación a un sujeto distinto del que ha suministrado la información puede perjudicar gravemente los intereses de aquél» (apartado 30).

En relación con la *información frente al público en general*, y puesto que no existe ese interés general propio de la instrucción del procedimiento, la obligación de no divulgar información confidencial es bastante más severa y alcanza a toda aquella amparada por el secreto profesional, constituya o no secreto comercial.

En estos casos, el juzgador ha ponderado, por un lado el interés de los afectados por la decisión a que no se divulgue información confidencial (insistimos, se trata de un concepto más amplio que el de secreto comercial) y, por otro, el interés general en la transparencia de la acción comunitaria, el interés del público de conocer con la mayor amplitud los motivos de cualquier acción de la Comisión, del interés de los operadores económicos en saber cuáles son las conductas por las que pueden ser sancionados y el interés de las personas perjudicadas por la infracción en conocer los detalles de cara a poder hacer valer, si así lo estiman oportuno, sus derechos frente a las empresas sancionadas (apartado 78).

Por lo tanto, la problemática se centra en delimitar lo que deba entenderse por información amparada por el secreto profesional. Pues bien, en un intento por delimitar sus elementos configuradores, el TPI entiende que para que exista secreto profesional: a) es necesario que sólo conozca la información un número restringido de personas; b) debe tratarse de información cuya divulgación pueda causar un serio perjuicio a la persona que la ha proporcionado a un tercero; c) es preciso que los intereses que la divulgación de la información puedan lesionar objetivamente sean dignos de protección (apartado 71).

En definitiva, cuando se trate de aprobar el contenido de la versión destinada a la publicación de la decisión, el consejero auditor no debe limitarse a examinar si contiene secretos comerciales o información análoga, sino que debe además verificar si contiene información que no puede divulgarse públicamente por entrar dentro de la órbita del secreto profesional del funcionario. Pero ello, en ningún caso quiere decir que la empresa pueda oponerse a que se dé difusión pública a aquellos detalles de su conducta infractora que no estén amparados por el secreto profesional, entendido en los términos expuestos en el párrafo precedente.

Marta Casado Abarquero

Caso N.º 29. Ententes: STJCE (Sala Segunda) 29 junio 2006, As. C-289/04 P, Showa Denko KK/Comisión

NOTA

La sentencia que nos ocupa es el resultado de un recurso de casación presentado por la demandante, Showa Denko KK, domiciliada en Tokio (Japón), en el que se solicita la anulación parcial de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada el 29 de abril de 2004 en los asuntos T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Rec. p. II-1181. La demandante solicita la reducción del importe de la multa que se había impuesto por el Tribunal de Primera Instancia, que por su parte reducía el importe que en su momento había sido impuesto por la Comisión por medio de la decisión Electroodos de grafito (DO 2002, L 100, p. 1).

Los hechos que dieron lugar a la citada decisión se remontan al año 2000, en que la Comisión remitió un pliego de cargos a las empresas inculpadas por haber realizado acuerdos y prácticas concertadas en el sector de los electrodos de grafito. Los citados acuerdos se adoptaron en reuniones a diferentes niveles en las que las empresas acordaron entre otras cuestiones que los precios de los electrodos de grafito debían fijarse a nivel mundial; las decisiones sobre precios de cada empresa debían tomarlas exclusivamente el presidente o los directores generales; el «productor doméstico» debía fijar el precio de mercado en su «territorio» y los demás productores lo «seguirían»; en los mercados «no domésticos», en los que no había ningún productor «doméstico», los precios se decidirían por consenso; los productores «no domésticos» no debían competir agresivamente y se retirarían de los mercados «domésticos» de los demás; la capacidad no debía aumentar (los productores japoneses debían reducir su capacidad); no habría transferencia de tecnología fuera del círculo de productores que participaran en el cártel.

Independientemente de las acciones llevadas a cabo por la Comisión, la demandante había sido objeto de multas pecuniarias de carácter penal en

Estados Unidos y habían satisfecho indemnizaciones civiles en Canadá y Estados Unidos.

Las razones alegadas por la demandante para solicitar la citada anulación parcial se basan en cuatro razones: una aplicación inadecuada del «multiplicador disuasivo» para calcular el importe de la multa impuesta por infracción del art. 81.1 TCE, los criterios de aplicación del citado factor de multiplicación, el respeto al principio de tutela judicial efectiva y finalmente el error de Derecho por vulneración del principio *non bis in idem*.

Respecto de la aplicación inadecuada del «multiplicador disuasivo» para calcular el importe de la multa impuesta por infracción del art. 81.1 TCE, la discusión se centra en la cuestión de determinar si el volumen de negocios mundial de la empresa infractora puede ser tenido en cuenta por la Comisión a la hora de determinar el factor disuasivo de la sanción a la hora de determinar el montante de la multa impuesta. La demandante no discute el hecho de que el citado volumen de negocios mundial –y no el obtenido gracias a los productos a los que se refieren los acuerdos entre las partes en el cártel– sea tenido en consideración a la hora de determinar el montante base de la multa (STPI de 16 de noviembre de 2000, Sarrió/Comisión, C-291/98 P, Rec. p. I-9991, apartados 85 y 86, y STPI de 14 de julio de 2005, Acerinox/Comisión, C-57/02 P, Rec. p. I-6689, apartados 74 y 75), pero considera que, siendo esto así una nueva toma en consideración para determinar el factor multiplicador, resulta excesiva y por tanto improcedente.

El Tribunal había considerado, para determinar la cuantía de la sanción, que las empresas de gran tamaño disponen, en general, de recursos económicos superiores y de mejores conocimientos de Derecho de la competencia que las empresas de menor tamaño. Por ello el Tribunal de Primera Instancia invocó la regla según la cual una infracción cometida por una empresa de dimensiones considerables dispone de recursos financieros importantes y por tanto, respetando el principio de proporcionalidad, puede ser objeto de sanciones más elevadas que las que pueden imponerse a otras empresas que no dispongan de tales recursos aunque hayan cometido la misma infracción.

El Tribunal de Justicia manifiesta tratando de definir el concepto de «disuasión» que las multas impuestas por la Comisión tienen por objeto «castigar» los comportamientos ilícitos de las empresas inculpas y «disuadir» tanto a éstas como a otros operadores económicos de infringir, en el futuro, las normas comunitarias sobre competencia. Por lo tanto, la Comisión, al calcular el importe de la multa, puede tomar en consideración, en concreto, el tamaño y el poder económico de la empresa de que se trata (STJCE de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion Française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartados 105 y 106, y 119 a 121).

Teniendo en cuenta el «enorme» volumen de negocios global de la demandante, ésta podría más fácilmente movilizar los fondos necesarios para el pago de la multa, por lo que el efecto disuasorio de la sanción justificaría la aplicación del factor de multiplicación.

El segundo motivo de recurso hace referencia a los criterios de aplicación del citado factor de multiplicación en el cálculo del montante de la multa que, según la demandante no han sido mencionados por la Comisión ni por el Tribunal de Primera Instancia.

Se plantea en primer lugar por la demandante si el factor de disuasión puede aplicarse teniendo en cuenta circunstancias ajenas a la empresa a la que se impone la sanción. Alega en este sentido la Comisión, respaldada por el Tribunal, que el efecto disuasorio tiene como objeto impedir que se produzcan en el futuro infracciones a las normas de competencia, pero que ese efecto afecta no sólo a la empresa objeto del procedimiento sino igualmente a todas las que operan en el mercado, por lo que el factor de disuasión se valora tomando en consideración una multitud de elementos y no sólo la situación particular de la empresa de que se trata (apartado 23).

En segundo lugar se plantea por la recurrente la posibilidad de que en el cálculo de la multa –en concreto a efectos de calcular el factor multiplicador a efectos de disuasión– la Comisión tenga en cuenta no sólo el tamaño de la empresa infractora sino especialmente su actitud. El Tribunal de Justicia considera que el tamaño es uno de los factores que pueden tomarse en cuenta a la hora de determinar la determinación del multiplicador disuasivo (STJCE Musique Diffusion Française y otros/Comisión, antes citada, y STJCE de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartados 242 y 243). Califica además el Tribunal de «parámetros hipotéticos y demasiado inciertos» los alegados por la demandante cuando considera que «una multa equitativa sólo puede ir destinada a compensar el perjuicio causado al libre juego de la competencia y que se debería evaluar, a tal efecto, la probabilidad del descubrimiento del cártel así como los beneficios obtenidos por los miembros de éste» (apartado 30).

Continúa la recurrente cuestionando la aplicación del factor multiplicador considerando que, si efectivamente se pretende que la multa tenga una eficacia de disuasión, ésta debe ser calculada atendiendo a las ventajas o beneficios que la empresa de se trata pudiera prever que obtendría en caso de no ser detectado el comportamiento ilegal y la probabilidad prevista de dicha detección. Igualmente alega la demandante que no se puede considerar que una empresa que tiene su producción diversificada en varios productos sea menos sensible a las multas que una empresa que se dedique a un solo producto y que en este caso concreto, dado que la demandante no había participado de manera activa en el cártel ni había desarrollado ninguna estrategia de eliminación de la competencia en el sector afectado, no cabría aplicarle ningún factor multiplicador disuasivo.

El Tribunal de Justicia nuevamente confirma la posición de la Comisión al considerar que la Comisión dispone de una «facultad de apreciación especialmente amplia» por lo que respecta a la elección de factores que se deben tomar en consideración para determinar el importe de las multas sin que sea

necesario remitirse a una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta de modo obligatorio (véanse, en particular, el auto de 25 de marzo de 1996, SPO y otros/Comisión, C-137/95 P, Rec. p. I-1611, apartado 54, y la sentencia de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión, C-219/95 P, Rec. p. I-4411, apartado 33).

Se subraya igualmente que el hecho de que la demandante no participara de manera activa en el cártel debe tenerse en cuenta en una fase posterior del procedimiento a efectos de determinar la cuantía de la multa (circunstancia atenuante) pero carece de relevancia para determinar la gravedad del cártel.

Alega finalmente la recurrente que el incremento de la multa resulta desproporcionado teniendo en cuenta su escaso volumen de negocios en el Espacio Económico Europeo. El Tribunal de Justicia confirma nuevamente que esta apreciación debe considerarse errónea, dado que el cálculo debe realizarse teniendo en cuenta el volumen de negocios global de la recurrente. Manifiesta acertadamente el Tribunal que, si se tomara en consideración el volumen de negocios de la empresa en el EEE, ésta se vería inadecuadamente beneficiada por una situación que viene derivada del acuerdo en virtud del cual la demandante había aceptado no entrar a competir en este último mercado, permitiendo así que los demás productores se pusieran de acuerdo en los correspondientes precios.

El motivo de recurso referente al proceso justo se basa en el hecho de que la empresa demandante considera que no se ha respetado el principio de audiencia ni la exigencia de motivación suficiente para arbitrar la defensa.

El Tribunal recuerda en este caso que el derecho de defensa en todo procedimiento que pueda llevar a la imposición de sanciones, especialmente de multas o de multas coercitivas, constituye un principio fundamental de Derecho comunitario que debe ser observado, aun cuando se trate de un procedimiento de carácter administrativo (véase la sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 9).

La obligación de oír a las empresas que son objeto de un procedimiento con arreglo al artículo 81 CE se satisface cuando la Comisión declara, en el pliego de cargos, que examinará si es preciso imponer multas a las empresas consideradas y cuando indica los principales elementos de hecho y de Derecho que pueden implicar la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la supuesta infracción (véase, en particular, la sentencia de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartados 19 y 20).

Dejamos por su interés para el último lugar el análisis del tercer motivo de recurso que pretende una vulneración del principio *non bis in idem*. Considera la demandante que, si en el cálculo de las multas y del multiplicador disuasorio la Comisión tiene en cuenta el volumen de negocios de la empresa infractora, debería igualmente tomar en consideración las sanciones impuestas a la empresa demandante en Japón, Canadá y Estados Unidos. Considera la recurrente que el «efecto disuasorio depende del coste total de

la conducta ilícita» siendo así que éste debería incluir no sólo las multas impuestas en el EEE, sino también las impuestas en cualquier otro lugar (apartado 47).

La apreciación que sobre esta cuestión realiza el Tribunal de Justicia resulta especialmente interesante teniendo en cuenta que la Corte no había zanjado aún la cuestión de la eventual obligación de la Comisión de imputar una sanción impuesta por las autoridades de un Estado tercero en el caso de que sean idénticos los hechos de los que acusan a una empresa esta institución y tales autoridades, sino que hasta este momento había hecho de la identidad de los hechos imputados por la Comisión y por las autoridades del Estado tercero un requisito previo al análisis de la cuestión planteada.

Comienza la Corte este punto recordando, como ya había hecho en ocasiones anteriores (véanse, en particular, las sentencias de 5 de mayo de 1966, Gutmann/Comisión CEEA, 18/65 y 35/65, Rec. pp. 149 y ss., especialmente p. 172, y de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartado 59), que el principio *non bis in idem*, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el órgano jurisdiccional.

Este principio es recogido en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que establece «que nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado». El mismo precepto establece que cabe reapertura del proceso conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si «hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada».

En este caso concreto el Tribunal de Justicia centra el análisis en el hecho de que la doble sanción deriva de la imposición de normas de defensa de la competencia procedentes de terceros Estados no miembros de la Unión europea que obedecen a exigencias, objetivos y finalidades propios de otros ordenamientos que conducen a consecuencias jurídicas muy variadas en el ámbito administrativo, penal o civil y pueden tener bienes jurídicamente protegidos diferentes.

El Tribunal considera que el principio *non bis in idem* no se aplica a situaciones en las que los ordenamientos jurídicos y las autoridades en materia de competencia de Estados terceros intervinieron en el marco de sus propias competencias (apartado 56). El Tribunal considera que no existe ningún Convenio Internacional que prohíba que las autoridades públicas, incluidos los tribunales, de distintos Estados procesen y condenen a una persona física o jurídica por los mismos hechos que aquéllos por los que ya fue juzgada en otro Estado.

La recurrente mantiene así mismo subsidiariamente la pretensión de que la sanción impuesta se vea reducida aplicando el principio de proporcionalidad al considerar que la multa es excesiva por el hecho de que la Comisión no ha tomado en consideración las sanciones impuestas por las otras autoridades de competencia, aunque sí ha tomado en consideración el volumen de negocios mundial de la empresa.

Recuerda así mismo el Tribunal que los Acuerdos celebrados entre las Comunidades y el Gobierno de Estados Unidos de América, el 23 de septiembre de 1991 y el 4 de junio de 1998, sobre observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia (DO 1995, L 95, p. 47, y DO 1998, L 173, p. 28) se limitan a cuestiones prácticas de procedimiento, como el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades en materia de competencia y no contemplan en absoluto la imputación o la consideración de las sanciones impuestas por una de las partes de dichos Acuerdos. Por ello considera que no existe obligación por parte de la Comisión de tener en cuenta las multas impuestas por autoridades de un tercer Estado en el marco de sus competencias en materia de Derecho de la competencia. Manifiesta sin embargo que existe la posibilidad de que la Comisión pueda tomar en consideración la existencia de multas impuestas por las autoridades de un tercer Estado en el marco de la facultad de apreciación de que ésta disfruta en materia de fijación de multas por las infracciones al Derecho comunitario de la competencia. «En consecuencia, si bien no cabe excluir que la Comisión tenga en cuenta multas anteriormente impuestas por las autoridades de Estados terceros, no está, sin embargo, obligada a hacerlo» (apartados 60 y 61).

No parece discutible el hecho de que los mercados protegidos por las normas de defensa de la competencia de autoridades de terceros estados y las normas de competencia comunitarias son diferentes y que en consecuencia los bienes jurídicamente protegidos son distintos. Resulta indudable que no existe obligación legal de respeto del principio *non bis in idem* ni de moderación de las sanciones teniendo en cuenta que el Convenio Europeo se refiere a sanciones de carácter penal y no afecta lógicamente a terceros Estados. Parece sin embargo cuestionable, desde el punto de vista material, que a la hora de realizar el cálculo de las sanciones se asuma como base el volumen de negocios global de la empresa y no el que afecta a los productos objeto de sanción y que sin embargo no se establezca una obligación de moderación de las sanciones impuestas por autoridades de terceros Estados.

No siendo el objeto directo de la sentencia, resulta sin embargo destacable que la sentencia realiza una precisión respecto de empresas afectadas por la normativa comunitaria y la de uno o varios Estados miembros de la Unión. Manifiesta escuetamente en este sentido el Tribunal que la situación jurídica en este caso es bien distinta. Resulta por tanto que la situación objeto de esta sentencia no resulta comparable con aquélla en la que un cártel se circunscribe exclusivamente al ámbito de aplicación territorial del ordenamiento

jurídico de la Comunidad Europea. Cabría por tanto pensar que la apreciación del Tribunal sería en este caso diferente y queda por determinar si se va a mantener la tesis de simple toma en consideración de las sanciones o bien se procederá a un respeto real del principio *non bis in idem*.

María Pilar Canedo Arrillaga

Caso N.º 30. Ententes: STJCE (Sala Segunda) 29 junio 2006, As. C-308/04 P, SGL Carbón AG/Comisión

NOTA

La sentencia que nos ocupa es el resultado de un recurso de casación presentado por la demandante, SGL Carbón AG, domiciliada en Alemania, en el que se solicita la anulación parcial de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada el 29 de abril de 2004 en los asuntos T- 236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Rec. p. II-1181. La demandante solicita la reducción del importe de la multa que se había impuesto por el Tribunal de Primera Instancia, que por su parte reducía el importe que en su momento había sido impuesto por la Comisión por medio de la decisión Electroodos de grafito (DO 2002, L 100, p. 1).

Los hechos que dieron lugar a la citada decisión se remontan al año 2000, y coinciden con los expuestos en la nota precedente por lo que puede realizarse una remisión en bloque al punto primero de lo expuesto.

No coinciden sin embargo todas las circunstancias en ambos supuestos, razón por la cual se justifica un comentario separado de ambas resoluciones. Una de las más relevantes diferencias entre ambos supuestos es que en este caso la demandante tiene sede en Alemania y por lo tanto dentro del territorio comunitario. Además, la demandante realiza en este caso una solicitud previa al recurso de casación en la que requiere la reapertura de la fase oral del procedimiento.

La recurrente considera que debería abrirse nuevamente la fase de juicio oral del procedimiento ante el Tribunal de Justicia al considerar que el Abogado General no siempre reproduce correctamente la exposición de los hechos de las partes ni las declaraciones del Tribunal de Primera Instancia. Considera igualmente que las conclusiones contienen asimismo alegaciones y suposiciones no aportadas por las partes en sus respectivos escritos y que por lo tanto no habían sido objeto de la vista. Por lo tanto, dichas conclusiones no pueden preparar suficientemente para sentenciar, sino que requieren de forma excepcional observaciones adicionales antes de que el Tribunal de Justicia se pronuncie definitivamente.

El Tribunal de Justicia manifiesta en ese sentido que, si bien es cierto que ni el Estatuto del Tribunal de Justicia ni su Reglamento de Procedimiento prevén la posibilidad de que las partes presenten observaciones en respuesta

a las conclusiones presentadas por el Abogado General (auto de 4 de febrero de 2000, Emesa Sugar, C-17/98, Rec. p. I-665, apartado 2), también lo es que el Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio, a propuesta del Abogado General o a instancia de las partes, la reapertura de la fase oral, conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento, si considera que no está suficientemente informado o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes (STJCE de 13 de noviembre de 2003, Schilling y Fleck-Schilling, C-209/01, Rec. p. I-13389, apartado 19, y de 17 de junio de 2004, Recheio – Cash & Carry, C-30/02, Rec. p. I-6051, apartado 12).

Considera no obstante en este caso que tiene elementos suficientes para resolver, por lo que no hay razones para reiniciar la fase oral.

La recurrente basa su recurso de casación en diferentes puntos que pasamos a analizar.

Comienza la demandante solicitando la toma en consideración de las sanciones impuestas por autoridades procedentes de terceros Estados en la doble vertiente que supondría respeto del principio *non bis in idem* y por lo tanto desaparición de la segunda sanción impuesta o, subsidiariamente, la mera moderación de la multa aplicando los principios de proporcionalidad y equidad.

El Tribunal de Justicia realiza en este caso una apreciación coincidente a la que establece en la sentencia SOHA (véase, por tanto, para más detalle en la argumentación del Tribunal, el párrafo quinto del comentario precedente), lo que, en resumen supone que, no habiendo coincidencia de bienes jurídicos protegidos, no procede aplicar el principio *non bis in idem* y cabe, por tanto, imponer doble sanción. Aclara el Tribunal que «el principio *non bis in idem* no se aplica a situaciones en las que los ordenamientos jurídicos y las autoridades en materia de competencia de Estados terceros intervinieron en el marco de sus propias competencias» (apartado 32).

Respecto de la aplicación de los principios de proporcionalidad y equidad y la consiguiente reducción de las sanciones tomando en consideración las impuestas por las autoridades de terceros Estados, el Tribunal considera del mismo modo que en el caso SOHA que, al no existir convenio internacional que establezca la reducción como obligación para la Comisión, ésta podría tener en cuenta las citadas sanciones para moderar el montante de la multa en ejercicio de su poder discrecional de cálculo del montante de la multa.

En esta misma línea de argumentación mantiene el Tribunal que el objetivo disuasorio que la Comisión puede lícitamente perseguir al determinar el importe de una multa está destinado a garantizar que las empresas respeten las normas sobre la competencia establecidas en el Tratado CE al desarrollar sus actividades en el interior del mercado común (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661, apartados 173 a 176). En consecuencia, a la hora de apreciar el carácter disuasorio de una multa que se ha de imponer por una infracción de

dichas normas, la Comisión no está obligada a tener en cuenta posibles sanciones impuestas a una empresa por infracciones de las normas sobre competencia de Estados terceros.

El segundo elemento en que basa la recurrente su demanda es el cálculo equivocado del montante de base de la multa, lo que, en su opinión, supone infracción del principio de igualdad de trato.

A la hora de establecer el cálculo del montante de base de las sanciones la Comisión realiza una clasificación de las empresas atendiendo a las cuotas de mercado y volúmenes de negocio de los operadores, posteriormente una cuota media de mercado.

Recuerda el Tribunal de Justicia que la Comisión disfruta de una amplia facultad de apreciación y flexibilidad por lo que respecta al método de cálculo de las multas y que puede, en dicho contexto, tener en cuenta múltiples factores, siempre que se respete el límite máximo relativo al volumen de negocios (apartado 46 y STJCE de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartados 240 a 243).

Manifiesta que la Comisión, adecuadamente, se basa en los volúmenes de negocios obtenidos y en las cuotas de mercado alcanzadas por los miembros del cártel a través de las ventas del producto de que se trata en el mercado mundial durante el período contemplado en la Decisión. Ello no obstante, de esta afirmación no podría derivarse que la conclusión de que cualquier diferencia entre las empresas de que se trata en el volumen de negocios o en la cuota de mercado deba traducirse en una categoría distinta para cada empresa participante en el cártel y, por consiguiente, en un importe de base diferenciado.

Manifiesta por tanto el Tribunal de Justicia que no resulta contrario al principio de igualdad de trato el reagrupamiento de empresas dentro de una categoría siempre que éste sea «suficientemente coherente y objetivo» en comparación con las categorías establecidas.

El tercer motivo de recurso hace referencia a una posible vulneración de los principios *in dubio pro reo*, *nulla poena sine lege* e igualdad de trato.

La Comisión había justificado un incremento en la cuantía de la sanción impuesta a la recurrente basándose en el hecho de que la empresa habría advertido telefónicamente a otras empresas de la inminencia de controles realizados por la Comisión.

La recurrente alega en su defensa, en primer lugar, que esa práctica no puede considerarse ilegal, razón por la cual no debería ser sancionada (*nulla poena sine lege*); en segundo lugar, que al suponer la existencia de hechos que no estaban apoyados ni en declaraciones de la Comisión, ni en sus propias declaraciones, la Comisión infringiría el principio *in dubio pro reo*, y en tercer lugar, que se vulneraría el principio de igualdad de trato.

Sobre esta cuestión manifiesta el Tribunal de Justicia que el hecho de que la recurrente advirtiera a otras empresas de la inminencia de las inspec-

ciones de la Comisión buscaba disimular la existencia del cártel, mantenerlo en funcionamiento y hacer fracasar la investigación de la Comisión. Esta actividad puede calificarse de circunstancia agravante al suponer un comportamiento de obstrucción y, contrariamente a las alegaciones de la recurrente, no se trata de una infracción específica y autónoma de las normas comunitarias sobre la competencia, sino de un comportamiento que refuerza la gravedad de la infracción inicial. Además, mientras que el importe de base de la multa se fija en función de la infracción, la gravedad de ésta se determina en atención a muchos otros factores, en relación con los cuales la Comisión dispone de un margen de apreciación. El hecho de que tengan en cuenta circunstancias agravantes al determinar la multa se adecua al objetivo de la Comisión de garantizar la conformidad con las normas sobre competencia.

Se pone en tela de juicio por la recurrente la cuantía de la multa al sobrepasar ésta el montante máximo establecido en el Reglamento 17. El motivo de argumentación se basa en varios elementos dentro de los que destaca, en primer lugar, que el umbral máximo que puede alcanzar el montante de la multa (10% del volumen de negocios de la empresa) debería afectar tanto al importe final de la sanción como a cada uno de los importes intermedios con que opera la Comisión a la hora de realizar los cálculos. En segundo lugar, considera la demandante que la decisión adolece de falta de motivación al no encontrarse razones por las que la multa ha sido reducida en relación con otras empresas destinatarias de ella y no respecto de la recurrente.

Aclara el Tribunal que sólo el importe final de la multa impuesta debe respetar el límite anteriormente mencionado y que, en consecuencia, nada impide que la Comisión llegue, durante las distintas etapas de cálculo, a un importe intermedio superior a dicho límite, siempre que el importe final de la multa impuesta no lo supere (apartado 82 y STJCE de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, apartados 592 y 593, y de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, apartado 278).

Respecto de la referencia a la igualdad de trato e incumplimiento de la obligación de motivación, el Tribunal considera que la Comisión está obligada a realizar apreciaciones individuales y que, teniendo en cuenta que la posición de la recurrente no era análoga a la de otras empresas, la Comisión había aplicado el método de cálculo de la multa controvertida de manera coherente y no discriminatoria.

La recurrente alega que la Comisión podría haber vulnerado su derecho a la defensa por no haberle concedido acceso a determinados documentos del expediente.

Ante esta alegación, la Comisión afirma que estas alegaciones no pueden mantenerse teniendo en cuenta, en primer lugar, que la recurrente había reco-

nocido su participación en la infracción y, por otra parte, que se había beneficiado de la Comunicación sobre la cooperación.

El Tribunal de Justicia manifiesta que la mera falta de comunicación de un documento sólo constituye una infracción del derecho de defensa cuando la empresa afectada puede demostrar, en primer lugar, que la Comisión se basó en dicho documento para fundamentar su imputación relativa a la existencia de una infracción y, en segundo lugar, que dicha imputación únicamente podía acreditarse mediante el citado documento (STJCE de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151, apartados 24 a 30, y STJACE de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartados 7 a 9).

Precisa igualmente el Tribunal que corresponde a la empresa afectada demostrar que el resultado al que llegó la Comisión en su Decisión controvertida habría sido diferente si el documento, que no había sido comunicado a dicha empresa y sobre el que se basó la Comisión para declarar la infracción, había sido rechazado como elemento de prueba (STJCE de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 73).

La recurrente alega que la Comisión no tuvo en cuenta el hecho de que la empresa vio su capacidad contributiva notablemente debilitada a causa de las elevadas multas impuestas por otras autoridades reguladoras de la competencia y a causa de las importantes indemnizaciones por daños y perjuicios que tuvo que abonar en terceros Estados. En consecuencia, la imposición de otra multa de un importe notable llevaría a la empresa al borde de la quiebra.

Recuerda el Tribunal de Justicia que la Comisión no está obligada a tomar en consideración la situación financiera deficitaria de una empresa infractora al determinar el importe de la multa, ya que el reconocimiento de tal obligación equivaldría a procurar una ventaja competitiva injustificada a las empresas menos adaptadas a las condiciones del mercado (STJCE de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartados 54 y 55, y Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartado 327).

Aclara igualmente el Tribunal que esta afirmación no es inconsecuente con el contenido de las Directrices de la Comisión sobre el cálculo de las multas. Éstas reclaman que debe tomarse en consideración la capacidad contributiva real de una empresa a la hora de determinar el montante de la multa.

La consideración del Tribunal pone sin embargo de manifiesto que esta capacidad sólo es importante en un «contexto social específico», constituido por las consecuencias que el pago de la multa podría tener, en particular, en lo relativo a un aumento del desempleo o un deterioro de los sectores económicos a los que la empresa afectada vende o de los que se abastece sin que la demandante presentara elemento alguno que pudiera sostener la existencia de tal contexto.

Dentro de este motivo de alegación, la recurrente hace también referencia a los principios de proporcionalidad y la protección de los derechos de una empresa derivados de la libertad económica y de la propiedad.

Reconociendo estos derechos, el Tribunal considera, sin embargo a la Corte que estos principios están sujetos a restricciones de interés general y que no pueden ser tenidos en cuenta en el contexto de la determinación de una multa por infringir el Derecho comunitario de la competencia.

La última reclamación hace referencia al cálculo de los intereses de demora.

Recuerda en este punto el Tribunal que la Comisión tiene reconocidas las facultades de fijar la fecha en la que las multas son exigibles y aquélla en que empezarán a devengar intereses (de demora), así como las de fijar el tipo de tales intereses y establecer detalladamente cómo deberá ejecutarse su decisión. En otro caso, las empresas podrían beneficiarse pagando con retraso, lo que atenuaría el efecto de las sanciones.

Por todo ello considera el Tribunal que la Comisión puede adoptar como punto de referencia un nivel superior al del tipo de mercado aplicable, como el ofrecido a un prestatario medio, en la medida necesaria para desalentar conductas dilatorias por lo que respecta al pago de la multa.

María Pilar Canedo Arrillaga

Caso N.º 31. Ententes: STJCE 13 julio 2006, As. C-74/04, Comisión/Volkswagen AG

NOTA

La resolución analizada se dicta como consecuencia de un recurso de casación interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas solicitando la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de diciembre de 2003, *Volkswagen/Comisión* (T-208/01). En esta sentencia, a su vez, se anulaba la Decisión 2001/711/CE, de 29 de junio de 2001 por la que la Comisión sancionaba a Volkswagen con una multa de 30,96 millones de euros por haber celebrado un acuerdo de fijación de los precios de reventa del modelo Passat con los concesionarios pertenecientes a su red de distribución comercial en Alemania. En particular, según la Comisión, había quedado demostrado que Volkswagen había celebrado con el concesionario alemán un acuerdo sobre el precio de reventa del turismo mencionado, que el acuerdo controvertido tenía por objeto restringir la competencia, que con ello se afectaba de manera significativa al comercio entre los Estados miembros y, finalmente, que dicho acuerdo no se beneficiaba de una exención individual o por categorías en el sentido del artículo 81.3 TCE.

Para entender el alcance de esta sentencia es preciso describir someramente el sistema de comercialización de turismos de Volkswagen AG (socie-

dad matriz y la mayor empresa del grupo Volkswagen). Como es sabido, esta mercantil desarrolla su actividad en el sector de la fabricación de automóviles. La venta de sus vehículos en la Comunidad se efectúa a través de un sistema de distribución selectivo y exclusivo, a través de concesionarios con los cuales ha firmado un contrato de concesión comercial. Pues bien, los antecedentes fácticos de la sentencia del TJCE se remontan a septiembre de 1995 y enero de 1998, fecha en la que firmó un contrato de concesión comercial tipo con los concesionarios alemanes por el que les atribuía un determinado territorio contractual a cambio de comprometerse a promover de forma intensiva las ventas y los servicios de posventa y a explotar de manera óptima el potencial del mercado. Posteriormente, la empresa automovilística remitió a sus concesionarios alemanes una serie de directrices por las que les intimaba a no conceder descuentos en las ventas del Passat, o a concederlos de manera muy limitada. Son precisamente estas directrices las que, a raíz de una denuncia presentada por un comprador, impulsaron a la Comisión a considerar infringido el apartado 1 del artículo 81 TCE por estimar que existía un acuerdo de voluntades en materia de fijación de precios del modelo Passat.

La Comisión entendió que las instrucciones remitidas por Volkswagen a sus revendedores no constituían un comportamiento unilateral puesto que, según ella, la admisión a una red de distribuidores implica que los socios contractuales aceptan la política de distribución del fabricante y que, en la medida en que pasan a formar parte de las relaciones comerciales continuadas mantenidas entre ellos, queda probada la bilateralidad del acuerdo. Y todo ello –afirmaba– sin necesidad de determinar si los distribuidores alemanes, ajustándose a las circulares remitidas por la empresa automovilística, habían modificado o no su política de precios. Esta argumentación era, a su juicio, suficiente para entender probada la existencia del acuerdo de voluntades en el sentido del artículo 81.1 TCE y, en consecuencia, para imponer la multa de 30,96 millones de euros.

Por su parte, Volkswagen AG interpuso un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia que tenía por objeto la anulación de la Decisión controvertida y, sólo subsidiariamente, la reducción del importe de la multa. El recurso fue estimado bajo el argumento de que la decisión tomada por un fabricante únicamente constituye un comportamiento unilateral de la empresa y que, por ello, no entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE (artículo que por definición exige la existencia de un acuerdo de voluntades). Ahondando en esta argumentación, el Tribunal de Primera Instancia entendió que el planteamiento de la Comisión era erróneo, puesto que equivalía a presumir que un concesionario, por el mero hecho de la firma del contrato, aceptaba una posterior evolución ilegal del contrato incluso cuando el contrato de concesión en el momento de la firma fuera legal y ninguna de sus cláusulas permitiera prever una evolución de la relación contractual contraria al Derecho de la competencia.

En apoyo de su argumentación, el Tribunal de Primera Instancia trajo a colación las sentencias del TJCE de 12 de julio de 1979, *BMW Belgium y otros/Comisión* (32/78, 36/78 a 82/78) y de 11 de enero de 1990, *Sandoz Prodotti Farmaceutici/Comisión* (C-277/87) y del TPI de 26 de octubre de 2000, *Bayer/Comisión* (T-41/96). Estas resoluciones exigían dos requisitos cumulativos para declarar probada la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 81.1 TCE. Por un lado, la existencia al menos de una prueba del concierto de voluntades. Por otro, la necesidad de que este acuerdo recayera sobre un comportamiento determinado, lo que obligaba a que éste fuera conocido de antemano por las partes cuando lo aceptaban. Evidentemente, en el asunto de autos, la firma de un contrato legal en el momento de la firma impedía apreciar la concurrencia de este segundo presupuesto.

La misma argumentación jurídica fue defendida por el TJCE en la resolución ahora analizada. Concretamente, el Tribunal europeo confirmó la tesis defendida por la Comisión según la cual, sustentándose en las sentencias del TJCE de 25 de octubre de 1983, *AEG/Comisión* (107/82) y de 17 de septiembre de 1985, *Ford/Comisión* (25/84 y 26/84), para apreciar la existencia de un acuerdo es suficiente con que el acto o comportamiento aparentemente unilateral refleje la voluntad concordante entre al menos dos partes. Sin embargo, ello no excluye la carga de probar la existencia de un consentimiento siquiera sea tácito, que debe desprenderse, bien de las cláusulas del contrato de concesión, bien del comportamiento de las partes. Lo contrario supondría una vulneración del principio de presunción de inocencia.

Sólo en este contexto cobra sentido la jurisprudencia comunitaria alegada por la Comisión según la cual, la propia naturaleza y características de los contratos de distribución selectiva implican que éstos han de aplicarse durante un determinado número de años y que, por ello, el contrato deba ser completado y concretado progresivamente en función de factores tales como las exigencias de las partes, las condiciones del mercado o el grado de desarrollo técnico. Son precisamente estas circunstancias, según la Comisión, las que determinan que la evolución del contrato no pueda preverse en el momento de la celebración del contrato de concesión y que, al dejar algunos aspectos subordinados a decisiones posteriores del fabricante, la firma del acuerdo de concesión implique para el concesionario la aceptación previa de estas medidas. Sin embargo, no se trata de una interpretación correcta de la jurisprudencia del TJCE. Una correcta interpretación de ésta es la que tiene en consideración las cláusulas estipuladas en el propio contrato de concesión. Por lo tanto, si en el momento de la firma del contrato éste es legal, el concesionario únicamente acepta la evolución legal del contrato, sin que las cláusulas redactadas en términos neutrales puedan interpretarse como una aceptación implícita de una serie de medidas posteriores y de carácter unilateral predispuestas por el fabricante contrarias al Derecho de la competencia.

En conclusión, la sentencia objeto de estudio analiza la delicada cuestión de la calificación como «acuerdo», en el sentido utilizado por el artículo 81.1

TCE, de una serie de comportamientos aparentemente unilaterales adoptada por el fabricante de automóviles en el ámbito de las relaciones comerciales con sus distribuidores. La lógica del tribunal comunitario distingue entre aquellas relaciones contractuales en las que el contrato inicial de concesión de alguna manera prevé la posibilidad de limitar la competencia y afectar al comercio entre Estados miembros (éste es el caso de las sentencias *Ford* y *AEG* anteriormente mencionadas, en las que el propósito anticompetitivo del contrato quedaba de alguna manera reflejado en él) y las que tienen un objeto legal. En el primer caso, la firma del contrato conlleva la aceptación tácita de las medidas contrarias al Derecho de la competencia que el fabricante adopte en un momento posterior. En el segundo, las decisiones posteriores adoptadas por éste tienen un carácter unilateral y sólo se apreciará la existencia de un acuerdo de voluntades en el sentido del artículo 81.1 TCE cuando su aceptación se deduzca del comportamiento de los sujetos a quienes van dirigidas, en este caso, de los distribuidores.

Marta Casado Abarquero

Caso N.º 32. Ententes: STJCE 13 julio 2006, Ass. C-295/04 a C-298/04, Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros

NOTA

El Tribunal de Justicia ha tenido que resolver varias cuestiones interpretativas del art. 81 TCE con motivo de las acciones ejercidas contra varias compañías aseguradoras para obtener la devolución de las primas excesivas que se les habían pagado. Tales acciones se interpusieron después de que la autoridad italiana de defensa de la competencia hubiese verificado la existencia de un acuerdo ilícito entre las aseguradoras. Este acuerdo tenía por objeto el intercambio de informaciones relativas al sector asegurador. Gracias a este acuerdo, las aseguradoras pudieron coordinar y fijar las primas de los seguros e imponer a los usuarios aumentos de las primas carentes de justificación conforme a las condiciones de los mercados, aumentos a los que era imposible sustraerse (TH. LÜBBIG, «EuGH: Gleichzeitiger Verstoss gegen nationale und europäisches Wettbewerbsrecht durch Kartell-Aktivlegitimation jedes Geschädigten – Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.: Anmerkung», *EuZW*, 17, 17, 2006, pp. 513-544).

El órgano judicial que interpuso la cuestión prejudicial quiso que se le respondiera a las siguientes *cuestiones*:

a) Si el acuerdo infringía tanto la ley italiana de defensa de la competencia como el Tratado de Roma, habida cuenta de que también habían participado en el acuerdo sancionado compañías aseguradoras pertenecientes a otros Estados miembros y que también ejercían sus actividades en Italia (=

problema de las *relaciones entre el Derecho comunitario de la competencia y los ordenamientos de los Estados miembros*).

b) Si los terceros pueden solicitar una indemnización del perjuicio causado por la entente prohibida (= problema de la *acción de indemnización*).

c) Si las reglas nacionales, como las del litigio principal, relativas a la designación de los tribunales competentes, los plazos de prescripción de las acciones de indemnización así como el importe de ésta, son contrarias al art. 81 TCE (= problema de la *competencia para apreciar las consecuencias de la nulidad*).

Las tres cuestiones planteadas tienen un gran interés práctico por los siguientes motivos:

1.º) El sector asegurador es esencial para los mercados de capitales. En él operan grandes empresas, cuya actividad tiene una fuerte vocación de internacionalidad. En el pasado, se discutió la cuestión –históricamente superada– de la aplicabilidad del Derecho antitrust europeo a este sector económico. En la actualidad, se advierte la dificultad de distinguir y valorar los posibles efectos procompetitivos o anticompetitivos de acuerdos y prácticas entre aseguradoras (sobre la aplicación del Derecho europeo de la competencia en el sector de los seguros, *vid., ad ex.*, P. BLANCO-MORALES LIMONES/J. CARBONELL PUIG, *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo. Aspectos teóricos y prácticos*, Madrid, 2002, concr. pp. 55-94; E. CAPRIOLI, «Insurance Network: the ECN sectoral group on insurance», *Competition Policy Newsletter*, 2003, 3, p. 60; M. FAURE/R. VAN DER BERGH, «Competition on the European market for liability insurance and efficient accident law», *M.J.*, 9, 3, 2002, pp. 279-306; M. HOLMES/P. LENNON, «European authorities focus on insurance», *Eur.Compet.L.Rev.*, 26, 1, 2005, pp. 11-12; B. KARL, *Auswirkungen des europäischen Wettbewerbsrechts und des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs auf die Leistungserbringung in der Krankenversicherung*, Wien, 2005; I. LUC, «Assurance et concurrence», *Les Petites affiches: La Loi*, n.º 118, 14 juin 2001, pp. 8-20; J. PATRICK, «Complaint against German insurers withdrawn after Commission preliminary investigations did not reveal sufficient threat of foreclosure through tied agents», *Competition Policy Newsletter*, 2004, 1, pp. 32-33; M.ª J. PEÑAS MOYANO, «Acuerdos en materia de seguros», en L. A. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), *Derecho Europeo de la Competencia (Antitrust e intervenciones públicas)*, Valladolid, 2005, pp. 223-257; S. RYAN, «The new insurance block exemption Regulation: a modernised framework for insurance industry», *Competition Policy Newsletter*, 2003, 2, pp. 51-52).

2.º) La empresa o el particular víctima de una conducta anticompetitiva puede optar, en principio, entre un *contencioso objetivo* o *public enforcement* y un *contencioso subjetivo* o *private enforcement*. El primero es el que se desarrolla ante autoridades especializadas en mantener la libre competencia en los mercados (Comisión, autoridades nacionales de competencia). Ésta es

una política pública que responde a un interés general. El segundo es el que se desarrolla ante los tribunales ordinarios con el fin de salvaguardar los intereses de los particulares. La elección depende del resultado que persigue la víctima, de la urgencia de la situación y de los medios de que dispone (*vid., ad ex.*, CH. MOMÈGE, «La situation en droit français», en L. IDOT/C. PRIETO [Dir.], *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: Le règlement n.º 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?*, Bruxelles, 2006, pp. 25-37; PH. WATSON, «La situation au Royaume-Uni», en L. IDOT/C. PRIETO [Dir.], *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: Le règlement n.º 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?*, Bruxelles, 2006, pp. 39-43). En ocasiones, sólo hay procedimiento. Otras veces, hay dos procedimientos paralelos (para solicitar medidas cautelares y ante la autoridad nacional de competencia). A veces, el perjudicado acude, primero, a la autoridad administrativa, para que investigue una conducta anticompetitiva y, después, a los jueces para que fijen una indemnización (las *follow on lawsuits*). Las cuestiones interpuestas ante el TJCE se formularon en el marco de estas últimas.

A diferencia de la práctica europea, en los Estados Unidos es muy frecuente la interposición de acciones, solicitando de los tribunales la indemnización por daños y perjuicios causados por un pacto colusorio. La enorme litigiosidad a este respecto nada tiene que ver con el Derecho antitrust en sí mismo, sino con el régimen norteamericano de la responsabilidad civil (los denominados *treble damages* o indemnización de hasta el triple del daño causado), de la legitimación procesal activa (la *class action* o acción popular en favor de determinadas categorías de personas) y de la asistencia técnica de letrado (el *contingent fee* o pacto de cuota *litis* y la condena al pago íntegro de los honorarios del abogado de la parte vencedora en el proceso).

3.º) La Comisión ha iniciado el procedimiento para lograr, mediante el ejercicio por particulares de acciones indemnizatorias, mayor observancia de las normas comunitarias de competencia (*private enforcement*) (Comisión, *Livre vert, Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 19 diciembre 2005, Documento COM [2005] 672 final) (sobre dicha reforma, *vid., ad ex.*, R. ESTUPIÑÁN CÁCERES, «El resarcimiento de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust: problemática que plantea y posibles soluciones», *Gac.Jur.UE*, n.º 230, 2004, pp. 63-76; D. FASQUELLE/R. MESA, «Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante», *Concurrences*, n.º 1, 2006, pp. 33-37; A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005; W. VAN GERVEN, «Crehan and the way ahead», *Eur.Bus.L.Rev.*, 17, 2, 2006, pp. 269-274; F. HOSEINIAN, «Passing-on damages and Community antitrust policy – an economic background», *World Compet.*, 28, 1, 2005, pp. 3-23; CL. A. JONES, «Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check», *World*

Compet., 27, 1, 2004, pp. 13-24; M. KÖCK, «Die Eignung des deutschen Schadensersatzrechts zur Durchsetzung des Kartellrechts nach der Reform», en M. KÖCK y otros, *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, 2005, pp. 109-145; H. KÖHLER, «Kartellverbot und Schadenersatz», *GRUR*, 2004, pp. 99-103; P. LENNON/M. HOLMES, «Causation – The Route to Damages», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 8, 2004, pp. 475-478; G. V. S. MCCURDY, «The Impact of Modernisation of the EU Competition Law System on the Courts and Private Enforcement of the Competition Laws: A Comparative Perspective», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 8, 2004, pp. 509-517; N. REICH, «The ‘Courage’ doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?», *C.M.L.Rev.*, 42, 1, 2005, pp. 35-66; ID., «Compensation for antitrust injuries under EU law», en *Verbraucherrecht in Deutschland*, 2005, pp. 85-115; J. RIFFAULT-SILK, «Les actions privées en droit de la concurrence: obstacles de procédure et de fond», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 6, 2006, pp. 84-90; I. RODRÍGUEZ DÍAZ, «El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios», *Gac.Jur.UE*, n.º 228, 2003, pp. 32-51; R. SALVADOR ROLDÁN, «La reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo norteamericano?», *Gac.Jur.UE*, n.º 226, 2003, pp. 71-81; K. SCHMIDT, «‘Privatisierung’ des Europakartellrechts. Aufgaben, Verantwortung und Chancen der Privatrechtspraxis nach der VO Nr. 1/2003», *Zeup*, 2004, pp. 881-886; I. SIMIC/N. MONNET, «Les hésitations françaises en matière de recours indemnitaires: le temps fera l’affaire!», *RDAI*, n.º 3, 2006, pp. 385-402; S. WEICHBRODT, «US-amerikanischen Schadenersatzrecht als mögliches Vorbild für das neue kartellrechtliche Schadenersatzrecht, insbesondere ‘punitive damages’», en *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, 2005, pp. 146-161; W. P. J. WILS, «Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?», *World Compet.*, 26, 3, 2003, pp. 473-488; D. WOODS/A. SINCLAIR/D. ASHTON, «Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead», *Competition Policy Newsletter*, 2004, 2, pp. 31-37).

Cabe, pues, preguntarse, en tanto la reforma iniciada fructifica, cuál es el régimen jurídico-comunitario actual de las indemnizaciones de daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia. Para contestar a esta pregunta, resulta obligado formular las siguientes puntualizaciones:

1.^a) El Derecho comunitario rompió su silencio en estas cuestiones con motivo del caso *Courage* (vid., ad ex., A. ANDREANGELI, «‘Courage Ltd v. Crehan’ and the enforcement of Article 81 EC before national courts», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 12, 2004, pp. 758-764; W. VAN GERVEN, «Crehan and the way ahead», *Eur.Bus.L.Rev.*, 17, 2, 2006, pp. 269-274; A. P. KOMNINOS, «New prospects for private enforcement of EC competition law: ‘Courage v.

Crehan' and the Community right to damages», *C.M.L.Rev.*, 39, 3, 2002, pp. 447-487; N. REICH, «The 'Courage' doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?», *C.M.L.Rev.*, 42, 1, 2005, pp. 35-66). En 1990, *Courage*, un fabricante británico de cerveza, y *Grand Metropolitan*, sociedad con distintos intereses en la hostelería y restauración, acordaron fusionar sus establecimientos de bebidas (*pubs*), que ambos daban en arrendamiento. Para ello, transfirieron sus respectivos *pubs* a *Inntrepreneur Estates Ltd*, una sociedad participada a partes iguales por *Courage* y *Grand Metropolitan*. Un acuerdo celebrado entre esta filial común y *Courage* preveía que todos los arrendatarios de la filial debían adquirir su cerveza exclusivamente de *Courage*. Ésta estaba obligada a suministrar las cantidades de cerveza solicitadas a los precios fijados en las tarifas aplicables a los locales arrendados por *Inntrepreneur*.

Inntrepreneur presentaba un contrato tipo de arrendamiento a sus arrendatarios. Sólo la cuantía de la renta podía ser objeto de negociación con el arrendatario potencial. La obligación de compra exclusiva y las restantes cláusulas del contrato no eran negociables.

En 1991, el Sr. Crehan concluyó con *Inntrepreneur* dos contratos de arrendamiento por veinte años que incluían una obligación de compra a favor de *Courage*. El arrendatario del establecimiento debía comprar una determinada cantidad mínima de ciertas cervezas e *Inntrepreneur* se comprometía a conseguir que los tipos de cerveza especificados fueran suministrados por *Courage* al arrendatario a los precios indicados en la lista de precios de esta última.

En 1993, *Courage* interpuso una demanda contra el Sr. Crehan, reclamándole, por impago de los suministros de cerveza, 15.266 libras esterlinas. Por su parte, el Sr. Crehan afirmó que la obligación de compra resultaba contraria al art. 81 TCE y reconvino con el fin de obtener una indemnización por daños y perjuicios. El Sr. Crehan sostuvo que *Courage* vendía su cerveza a los arrendatarios independientes de *pubs* a unos precios sustancialmente más bajos que los que figuraban en la lista de precios aplicados a los arrendatarios de los locales de *Inntrepreneur*, que se hallaban vinculados con ella por una cláusula de exclusividad. Como consecuencia de la diferencia de precios –según el Sr. Crehan–, se reducía la rentabilidad de la actividad de los arrendatarios de establecimientos de bebidas sujetos a una cláusula de esta índole y obligados a poner fin a su actividad.

La *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)* planteó varias cuestiones prejudiciales relacionadas con el art. 81 TCE y otras disposiciones de Derecho comunitario. Según el Derecho inglés, la parte en un acuerdo ilícito no puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios a la otra parte. Por consiguiente, observaba el tribunal británico, aun reconociendo que el arrendamiento celebrado infringiese el art. 81 TCE, la demanda de indemnización por daños y perjuicios al Sr. Crehan sería inadmisibles conforme al Derecho inglés. Una vez que la *Court of Appeal* señaló que el Tribu-

nal Supremo de los Estados Unidos de América declaró, en *Perma Life Mufflers Inc. v. Int'l Parts Corp.* (392 US 134 [1968]), que una de las partes en un acuerdo contrario a las normas sobre la competencia puede presentar una demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la otra parte contratante, cuando se halle en una situación de inferioridad económica, preguntó al Tribunal de Justicia, en esencia, si una parte de un contrato colusorio puede invocar la infracción del art. 81 TCE ante un órgano jurisdiccional nacional para que éste le proteja contra la otra parte contratante y si el Derecho comunitario se opone a una norma de Derecho nacional que niega a una persona el derecho a basarse en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios.

La respuesta del Tribunal de Justicia fue muy matizada:

a) Con carácter general, cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción del art. 81.1 TCE, incluso cuando sea parte de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia con arreglo a dicha disposición.

La *ratio* de esta interpretación no es otra que el hecho de que la plena eficacia del art. 81 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho, si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicitase la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.

b) Con carácter especial, el Tribunal de Justicia puntualiza lo siguiente: un justiciable no puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito, cuando este último haya sido comprobado y tenga una *responsabilidad significativa* en la distorsión de la competencia. Con esta matización restringe la afirmación anterior. Lo decisivo es que quien solicite la indemnización por daños y perjuicios no haya tenido una responsabilidad significativa en la entente. Para determinar si concurre esa responsabilidad significativa, el órgano jurisdiccional nacional competente deberá considerar los siguientes elementos:

a') El *contexto económico y jurídico* en el que se hallan las partes, así como *el poder de negociación y el respectivo comportamiento* de ambas partes en el contrato.

b') En especial, incumbe al citado órgano jurisdiccional examinar si la parte que alega haber sufrido un perjuicio, en razón de la celebración de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, se hallaba en posición de *inferioridad notoria* con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición.

c') En el supuesto de que el contrato forme parte de un *conjunto de contratos similares que producen un efecto acumulativo sobre el juego de la*

competencia, quien contrata con el titular de dicho conjunto de contratos similares puede no tener una responsabilidad significativa en la infracción del art. 81, en particular cuando, de hecho, *los términos del contrato le han sido impuestos* por el titular del conjunto (STJCE 20 septiembre 2001, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, apartados 3 a 7, 11, 13, 17, 24, 26, 29, 31 a 34 y 36).

2.^a) Se reconoce que la infracción de las normas comunitarias sobre competencia puede causar daños y perjuicios y, por consiguiente, originar el deber de indemnizarlos: «... un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad» (STJCE 20 septiembre 2001, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, apartado 27).

3.^a) El Derecho comunitario, sin embargo, no regula los requisitos para la indemnización de tales daños por una empresa por infracción del art. 81 u 82 del Tratado de Roma. Por consiguiente, la fijación del Derecho aplicable por los tribunales a estos supuestos es tarea que corresponde a los respectivos sistemas nacionales de Derecho internacional privado de los Estados miembros.

4.^a) Asimismo, la falta de una normativa comunitaria en esta materia provoca que tenga que ser el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro el competente para designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables (STJCE 20 septiembre 2001, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, apartado 29), siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la de recursos semejantes de naturaleza interna (*principio de equivalencia*) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (*principio de efectividad*) (STJCE 10 julio 1997, *Palmisani*, C-261/95, apartado 27).

5.^a) El Derecho comunitario deja, pues, una amplia libertad a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en esta materia, aunque, no obstante, limitándola con arreglo a *tres ideas básicas* que han sido formuladas por la STJCE 20 septiembre 2001, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, apartados 24, 28 y 36:

a) Una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido del art. 81 TCE, puede invocar la infracción de esta disposición para obtener una protección jurisdiccional (*relief*) contra la otra parte contratante.

b) El art. 81 TCE se opone a una norma de Derecho nacional que prohíbe a una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la

competencia, en el sentido de la citada disposición, solicitar una indemnización por daños y perjuicios como reparación de un perjuicio ocasionado por la ejecución del citado contrato por el mero hecho de que el autor de la solicitud sea parte de éste.

c) Por el contrario, el Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que no permite que quien sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia se base en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando esté acreditado que esta parte tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia.

En el caso *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, el Tribunal consideró, en primer lugar, que una entente puede violar tanto las normas nacionales de defensa de la competencia como el art. 81 TCE, si, habida cuenta de las características del mercado nacional en cuestión, existe un grado suficiente de probabilidad de que dicha entente pueda ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en la venta de las pólizas de este seguro en el Estado miembro de que se trate por parte de empresas establecidas en otros Estados miembros y de que esta influencia no sea insignificante (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 52).

No se trata, como pudiera erróneamente pensarse, de un problema relativo a la localización de la restricción a la competencia. El Tribunal de Justicia ofrece una respuesta a un *problema clásico*: las relaciones entre el Derecho comunitario y las disposiciones sobre libre competencia de las legislaciones de los Estados miembros (A. ADRIÁN ARNAIZ, «Procedimiento de aplicación del Derecho de la competencia [europeo]», en L. A. VELASCO SAN PEDRO [Dir.], *Diccionario de Derecho de la competencia*, Madrid, 2006, pp. 573-579, concr. pp. 574-576; P. ARHEL, «Le cartel de la Lysine: ‘nos concurrents sont nos amis; nos clients sont les ennemis’ (à propos de la décision du Trib. prem. inst. CE, 9 juillet 2003)», *Petites affiches*, vol. 392, n.º 171, 27 août 2003, pp. 4-12; W. DURNER, «Die Unabhängigkeit nationaler Richter im Binnenmarkt: Zu den Loyalitätspflichten nationaler Gerichte gegenüber der EG-Kommission, insbesondere auf dem Gebiet des Kartellrechts», *EuR*, 39, 4, 2004, pp. 547-574; R. ELLGER, «Das Verhältnis der Wettbewerbsregeln des EG-V zu den Gesetzen gegen Wettbewerbsbeschränkungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft – Vom Vorrangsprinzip zur Exklusivitätsregel», en J. BASEDOW *et al.* (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen, 2001, pp. 265-292; C. GAUER/E. PAULIS, «Le règlement n.º 1/2003 et le principe du *ne bis in idem*», *Concurrences*, n.º 1, 2005, pp. 32-40; C. HARDING/A. GIBBS, «Why go to court in Europe? An analysis of cartel appeals 1995-2004», *Eur.L.Rev.*, 2005, pp. 349-369; A. HUCKE, *Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbe-*

werbsrechts in Europa, Baden-Baden, 2001; A. KACZOROWSKA, «The power of a National Competition Authority to disapply national law incompatible with EC law», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 9, 2004, pp. 591-599; R. NAZZINI, «Parallel and sequential proceedings in competition law: an essay on the modes of interaction between Community and national law», *Eur.Bus.L.Rev.*, 16, 2, 2005, pp. 245-273; S. O'KEEFFE, «First among equals: The Commission and the national courts as enforcers of EC competition law», *Eur.L.Rev.*, 26, 2001, pp. 301-311; T. LIEBAU, «*Ne bis in idem* in Europa: zugleich ein Beitrag zum Kartellsanktionenrecht in der EU und zur Anrechnung drittstaatlicher Kartellsanktionen», Wien, 2005; L.F. PACE, «Die Dezentralisierungspolitik im EG-Kartellrecht: Sind Art. 3II, 6 der VO 1/2003 rechtmässig?», *EuZW*, 15, 10, 2004, pp. 301-305; T. SCHUMACHER, «Die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 3 EG: Zulässigkeit von Kfz-Vertriebssystemen ausserhalb der Kfz-GVO», *WuW*, 55, 12, 2005, pp. 1222-1232; E. VERGNANO, «Competenze parallele e ne bis in idem: principi concorrenti nella nuova regolamentazione antitrust», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2005, pp. 1429-1447; J.-P. VIENNOIS, «La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du champ d'application exclusif du droit national», *Rev.trim.dr.com.*, n.º 1, janvier-mars 2002, pp. 1-16; ID., «Rapports entre droit communautaire de la concurrence et droit national: les apports du règlement CE n.º 1/2003 du 16 décembre 2002», *La Semaine juridique entreprise et affaires*, n.º 5, supplément au n.º 48, 27 novembre 2003, pp. 1-6; W. P. J. WILS, «The principle of the ne bis in idem in EC anti-trust enforcement», *World Compet.*, 26, 2, 2003, pp. 131-148). Ésta es una cuestión que ya había sido resuelta por la jurisprudencia comunitaria (*vid., per omnia*, E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2ª ed., München, 2004, pp. 143 y ss.). No obstante, la ambigüedad del art. 3 del Reglamento 1/2003 a este respecto ha propiciado la aparición de diversas tesis interpretativas. Según una de ellas, el legislador comunitario se habría decantado por la *doctrina de la doble barrera* en el caso de los abusos de posición dominante y por la de la *barrera única* en el caso de las ententes. La sentencia objeto de este comentario muestra que no ha sido así y que el Tribunal de Justicia sigue contemplando la posibilidad de que una entente sea sometida tanto a la normativa comunitaria como a la del Estado miembro. Es una lástima que el Tribunal de Justicia no haya aprovechado la ocasión para matizar las relaciones entre tales ordenamientos. Pero, desde el punto de vista procedimental, no podía hacer otra cosa que limitarse a responder a las cuestiones que se le formularon.

Dicho esto, el TJCE recordó que el art. 81.1 TCE produce *efectos directos* en las relaciones entre particulares y crea derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 58). Por consiguiente, cualquier persona puede invocar ante los tribunales la infracción del art. 81 TCE y, en con-

secuencia, hacer valer la nulidad de un acuerdo o una práctica prohibidos por dicho artículo (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 59).

El TJCE sigue, pues, la doctrina de *Courage*: reconoce una legitimación procesal activa amplia en aras de la eficacia del Derecho europeo de la competencia. Dicho con otros términos, implícitamente excluye la *passing-on defence*, tal como ha hecho, en la RFA, la *Siebtte GWB-Novelle* de 2005 (§ 33.3 GWB). Como ha señalado J. DREXL, de haberse admitido la exclusión de la *passing-on defence*, existiría el riesgo de que se rechazase la acción del primer adquirente, so pretexto de que participó en la entente, y de que el usuario final o consumidor no se animase a solicitar una indemnización, habida cuenta de la cuantía mínima de ésta en su caso (*vid.* J. DREXL, «La situation en Allemagne», en L. IDOT/C. PRIETO [Dir.], *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: Le règlement n.º 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?*, Bruxelles, 2006, pp. 141-156, concr. pp. 143 y 145-150).

Por último, el Tribunal consideró que, ante la ausencia de reglamentación comunitaria, corresponde a los Estados miembros hacer frente a varias cuestiones jurídicas:

1.ª) Designar los *órganos jurisdiccionales competentes* y configurar la *regulación procesal* de los recursos destinados a asegurar la salvaguardia de los derechos que los justiciables obtienen del *efecto directo* del Derecho comunitario. Sin embargo, esta regulación no debe ser menos favorable que la que concierne a los recursos semejantes de naturaleza interna (*principio de equivalencia*) y no debe hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el orden jurídico comunitario (*principio de efectividad*) (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartados 62 y 72).

Para comprender el alcance real de esta afirmación, debe recordarse que, hasta entonces, al margen del caso *Courage*, las *contribuciones del Derecho comunitario* han sido las siguientes:

a) Los órganos jurisdiccionales nacionales están habilitados para aplicar los arts. 81 y 82 TCE y las consecuencias civiles derivadas de ellos (STJCE 14 diciembre 1983, *Société de vente de ciments et bétons de l'Est S.A./Kerpen und Kerpen GmbH und Co. K.G.*, 319/82, *Rec.*, p. 4173).

b) El Reglamento (CE) n.º 1/2003 ha confirmado sus atribuciones en esta materia (art. 6). Además, ha previsto la cooperación entre la Comisión y los tribunales nacionales para asegurar la aplicación uniforme del Derecho europeo de la competencia (arts. 15 y 16).

c) El concepto de jurisdicción nacional competente para aplicar los arts. 81 y 82 TCE es esencialmente el mismo empleado para la cuestión prejudicial (art.

234 TCE) (*ad ex.*, STJCE 23 marzo 1982, *Nordsee*, C-102/81, *Rec.*, p. 1095, apartados 10, 12 y 13; STJCE 11 junio 1987, *Pretore di Saló*, 14/86, *Rec.*, p. 2547; STJCE 21 abril 1988, *Pardini/Ministero del Commercio con l'Estero*, 338/85, *Rec.*, p. 2041; STJCE 27 abril 1994, *Almelo y otros*, C-393/92, *Rec.*, p. I-1477; STJCE 27 enero 2005, *Denuit*, C-125/04, apartado 16).

Ninguna concreta el tribunal estatal ante el que reclamar una indemnización por incumplimiento de las normas de competencia, si la situación está conectada a varios Estados.

Convendría distinguir entre *competencia judicial internacional general* y *competencia judicial internacional especial*.

En el primer caso, se trata de saber cuál es la jurisdicción nacional competente en su conjunto para resolver el caso (*ad ex.*, si lo son los tribunales españoles, los franceses o los italianos). La sentencia objeto de este comentario no resuelve esta cuestión, sino que la da por resuelta. Para zanjarla, debería seguirse el siguiente razonamiento (S. POILLOT PERUZZETTO, «Présentation générale», en L. IDOT/C. PRIETO [Dir.], *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: Le règlement n.º 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?*, Bruxelles, 2006, pp. 103-132, concr. pp. 107-112):

1.º) Determinar si se trata de una *relación contractual* (*ad ex.*, litigio entre el fabricante que ha instaurado una red de distribución comercial y un distribuidor integrante de ésta) (S. POILLOT PERUZZETTO). Deberá resolverse una *cuestión de aplicabilidad*: si el Reglamento 44/2001 es aplicable. Será necesario verificar el ámbito de aplicación espacial, temporal, material y personal de dicho Reglamento (*vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7.ª ed., Granada, 2006, pp. 77-87). Afirmada la aplicabilidad del Reglamento 44/2001, surge una *cuestión de aplicación*: cuál es el juez competente según el Reglamento 44/2001. Si existe un acuerdo de elección de foro, será competente el órgano jurisdiccional designado por las partes (arts. 23 y 24 R. 44/2001) (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7.ª ed., Granada, 2006, pp. 99-114) y, en su defecto, el demandante podrá elegir entre el foro del domicilio del demandado (art. 2 R. 44/2001) (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7.ª ed., Granada, 2006, pp. 114-120) y el foro del lugar en el que la obligación que sirva de fundamento a la demanda deba ejecutarse (art. 5.1 R. 44/2001) (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ [Dir.], *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 7.ª ed., Granada, 2006, pp. 337 y ss., concr. pp. 338-343).

En caso de inaplicabilidad del Reglamento 44/2001 o de otro instrumento internacional o comunitario, deberá acudir al Derecho internacional privado de producción interna del Estado miembro.

2.º) Determinar si se trata de una *relación extracontractual* (*ad ex.*, litigio entre el fabricante que ha instaurado una red de distribución selectiva y un distribuidor al que no se le permite integrarse en ella, aunque cumple las condiciones objetivas o aunque se haya admitido a otro en su misma situación) (S. POILLOT PERUZZETTO). Despejada, como antes, la aplicabilidad del Reglamento 44/2001, el demandante podrá elegir, de ordinario, entre el foro del domicilio del demandado (art. 2 R. 44/2001) y el foro del país donde se hubiere producido o hubiere de producirse el hecho dañoso, siempre que el demandado estuviere domiciliado en un Estado miembro (art. 5.3 R. 44/2001) (sobre estas y otras posibilidades, *vid.* M. Eslava Rodríguez, «Obligaciones extracontractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ [Dir.], *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 7.ª ed., Granada, 2006, pp. 535 y ss., *concr.* pp. 535-544).

Si el Reglamento 44/2001 u otro instrumento internacional o comunitario fueran inaplicables, se recurrirá al Derecho internacional privado de producción interna del Estado miembro.

Una vez fijada la competencia de los tribunales de un Estado miembro en su conjunto, la determinación de la *competencia especial* corresponderá al Estado miembro. Es él el que deberá determinar cuál de sus concretos tribunales será competente para conocer del asunto (= se trata de una *competencia interna*, una competencia reservada al Estado miembro). La STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartados 62 y 72, se limita a reconocer dicha facultad, sin más límites que el respeto de los *principios de equivalencia y efectividad*.

2.ª) Determinar el *plazo de prescripción* de la acción de indemnización del perjuicio causado por una entente prohibida por el art. 81 TCE, siempre que se respeten los *principios de equivalencia y efectividad* (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 81).

3.ª) El órgano jurisdiccional nacional debe verificar si una norma nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de la acción de indemnización del perjuicio causado por una entente prohibida por el art. 81 TCE se computa a partir del día en que comienzan el acuerdo o la práctica prohibidos hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio sufrido, en particular cuando dicha norma nacional establece también un *plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse* (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 82).

4.^a) Por lo que respecta a la *extensión de la reparación*, el Tribunal de Justicia consideró que, si en el marco de las acciones similares a las basadas en las normas comunitarias de competencia se pueden conceder indemnizaciones especiales, como son las de carácter disuasorio o punitivo, en estas últimas acciones también deben poder concederse (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 99). Además, las personas que hayan sufrido un perjuicio deben poder solicitar la reparación no sólo del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 100).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo

III. Abuso de posición dominante

Caso N.º 33. Abuso de posición dominante: STJCE 11 julio 2006, As. C-205/03 P, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)/Comisión

NOTA

¿Es la *actividad de compra*, en sí misma, una *actividad económica* a los fines del Derecho antitrust europeo? La STJCE 11 julio 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)/Comisión*, C-205/03 P, ha respondido que no. Más exactamente, ha concluido que, cuando entidades públicas gestoras de un sistema nacional de salud adquieren material sanitario destinado a ser utilizado en un medio hospitalario, no ejercen, por el solo hecho de estas compras, una actividad económica: «... lo que caracteriza al concepto de actividad económica es la acción de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado [...] no procede disociar la actividad de compra de un producto del uso posterior que se dé a éste para apreciar la naturaleza de tal actividad de compra... el carácter económico o no del uso posterior del producto adquirido determina necesariamente la naturaleza de la actividad de compra» (STJCE 11 julio 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria [FENIN]/Comisión*, C-205/03 P, apartados 25 y 26).

Su respuesta tiene interés por varios motivos:

1.º) La Seguridad Social y la sanidad pública son sectores muy importantes de la economía de los Estados miembros de la UE. Marcan la diferencia entre los partidarios del denominado *Estado del bienestar (welfare State)* y quienes recelan de éste. Como sectores económicos, no son, en principio, inmunes al Derecho europeo de la competencia. El problema estriba en

la necesidad de precisar hasta dónde llega éste (*vid., ad ex.*, S. BELHAJ/J.W. VAN DE GRONDEN, «Some room for competition does not make a sickness fund an undertaking: is EC competition law applicable to the health care sector? (Joined cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 AOK)», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 11, 2004, pp. 682-687; ST. BONI/P. MANZINI, «National social legislation and EC antitrust law», *World Compet.*, 24, 2, June 2001, pp. 239-255; G. CHAVRIER, «Établissement public de santé: logique économique et droit de la concurrence», *Revue de droit sanitaire et social*, n.º 2, 2006, pp. 274-287; B.-J. DRIJBER, «Joined cases C-264/01, C-306/01, C-453/01 and C-355/01, 'AOK Bundesverband a.o.', judgment of the Full Court of 16 March 2004», *C.M.L.Rev.*, 42, 2, 2005, pp. 523-533; S. HENNON-MOREAU, «La notion d'entreprise en droit social communautaire», *Droit social*, n.º 11, novembre 2001, pp. 957-966; B. KARL, *Auswirkungen des europäischen Wettbewerbsrechts und des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs auf die Leistungserbringung in der Krankenversicherung*, Wien, 2005; M. KRAJEWSKI, «Festbetragsregelung, Krankenkassen und europäisches Wettbewerbsrecht», *EWS*, 15, 6, 2004, pp. 256-265; M. KRAJEWSKI/M. FARLEY, «Limited competition in national health systems and the application of competition law: the 'AOK Bundesverband' case», *Eur.L.Rev.*, 29, 6, 2004, pp. 842-851; K.W. LANGE, «Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff und staatliches Wirtschaftshandeln in Europa», *WuW*, 52, 10, 2002, pp. 953-961; K.P.E. LASOK, «When is an Undertaking not an Undertaking?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 7, 2004, pp. 383-385; A. NATZ, *Marktregulierung durch Arzneimittelfestbeträge – Gesetzliche Krankenkassen im Lichte des Wettbewerbsrechts der EU und der USA*, Frankfurt am Main, 2005; M. REYSEN/G. BAUER, «Health Insurance and European Competition Law. Anmerkung zu EuGH Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01 (AOK Bundesverband u.a.)», *ZWeR*, 2004, pp. 568-591; A. RINKEN/O. KELLMER, «Kommunale Krankenhäuser als Instrumente sozial-staatlich-kommunaler Daseinsvorsorge im europäischen Verfassungsverbund», *Die Verwaltung*, 39, 1, 2006, pp. 1-28; R. P. SCHENKE, «Die Wettbewerbsposition der gesetzlichen Krankenversicherung im Spiegel des Europarechts», en *Steuerungsinstrumente im Recht der Gesundheitswesens*, vol. 1, *Wettbewerb*, 2005, pp. 77-108; ID., «Der Wettbewerbsgedanke im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung aus Sicht des Verfassungs- und Europarechts – Eine Rechtsprechungsanalyse», *WiVerw.*, 2006, pp. 34-72).

2.º) En concreto, se trataba de dilucidar si la práctica de retrasos sistemáticos en el pago por dichas entidades públicas constituiría un abuso de posición dominante. Dicho con otros términos, si las demoras en los pagos infringirían el art. 82 TCE.

FENIN es una asociación que agrupa la mayoría de las empresas que comercializan material sanitario, en particular instrumentos médicos. Las ventas de éste al Sistema Nacional de Salud en España representaban más del 80% de su volumen de negocios. Según FENIN, el Sistema Nacional de

Salud les pagaba con un retraso medio de trescientos días. El plazo de mora era muy superior al de otros prestadores de servicios. En el origen de este trato discriminatorio, que, según FENIN, constituiría un abuso de posición dominante, estaría su imposibilidad de ejercer presión comercial alguna sobre veintiséis entes públicos (entre ellos, tres Ministerios) encargados de la gestión del Sistema Nacional de Salud en España (STJCE 11 julio 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria [FENIN]/Comisión*, C-205/03 P, apartados 1, 3 y 4).

Ahora bien, el art. 82 *sólo* es aplicable a las *empresas*, con exclusión de cualesquiera otros posibles sujetos. Por esto, era crucial despejar la cuestión de si entidades públicas gestoras de un sistema nacional de salud son, a estos efectos, *empresas* (A. HAFNER, «'United States Postal Service v Flamingo Industries (USA) Ltd': does the USA have the answer to the 'undertaking problem' in Europe?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 26, 7, 2005, pp. 397-402; J.W. VAN DE GRONDEN, «Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 2, 2004, pp. 87-94; V. LOURI, «The FENIN Judgment: The Notion of Undertaking and Purchasing Activity; Case T-319/99, Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental v. Commission», *Leg.Iss.Eur.Integr.*, 2005, 32, 1, pp. 87-98).

La *noción comunitaria de empresa* del Derecho antitrust europeo es común a los arts. 81 y 82 del Tratado (M. DE DOMINICIS, *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2005). De acuerdo con ella, dicha noción comprende toda entidad que ejerce una actividad económica, independientemente del estatuto jurídico de esta entidad y de su modo de financiación (STJCE 23 abril 1991, *Klaus Hoefner y Fritz Elser/Macroton GmbH*, C-41/90, *Rec.*, p. 1979, concur. p. 2016, apartado 21) (En este sentido, también STJCE 17 febrero 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 y C-160/91, *Rec.*, 1993-I, p. 637, apartado 17; STJCE 19 enero 1994, *SAT/Eurocontrol*, C-364/92, *Rec.*, 1994-I, p. 43; STJCE 16 noviembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, C-244/94, *Rec.*, 1995-I, p. 4013, apartado 14; STJCE 11 diciembre 1997, *Job Centre*, «*Job Centre II*», C-55/96, *Rec.*, p. I-7119, apartado 21; STJCE 18 junio 1998, *Comisión/Italia*, C-35/96, *Rec.*, p. I-3851, apartado 36). La noción de *actividad económica* se caracteriza por el hecho de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado (STJCE 16 junio 1987, *Comisión/Italia*, 118/85, *Rec.*, p. 2599, apartado 7; STJCE 18 junio 1998, *Comisión/Italia*, C-35/96, *Rec.*, p. I-3886, apartado 36; STJCE 12 septiembre 2000, *Pavlov y otros*, C-180/98 a C-184/98, *Rec.*, p. I-6451, apartados 74 y 75; C. JENNERT, «Wirtschaftliche Tätigkeit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts», *WuW*, 54, 1, 2004, pp. 37-46; R. O'DONOGHUE/A. JORGE PARDILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford and Por-

tland, 2006, pp. 21-36; O. ODUDU, «The meaning of undertaking within 81 EC», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 7, 2004-2005, pp. 211-241). Por consiguiente, según el TJCE, el hecho de que tales entidades se entreguen a operaciones de compra no les atribuye la condición de empresa a los efectos del Derecho europeo de la competencia. Faltaba, pues, el primer presupuesto para que se les pudiese acusar de abuso de posición dominante.

El *quid* de la cuestión reside, pues, en precisar qué es lo que hay que considerar actividad económica en el sentido de los arts. 81 y 82 del Tratado, dado que estos preceptos únicamente se aplican a comportamientos empresariales. La práctica administrativa y jurisprudencial comunitaria pone de relieve lo siguiente:

1.º) Existe un *concepto amplio y reiterado de actividad económica* por parte de la Comisión y el Tribunal de Justicia.

2.º) Otra cosa es que, para calificar una actividad como económica, se sigan, según los casos, dos vías diferentes. En efecto, unas veces se opera por *exclusión* y, otras, por *comparación* con las actividades del sector privado.

3.º) Conforme al criterio de *exclusión*, reiterada jurisprudencia considera que no son actividades económicas las que se vinculan al ejercicio de prerrogativas características del poder público y las que corresponden al desempeño de funciones de carácter exclusivamente social.

4.º) Dada la claridad, rotundidad y persistencia con que la Comisión y el Tribunal de Justicia han defendido dicha noción comunitaria de empresa, la continuada litigiosidad que genera esta cuestión se explica principalmente por la obstinación de algunos operadores económicos que se revuelven contra la aplicación del Derecho europeo de la competencia a sus actividades.

Así, según reiterada jurisprudencia comunitaria, no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado una actividad que:

1.º) Por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto es ajena a la esfera de los intercambios económicos –caso, *ad ex.*, de los organismos que participan en la gestión del *servicio público de la Seguridad Social* y que desempeñan una función de carácter exclusivamente social basada en el principio de la solidaridad nacional y desprovista de todo ánimo de lucro (STJCE 17 febrero 1993, *Poucet y Pistre*, C-159/91 y C-160/91, *Rec.*, p. I-637, apartados 18 y 19; STJCE 22 enero 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas e Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro [INAIL]*, C-218/00, *Rec.*, p. I-691, apartados 44 a 46) o de los organismos deportivos que establecen normas contra el dopaje y vigilan su cumplimiento con el fin de mantener el espíritu deportivo (el juego limpio) y cuidar la salud de los atletas (STPI 30 septiembre 2004, *David Meca Medina e Igor Majcen/Comisión*, T-313/02, apartados 44, 45, 47 y 48)–;

2.º) O se vincula al ejercicio de *prerrogativas del poder público* –caso, *ad ex.*, del control y la policía del espacio aéreo (STJCE 19 enero 1994, *SAT Fluggesellschaft*, C-364/92, *Rec.*, p. I-43, apartado 30), de la vigilancia anti-contaminación del medio ambiente marítimo (STJCE 18 marzo 1997, *Diego Cali & Figli*, C-343/95, *Rec.*, p. I-1547, apartados 22 y 23) o de la recaudación de impuestos por delegación del Estado (STJCE 11 septiembre 2003, *Altair Chimica SpA y ENEL Distribuzione Spa*, C-207/01, apartado 35)–.

Como ha puesto de relieve la práctica jurisprudencial comunitaria, la proliferación y diversidad en los Estados miembros de la UE tanto de regímenes especiales de sanidad y seguridad social –así como, en general, asistencia médica o cobertura económica en caso de un evento dañoso para la vida o la salud de las personas– como de fondos de pensiones han constituido el supuesto en el que resulta más difícil trazar la línea divisoria entre lo que es actividad social y lo que es actividad económica.

Para calificar, la jurisprudencia ha recurrido, según los casos, al criterio de la obligatoriedad o complementariedad del régimen y al del sistema de financiación empleado (solidaridad o capitalización) (STJCE 17 febrero 1993, *Poucet y Pistre*, C-159/91 y C-160/91, *Rec.*, p. I-637, apartados 15 y 18; STJCE 16 noviembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, C-244/94, *Rec.*, 1995-I, p. 4013, apartados 17 y 22; STJCE 21 septiembre 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, apartados 81 y 84 a 87; STJCE 12 septiembre 2000, *Pavlov y otros*, C-180/98 a C-184/98, *Rec.*, p. I-6451; STJCE 22 enero 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas e Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro [INAIL]*, C-218/00, *Rec.*, p. I-691, apartados 43 a 46).

En alguna ocasión, el empleo de uno u otro de estos criterios hubiera podido conducir a conclusiones opuestas (STJCE 16 marzo 2004, *AOK Bundesverband y otros/Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. y otros*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, apartados 51, 52, 53, 63, 64 y 65).

Lo más frecuente es que sea una sociedad de Derecho privado, pero también puede tratarse de una empresa con un estatuto jurídico-público, de una asociación (Dec. Com. 29 noviembre 1974, *Entente franco-japonaise concernant les roulements à billes*, JO L 343 de 21 diciembre 1974), de una asociación profesional –caso, *ad ex.*, de las sociedades de autores (*ad ex.*, STJCE 21 marzo 1974, *BRT/SABAM*, C-127/73, *Rec.*, p. 313)–, de una cooperativa (Dec. Com. 5 noviembre 1979, *Stremsel*, JO L 51 de 25 febrero 1980 y STJCE 25 marzo 1981, *Stremsel*, C-61/80, *Rec.*, p. 851), de un organismo encargado de la gestión de los regímenes complementarios de jubilación (*ad ex.*, STJCE 16 noviembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurances*, C-244/94, *Rec.*, p. I-4013), de fondos de pensiones (*ad ex.*, STJCE 21 septiembre 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.*, p. I-5751) o, por el contrario, de una persona física, como, *ad ex.*, el inventor o el autor de una obra

de arte (pintor, escritor, cantante...) que comercializan los productos de su ingenio y trabajo, otorgando una licencia de patente (*ad ex.*, Dec. Com. 2 diciembre 1975, *JO L* 6 de 13 enero 1976) o cediendo sus derechos de autor (*ad ex.*, Dec. Com. 26 mayo 1978, *RAI/UNITEL*, *JO L* 157 de 15 junio 1978), o, en general, los profesionales liberales (Dec. Com. 30 junio 1993, *CNSD*, *DO L* 203 de 13 agosto 1993; STPI 30 marzo 2000, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comisión*, T-513/93, apartados 37 y 38), como, *ad ex.*, el médico que ejerce su actividad como un profesional liberal, el agente de aduanas que ofrece, mediante retribución, servicios consistentes en efectuar las formalidades aduaneras, relativas, sobre todo, a la importación, exportación y tránsito de mercancías, así como otros servicios complementarios, como servicios propios del ámbito monetario, comercial y fiscal, o el abogado, que ofrece, a cambio de una retribución, diversos servicios de asistencia jurídica (elaboración de informes, redacción de contratos o de otros actos) así como la representación y la defensa ante los órganos jurisdiccionales y asume los riesgos económicos derivados del ejercicio de dichas actividades.

Las disposiciones del Tratado de Roma en materia de competencia son aplicables a las actividades de un organismo que sean destacables de las que ejerce en tanto que autoridad pública (STJCE 11 julio 1985, *Comisión/Alemania*, 107/84, *Rec.*, p. 2655, apartados 14 y 15; STJCE 24 octubre 2002, *Aéroports de París/Comisión* y *Alpha Flight Services SAS*, C-82/01 P, *Rec.*, p. I-9297, apartados 74, 76 y 77).

Por otra parte, el ánimo de lucro está generalmente presente en la actividad empresarial (N. GAVIANO, «La decisione comunitaria sulle fondazioni bancarie: diritto della concorrenza ed enti non-profit», *Il diritto dell'Unione Europea*, 8, 1, 2003, pp. 89-114), aunque no es indispensable –caso, *ad ex.*, de los fondos de pensiones (STJCE 21 septiembre 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.*, p. I-5751; STJCE 21 septiembre 1999, *Brentjens'*, C-115/97, C-116/97 y C-117/97, *Rec.*, p. I-6025; STJCE 21 septiembre 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV*, C-219/97, *Rec.*, p. I-6121), de los organismos encargados de la gestión de un régimen complementario de jubilación, que es una actividad económica cuando compete con las prestaciones ofrecidas por las compañías de seguros de vida (*ad ex.*, STJCE 16 noviembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurances*, C-244/94, *Rec.*, p. I-4013), y de algunos organismos deportivos que, no obstante, intervienen en el mercado y despliegan una auténtica actividad empresarial en él (Dec. Com. 19 abril 2001, *Reglamento sobre retransmisiones de la UEFA*, *DO L* 171 de 26 junio 2001)–.

En el caso objeto de este comentario, el Tribunal de Justicia excluyó la posibilidad de que se hubiese cometido un abuso de posición dominante. El TJCE pudo seguir *dos vías*:

a) Primera: Apoyarse en la *teoría general del abuso de posición dominante* (art. 82 TCE) (*ad ex.*, D. DIRKSEN, «Artikel 82», en E. LANGEN/H.-J. BUNTE [Hrsg.], *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 10.^a ed., vol. II, München, 2006, pp. 466 y ss.). Sólo puede existir abuso de posición dominante cuando concurren cuatro elementos: la existencia de una empresa (= problema del *Unternehmensbegriff*), que ésta tenga posición dominante en un mercado (= problema de la *beherrschende Stellung*), que abuse de su posición de dominio (= problema del *Missbrauch*) y que afecte al comercio entre los Estados miembros (= problema de la *Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten*). El Tribunal consideró que, faltando el primero de estos elementos, no procedía examinar los otros.

b) Segunda: Apoyarse en la posibilidad de un *régimen especial para los servicios de interés general* (art. 86.2 TCE) (*ad ex.*, C. STADLER, «Artikel 86», en E. LANGEN/H.-J. BUNTE [Hrsg.], *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 10.^a ed., vol. II, München, 2006, pp. 553 y ss.).

El TJCE, en definitiva, siguió la primera de ambas vías. Quizá fuera decisivo que la primera fuese mucho más sencilla que la segunda. Los conceptos comunitarios de *servicio de interés general* y de *servicio económico de interés general* son un avispero de problemas (Comisión, *Libro verde sobre los servicios de interés general*, 21 mayo 2003, COM[2003] 270 final; Comisión, *Libro blanco sobre los servicios de interés general*, 12 mayo 2004, COM[2004] 374 final; C. STADLER, «Artikel 86», en E. LANGEN/H.-J. BUNTE [Hrsg.], *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 10.^a ed., vol. II, München, 2006, pp. 569-574). Era más sencillo negar la posibilidad de que se produjese un abuso (art. 82) que afirmar tal posibilidad para, a continuación, verificar su posible justificación a través del art. 86 del Tratado.

Cuestión distinta es si, desde la perspectiva comunitaria, las empresas que padecen retrasos sistemáticos en los pagos están indefensas ante sus clientes. La respuesta es negativa. Una cosa es que el Derecho europeo de la competencia –en concreto, el art. 82 TCE– no las ampare. Otra diferente es que sí haya otras disposiciones de Derecho comunitario que deban ser invocadas: en efecto, en casos semejantes a los que se encuentran en el origen de la sentencia comentada, cabría referirse a la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 junio 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, *DO L* 200 de 8 agosto 2000, y su transposición al Derecho español por la Ley 3/2004 de 29 diciembre de «medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales».

La precisión es importante, porque la Directiva 2000/35/CE establece un régimen sancionador muy distinto al que procede en el caso del art. 82 TCE:

a) En el caso de que haya abuso de posición dominante, puede haber consecuencias jurídico-administrativas (multas y multas coercitivas) y jurí-

dico-civiles (nulidad, indemnización de daños y perjuicios) (*vid., ad ex.*, D. DIRKSEN, «Artikel 82», en E. LANGEN/H.-J. BUNTE [Hrsg.], *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 10.^a ed., vol. II, München, 2006, pp. 534-537). En el caso de que sólo haya habido morosidad, las consecuencias jurídicas son exclusivamente civiles (indemnización de daños y perjuicios).

b) Incluso el régimen indemnizatorio previsto por la Directiva 2000/35/CE es, en la actualidad, muy distinto al derivado del incumplimiento del art. 82 TCE. Es posible, además, que, en el futuro, de culminarse una reforma legal pendiente, la diferencia entre ambos regímenes indemnizatorios sea aún mayor (sobre dicha reforma, *vid., ad ex.*, R. ESTUPIÑÁN CÁCERES, «El resarcimiento de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust: problemática que plantea y posibles soluciones», *Gac.Jur.UE*, n.º 230, 2004, pp. 63-76; D. FASQUELLE/R. MÉSA, «Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante», *Concurrences*, n.º 1, 2006, pp. 33-37; A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005; F. HOSEINIAN, «Passing-on damages and Community antitrust policy – an economic background», *World Compet.*, 28, 1, 2005, pp. 3-23; CL. A. JONES, «Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check», *World Compet.*, 27, 1, 2004, pp. 13-24; M. KÖCK, «Die Eignung des deutschen Schadensersatzrechts zur Durchsetzung des Kartellrechts nach der Reform», en M. KÖCK y otros, *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, 2005, pp. 109-145; H. KÖHLER, «Kartellverbot und Schadensersatz», *GRUR*, 2004, pp. 99-103; P. LENNON/M. HOLMES, «Causation – The Route to Damages», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 8, 2004, pp. 475-478; G. V. S. MCCURDY, «The Impact of Modernisation of the EU Competition Law System on the Courts and Private Enforcement of the Competition Laws: A Comparative Perspective», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 8, 2004, pp. 509-517; J. RIFFAULT-SILK, «Les actions privées en droit de la concurrence: obstacles de procédure et de fond», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 6, 2006, pp. 84-90; I. RODRÍGUEZ DÍAZ, «El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios», *Gac.Jur.UE*, n.º 228, 2003, pp. 32-51; R. SALVADOR ROLDÁN, «La reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo norteamericano?», *Gac.Jur.UE*, n.º 226, 2003, pp. 71-81; K. SCHMIDT, «'Privatisierung' des Europakartellrechts. Aufgaben, Verantwortung und Chancen der Privatrechtspraxis nach der VO Nr. 1/2003», *Zeup*, 2004, pp. 881-886; S. WEICHBRODT, «US-amerikanischen Schadenersatzrecht als mögliches Vorbild für das neue kartellrechtliche Schadenersatzrecht, insbesondere 'punitive damages'», en *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, 2005, pp. 146-161; W. P. J. WILS, «Should priva-

te antitrust enforcement be encouraged in Europe?», *World Compet.*, 26, 3, 2003, pp. 473-488; D. WOODS/A. SINCLAIR/D. ASHTON, «Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead», *Competition Policy Newsletter*, 2004, 2, pp. 31-37).

Es posible que, sin esta normativa «de recambio» aplicable, la posición del Tribunal de Justicia no hubiera sido tan categórica. Es posible que la jurisprudencia comunitaria haya ganado en seguridad lo que ha perdido de precisión. Siempre le quedará a un sector doctrinal la impresión de que la posible existencia de una empresa o de actividad económica, a efectos del art. 82 TCE, debió contemplarse no sólo desde el punto de vista de la oferta, sino también de la demanda (*vid.* A. SCHEFFLER, «EuGH: Unternehmensbegriff nach EG-Kartellrecht – FENIN/Kommission u.a: Anmerkung», *EuZW*, 17, 19, 2006, pp. 601-603). Quienes creen esto último, sin duda, se sentirán decepcionados por la solución dada al caso FENIN, con el que esperaron que tenues indicios jurisprudenciales se desarrollaran y consolidasen. Se puede recordar, parafraseando a ORTEGA, que de lo que se quiere ser y lo que se creer ser ya va la distancia entre lo trágico y lo cómico. Cabe esperar, pues, que nadie malinterprete la sentencia del TJCE y la confunda con la pretensión de la actora.

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo

IV. Concentraciones

Caso N.º 34. Concentraciones: Dec. Com. 6 octubre 2004, As. COMP/M. 3099- Areva/Urengo

NOTA

La primera cuestión que llama la atención de esta Decisión de la Comisión (DOUE L 61, 2 marzo 2006, p. 11 y ss.) es que se haya adoptado en aplicación del Reglamento (CEE) n.º 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 24 de 29 enero 2004), al menos así se anuncia en su introducción. Sin embargo, en el texto de la Decisión se precisa que la petición de reenvío de la operación por parte de las autoridades de Francia, Suecia y Alemania (Artículo 22) se realizó el 8 y el 26 abril de 2004, por tanto, después de la entrada en vigor del Reglamento 139/2004, el 18 de febrero 2004, pero antes de su aplicabilidad (artículo 26.1). No sólo no era aplicable el nuevo Reglamento 139/2004 sino que, además, éste establece claramente en su artículo 26.3 su irretroactividad, de tal manera que se aplicará a las operaciones de concentración realizadas, o anunciadas con posterioridad a su aplicabilidad, esto es, el 1 de mayo de 2004.

Algunas de las empresas participantes en la operación son empresas públicas; por un lado, Areva, controlada por el Estado francés que adquiere

el control conjunto de Enrichment Technology Company Limited (en adelante ETC) controlada hasta ese momento en exclusiva por Urenco Limited (Reino Unido). La aplicación del Reglamento de concentraciones a las empresas públicas está previsto por el principio de no discriminación entre empresas públicas y privadas (considerando n.º 22 Reglamento 139/2004). Las empresas están controladas por distintas entidades económicas, con un poder de decisión autónomo, el Estado francés por un lado, y Urenco Limited, establecida al amparo del Tratado de Almelo, concluido entre Alemania, los Países Bajos y el Reino Unido, por otro. Por tanto, no hay duda de que la operación supone una concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento de concentraciones.

A pesar de que finalmente la Comisión conoció del asunto, la operación no tiene dimensión comunitaria porque no alcanza los volúmenes de negocios requeridos en el Artículo 1 del Reglamento de concentraciones. De modo que las partes notificaron la operación a las correspondientes autoridades nacionales de la competencia. Mientras que las autoridades del Reino Unido entendieron que la operación no requería ninguna investigación con arreglo a la legislación británica, las autoridades de Francia, Alemania y Suecia hicieron uso de la llamada cláusula holandesa (Artículo 22) y pidieron, conjuntamente, a la Comisión la investigación de la operación. Para la aplicación de esta cláusula se requiere la amenaza de creación o reforzamiento de una posición dominante. Éste era el caso, ya que, con la operación se creaba una relación estructural entre los dos principales proveedores europeos de servicios de enriquecimiento de uranio. La operación, además, produciría efectos sobre el comercio entre Estados miembros porque el mercado geográfico relevante englobaba, al menos, el EEE.

Pero lo más interesante de esta operación es la evaluación que la Comisión realiza de sus preocupaciones con respecto a la competencia en relación con el suministro del uranio enriquecido y los compromisos propuestos por las partes para la definitiva autorización de la operación.

a) En primer lugar, las conexiones estructurales a través de la empresa a riesgo compartido (ETC) permiten que las partes controlen recíprocamente sus decisiones sobre el incremento de la capacidad de producción ya que inicialmente se pactó que el suministro de centrifugadoras a Areva o Urenco exigiría la aprobación unánime del consejo de administración de ETC. Este control puede llevar, con toda probabilidad, al incremento de los precios en la Unión Europea. Además, Areva y Urenco nombran a igual número de miembros del consejo, de tal modo que ambas podrían impedir el aumento de capacidad de la otra. Para despejar las preocupaciones de la Comisión, las partes se comprometen a que tales decisiones no requieran la aprobación del consejo de administración, sino que serán adoptadas por los ejecutivos, si se cumplen tres condiciones: 1) las condiciones no sean más favorables que en el resto de los contratos con Areva o Urenco; 2) los contratos se subordina-

rán a la aprobación de una Comisión mixta o de una instancia reguladora gubernamental y 3) el gasto en capital adicional propuesto no sobrepase los 20 millones.

Los ejecutivos no son miembros del consejo de administración y los auditores independientes de la empresa ETC se comprometen también a informar a la Comisión regularmente sobre el cumplimiento de este compromiso.

b) En segundo lugar, la operación puede facilitar la coordinación tácita de la oferta en la UE por los siguientes factores: 1) la centralización de las decisiones sobre la capacidad en ETC; 2) la relación estructural con ETC y 3) las mayores posibilidades de intercambio de información. En estas condiciones, los competidores o los clientes pueden no ser capaces de contrarrestar la coordinación de la oferta de las dos empresas suministradoras principales porque sus principales competidores no están en condiciones de desestabilizar un acuerdo en común entre las dos partes.

Las partes se comprometen a reforzar las medidas de seguridad entre las matrices y ETC y entre cada una de las partes que consisten en medidas para reducir el flujo de información entre ETC y las sociedades matrices. Así, se dispone, entre otras obligaciones, que Areva y Urenco no tendrán acceso a información comercialmente sensible relativa al grupo ETC o que Areva y Urenco no participarán en las operaciones cotidianas de ETC y que la estructura de gestión de TEC será independiente de las partes. Estos compromisos son, si cabe, soluciones más débiles que las anteriores y, en nuestra opinión, difíciles de controlar a pesar de que la Agencia de Abastecimiento de EURATOM se ha comprometido, a su vez, a comunicar a la Comisión los elementos contractuales referentes a los contratos de enriquecimiento, como los precios y las condiciones de pago. Asimismo, esta agencia se compromete a supervisar la evolución de los precios del uranio enriquecido cobrados por las partes de la operación, y estaría dispuesta a tomar medidas correctoras como incrementar las importaciones de uranio enriquecido no europeo. Estos compromisos disipan las dudas de la Comisión respecto de la competencia sin embargo, aumentan de nuevo su trabajo y la dedicación de recursos materiales y humanos de la instancia comunitaria para el control del cumplimiento de los compromisos adquiridos por las partes.

Natividad Goñi Urriza

Caso N.º 35. Concentraciones: Dec. Com. 18 octubre 2005, As. COMP/M.3894–Unicredito/HVB

NOTA

La fusión de dos entidades bancarias, la italiana Unicredito (UCI) y la alemana HVB, no ofrece dudas sobre su compatibilidad con el mercado

común. Sin embargo, se trata de una operación que trasciende los límites nacionales italiano o alemán (donde en realidad no ofrece ningún problema), al implicar a sus respectivas filiales. Particularmente, la fusión afecta a los mercados bancarios de las Repúblicas Checa y Eslovaca y de Polonia, donde ambas entidades cuentan con filiales. En realidad en las dos primeras Repúblicas, la operación dará lugar a una entidad que quedaría colocada en puestos secundarios en el *ranking* de importancia de las entidades presentes en ambos Estados. Sus cuotas de mercado combinadas no superarían el 15% en ninguno de los dos, excepto para el servicio de depósitos de fondos en la República Checa, que precisa de una matización especial.

A pesar de que la cuota combinada resultante de la fusión, en la República Checa, implica alcanzar una cuota del 50-60% para este segmento de los depósitos de fondos, debe tenerse en cuenta una serie de factores correctores de este dato. El primero, que el número de fondos existentes de este tipo muy limitado (11 mutuales y otros 11 de pensiones en diciembre de 2004), por lo que la porción de mercado puede variar con mucha facilidad, a poco que uno de esos fondos decida cambiar de entidad depositaria. Cuestión que no es difícil, si tenemos en cuenta que no existen obstáculos o barreras significativas, ni legales, ni económicas, ni siquiera prácticas, que eviten ese cambio. Además, existen importantes competidores que proporcionan el servicio de depósito de fondos, tanto entidades bancarias de primera línea, como grupos bancarios bien conocidos, tales como ING, Citibank o Deutsche Bank, que aunque no lleguen a estar presentes significativamente en ese mercado, pueden estarlo a través de sus afiliados. Por lo tanto, las alternativas competitivas son suficientes y, además, fuertes, tras la fusión, para ofrecer este tipo de servicios.

El caso polaco tiene una perspectiva diferente. Para hacerse una idea del panorama bancario de Polonia, debe partirse de la base de que el principal banco polaco, el PKO, tiene participación gubernamental, pero no es el único en esa situación. Además están muy presentes las cooperativas de crédito y otros bancos privados, pero, en su mayoría (8 de cada 10), participados por grupos extranjeros, y bajo su control. La fusión de las dos filiales de UCI y HVB en Polonia, Pekao y BPH respectivamente, supone la agrupación del segundo y tercer banco en el *ranking* nacional, lo que les colocará en situación de liderazgo tanto por el total de activos bancarios, como por el número de sucursales. Además, debe destacarse el bajo nivel de concentración del mercado bancario, en el que los cinco primeros bancos se reparten el 50% de los activos totales.

En cuanto a los mercados afectados, se van repasando los servicios minoristas, llegándose a la conclusión de que, con excepción de los servicios de custodia de cuentas o distribución de fondos mutuales, su cuota no alcanzaría el 30%. Aunque eso supone un incremento, en realidad, no es susceptible de lesionar la competencia, pues se colocarían en segundo lugar, tras la entidad participada por el Estado PKO, y se mantendría la existencia de otros

muchos bancos comerciales y cooperativas de crédito. Sin embargo, los otros dos servicios, el de custodia y distribución de fondos mutuales, superan esos márgenes, y así como el primero no es significativo, por los fuertes competidores con los que cuenta, el de distribución sí precisa de un análisis más detallado. El pionero en estos servicios en Polonia fue la filial de UCI, Pekao, debido a una estrategia temprana de incentivo a los inversores para canalizar sus ahorros hacia este tipo de fondos, frente a otras alternativas como la Deuda Pública o las cuentas de ahorro. Eso hace que en la actualidad su cuota de mercado ascienda al 25-35% de todos los depósitos. También es cierto que el atractivo de estos fondos es cíclico, en función de otros productos de inversión, por ejemplo, el mercado de valores nacional, que tiende a elevarse en detrimento de los fondos, que son premiados con tipos de interés más bajos. Este declive permite afirmar que es un mercado cercano a la saturación. Aunque se unan los clientes de ambas entidades bancarias, se debe valorar también la agresiva política comercial de los demás competidores sobre sus clientes. Por ejemplo, PKO se ha aliado estratégicamente con Credit Suisse para distribuir sus últimos fondos creados. De modo similar sucede con los demás bancos comerciales, participados por bancos extranjeros con suficiente experiencia en la materia. Por lo tanto, en tanto el mercado se amplía, la cuota de mercado de las partes fusionadas tiende a disminuir, pues los fondos existentes van a colocarse entre los clientes de las distintas sucursales, al tiempo que entran fondos extranjeros con otras estrategias de distribución. Por ejemplo, venta directa, intermediada a través de corredores independientes o confiándoselos a bancos especializados en la diversificación de estos productos, por ejemplo Citybank. No parece que la fusión, por tanto, a pesar de la cuota de mercado, pueda impedir el acceso al mercado de rivales o de las principales gestoras de fondos de la Unión Europea, muchas de las cuales tienen un adecuado nivel económico y de prestigio como para obtener el reconocimiento de sus fondos, conservando así el mercado suficiente potencial de crecimiento.

La decisión también da un repaso a los principales servicios bancarios, sin detectar mayores problemas, excepción hecha de la gestión de activos, en estrecha relación con los depósitos anteriores. Se repasan los servicios a empresas o corporativos, el factoring, los servicios de inversión, del mercado financiero, y en ninguno se detecta que el mercado combinado pueda lesionar de algún modo la libre competencia. La gestión de activos, sin embargo, enlaza con la anterior preocupación a nivel minorista, de distribución de fondos.

Es palpable la preferencia del inversor polaco por fondos cuyo referente sean activos nacionales, por lo que su creación y gestión, se ven favorecidos por las fórmulas de distribución a través de sucursales, incentivando a los clientes de servicios minoristas a este tipo de inversión. Pero también es cierto que gozan de una menor capitalización respecto de otros fondos, y que, del 100% de fondos existentes, solo el 80% quedaría bajo la cuota combina-

da. Por esos motivos, no parece que existan razones preocupantes para la competencia.

Se hace referencia, finalmente, a otra circunstancia que parecía preocupante, dentro del mercado interbancario de pagos. Y es que la estructura y composición de la KIR (Cámara de Compensación Nacional polaca para la transferencia de créditos y débitos) está participada por los principales bancos de Polonia. Tras la fusión, la entidad resultante se convertirá en propietaria del 34,44% de ésta. Sin embargo, su representación en el órgano supervisor de la Cámara está condicionada por un sistema de representación de minorías que les impide una posición reforzada en él tras la fusión. En conclusión, la operación no lesiona el juego de la libre competencia en los distintos mercados geográficos y de productos analizados, resultando relevante, en el caso polaco, la significativa presencia de sucursales de todos los bancos y cooperativas de crédito en las principales regiones del país.

Olatz Retortillo Atienza

Caso N.º 36. Concentraciones: Dec. Com. 10 enero 2006, As. COMP/M.4035–Telefónica/O2

NOTA

El papel de las alianzas en los servicios de telecomunicaciones internacionales es trascendental para entender esta Decisión, adoptada en el marco de lo establecido en el apartado 2 del art. 6 del Reglamento 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. La operación arranca con la notificación por parte de la empresa española Telefónica, del lanzamiento de una OPA sobre la totalidad del capital social de la inglesa O2, lo que, al parecer de la Comisión, genera serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común. Esta incompatibilidad queda finalmente suplida mediante la adopción de una de las dos soluciones o remedios propuestos, que consiste en la salida de Telefónica de la alianza Freemove. Para comprender el alcance de la concentración, es preciso analizar, por un lado, la evolución y panorama actual de esos acuerdos o alianzas en el mercado internacional de telecomunicaciones, y, a continuación, comprobar cómo afectan, concretamente, a dos mercados considerados relevantes a nivel internacional: el mayorista de *roaming* (o uso en itinerancia), y el de servicios avanzados integrados paneuropeos de telecomunicaciones móviles para clientes internacionales.

Veamos los antecedentes de las alianzas internacionales existentes. El punto de partida es la internacionalización del tráfico de los servicios de telecomunicaciones, y en consonancia con ello, el desarrollo y mejora de la tecnología que permite dirigir el tráfico en itinerancia internacional hacia redes específicas. Por *mercado mayorista de «roaming» o uso en itinerancia inter-*

nacional, hemos de entender aquel servicio que permite a los operadores de telecomunicaciones móviles, ofrecer a sus clientes que viajen al extranjero la posibilidad de realizar y recibir llamadas con su teléfono móvil. A través de acuerdos, se logra que un operador tenga acceso y capacidad en un país distinto en el que es operativo. Eso conlleva que los usuarios puedan obtener un servicio de telecomunicaciones móviles itinerante integrado, es decir, no limitado al territorio en el que dichos operadores disponen de red. Originariamente, el operador nacional no podía dirigir el tráfico de salida de sus clientes, y se veía obligado a comprar el *roaming* de salida de la red extranjera respectiva, pero, en la actualidad, el tráfico itinerante puede pasar por cualquier red disponible en los operadores de los países en los que se está viajando. Los operadores de red pueden, y de hecho, lo hacen, elegir las redes de tráfico en el extranjero para sus clientes. Uno de esos mecanismos de dirección del tráfico es la utilización de listas preferentes en las tarjetas SIM de los usuarios. Estas listas se utilizan a través de sistemas de comunicación sin cable, tecnología remota *over-the-air* (OTA), y, aunque los usuarios pueden elegir manualmente el operador extranjero que deseen, en la mayoría de los casos aceptan el seleccionado por su operador nacional, por lo que puede afirmarse que existe un grado elevado de dirección del tráfico hacia los operadores deseados por el nacional.

En principio, pues, todos los operadores de red extranjeros son elegibles. Pero no es sólo una cuestión de opción, sino que además tiene trascendencia en el precio. Para proporcionar el servicio de *roaming* internacional, los operadores suelen comprometerse bilateralmente con todos los operadores de otros países, en el marco del acuerdo de la Asociación GSM de Roaming Internacional Standard (STIRA), que proporciona *roaming* al por mayor sobre la base de una tarifa interoperadores (IOT). Esta tarifa es publicada por la Asociación GSM y representa la recaudación que la red visitante deja en la red doméstica por el uso de la red visitada. A pesar de que STIRA establece que se ofrezca la IOT a todos los operadores extranjeros sin discriminación, es normal que los operadores negocien descuentos de esta tarifa que pueden ser incondicionales o en función del volumen de tráfico. De este modo, el operador de red que ha adquirido *roaming* al por mayor, lo que hace es dirigir a sus usuarios hacia el recorrido exterior preferido en cada país extranjero. El precio por minuto, en el mercado mayorista, que un operador doméstico tiene que pagar por el *roaming* internacional en un país extranjero, viene dado en función del tráfico que haya enviado a esa red, habiéndose apreciado significativos descuentos sobre la tarifa IOT.

Generalmente, los acuerdos no suelen ser unidireccionales, sino recíprocos, pactándose la compra mutua del respectivo *roaming* entre los abastecedores, que acostumbran a seguir el esquema de precio y volumen, de modo que los descuentos se aplican a ambas partes, aunque no necesariamente de forma simétrica. Eso exige un flujo mutuo de tráfico importante, por lo que elegir a uno u otro abastecedor es una parte esencial de las negociaciones. Las prefe-

rencias de un operador generan con su elección beneficio en la red extranjera, que, a su vez, se verá recompensada con la recepción de tráfico de vuelta. Esta reciprocidad supone la adquisición de grandes volúmenes de *roaming* entre las respectivas operadoras, y los descuentos sobre IOT también serán apreciables en el tráfico intercambiado. Debe tenerse en mente que el operador doméstico va a dirigir a sus usuarios hacia esa red extranjera que prevé le vaya a ser más rentable combinando precio (descuentos) y tráfico de vuelta.

Y aquí entran en juego las alianzas. Si la evolución tecnológica permite desarrollar y mejorar la dirección del tráfico en redes específicas, la primera reacción, en concreto del principal grupo internacional (Vodafone), fue interiorizar en gran medida este tráfico de *roaming*. Y Vodafone lo hizo a través de la integración vertical, de ahí su huella internacional, comprando al por mayor *roaming* internacional, cada vez más procedente de sus propios afiliados de grupo que de terceros operadores de red. Pero no es el único, pues en fechas recientes se han creado dos alianzas: Starmap y Freemove. Una de las principales metas de esta última era reaccionar ante este nuevo desarrollo, así como interiorizar el tráfico en las redes de los miembros de la alianza, obteniendo los efectos de la integración vertical a través de acuerdos. Otro objetivo era dar respuesta a la demanda de los clientes multinacionales (a los que se refiere el mercado integrado avanzado paneuropeo), que fue también motivación predominante para la creación de Starmap.

En el caso de Freemove, sus cuatro miembros son los más grandes del mercado común, Telefónica Móviles (Telefónica), Orange (France Télécom), TIM (Telecom Italia) y T-Mobile (Deutsche Telekom). La alianza está presente en Alemania, Italia, Reino Unido, Francia, España, Holanda, Austria, Eslovaquia, República Checa, Hungría, Bélgica y Grecia. Sus principales objetivos son éstos: (I) dirigir más tráfico en itinerancia de salida sobre las redes de uno de sus miembros; (II) hacer ofertas combinadas a los clientes multinacionales, y (III) desarrollar la oferta de servicios integrados que permitan la experiencia del «hogar virtual» (*virtual home*), a través del cual el usuario no encuentre diferencia entre usar los servicios de móviles en su país de origen y en el extranjero. Para ello, se conviene que todo el tráfico de salida se dirija a las redes de los miembros.

En el caso Starmap, los operadores cooperantes son más pequeños, y su principal objetivo es realizar ofertas comunes a clientes multinacionales. Entre otros, participa O2, y la extensión geográfica en la que están activos es Austria, República Checa, Dinamarca, Alemania, Hungría, Irlanda, Italia, Noruega, España, Suiza y el Reino Unido.

Por su parte, Vodafone es el operador más grande en la Unión Europea, con presencia directa en doce países, y en otros ocho a través de su participación en acuerdos, que supuso la creación de la red Eurocall.

Además existen otros operadores de redes que no han consolidado acuerdos o alianzas, calificados como independientes, que están presentes en distintos países donde también se encuentran activos Starmap o Freemove.

Tras la fusión, es probable un cambio de alianza por parte de O2, de Star-map a Freemove, incorporación que acarrea dos consecuencias graves: la reducción del número de abastecedores independientes y el consiguiente aumento de los precios, tanto mayoristas como minoristas. En el mercado de costes de los mayoristas, concretamente para los no aliados y para los independientes de Starmap, O2 dejará de ser un abastecedor independiente, y por tanto, quedará fuera de los acuerdos recíprocos previstos. Particularmente, será significativo en el Reino Unido, Irlanda y Alemania, donde el número de abastecedores independientes de este servicio pertenecientes a Starmap se verá reducido (en el primero, de uno a ninguno, y en Irlanda y Alemania, de dos a uno). Así, la demanda de O2 no estará disponible en el futuro para los abastecedores independientes, especialmente los de Starmap, por lo que los miembros de esa alianza se verán obligados a comprar unidireccionalmente, sin reciprocidad, el *roaming* internacional. Eso conllevará el consiguiente incremento de sus costes, particularmente en los países referidos, Reino Unido, Irlanda y Alemania, donde opera. Pero la consecuencia inmediata es que, además, el tráfico de O2 será dirigido, no sobre las redes de los miembros Starmap, sino de Freemove en sus respectivos países. Si recordamos que los precios de *roaming* están sujetos a dos variables, el volumen de tráfico de salida y de retorno, se comprende que si se disparan los de salida y no se compensan con los de retorno, los costes reales se disparan. Automáticamente, los precios repercutidos en el mercado minorista se elevan. Esta preocupación se advierte en Francia, Italia, Holanda, Austria, Eslovaquia, Hungría, Bélgica y Grecia, donde los operadores de estos países que pretendan adquirir el servicio de *roaming* en Irlanda, Reino Unido y Alemania se encontrarían con que, en sus respectivas compras, O2 es miembro de Freemove. En conclusión, la fusión dará lugar al aumento de costes de operadores independientes, y el consecuente aumento de precios minoristas para todos los usuarios de la red independiente de *roaming*. En contrapartida, se verán beneficiados los cuatro grandes de Freemove, quedando sólo Vodafone para competir en pie de igualdad con esta alianza.

En cuanto al otro mercado que se verá afectado por el sistema de alianzas tras la operación, es el *mercado de servicios avanzados integrados paneuropeos de telecomunicaciones móviles para clientes internacionales*. Se trata de un mercado emergente, cuyos destinatarios serían los clientes que se desplazan a otros países por razones profesionales y empresas multinacionales. Este mercado permite a las compañías obtener mejor reparto de los precios, solicitando ofertas y racionalizando el coste de telefonía móvil gracias a la combinación de los distintos sistemas de facturación. Se incluyen servicios de transmisión de mensajes y datos, que permite a los clientes su desplazamiento sin apreciar diferencia en el servicio, e interoperatividad sobre todo en la transferencia de datos. Estos servicios son cada vez más requeridos por los usuarios, y por la mayoría de operadores, lo que se ve confirmado por la aparición de alianzas.

Una de las ventajas de las alianzas está en que permite a las multinacionales utilizar los servicios paneuropeos, combinando por sí solas las diferentes ofertas nacionales (*patchwork services* o «servicios de composición»). En la etapa actual de este mercado emergente, puede decirse que estos *patchwork services* son todavía en cierta medida sustitutos de servicios realmente paneuropeos. Puede esperarse que con el desarrollo e integración del grupo Vodafone en las alianzas, las ofertas integradas paneuropeas puedan ser claramente diferenciadas de los *patchwork services*. Por el momento, las multinacionales no consideran las ofertas de operadores no aliados como alternativas viables a las ofertas de aliados de forma significativa, debido a la provisión de servicios avanzados y la amplia cobertura geográfica.

Eso hace que, de momento, el mercado significativo abarque tanto a las alianzas como a las no-alianzas, pero probablemente perderán su atractivo en el futuro, quedando sólo las alianzas integradoras de redes y Vodafone como los abastecedores de telecomunicación móviles de servicios paneuropeos en este mercado. Y en este contexto, la fusión implica la pérdida de O2 como miembro independiente de Starmap, peligrando así su supervivencia tras la pérdida de su eje central y más importante miembro. A cambio, Freemove se consolidaría más, pues ambas alianzas precisan cubrir la mayor parte del territorio de la Unión Europea para responder a la demanda de las multinacionales, y tras la fusión Starmap perdería al Reino Unido y Alemania, y solo estaría presente en un estado grande de la Unión, Italia.

Con este panorama se presentan dos posibles soluciones o remedios alternativos: por un lado, la no integración de O2 en Freemove y su mantenimiento en Starmap durante un término de dos años; y por otro, que Telefónica salga de Freemove, con el compromiso de no reincorporarse sin el consentimiento de la Comisión, antes de enero de 2011.

La primera opción no es viable, pues mantener a O2 dentro de Starmap implica que las dos partes de la fusión mantengan de modo independiente sus respectivos servicios de *roaming* internacional. Para mantener esta independencia podría crearse un comité de seguimiento de operaciones diarias y estrategias en O2, así como establecer mecanismos de bloqueo para el flujo de la información comercialmente sensible desde O2 hacia Telefónica. La Comisión cree muy difícil que ese comité pueda diferenciar claramente estas actividades dentro del marco estratégico empresarial de *roaming* del grupo. En cuanto al mecanismo de bloqueo, tampoco es suficiente para remediar cualquier flujo de información sensible para O2, pues Telefónica establece en su propuesta dos excepciones por las que sí accedería a esa información: (I) cuando haya de determinar la estrategia general de negocio de *roaming*, y (II) cuando sea preciso para los intereses del gobierno corporativo, u otras obligaciones legales o reglamentarias, incluyendo pleitos y demás conflictos. Ambas excepciones son suficientes para que esta información sensible fluya hacia Telefónica, y que se impida así la independencia de O2. Además, en cuanto a los servicios integrados paneuropeos, manteniendo a O2 en Star-

map y a Telefónica en Freemove, se constituiría y aprobaría un acoplamiento entre las dos alianzas. Ya hay otros vínculos, como es el caso de Amena, adquirida por France Télécom, y de Cesky, adquirida por Telefónica. Sin embargo, O2 es el más importante miembro de Starmap y su eje central, por lo que las preocupaciones son más serias en cuanto al régimen competitivo en este mercado paneuropeo. En conclusión, este primer remedio no despeja las dudas planteadas inicialmente.

El segundo sistema de remedio propuesto es la salida de Telefónica de Freemove y su compromiso de no reincorporarse, sin el consentimiento de la Comisión, antes de enero de 2011. La salida de la alianza se producirá tan pronto como sea posible, y siempre antes de septiembre de 2006. Su posible reingreso está condicionado a la autorización de la Comisión, que podrá darse, particularmente, en respuesta a un cambio en las circunstancias materiales del mercado. Hasta que se formalice y finalice la operación de fusión, Telefónica no asistirá a las reuniones de Freemove sobre los proyectos de *roaming* y no recibirá información al respecto. Eso no impide el cumplimiento de las obligaciones que incumban a Telefónica como consecuencia de acuerdos en los que sea parte o pueda serlo, con cualquier miembro de Freemove. Se logra así que, en cuanto al mercado mayorista de *roaming*, hasta la fecha de la fusión, en Reino Unido, Irlanda y Alemania, el número de abastecedores se mantenga, pues existirá suficiente tráfico de salida asignado fuera de la alianza Freemove, y por tanto, será accesible por los miembros Starmap. Y en cuanto al mercado paneuropeo, se asegura la independencia de los competidores, evitando los acoplamientos entre alianzas mencionados. Más bien se obtendría el efecto contrario, pues aparecería un tercer competidor en este mercado lo suficientemente grande, bien bajo la estela de Starmap, o de cualquier otra fórmula. Por lo tanto, ésta es la solución adoptada por la Comisión, estimar que la operación de fusión es compatible con el mercado común, siempre y cuando Telefónica cumpla la obligación asumida de abandonar Freemove en los términos expuestos.

Olatz Retortillo Atienza

Caso N.º 37. Concentraciones: Dec. Com. 24 enero 2006, As. COMP/M. 3942–Adidas/Reebok

NOTA

En diciembre del 2005, la empresa *Adidas-Salomon AG (Adidas)*, con sede en Alemania, notificó a la Comisión europea su intención de adquirir la totalidad de las acciones de la empresa estadounidense *Reebok International Ltd. (Reebok)*. La fuerte presencia de ambas empresas en determinados sectores de ropa y equipamiento deportivo, fundamentalmente calzado, obligó

al ejecutivo comunitario a examinar el previsible impacto de la operación proyectada sobre las condiciones de competencia de los mercados afectados. Si bien, finalmente, la operación fue autorizada sin condiciones en la primera fase del procedimiento, la decisión reviste interés en cuanto condensa algunos de los factores ponderados en la valoración de la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común y, sobre todo, pone de manifiesto la renovada intención de la Comisión de dotar al análisis de un mayor rigor económico, evitando conclusiones apresuradas tanto sobre la extensión del mercado de referencia (I) como sobre la previsible formación de posiciones de poder de dominio de resultados de la operación (II).

(I) Un primer paso en el análisis de la Comisión lo constituye la delimitación del sector económico en el que han de valorarse los efectos de una concentración, tanto desde una perspectiva material (mercado de producto) como espacial (mercado geográfico). La determinación del mercado de referencia es un elemento de importancia capital en el control de la concentración empresarial, ya que sirve para definir los límites de la competencia entre empresas y para localizar a los competidores reales de las empresas afectadas por la concentración. Esto supone identificar el grupo de productos (bienes o servicios) que rivalizan entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo y el área geográfica en la que las condiciones de competencia para el suministro del producto son lo suficientemente homogéneas y diferentes de las de otras áreas geográficas próximas. Tradicionalmente, en Europa, los mercados se han definido en atención a criterios de sustituibilidad de la demanda, mientras que la respuesta desde el lado de la oferta se ha considerado en una fase posterior del análisis, al valorar la existencia de barreras de entrada y competencia potencial (poder de mercado), sin perjuicio de que, en ocasiones, consideraciones de sustituibilidad de la oferta hayan podido ser ponderadas en la delimitación de mercados. Pese a la importancia que reviste un análisis exacto del sector económico al que cabe circunscribir los efectos de una determinada operación de concentración, la complejidad que éste reviste en la práctica ha determinado que la Comisión sólo defina el mercado de referencia cuando ello es necesario. A menudo —y así, en el caso objeto de examen—, deja abierta la cuestión porque se puede adoptar una decisión de compatibilidad sin tener que llegar a una conclusión definitiva sobre la extensión y los límites del mercado.

En el caso concreto, la Comisión consideró que la operación proyectada era susceptible de desplegar efectos en tres mercados diversos en los que las dos partes implicadas estaban presentes: calzado deportivo, indumentaria deportiva y otro material deportivo y, fundamentalmente, en el primero de ellos, en los que la posición de ambas empresas era especialmente significativa. Ahora bien, la delimitación de este sector resultaba especialmente pro-

blemática ya que se planteaba la necesidad de resolver si existía un único y gran mercado de calzado deportivo (argumento defendido por las partes según consideraciones tanto de sustituibilidad de la demanda como de la oferta) o si, por el contrario, cabía distinguir dos grandes mercados: calzado deportivo utilizado por profesionales del deporte (a su vez, divisible en diversos submercados correspondientes a cada tipo o categoría de deporte) y calzado deportivo utilizado por los consumidores ordinarios. En principio, el ejecutivo comunitario parece orientarse hacia la primera de las opciones, apreciando la existencia de un alto grado de intercambiabilidad entre los distintos modelos de calzado deportivo, principalmente en los casos de adquisición por parte del consumidor ordinario o no profesional. La mayoría de los modelos, con independencia del segmento deportivo al que se adscriban (con la única excepción del fútbol) son adquiridos por una porción significativamente amplia de los consumidores con finalidades puramente estéticas, siendo además percibidos por éstos como razonablemente sustituibles entre sí (por ejemplo, los zapatos de tenis y de atletismo). No obstante, la Comisión no descarta la posibilidad de una evolución futura del sector hacia una segmentación más sofisticada en función de las características técnicas y precios de los productos, de tal forma que el calzado deportivo de alta gama, al estar dirigido prácticamente de forma exclusiva a deportistas profesionales, pueda constituir un mercado diferenciado al de calzado de gama media o baja que da también cabida al consumidor ordinario. En cualquier caso, la Comisión –pese a la importante presencia de las empresas parte en la concentración en el sector del calzado deportivo– no ofrece una delimitación precisa de los mercados, al considerar que ni siquiera partiendo de la definición de mercado más reducida posible podría resultar una obstaculización significativa de la competencia.

(II) En la valoración de los previsibles efectos sobre la competencia de una concentración reviste especial importancia el tipo de operación proyectada, ya que, frente a las concentraciones verticales y conglomerales, cuya potencialidad lesiva es más discutida, las operaciones horizontales (uniones entre empresas que, actual o potencialmente producen bienes sustitutivos) constituyen la manifestación de crecimiento externo empresarial que mayores peligros o riesgos presentan para la competencia. Por una parte pueden aumentar la potencia de las empresas que se concentran, dando lugar a la formación de posiciones de dominio unilaterales en los mercados, pero, además, pueden reducir la intensidad de la competencia en la totalidad del mercado mediante el refuerzo de su carácter oligopolístico y la interdependencia que se deriva de ello.

En la valoración de la previsible formación de posiciones de dominio unilaterales, la Comisión ha venido concediendo una particular importancia a consideraciones de carácter estructural como la cuota de mercado de la entidad resultante de la operación y el grado de concentración de los merca-

dos afectados. Importancia que ha conducido en ocasiones a una identificación casi automática entre cuota de mercado y poder de mercado, susceptible de crítica. El temor fundamental que, desde la óptica de la competencia, suscitan las operaciones de concentración entre empresas, es que éstas puedan conducir a un ejercicio efectivo de poder de mercado, ya sea individual o colectivo, que se traduce en una reducción de la producción con el consiguiente incremento de los precios y perjuicio para los consumidores. Por tanto, es preciso atender a la posibilidad real de que ese ejercicio se lleve a cabo en la práctica, examinando si, en el caso concreto, existen presiones competitivas que ejerzan un efecto disciplinario, como el poder de negociación de la demanda y, principalmente, la capacidad de reacción de los competidores actuales o potenciales.

En el caso concreto, la Comisión realizará este análisis global, en el que lejos de fundamentar su decisión simplemente sobre la base de las cuotas de mercado agregadas de las empresas parte en la operación (que podrían, en algunos sectores, superar el 60 ó 70%) o la naturaleza oligopolística de los mercados afectados (reparto entre un reducido número de empresas globales), pondera una pluralidad de factores que le llevan a descartar, en último término, el riesgo de afectación significativa de la competencia.

La naturaleza dinámica de los mercados considerados –que exige una innovación y adaptación constante a patrones y preferencias muy cambiantes de los consumidores– permite una relativización de la importancia de las cuotas de mercado y de la magnitud de las eventuales barreras de expansión o entrada a los mercados (por ejemplo, los costes en actividad publicitaria), ya que los pequeños competidores pueden ser más rápidos en anticipar o entender una nueva moda (situación claramente ejemplificada con el rápido ascenso de la empresa Puma). Además, la nueva entidad tendría que hacer frente a la posible fuerza contrarrestadora de los competidores en todos los mercados afectados, principalmente, de la omnipresente empresa líder del sector, la estadounidense, Nike. Por último, la diferenciación existente –por razones de imagen y precio– entre los «productos Adidas» y los «productos Reebok» determina en la práctica que cada uno de ellos vaya destinado a un público específico y, por tanto, que no puedan ser considerados sustitutos perfectos, perdiendo fuerza, consiguientemente, la presunción de poder de dominio basada en la existencia de una elevada cuota de mercado.

El riesgo de que la operación condujera a una formación de posición de dominio colectiva fue igualmente descartado por la Comisión. Pese a que la concentración incrementaba la simetría entre las cuotas de las dos principales empresas del sector (Nike y Adidas), las características de los mercados afectados (volatilidad de la demanda, diferenciación entre productos, etc.) permitían excluir el riesgo de futuras conductas de cooperación o colusión tácita entre los agentes económicos partícipes en ellos.

Carmen Herrero Suárez

Caso N.º 38. Concentraciones: Dec. Com. 15 febrero 2006, As. COMP/M.4087–Eiffage/Macquarie/APRR

NOTA

La operación de concentración notificada consistía en la adquisición, por parte de la empresa francesa *Eiffage* y de *MIGIL*, filial del grupo bancario australiano *Macquarie*, del control conjunto de *Autoroutes Paris-Rhin-Rhône* (*APRR*), empresa de autopistas de peaje, recientemente privatizada.

La Comisión consideró, en primer lugar, los eventuales efectos horizontales que podrían derivarse de la operación en los mercados de concesión de autopistas de peaje, transporte en autopista de peaje y servicios accesorios en autopistas de peaje (infraestructuras de telecomunicaciones, *catering*, hoteles, etc.), descartando cualquier riesgo de lesión competitiva, dada la reducida cuota en dichos mercados, tanto de la futura filial común, como de las partes notificantes, así como la ausencia de solapamientos relevantes entre las actividades de cada una de las empresas implicadas en la operación.

Mayor interés revisten los posibles efectos verticales asociados a la concentración. Las concentraciones entre empresas que operan en distintas fases del proceso de producción y distribución de bienes y servicios al mercado pueden provocar efectos restrictivos en la medida en que crean vínculos preferentes entre las empresas integradas, con la consiguiente exclusión de los terceros de una fuente de suministro o de un mercado. Por tanto, el principal peligro en los casos de integración vertical es el eventual cierre de mercados (*foreclosure*) a competidores actuales o potenciales.

En la decisión examinada, los problemas derivaban de la presencia de una de las futuras matrices, *Eiffage*, en el mercado de la construcción de infraestructuras, mercado descendente respecto del de la concesión y explotación de autopistas de peaje en el que opera *APRR*. Como señala expresamente la Comisión Europea, la adquisición de una empresa activa en el sector de la gestión de autopistas por parte de una compañía presente en el campo de la construcción presenta el riesgo potencial de cerrar o excluir de este último mercado a otras empresas dedicadas a la construcción de infraestructuras.

Peligro que, no obstante, podía ser excluido, en el caso concreto, en atención tanto a la escasa cuota de las partes que, incluso partiendo de la delimitación mas estrecha del mercado relevante, no superaría el 20%, como a la improbabilidad de que la otra matriz, *MIGIL*, considerara interesante favorecer a las subsidiarias de *Eiffage* si éstas no ofrecían los planes de construcción más económicos. Estas conclusiones se veían reforzadas gracias a la existencia de determinados compromisos de conducta que habían sido asumidos por las empresas partícipes, siguiendo las directrices o consejos ofrecidos con carácter general, por la autoridad de la competencia francesa en el marco del proceso de privatización de los servicios de autopistas de peaje. Compromisos como la utilización sistemática de procesos de adjudicación

pública en relación con las obras o servicios relacionados con la concesión o la constitución de un «Comité de obras de construcción» integrado por miembros independientes, orientados todos ellos a evitar que *Eiffage* pudiera utilizar sus nuevos vínculos verticales con *APRR* para incrementar de forma anticompetitiva su cuota de mercado.

Carmen Herrero Suárez

Caso N.º 39. Concentraciones: STPI 23 febrero 2006, As. T-282/02, Cementbow/Comisión

NOTA

La Comisión Europea examinó la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración consistente en la transformación de una organización de venta conjunta en una empresa común de plenas funciones (*CVK*) controlada conjuntamente por la empresa alemana *Haniel* y la holandesa *Cementbow*, todas ellas operantes en el sector de materiales de construcción. La principal particularidad de este caso radica en que la concentración no se realiza en un único acto, sino que es fruto de la sucesión de una serie de transacciones interempresariales, en principio y, al menos desde una perspectiva formal, independientes. En primer lugar, la cooperativa *CVK* decide adquirir el control de sus miembros mediante la celebración de un *pooling agreement* –operación que es notificada y autorizada por la autoridad holandesa de defensa de la competencia–. El mismo día en que la operación se lleva a efecto, la empresa alemana *RAG* transfiere sus acciones en tres de las empresas integrantes de la cooperativa a *Haniel* y *Cementbow*, que, además, celebran entre ellas un acuerdo de cooperación regulando los términos y circunstancias de su participación conjunta en *CVK*. La Comisión conoce indirectamente de la existencia de estas operaciones, ya implementadas en la práctica, e informa a las empresas participantes de la necesidad de su notificación. Incoada la segunda fase del procedimiento, el ejecutivo comunitario decide declarar la compatibilidad de la concentración con el mercado común, sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos o condiciones, entre otros la disolución de la empresa común, *CVK*, en un periodo de tiempo prefijado. Decisión que, dada la severidad de los requisitos de autorización establecidos, es recurrida por una de las empresas matrices, *Cementbow*, ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI) de las Comunidades Europeas, que resuelve el 23 de febrero de 2006. Esta sentencia resulta especialmente significativa ya que en ella se ofrece una panorámica sobre las principales fases y aspectos seguidos en el análisis de la valoración de la incidencia competitiva de una operación de dimensión comunitaria. Concretamente, el TPI tiene ocasión de pronunciarse sobre el concepto de concentración utilizado a efectos de aplicación del Reglamento comunitario (I); la

valoración de la existencia de una posición de dominio de resultados de la concentración (II); y, finalmente, las posibles soluciones para remediar los efectos anticompetitivos de una operación de concentración (III).

(I) La calificación de una operación como concentración requiere necesariamente una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes. El nuevo Reglamento sobre control de las concentraciones entre empresas centra la esencia de una concentración en la existencia de un cambio duradero de control, especificando dos formas básicas de concentración empresarial: la fusión económica y la adquisición de control –ya sea individual o conjunto–, dentro de la cual es posible incluir como una subespecie la constitución de una empresa común. En el caso objeto de examen, el control conjunto resultaba de una participación paritaria en acciones que hacía surgir un derecho de veto de cada una de las partes en la adopción de las principales decisiones estratégicas de la empresa sujeta a control, concretamente, en el nombramiento de los sujetos destinados a ocupar los órganos de decisión de CVK.

Igualmente, resulta importante a efectos de perfilar el concepto relevante de concentración la conclusión del TPI sobre la posibilidad de que dos o más transacciones independientes puedan ser consideradas como una única operación a efectos de aplicación del Reglamento comunitario (en el supuesto examinado, la constitución del *pool* y los acuerdos de venta de acciones de RAG). El concepto de concentración utilizado es un concepto económico y extremadamente lato que pretende abarcar todas las operaciones de vinculación entre empresas con efectos similares en la estructura competencial de los mercados. Así, la concentración se define atendiendo a sus resultados económicos y no a los medios jurídicos empleados para llevarla a cabo. A tal efecto, resulta del todo indiferente que la adquisición, directa o indirecta, del control, se haya producido en una, dos o más fases y mediante una, dos o más transacciones, si el resultado final constituye una concentración. A la Comisión compete determinar si transacciones legalmente diferenciadas se encuentran en una situación de interdependencia tal, que pueden ser consideradas unitariamente como elementos integrantes de una operación más compleja. Consiguientemente, una concentración con arreglo al artículo 3 del Reglamento puede resultar de una pluralidad de transacciones formalmente diversas, si se demuestra que son interdependientes en el sentido de que ninguna de ellas se hubiera realizado sin las otras y que el resultado global consiste en conferir a una o más empresas el control económico sobre las actividades de otras empresas. La interdependencia, que ha de ser valorada desde un punto de vista económico y no meramente formal (por ejemplo, no bastaría con que ambas transacciones aparecieran recogidas en un mismo documento) resultaba, en el caso concreto, de la conjunción de diversos factores, como, por ejemplo, del hecho de que ambas transacciones fueron concluidas el mismo día pese a que el *pooling agreement* se notificó nueve

meses antes a la autoridad holandesa de competencia (retraso que no pudo ser suficiente y razonadamente justificado) o del propio reconocimiento de la unidad de las transacciones por una de las empresas parte en la concentración (*Haniel*).

Las consecuencias de la consideración de que dos transacciones formalmente independientes constituyen una única operación de concentración se manifiestan también en la apreciación de la dimensión comunitaria que habrá de ser evaluada respecto del conjunto unitario, con independencia de que las transacciones no reúnan los requisitos de dimensión comunitaria independientemente consideradas.

(II) Entre los factores que han de ser ponderados en la valoración de los efectos inmediatos y directos sobre la competencia de una operación, adquiere una especial relevancia el examen de las cuotas porcentuales del mercado (absolutas y relativas) y del grado de concentración existente en el mercado relevante. Mediante la utilización de estos parámetros de naturaleza estructural, las autoridades competentes pueden formarse un primer juicio sobre la eventual competitividad o anticompetitividad de la operación proyectada. La importancia de estas circunstancias estructurales es puesta de manifiesto en el caso examinado, en el que la Comisión consideró que la operación conduciría a la creación de una posición de dominio de la empresa común en el mercado holandés de materiales de construcción para paredes maestras, apoyándose, entre otros factores, en la elevada cuota de mercado de la entidad resultante de la concentración (60-70%) y en la débil posición de los competidores. Conclusión que es confirmada por el TPI, que señala expresamente que las cuotas de mercado de las partes implicadas en la operación, así como su relación con las cuotas de los competidores, constituyen, en sí mismas, una indicación clara de la existencia de una posición de dominio.

Ahora bien, este juicio ha de ser reforzado introduciendo una perspectiva dinámica en el análisis. No basta con constatar que la concentración conduce a la creación o consolidación de una posición dominante. Es necesario, además, demostrar el carácter estable de ésta, es decir, la posibilidad de que las empresas afectadas mantengan en el futuro la posibilidad de comportarse autónomamente respecto de otros competidores y de los consumidores o clientes. La introducción de este elemento de temporalidad exige examinar la presencia en el mercado de fuerzas capaces de contrarrestar el poder económico de la nueva entidad. Por consiguiente, particular atención ha de ser conferida al poder de negociación de la demanda y, principalmente, a la posibilidad de que los competidores (actuales o potenciales) puedan actuar como instrumento de presión, impidiendo el ejercicio efectivo de ese poder de mercado.

En este sentido, la Comisión examina tanto la fuerza de los competidores actuales de la empresa común, como las posibilidades de la competencia

potencial, descartando su capacidad disciplinaria en ambos supuestos. En el primer caso, en atención a sus reducidas cuotas de mercado y a la presencia de un importante grado de diferenciación entre los productos utilizados en ese sector de la construcción, que determina que un incremento en el precio de uno de ellos no tenga como efecto necesario el desplazamiento de la demanda hacia otros competidores que ofrecen productos diversos, como ocurriría en el caso de bienes perfectamente sustituibles. La posible entrada correctora de nuevos competidores en el mercado ante un eventual incremento de los precios también es cuestionada en atención a los elevados costes de capital que ésta requeriría así como a la existencia de un exceso de capacidad en el mercado relevante que podría actuar como factor disuasorio de la entrada. Es necesario recalcar que, tanto la Comisión como el TPI parten de un concepto muy amplio de barreras de entrada que identifican con «elementos de variada naturaleza, particularmente económica, financiera o comercial, que pueden exponer a potenciales competidores de las empresas establecidas a riesgos y costes lo suficientemente elevados como para impedir –o hacer particularmente difícil– su entrada en el mercado en un plazo de tiempo razonable».

Tampoco se consideró que los clientes de *CVK* (distribuidores de materiales de construcción) poseyeran la fuerza suficiente para contrarrestar posibles actuaciones anticompetitivas de ésta, dada su dispersión y la inexistencia en el mercado de una alternativa creíble de suministro. Finalmente, el ejecutivo comunitario afirmó que la posición de dominio de la empresa común se veía reforzada como consecuencia de la presencia de vínculos estructurales, de naturaleza vertical, con una de las empresas matrices (*Cementbow*) que le permitían, tanto en el nivel de suministro como en el de la distribución de materiales de construcción para paredes maestras, beneficiarse de una capacidad de maniobra apreciablemente más amplia que la de sus competidores.

(III) El régimen de control de la concentración empresarial –frente a otras políticas *antitrust* de naturaleza eminentemente sancionadora– posee un carácter preventivo. El análisis de las concentraciones se lleva a cabo antes de su realización. El cometido de las agencias es aventurar el impacto que tendrá la operación proyectada sobre la estructura competencial de los mercados. Igualmente, la fijación de condiciones o requisitos de aprobación obedece a una anticipación de los posibles efectos correctores o subsanadores de dichas medidas. En el presente asunto, la concentración ya se había efectuado, de ahí que, en principio, cupiera la aplicación del artículo 8.4 del Reglamento que autoriza a la Comisión a tomar las medidas oportunas –incluida la disolución de la fusión o de la enajenación de activos o acciones realizadas– a fin de restablecer el orden concurrencial lesionado. La operación examinada estaba integrada por dos grupos de transacciones interrelacionadas, de ahí que la mera terminación del control conjunto ejercido por

Cementbow y *Haniel* no fuera suficiente para solucionar los peligros sobre la competencia (en cuanto *CVK* continuaría ocupando una posición de dominio en el mercado relevante) y se exigiera la disolución de *CVK* en un periodo prefijado de tiempo. La solución acordada tiene por efecto remover completamente los efectos de la operación, por lo que, desde una perspectiva sustancial, equivaldría a una declaración de su incompatibilidad con el mercado común. Desde una perspectiva formal, no obstante, la decisión adopta la forma de autorización con condiciones, es decir, de reconocer la compatibilidad de la concentración con el mercado común siempre que se cumplan una serie de requisitos, entre ellos, la completa disolución de la empresa común. Ello obedece a que el artículo 8.2 del Reglamento obliga a la Comisión a adoptar una decisión declarando la compatibilidad de la operación con el mercado común si considera que la operación una vez satisfechos los requisitos propuestos por las partes (en este caso, la disolución de *CVK*, muy probablemente sugerida por la propia Comisión) no es susceptible de obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado común o en una parte sustancial de éste.

Carmen Herrero Suárez

Caso N.º 40. Concentraciones: STPI (Sala Tercera), 14 julio 2006, As. T.417/05, Endesa/Comisión

NOTA

El objeto del recurso planteado ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI) por Endesa, S. A. (en adelante Endesa), es la Decisión de la Comisión de 15 de noviembre de 2005, por la cual declara que el anuncio de la Oferta Pública de Adquisición lanzada por Gas Natural SDG, S. A. (en adelante Gas Natural), sobre la totalidad su capital social es una operación de concentración que no posee dimensión comunitaria (Asunto COMP/M.3986-*Gas Natural/Endesa*). Tal declaración determina la competencia de las autoridades españolas para conocer del asunto, y su exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 139/2004, sobre control de las concentraciones entre empresas. Lo cierto es que la resolución del TPI adopta una postura clara de apoyo a los argumentos de la Comisión para negar la dimensión comunitaria, lo que implica un repaso a los criterios cuantitativos y procedimentales utilizados. Aunque los motivos del recurso interpuesto por Endesa son cuatro, con distintos apartados todos ellos, podemos agruparlos en tres: (a) los vicios de procedimiento, entre los que destaca la ausencia de argumentos tajantes en la resolución para negar el criterio de ventanilla única en las solicitudes provenientes de empresas y no de Estados; (b) la utilización en los criterios cuantitativos de las cuentas aprobadas y auditadas con arreglo a los principios contables generalmente aceptados (PCGA), en lugar de

las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC/NIIF); y (c) la no admisión en esos estados contables de terminados ajustes que, a juicio de Endesa, permitirían que su volumen de negocio entrara en los parámetros de la dimensión comunitaria.

(a) El primer aspecto, fundado en *vicios de procedimiento*, tiene distintos apartados. En primer lugar, a la solicitud que Endesa dirige a la Comisión, a fin de que se pronuncie sobre su propia competencia en el asunto, se unieron otras solicitudes, de remisión en este caso, por el cauce previsto en el art. 22 del Reglamento, procedentes de las autoridades portuguesas y, por adhesión, de las italianas. Como la Comisión desestimó en el plazo reglamentario previsto estas últimas, y continuó con la tramitación de la de Endesa, podría entenderse que ya se había prejuzgado su caso con el rechazo sumario de las anteriores. La sentencia recuerda que ese art. 22 del Reglamento, sobre la posibilidad de remitir a la Comisión las operaciones que, sin tener dimensión comunitaria, puedan afectar al comercio entre Estados miembros, va encauzado en el procedimiento establecido en tal precepto, con unos plazos concretos de respuesta de obligado cumplimiento por la Comisión. Por el contrario, la solicitud de Endesa precisa de un análisis más exhaustivo de valoración de la operación y, por lo tanto, no sólo no se está prejuzgando, al resolver las solicitudes de remisión con rapidez, sino que muestra el interés de un examen más a fondo de la cuestión, al no estar consueñida ésta a la necesidad de dar respuesta en el plazo de 10 días, previsto en el art. 22 del Reglamento. Finalmente, y en todo caso, son procedimientos distintos, y el de remisión no admite, como pretendía Endesa, un plazo de suspensión para tratar por vía incidental su causa, pues para ello, teniendo en cuenta que tales plazos producen efectos jurídicos, el motivo de suspensión debería estar previsto expresamente.

La segunda parte de este primer motivo, al hilo de lo anterior, estaría en la ausencia de un procedimiento independiente, debidamente regulado, por el cual dilucidar si una operación tiene o no dimensión comunitaria, con las consecuencias de falta de transparencia y violación del derecho de defensa que ello comporta. Falta de transparencia porque se desconocían los distintos pasos y alegatos de las partes implicadas, así como los documentos remitidos por la Comisión a cada una de ellas, y violación del derecho de defensa, por la confusión y desconocimiento de las reglas del procedimiento seguido. La sentencia del TPI admite la ausencia de un procedimiento específico para la adopción de este tipo de decisiones por la Comisión, y que ésta no informó sobre cuál era el procedimiento que iba a seguir. Esta ausencia de información, no obstante, no cree que haya provocado la violación del derecho de defensa, ni que, por tanto, haya afectado a la legalidad de la Decisión. El desconocimiento de algunos datos o documentos que la Comisión entendió que eran confidenciales no se trasladó a las partes precisamente por ese motivo de confidencialidad, pero tampoco Endesa solicitó su conocimiento o probó su utilidad para su pretensión. De idéntico modo, la argu-

mentación del Servicio de Defensa de la Competencia español no se trasladó porque los escritos intercambiados con las autoridades de los Estados miembros tienen la consideración de documentos internos, a los que las partes no tienen acceso (así resulta de la jurisprudencia, por analogía, sentencia de TPI de 1 de abril de 1993, *BPB Industries y British Gypsum/Comisión*, T-65/89, Rec. P. II-389, apartado 33). Además, y en lo concerniente a estas relaciones entre Comisión y autoridades nacionales, es de recordar el Reglamento (CE) 802/2004, sobre aplicación del Reglamento 139/2004, que limita el derecho de acceso de las partes a tales documentos internos, así como la estrecha colaboración entre ambas autoridades, nacional y comunitaria, lo que implica la remisión de documentos entre ambas.

La tercera parte del motivo incide en el sistema de distribución de competencias en el control de las concentraciones o «ventanilla única», pues Endesa alega que la Comisión no solicitó la suspensión del procedimiento nacional español en tanto se tomaba la decisión correspondiente. El desarrollo de dos procedimientos paralelos, el nacional y el comunitario, es incompatible con el sistema de ventanilla única, siendo de aplicación, por analogía, lo previsto en el art. 22 del Reglamento, que impone la suspensión de los procesos nacionales. La solución adoptada por el Tribunal es la de que no es posible la aplicación, por simple analogía, de las reglas contenidas en ese precepto, que está previsto para solicitudes de Estados miembros, no de empresas, y que, en todo caso, ese defecto sería atribuible al Reino de España, lugar en el que se tramitaba el proceso, y por tanto, debía suspenderse. Sin embargo, la solicitud de un régimen de control único es desestimada por el Tribunal con una argumentación menos tajante. Se limita a recordar que la solicitud de intervención comunitaria procede de la recurrente, Endesa, y no iba acompañada de elementos probatorios sobre la dificultad que podía suponerle mantener dos procesos, o de qué modo tal duplicidad podía condicionar la Decisión comunitaria. Esta respuesta deja sin resolver los motivos por los cuales cuando la solicitud proviene de una empresa, y no de un Estado, desaparecen las ventajas en seguridad jurídica o eficacia, por el ahorro de tiempo y trámites burocráticos, que el sistema de ventanilla única ofrece.

(b) El segundo motivo agrupa diversas argumentaciones en torno a la pretensión de Endesa de que se tomaran como referencia para calcular su volumen de negocios las NIC/NIIF, y no las cuentas auditadas con arreglo a los PCGA. Por un lado, el Reglamento establece unos umbrales cuantitativos que desencadenan el control comunitario, por lo que, a juicio de Endesa, la competencia exclusiva para valorarles y pronunciarse al respecto la tendría la Comisión. Si es la empresa la que debe probar y acreditar la oportunidad de unos u otros criterios contables, Endesa entiende que existe una inversión de la carga de la prueba. El Tribunal clarifica cuál es el procedimiento habitual para determinar el ámbito de control, que arranca de la propia valoración de las empresas afectadas, las cuales han de elegir a qué autoridad notifican la operación, si a la nacional o la comunitaria, en función de

la que consideren competente. Si la Comisión no es notificada, y tampoco lo realizan las autoridades nacionales (en la obligación de colaboración leal con aquélla), siempre cabe la posibilidad de que sea alguna de las partes la que efectúe la denuncia de la operación, sobre la que habrá de pronunciarse necesariamente. Pero eso no implica que la Comisión deba cargar con la prueba de demostrar si es o no competente, sino que el denunciante es el que debe probar la procedencia de su denuncia, que será valorada de forma diligente e imparcial.

Por otro lado, el posible defecto de motivación tampoco es apreciado por el Tribunal, pues la Comisión sí realizó una valoración de la operación denunciada, y razonó debidamente por qué no podían tomarse en consideración las NIC/NIIF elaboradas. En principio, el art. 1 del Reglamento establece el principio general de que el volumen de negocios debe calcularse sobre la base de las cuentas auditadas, y la Comisión sólo puede apartarse de este principio en supuestos excepcionales. Por lo tanto, las diferencias de criterios que ha de abordar el TPI giran en torno a (I) las razones por las cuales debía dar preferencia a las cuentas elaboradas con arreglo a los principios contables generalmente aceptados (PCGA), y (II) la posible existencia de circunstancias excepcionales. Dentro del primer apartado, las reclamaciones de Endesa en este apartado, se centran en (I-i) que no utilizasen las NIC/NIIF como únicas normas contables; (I-ii) que no se reconociese la preponderancia de estas normas; y (I-iii) que los motivos de su rechazo por la Comisión adolecen de errores.

(I-i) Entiende el Tribunal, en apoyo de la Decisión de la Comisión, que Endesa estaba obligada a elaborar sus cuentas consolidadas con arreglo a los PCGA para el ejercicio 2004, debidamente auditadas, como así lo hizo, y son las que, según el Reglamento han de servir para calcular el volumen de negocios. Ahora bien, el Reglamento 707/2004 establece la «conciliación» de las cuentas del ejercicio 2004 con los principios NIIF, para así facilitar el tránsito entre antiguas y nuevas normas, de modo que sea posible la comparación de las cuentas que se presenten en el 2005 (primeras a elaborar con arreglo a estas normas), respecto de las del ejercicio anterior. Estas cuentas «conciliadas» del ejercicio 2004, elaboradas a efectos comparativos, no ofrecen las mismas garantías que las elaboradas con arreglo a los PCGA, pues no están auditadas, y además, podían ser modificadas.

(I-ii) Según la opinión de Endesa, las NIC/NIIF reflejan con mayor exactitud la potencia económica de las empresas, y el Reglamento no se refiere en ningún momento a cuentas auditadas, sino al volumen de negocios real de las empresas afectadas. De hecho, existen Decisiones anteriores de la Comisión (M.705 *Deutsche Telekom/SAP*) en las que aceptó cuentas no auditadas porque presentaban diferencias sustanciales con las auditadas y eran las únicas que reflejaban la dimensión comunitaria de la operación. El TPI, en cambio, no cree que se deba realizar una apreciación general de los méritos de los distintos sistemas contables, menos aún cuando sólo las cuentas

confeccionadas con arreglo a uno de esos sistemas están auditadas, que era además el exigible en aquel momento. Además, para determinar el volumen de negocios, deben utilizarse datos fiables, objetivos y fácilmente identificables, motivo por el que se acude a las cuentas auditadas u otras cuentas definitivas. Entender que las cuentas conciliadas de Endesa, comunicadas a la CNMV, sean consideradas como definitivas, no es posible, pues ella misma afirma en esa comunicación que tales cuentas son estados pro forma, pendientes de su correcta implantación. Finalmente, en los casos en que la Comisión no tomó en consideración cuentas auditadas, la razón era bien distinta a la presente. Se trataba de operaciones comunicadas a primeros de año, en el que las cuentas del ejercicio anterior no estaban aún auditadas, y la opción era elegir las de dos ejercicios anteriores. En este dilema, se opta por las más recientes, aún sin auditar, frente a las más antiguas, que no reflejaban algunos cambios considerables en la actividad económica. En definitiva, que el hecho de imponer las nuevas NIC/NIFF a través del Reglamento 1606/2002, no implica su superioridad técnica frente a otros sistemas, pues la representación fiel de la situación financiera de una empresa era una finalidad ya impuesta por los otros sistemas. Y finalmente que, si se utilizara en este supuesto ese sistema contable no auditado, se crearía una disparidad de trato respecto de todos los demás casos en los que la Decisión de la Comisión se ha basado en cuentas auditadas del ejercicio 2004.

(I-iii) Para reforzar los anteriores argumentos sobre la oportunidad de la utilización de las cuentas conciliadas, Endesa imputa distintos errores de apreciación y de derecho en la Decisión de la Comisión. Manifiesta que, si para el ejercicio 2004, como periodo transitorio, era obligatorio que las empresas cotizadas prepararan cuentas consolidadas y conciliadas, en realidad coexistían dos sistemas contables por imperativo legal. De nuevo el TPI recuerda que la normativa española en vigor en el momento de la OPA establecía únicamente como válidas las cuentas auditadas y aprobadas por los accionistas, por lo que la coexistencia no es tal. Defiende Endesa, de nuevo, el carácter definitivo de sus cuentas conciliadas, pues se elaboraron con arreglo a datos ciertos y definitivos, y el hecho de que aparecieran normas posteriores de adaptación y desarrollo de ese sistema contable no es más que el reflejo del proceso permanente de adaptación que siempre se produce. No obstante, la resolución recuerda que uno de los ajustes contables realizados en las cuentas conciliadas por Endesa, en fecha posterior a la OPA, supuso una alteración importante en sus resultados, y el propio auditor de la empresa manifestó la imposibilidad de pronunciarse sobre los métodos de conciliación empleados. Por lo tanto, no puede pretender que se entiendan como definitivas.

(II) En cuanto a la posible existencia de circunstancias excepcionales, que justificaran la utilización de otras cuentas distintas a las auditadas, Endesa refiere dos: por un lado, la propia coexistencia de dos sistemas contables, y por otro, las particularidades del sector eléctrico en España. Respecto del primero, el TPI reconoce que un cambio normativo contable es un aconteci-

miento importante e infrecuente, pero no excepcional, aunque ese cambio suponga una diferencia muy importante en los ingresos de Endesa, pues esa diferencia es consecuencia de ajustes realizados al margen del sistema contable. Por circunstancias excepcionales debe entenderse aquellos cambios significativos y permanentes que afecten a la realidad económica de las empresas de que se trate, y que en este supuesto no se dan. Tampoco en lo concerniente a la segunda causa, las peculiaridades del mercado eléctrico español, en el que la presencia de un *pool* obligatorio distorsiona, desde el punto de vista financiero, las transacciones. Porque, con independencia del sistema contable utilizado, es posible examinar los ajustes propuestos y que se consideren necesarios.

Eso nos lleva al tercer bloque, que gira en torno a los *ajustes por «pass through»* y *el relativo a los intercambios de gas*. Si estos y otros ajustes propuestos hubieran sido aceptados, la operación tendría dimensión comunitaria, pues el volumen de negocios realizado en España por la afectada quedaría por debajo del umbral de los dos tercios. El primer ajuste, por *pass through* es denegado por la Comisión porque entiende que las empresas distribuidoras de electricidad en España no son meras intermediarias o comisionistas. Endesa defiende lo contrario, pues, a diferencia del sector liberalizado, la retribución de la distribución se determina con carácter previo e independiente a la compraventa de energía. El Real Decreto español 2017/1997, de 26 de diciembre, que regula el procedimiento de liquidación de los costes, establece que la distribuidora recaude la tarifa estipulada, pero conservando sólo la remuneración de su servicio, y el remanente de lo pagado por el usuario es transferido al resto de operadores. Por ese motivo, de los ingresos que figuran en su contabilidad por la obligación de recaudación a sus clientes, debe deducirse los importes que se repercuten a los productores de electricidad y operadores de la red. De este modo, sólo habrían de considerarse los ingresos por el importe de las comisiones que perciben.

El TPI recuerda que el concepto de volumen de negocios que el art. 5 del Reglamento utiliza se refiere a «los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios», por lo que el criterio fundamental está en la venta. Y analizando las operaciones que Endesa realiza con sus clientes, entiende que la relación jurídica que los vincula es un contrato de venta de electricidad, acto mercantil que implica una transmisión de la propiedad. Y esa misma relación jurídica, un contrato de venta, es la que une a Endesa con las productoras de electricidad que se la suministran. Son varios los datos que llevan a esta conclusión. La propiedad de la energía que adquiere Endesa le es transferida desde el momento en que el productor la pone en circulación en su sistema, es decir, entre en las instalaciones de la compradora (art. 41.2 de la Ley española 54/1997). A continuación, lo distribuye y vende al consumidor final, incluyendo una serie de actividades que van más allá del simple suministro de energía, pues utiliza su marca, presta un servicio integral al cliente, que abarca desde las recomendaciones de seguridad, ins-

pección de las instalaciones, lectura de contadores, hasta la facturación y el cobro. Por lo tanto, genera un valor añadido y un flujo de ingresos que están en relación directa con la venta de energía y la cantidad que suministre. No es cierto, a juicio del TPI, que la remuneración de su servicio aparezca tasada, pues la fórmula de retribución establecida va en función de las previsiones de demanda. Cuando adquiere la energía, lo hace al precio de mercado, pero los costes de adquisición se liquidan posteriormente, en función de un precio medio ponderado respecto de las compras realizadas en el periodo a liquidar, y no por el coste efectivamente pagado en el mercado. Por lo tanto, su remuneración real vendrá dada por el nivel de eficacia de la distribuidora en la compra de energía. Finalmente, otro dato relevante es que, en caso de impago por el consumidor final, es la distribuidora quien asume ese riesgo, pues la liquidación de costes se efectúa a partir de los datos de facturación, con independencia de su cobro.

Al rechazar este ajuste, la resolución del TPI no entra a valorar ningún otro, pues sin el de *pass through* no es posible alcanzar las cifras precisas para obtener la dimensión comunitaria. En idéntico sentido se expresó la Decisión de la Comisión, pues al rechazar tanto las cuentas conciliadas como ese ajuste era inútil examinar los demás ajustes propuestos por Endesa.

Olatz Retortillo Atienza

Caso N.º 41. Concentraciones: STPI 23 julio 2006, As. T-464/04, Impalal Comisión

NOTA

Mediante decisión de 19 de julio de 2004 (Asunto IV/M.3333, *Sony/BMG*), la Comisión Europea declaró compatible con el mercado común un proyecto de concentración por el que las empresas *Bertelsmann* y *Sony* aportaban su actividad global de grabaciones musicales (con la excepción de las actividades de *Sony* en Japón) a una futura empresa en participación que actuaría bajo el nombre *Sony BMG* y cuyo objeto social consistiría en el descubrimiento y promoción de artistas, así como en la comercialización y venta subsiguientes de grabaciones musicales. Dado el elevado grado de concentración existente en los distintos mercados del sector, el ejecutivo consideró necesario incoar la segunda fase del procedimiento, a fin de llevar a cabo un análisis más detallado de los eventuales efectos lesivos de la competencia de la operación y, más concretamente, de la posibilidad de que ésta pudiera conducir a la creación —o al refuerzo— de una posición de dominio colectiva en dichos mercados. Posibilidad que fue finalmente descartada —pese a un juicio provisional negativo y a la opinión contraria a la operación de numerosos agentes económicos del sector consultados— al considerar la Comisión que ni existía una posición de dominio preexistente a la operación

de la concentración ni cabía augurar que el efecto de la reducción de cinco a cuatro empresas principales, tras ella, tuviera la suficiente importancia como para que se crease una posición dominante colectiva en los mercados de grabaciones musicales. Esta decisión fue recurrida por *Impala (Independent Music Publishers and Labels Association)*, asociación internacional, con sede en Bruselas, de la que forman parte numerosas productoras independientes y que ya había manifestado sus objeciones a la concentración durante el procedimiento ante la Comisión, reiterando ahora ante el TPI los daños a la competencia que, a su juicio, resultaban de la prevista unión entre *Bertelsmann* y *Sony*, concretamente, refuerzo de una posición de dominio colectiva preexistente en el mercado de grabaciones musicales; creación o refuerzo de una posición de dominio colectiva en el mercado de licencias para música en línea, formación de una posición de dominio unilateral en el mercado de distribución de música en línea y coordinación de las actividades de las partes en el campo de las publicaciones musicales.

El TPI centrará su análisis en uno solo de los peligros identificados: refuerzo o creación de una posición de dominio colectiva en el mercado de grabaciones musicales, criticando, con dureza, el razonamiento seguido por la Comisión (o más bien, su ausencia o superficialidad) y anulando la decisión recurrida. Como ya había ocurrido con otras decisiones del ejecutivo (Asunto T-342/1999, *Airtours v. Comisión*, sentencia del TPI de 6 de junio 2002), el TPI insiste en la necesidad de llevar a cabo análisis sólidos y rigurosos desde una perspectiva económica en la conformación de la política antitrust, principalmente, en el caso del control de la concentración empresarial, en atención a su carácter preventivo que obliga a operar con intuiciones y presunciones sobre los efectos futuros de las conductas. Se va a criticar especialmente la determinación y análisis efectuados sobre los caracteres del mercado relevante, así como sobre su influencia en la valoración de la peligrosidad desde un punto de vista competitivo de la operación notificada.

El eje, tanto de la sentencia como de la decisión recurrida, lo constituye una figura o categoría propia de las normas comunitarias, la posición dominante colectiva, sobre cuyo alcance y requisitos vuelven a pronunciarse las autoridades europeas de competencia. Si bien, tradicionalmente, el ejecutivo comunitario se ha caracterizado por ser mucho más impulsivo que las autoridades judiciales, en la apreciación de eventuales modificaciones estructurales lesivas de la competencia como consecuencia de una concentración, que son deducidas con relativa facilidad (*Airtours, cit.*), en esta ocasión será el TPI el que recele sobre la pretendida inocuidad de la concentración mantenida por la Comisión, defendiendo tanto la preexistencia como el posible refuerzo de una posición dominante conjunta de resultados de la operación.

Con el término posición dominante colectiva o conjunta se hace referencia en el Derecho europeo de la competencia a un tipo cualificado de oligopolio, concretamente a aquellas estructuras oligopolísticas que posibilitan, de forma sostenible, la adopción de conductas paralelas o coordinadas entre

sus miembros (oligopolio colusorio). Es posible que el efecto de una concentración sea la formación de una posición dominante colectiva que impida significativamente el desarrollo de una competencia efectiva, pero, siempre que, en atención a las características actuales de los mercados afectados y a las modificaciones estructurales que surgirían como resultado de la concentración, cada miembro del oligopolio dominante considerara posible, económicamente racional y, por tanto, preferible, adoptar una política duradera común con la finalidad de vender a precios supracompetitivos, sin tener que concluir un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 del Tratado, y sin que sea posible una reacción adversa efectiva de competidores actuales o potenciales o de clientes o consumidores. En el caso de las posiciones dominantes colectivas, la cuestión que se plantea, por tanto, no es la simple creación de un oligopolio, sino la creación de un oligopolio en un mercado cuyas especiales características permiten aventurar que a los distintos agentes económicos intervinientes en él les es más rentable coludir que competir. Para que esto sea posible es necesario que se satisfagan los tres requisitos o condiciones puestos de manifiesto por la teoría económica.

En primer lugar, que los caracteres del mercado, principalmente, el grado de transparencia existente en ellos, posibilite a cada miembro del oligopolio la vigilancia de la conducta de los restantes miembros en el mercado. Las empresas coordinadas han de estar en posición de verificar adecuadamente el cumplimiento de la coordinación, es decir, deben poder comprobar si una empresa del grupo no cumple las condiciones establecidas a fin de adoptar las represalias oportunas.

La apreciación de una posición dominante colectiva exige que esta política común sea duradera, es decir, que no existan incentivos para alguna de las partes de abandonarla lo que evidencia la necesidad de instrumentos de castigo frente a los posibles infractores de la política común, es decir, que existan mecanismos que no hagan provechosos los desvíos del esquema común. Estos mecanismos de disuasión permiten anular, ante el temor de futuras represalias, la tentación de las empresas de desviarse de los términos del acuerdo. Además, la previsible conducta de competidores o consumidores no ha de impedir que se produzcan los resultados buscados con la política común. Estos dos últimos requisitos ponen de manifiesto la necesidad de que la Comisión en su valoración de la competitividad de una operación utilice una perspectiva dinámica, que tenga en cuenta las posibilidades de que la adopción de conductas paralelas constituya una estrategia viable en el futuro, de ahí la importancia que cobran en la apreciación de una posición dominante colectiva, la prueba de la existencia tanto de mecanismos de disuasión creíbles, como de elevadas barreras de entrada.

En el caso objeto de examen, uno de los principales problemas que se planteaban era, precisamente, la posibilidad de que la operación proyectada pudiera conducir a un refuerzo –o, en su caso, a la creación– de una posición de dominio colectiva o conjunta entre las principales empresas activas en el

mercado de grabaciones musicales. En principio, los mercados reunían las características propicias para hacer surgir conductas de paralelismo entre sus miembros. En primer lugar, un elevado grado de concentración, de tal modo que las cinco principales empresas del sector representaban, dependiendo del país, entre el 72 y el 93% del mercado. Empresas que además se caracterizaban por una presencia global, un elevado grado de integración vertical, gran capacidad financiera y una vasta y diversificada cartera de artistas contratados y títulos significativos. Es más, el examen de la evolución de los precios en los últimos diez años ponía de manifiesto, pese a la constatación de importantes fluctuaciones en la demanda, una tendencia a la estabilidad y a la alineación entre las principales empresas (tanto de los precios netos como brutos). La Comisión, pese a estas manifestaciones indirectas de actuación coordinada o paralela, va a rechazar la existencia de una posición de dominio colectiva previa a la concentración, utilizando para ello un análisis centrado en examinar directamente la presencia en los mercados de los tres requisitos inherentes al concepto de posición de dominio colectiva, y que le lleva a rechazar tanto que éstos posean un grado de transparencia suficiente como para permitir el control de la adhesión a las condiciones coordinadas, como la posibilidad de recurrir a mecanismos creíbles de disuasión. Conclusión que refuerza en atención a la heterogeneidad existente, al menos desde un punto de vista sustancial, entre los productos objeto del mercado (grabaciones musicales) que, supuestamente, determina la fijación de los precios de los álbumes de forma individualizada, dificultando, consiguientemente, las posibilidades de llegar a un acuerdo en los términos de la coordinación.

La razonabilidad y solidez de estas tres afirmaciones serán sometidas, sin éxito, a la revisión crítica del TPI. Por lo que al primer aspecto se refiere, el TPI consideró que el examen de los mercados relevantes había puesto de manifiesto la presencia de una serie de factores que facilitaban a las empresas el acceso a la información sobre las políticas de precios de sus competidoras: número reducido de puntos de fijación de precios, publicación periódica de catálogos de las principales empresas en los que se incluían las listas de precios de sus productos, etc. Transparencia en los mercados cuya presencia, además, podía ser indirectamente deducida de la efectiva constatación de políticas de precios paralelas, y que no podía ser cuestionada –como defendía la Comisión– simplemente, por la presencia de variaciones poco significativas en las políticas de descuentos aplicadas por las principales empresas. Tampoco la pretendida trascendencia de las diferencias sustanciales entre las distintas grabaciones fue considerada relevante. Pese a esta heterogeneidad en cuanto a los contenidos, el análisis de los mercados permitía constatar, en primer lugar, una estandarización en la fijación de los precios de los distintos álbumes y, en segundo lugar, que, generalmente, las empresas consideraban irrelevante la adscripción de la grabación a un género o tipo de álbum determinado a la hora de articular sus políticas de descuentos o acordar sus márgenes de rentabilidad. Finalmente, el argumento de los mecanismos de disuasión también fue recha-

zado. La Comisión partió de un planteamiento equivocado, ya que se limitó a afirmar que no existían indicios de que en el pasado las empresas hubieran acudido a algún instrumento de disuasión o represalia, cuando el juicio debería haber estado orientado a valorar si en el mercado existían esos mecanismos, que podrían hacerse efectivos en el supuesto de futuras desviaciones, como, por ejemplo, la negativa a la inclusión (o la retirada) de los productos del disidente en las compilaciones musicales.

También las conclusiones de la Comisión sobre la posibilidad, una vez rechazada la preexistencia de una posición de dominio colectiva, de que la operación condujera a la creación de ésta en el mercado relevante, serán severamente criticadas por el TPI. En efecto, el ejecutivo comunitario se limitó, en un análisis escueto y superficial sobre la base de los factores precedentes, a afirmar que no era esperable que la reducción del número de las principales empresas de cinco a cuatro como consecuencia de la operación, ocasionara cambios significativos en las condiciones de competencia de los mercados afectados, obviando, injustificadamente, la realización del análisis prospectivo esencial a la valoración de la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración todavía no realizada.

La resolución de los riesgos competitivos asociados a estructuras de mercado oligopolísticas es una cuestión especialmente compleja dentro del Derecho de la competencia. En este campo, las normas sobre control de las concentraciones entre empresas cumplen una importante función de carácter preventivo, en cuanto específicamente orientadas a prevenir la formación o el refuerzo de este tipo de estructuras de mercado. Ahora bien, la articulación de una política sólida y coherente frente a los peligros de los oligopolios exige análisis serios que, partiendo de las principales aportaciones de la teoría económica en este campo, permitan distinguir entre operaciones procompetitivas y neutrales, que han de ser autorizadas, y concentraciones potencialmente peligrosas para la competencia, cuya realización debe ser impedida. Rigor que ha de ser exigible, por tanto, no sólo para condenar una operación sino también para autorizarla.

Carmen Herrero Suárez

V. Libre acceso al mercado

Caso N.º 42. Libre acceso al mercado: STPI (Sala Quinta) 7 junio 2006, Ass. T-213/01 y T-214/01, Österreichische Postsparkasse AG y Bank für Arbeit und Wirtschaft AG/Comisión

NOTA

La sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia trae causa del recurso de anulación interpuesto por *Österreichische Postsparkasse AG* y

Bank für Arbeit und Wirtschaft AG (en adelante las demandantes) contra las decisiones del Consejero auditor en virtud de las cuales, frente a la opinión de aquéllas, se acuerda transmitir las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos relativos al procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE en relación con la aplicación de tarifas bancarias (COMP/36.71- *Österreichische Banken*). Los hechos que dieron lugar al litigio son los siguientes:

El *Freiheitliche Partei Österreichs* (en adelante FPÖ), un partido político austriaco, transmitió a la Comisión cierta documentación solicitando que incoase un procedimiento de investigación contra ocho bancos austriacos para determinar la existencia de infracción conforme a los artículos 81 y 82 TCE. Esta solicitud se fundamentaba en la misión que, como partido político, le incumbía en orden a velar por el libre acceso al mercado y una competencia sin restricciones. Pero además, tras las indicaciones de la Comisión, alega la existencia de un interés legítimo que se concreta en el perjuicio económico que, como participante en operaciones bancarias, le deriva de las prácticas denunciadas. Iniciado el procedimiento, los bancos afectados transmiten a la Comisión una exposición de hechos y una documentación acreditativa de éstos, y solicitan su tratamiento confidencial. En un primer pliego de cargos la Comisión reprocha a las demandantes la celebración de acuerdos contrarios a las normas de la competencia y, posteriormente, les comunica su intención de transmitir dicho pliego a FPÖ, a lo que se oponen las partes solicitando, con carácter subsidiario, la supresión de algunos datos.

Tras la fase de audiencia, en la que FPÖ no participa, la Comisión notifica un pliego de cargos complementario y, tras una segunda audiencia, FPÖ reitera la solicitud inicial añadiendo que su intervención en este momento del procedimiento se justificaba porque no le habían sido notificadas las audiencias celebradas y no se le habían transmitido, como acordó la Comisión, los pliegos de cargos. Circunstancias que supondrían su exclusión del procedimiento y, por tanto, la vulneración de sus derechos a ser oído y a participar en el procedimiento. El consejero auditor comunica a las demandantes la solicitud de FPÖ así como su intención de responder favorablemente a ella. De nuevo las demandantes se oponen a la transmisión y subsidiariamente solicitan la supresión de determinados datos, a lo que el consejero auditor accede en los términos de las listas de pasajes (listas 1 y 2), desestimando otros aspectos y dando la opción a las partes de pronunciarse al respecto. De nuevo ambas entidades reiteran su oposición a la transmisión, pero sólo la demandante en el asunto T-213/01, en relación con las listas elaboradas, alega que el primer pliego de cargos debía ser anónimo mientras que el segundo, al margen de lo propuesto en la lista 2 por el consejero, no contenía secretos comerciales. Finalmente, mediante las decisiones de fecha 25 de junio y 9 de agosto de 2001, el consejero auditor decide la transmisión a FPÖ de las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos para que se pronuncie en el procedimiento COMP/36.571 Bancos austriacos, dando a las demandantes el plazo de una semana para comunicar su intención de inter-

poner recurso y presentar una demanda de medidas provisionales. Interpuestas estas últimas, fueron desestimadas mediante autos de 20 de diciembre de 2001. La sentencia que analizamos resuelve el recurso de anulación contra las decisiones referidas.

Básicamente, los motivos en los que se fundamentan los recursos interpuestos se centran en dos aspectos: la consideración de FPÖ como solicitante que invoca un interés legítimo, de un lado; y, de otro, en íntima conexión con éste, la legalidad de la transmisión a éste de la versión no confidencial de los pliegos de cargos. Por su parte, la Comisión cuestiona la admisibilidad del recurso por falta de objeto, de efectos jurídicos del acto impugnado y por su carácter extemporáneo; y se opone a las alegaciones efectuadas por las partes.

Por cuestionar la propia admisibilidad del recurso de anulación interpuesto, nuestro análisis debe comenzar por las alegaciones presentadas por la Comisión. En su opinión, dado que los pliegos de cargos han sido transmitidos, el recurso ha quedado sin objeto. Pero, además, los actos impugnados carecen de efectos jurídicos para las partes. En ellos se reconoce la condición de solicitante al FPÖ y, en consecuencia, con base en el artículo 7 del Reglamento 2842/98 se le transmiten las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos. El reconocimiento es un acto de trámite no susceptible de recurso salvo el interpuesto contra la decisión definitiva que apreciase la infracción de las normas de la competencia. Y la transmisión de la información es una aplicación directa del precepto citado, por lo que impugnarla supone no impugnar una decisión sino el precepto que contempla este derecho.

El Tribunal desestima las alegaciones expuestas. De un lado, siguiendo la jurisprudencia del TJCE, afirma que el hecho de que la transmisión de los pliegos se haya realizado no priva de objeto al recurso pues la posible anulación de la decisión puede tener consecuencias sobre las demandantes al evitar la repetición de la práctica por parte de la Comisión y calificar de ilegal la utilización de la información irregularmente comunicados (STJCE de 24 de septiembre de 1986, Akzo CEIME BV y Akzo CEIME UK Ltd, c. Comisión, as. 56/85, cdo. 21). De otra parte, centrándose en los efectos jurídicos del acto impugnado, rechaza las alegaciones de la Comisión considerando que la admisibilidad del recurso contra las decisiones impugnadas se fundamenta en que son decisiones que ponen fin a un procedimiento especial, desarrollado en el marco del procedimiento general de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE. Se trata de actos impugnables porque afectan a la situación jurídica de las partes desde el momento en que a través de ellas se resuelve acerca de la transmisión al FPÖ de los pliegos de cargos sobre la base de la Decisión 2001/462 relativa al mandato de los consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia y, consecuentemente, resuelven previamente sobre su condición de solicitante titular de un interés legítimo. Tienen, por tanto, efectos jurídicos para las partes y es el recurso

interpuesto el único modo que tienen de impedir la referida transmisión o, en su caso, de declarar ilegal la utilización de la información transmitida. Y son las decisiones impugnadas, y no otras medidas intermedias las que deben ser objeto del recurso, porque en ellas la Comisión adopta definitivamente su posición (STJCE de 24 de septiembre de 1986, Akzo CEIME BV y Akzo CEIME UK Ltd, c. Comisión, as. 56/85).

Por lo que a las alegaciones de las demandantes se refiere, en ellas cabe distinguir varios aspectos. En primer lugar, el relativo a la consideración del FPÖ como solicitante titular de un interés legítimo en los términos de los artículos 3.2 del Reglamento 17 y 6 del Reglamento 2842/98. En su opinión, no existe relación de causalidad entre la solicitud presentada por el FPÖ y la incoación del procedimiento por la Comisión. Este último se incoa de oficio y la solicitud del FPÖ se formula después de iniciado el procedimiento. A partir de estos datos, considerando que no planteó denuncia formal sino una mera transmisión informal de datos acerca de una infracción, y de la distinción prevista en la normativa vigente en relación con las posibles calificaciones de terceros interesados, en opinión de las demandantes, el FPÖ únicamente podría ser considerado, en su caso, como un tercero con interés suficiente. En segundo lugar, y de forma consecuente con este razonamiento, no pudiendo ser considerado como denunciante con interés legítimo, dado que éste no ha sido acreditado, no goza del derecho a recibir una versión no confidencial de los pliegos de cargos.

Tanto el Reglamento 17 como el Reglamento 2842/98, atendiendo al grado de afectación del comportamiento contrario a las normas de la competencia, distinguen entre los solicitantes que acrediten un interés legítimo, aquellos terceros que acrediten un interés suficiente y, por último, «otros terceros». En función de esta calificación, que se justifica en el perjuicio económico causado, la intervención en el procedimiento y los derechos que le son reconocidos resultan modulados. La cuestión debatida se centra, a partir de estas consideraciones, en la posibilidad de considerar al FPÖ, en tanto que cliente de servicios bancarios y por tanto perjudicado por la presunta práctica colusoria, como tercero con interés legítimo en el sentido del artículo 3.2 del Reglamento 17. Ello conllevaría, en opinión de las demandantes, una ampliación excesiva del concepto de interés legítimo que legitimaría la intervención de cualquier consumidor en los procedimientos por infracción de los artículos 81 y 82 TCE. Sin embargo, el Tribunal, considerando que las normas de la competencia tienen como finalidad última aumentar el bienestar del consumidor y que inciden directamente sobre los intereses económicos de los clientes finales de bienes y servicios, reconoce a aquellos clientes que aleguen un perjuicio económico como consecuencia de prácticas colusorias la existencia de un interés legítimo en que la Comisión constatare la existencia de una infracción de las normas de la competencia. Se admite, por tanto, un concepto amplio de interés legítimo en el marco del artículo 3.2 del Reglamento 17, sin que implique el reconocimiento de dicho interés a cualquier

persona física o jurídica, cliente final, exigiéndose para ello acreditar que la conducta denunciada le causa perjuicio económico.

En íntima conexión con la consideración del FPÖ como denunciante a los efectos del artículo 3 del Reglamento 17 se encuentra el segundo aspecto que señalábamos como eje central del recurso de anulación interpuesto por las demandantes, la oposición a la transmisión del pliego de cargos. La ilegalidad alegada por las demandantes respecto de la transmisión viene determinada, en su opinión, por la ausencia del interés legítimo exigido. Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto en el párrafo que antecede, acreditado el perjuicio económico que se deriva para FPÖ de la práctica colusoria, la alegación de las entidades debe ser desestimada. Confirmada su condición de solicitante con interés legítimo, la transmisión del pliego de cargos se configura en el artículo 7 del Reglamento 2842/98, como una obligación de la Comisión y un derecho del solicitante. En segundo lugar, la oposición, por las demandantes a la transmisión del pliego de cargos se fundamenta, subsidiariamente, en que la información contenida debe ser considerada como secreto comercial y, por tanto, goza de un tratamiento confidencial. Además añaden los perjuicios que se derivarían para ellas de que tal información sea utilizada por FPÖ para otros fines distintos a los del procedimiento abierto.

De un lado, en cuanto al tratamiento confidencial de la información aportada por las demandantes, debe señalarse que, de acuerdo con lo expuesto, se transmiten las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos que habían sido trasladadas a las partes para que realizaran sus alegaciones al respecto, y sólo la demandante en el asunto T-213/01, en relación con las listas elaboradas, alega que el primer pliego de cargos debía ser anónimo mientras que el segundo, al margen de lo propuesto en la lista 2 por el consejero, no contenía secretos comerciales. En segundo lugar, en cuanto a la utilización de la información con fines distintos para los que se solicita, ciertamente, el artículo 20 del Reglamento 17 establece, entre las garantías para las empresas implicadas en el procedimiento, que la información facilitada por ellas no pueda ser utilizada nada más que en el marco del procedimiento y, en ningún caso, para fines distintos a éste. La Comisión hizo expresamente esta advertencia al FPÖ, garantizando así a las empresas implicadas, sin que pueda limitar o restringir el derecho del solicitante con interés legítimo a recibir el pliego de cargos previsto en el artículo 7 del Reglamento 2842/98, basándose en meras sospechas. Y, de otra parte, los hechos que acontecen con posterioridad a la decisión, como los que según las alegaciones de las partes realizó el FPÖ con la información recibida, no pueden afectar a la validez de la decisión adoptada con anterioridad a ellos (SSTJCE de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p.3369, cdo. 16; y de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. p. 3137, cdo. 49).

Mercedes Sabido Rodríguez

Fe de erratas

En la página 300 del vol. 54/1 Enero-Junio 2006, donde dice:

«Caso N.º 4. Ententes: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de abril de 2004, Tokai carbón Co. Ltd y otros/Comisión de las Comunidades Europeas As. T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 y T-252/02»,

debería decir:

«Caso N.º 4. Ententes: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia 15 junio 2005, Graphites spéciaux, As. T-71/03, T-74/03, T-87/03 y T-91/03».

Doctrina de los juzgados de lo mercantil en sede concursal

Fernando Gómez Martín

Auditor y Censor Jurado de cuentas
Profesor de Derecho concursal de la Universidad de Deusto
Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias
Económicas y Financieras

Recibido: 21.06.06
Aceptado: 10.10.06

Resumen: Durante cerca de dos años, transcurridos desde la introducción del nuevo concurso de acreedores, el 1 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, se han planteado numerosas dudas interpretativas, algunas resueltas por los Juzgados de lo Mercantil, aunque pendientes de revisión por Tribunales Superiores, sin que conozca aún la doctrina de las Audiencias Provinciales. He intentado concretar algunas cuestiones, particularmente concernientes a la administración concursal, y las opiniones de un sector de la doctrina científica y de los Congresos de Derecho Mercantil, así como las Resoluciones disponibles de dichos Juzgados especializados, que presento en la web <<http://www.fgm.net/>>, para quienes deseen consultar sus textos íntegros.

Palabras clave: Ley 22/2003. Derecho concursal. Juzgados de lo mercantil.

Abstract: *During the passed two years, since the introduction of the new «winding-up» legal framework, when the Law 22/2003 (July the 9th), Concursal, took effect the 1st of September 2004, many interpretation doubts have arised. Some of those doubts were happily solved by the Commerce Courts, although most of them are yet pending from revision by Superior Courts. About the previously mentioned doubts, we neather know the doctrine and reaction of the Provincial Courts (second instance in Spain). I have tried to concrete some questions, in particular, concerning the Administrator (Administración Concursal), and the opinions of part of the scientific doctrine and the Congresses about Commerce Law, as well as the available Resolutions of these specialized Courts, that I present/display in the Web Site <<http://www.fgm.net/>>, for those who wish to consult the complete texts.*

Key words: *Winding-up. Commerce law. Commercial Courts.*

Sumario: 1. Presupuestos.—2. Solicitud. 2.1. Legitimación. 2.2. Solicitud de concurso de la herencia. 2.3. Solicitud de concurso de varios deudores conjuntamente.—3. Efectos de la declaración de concurso. 3.1. Acumulación de concursos. 3.2. Conservación o venta de la masa activa. 3.3. Continuidad o cese de actividades. 3.3.1. Pago de créditos contra la masa. 3.4. Formulación de cuentas anuales. 3.5. Acciones de responsabilidad y medidas cautelares contra administradores, liquidadores, etc. 3.6. Prohibición de iniciación de nuevos juicios declarativos. 3.7. Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes.

3.8. Prohibición de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, y de seguirse apremios administrativos o tributarios. 3.8.1. Acción directa ex artículo 1597 del Código Civil. 3.8.1.1. Nuevo concurso de acreedores. 3.8.1.1.1. Masa pasiva. 3.8.1.1.1.1. Créditos concursales. 3.8.1.1.1.2. Clasificación de créditos. 3.8.1.1.2. Masa activa. 3.8.1.2. Recapitulación. 3.9. No compensación. 3.10. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas y resolución por incumplimiento. 3.11. Contratos de trabajo. 3.12. Acumulación de juicios de desahucio. 3.13. Ejercicio de acciones rescisorias de actos perjudiciales para la masa activa.—4. Informe de la administración concursal. 4.1. Comunicación de créditos. 4.2. Plazo para la presentación del informe de la administración concursal. 4.3. Ausencia de documentos para informar. 4.4. Masa activa. 4.4.1. Inventario. 4.4.1.1. Saldos deudores de la Hacienda Pública. 4.4.1.2. Gravámenes, trabas y cargas. 4.5. Masa pasiva. 4.5.1. Fecha de referencia de la lista de acreedores. 4.5.2. Contenido de la lista de acreedores. 4.5.2.1. Retribución de los administradores concursales. 4.5.2.2. Periodificación de créditos por retenciones de IRPF y para la TGSS. 4.5.2.3. Periodificación del IVA. 4.5.2.4. Facturas rectificativas del IVA. 4.5.2.5. Créditos sometidos a condición resolutoria o suspensiva. 4.5.2.5.1. Crédito bancario por efectos descontados. 4.5.3. Clasificación de créditos. 4.5.3.1. Clasificación de créditos afianzados. 4.5.3.2. Clasificación de los salarios de tramitación, posteriores a la declaración de concurso, de las pagas extraordinarias. 4.5.3.3. Clasificación del crédito tributario y de la Tesorería General de la Seguridad Social. 4.5.3.3.1. Privilegio general ex art. 91.4. 4.5.3.3.2. Recargos. 4.5.3.3.3. Clasificación del crédito tributario, caso de convenio concursal. 4.5.3.4. Clasificación de los créditos por trabajo personal no dependiente. 4.5.3.5. Privilegio especial del instante del concurso necesario. 4.5.3.6. Leasing y Renting. 4.5.3.6.1. Suspensión y clasificación de intereses. 4.5.3.7. Créditos comunicados tardíamente. 4.6. Formulación de cuentas anuales por la administración concursal. 4.7. Presentación de informe de la administración concursal. 4.8. Impugnación del inventario y de la lista de acreedores. 4.8.1. Impugnación de créditos contra la masa. 4.8.2. Demandas incidentales de impugnación.

Desde el 1 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, hasta el 31 de diciembre de 2005, se han declarado en España 1006 concursos de acreedores¹. Cataluña ha sido la Comunidad Autónoma con más concursos en segundo lugar, la Comunidad de Madrid y en tercera posición, el País Vasco. Durante el primer trimestre de 2006², el número de concursos publicados en el Boletín Oficial del Estado ascendió a 263 frente a los 192 que se produjeron en el mismo período de 2005.

¹ *Boletín del Registro de Economistas Forenses*, n.º 205, de 19 de enero de 2005.

² *El Confidencial.com*, 27.04.2006.

La media anual de procedimientos de suspensiones de pagos y quiebras admitidos y declarados, durante la década 1994-2003, fue de 967, y en el año 2003 ascendió a 1.012³; éstos datos permiten deducir que el nuevo procedimiento concursal no ha influido en un aumento de las insolvencias declaradas. Indirectamente, puede considerarse que la profunda reforma concursal, según la exposición de motivos de la ley concursal, pese a su unidad legal (un solo texto que regula aspectos materiales y procesales), de disciplina (igual tratamiento de las situaciones concursales de todos los deudores, con independencia de su carácter o condición civil o mercantil) y de sistema (único proceso), y a la flexibilidad del nuevo procedimiento concursal, no ha calado aún en la cultura empresarial, pues el empresario no utiliza esta herramienta de gestión para intentar la solución de dificultades económico-financieras, quizá por el estigma que conlleva la obligada publicidad judicial.

Esta valoración se confirma con los datos obtenidos en naciones de nuestro entorno. Así, respecto del año 2000, las declaraciones judiciales de insolvencia⁴ fueron del orden de 35.000 en Alemania, 60.000 en Francia, 15.000 en Italia, y 45.000 en el Reino Unido, aunque no sean datos homogéneos por tratarse de legislaciones que regulan procedimientos concursales de saneamiento (Alemania), de reorganización (USA y RU), de acuerdo amistoso (Francia), o de reconversión (Italia). En el año 2004, 33.200 empresas se declararon insolventes en Estados Unidos, según un estudio de Seguros de Créditos Euler Hermes⁵.

Durante los dos años transcurridos, desde la vigencia del nuevo concurso de acreedores, se han planteado numerosas dudas interpretativas de la referida Ley, que han sido resueltas por los Juzgados de lo Mercantil, algunas pendientes de revisión por Tribunales Superiores, sin que conozca aún la doctrina de las Audiencias Provinciales. La anterior mención a los Juzgados de lo Mercantil proporciona la ocasión para el reconocimiento a los Magistrados correspondientes, por el gran esfuerzo profesional que vienen realizando, con una carga de asuntos desproporcionada a los medios personales y materiales que disponen, así como por el alto nivel de especialización jurídica de sus resoluciones. En general, la valoración del nuevo concurso de acreedores es positiva⁶.

En las notas que siguen, trataré de concretar algunas de las dudas a que me refería, particularmente concernientes a la administración concursal⁷, y

³ Instituto Nacional de Estadística.

⁴ Research of Entrepreneurial Environment by Creditreform Economic Research Unit.

⁵ *Expansión*, 1 de junio de 2005.

⁶ FERNÁNDEZ PELAZ, M., *El Diario Vasco*, 15 de diciembre de 2004; GARCÍA-VILLARRUBIA, M., *Cinco Días*, 01/09/2005; AGÜERA MARÍN, B., «La Ley concursal cumple dos años», *Técnica Económica*, n.º 175, pp. 57-63, Colegio Central de Titulados Mercantiles de Madrid.

⁷ GÓMEZ MARTÍN, F., *Administración Concursal*, Valencia, Ed. CISS, 2004.

las opiniones de un sector de la doctrina científica y de los Congresos de Derecho Mercantil, celebrados por los Jueces Especialistas, en Valencia, los días 9 y 10 de diciembre de 2004 y 1 y 2 de diciembre de 2005, así como las Resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil disponibles, aunque dada su extensión he preferido «guardar» y ofrecerlas en la web <<http://www.fgm.net/>>, para quienes deseen consultar sus textos íntegros. Dicho exceso de paginación aconseja diferir la materia relativa al convenio y a la liquidación, así como el tratamiento de la calificación, para su posterior publicación, si la Dirección de la Revista lo tiene a bien.

1. Presupuestos

Sobre el presupuesto subjetivo (art. 1), es posible la declaración de concurso de sociedades irregulares, así como de Agrupaciones de Interés Económico⁸: «Se entendió que es posible la declaración de concurso de la sociedad mercantil irregular, sin perjuicio de que la aplicación a la misma de las normas de la sociedad colectiva (artículo 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) imponga la extensión a los socios de la responsabilidad por las deudas de la sociedad (artículo 48.5 de la Ley Concursal, en relación con el artículo 237 del Código de Comercio), lo que quedaría confirmado por la previsión del art. 24.3 de la Ley Concursal en relación al art. 322 del Reglamento del Registro Mercantil. Asimismo se entendió posible la declaración de concurso de las Agrupaciones de Interés Económico reguladas por la Ley 12/1991, de 29 abril 1991, dado que las mismas sí tienen personalidad jurídica conforme resulta del art. 1 de dicha ley, y pueden por tanto ser declaradas en concurso, como resulta corroborado por el art. 18.10-3 y 20 de dicha ley, en la redacción dada por la Disposición Final 25 de la Ley Concursal».

Se reconoce el presupuesto objetivo (art. 2) en caso de insolvencia del deudor común, y define la insolvencia actual como el estado en que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones, y la inminente⁹, como el estado del deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. El incumplimiento regular parece referirse a la imposibilidad de hacerlo con los recursos normales (ingresos habituales del tráfico negocial), sin acudir a recursos extraordinarios (enajenación o gravamen de bienes o derechos no dedicados a dicho tráfico), y el incumplimiento puntual puede relacionarse con la previsión de no poder atender las obligaciones a su vencimiento, sean exigibles o contingentes.

⁸ CONCLUSIONES DEL PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, celebrado en Valencia los días 9 y 10 de diciembre de 2004.

⁹ El Juzgado de Primera Instancia n.º 10 (Mercantil) de Santander, por Auto de fecha 7 de diciembre de 2004, declara un concurso voluntario por insolvencia inminente.

Aunque no he encontrado en la Ley regulación expresa, conviene recordar que un deudor sólo podrá ser declarado en concurso si se acredita la existencia de pluralidad de acreedores¹⁰, pues si hubiese un solo acreedor procedería la ejecución singular.

2. Solicitud

A la solicitud de declaración de concurso se dedican los arts. 5 (deber de solicitar el concurso voluntario); 6 (requisitos de la demanda de concurso voluntario); y 7 (declaración de concurso necesario).

Se dispone el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario, dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, que se presume cuando han transcurrido los plazos señalados en el mencionado art. 2.4.4.º (art. 5), como destaca la exposición de motivos: «El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste».

2.1. Legitimación

Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores, así como los herederos de la herencia, sus acreedores y su administrador judicial (art. 3), con las excepciones previstas en las Disposiciones finales decimoctava¹¹ y vigesimoséptima¹² de la Ley.

En las conclusiones del primer encuentro de la especialidad mercantil, celebrado en Valencia, los días 9 y 10 de diciembre de 2004, se aborda la legitimación de los órganos de administración de las sociedades mercantiles para solicitar la declaración de concurso y, en particular, si en las SRL es preceptivo el acuerdo de la Junta de socios.

2.2. Solicitud de concurso de la herencia

El art. 3.4 legitima para solicitar la declaración de concurso de la herencia a los acreedores del deudor fallecido (necesario), a los herederos del finado y al administrador de la herencia (voluntario), y en este apartado se exi-

¹⁰ Se menciona este requisito en el Auto, de fecha 3 de diciembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao.

¹¹ Reforma de la Ley del Mercado de Valores. Se modifica el art. 76 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

¹² Reforma de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Se modifica el art. 37 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

ge al instante que los datos de la memoria se refieran al causante, como resulta evidente, pues se trata del deudor.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha 21 de julio de 2005, resuelve sobre legitimación de la sindicatura de la quiebra para solicitar la declaración de concurso de la herencia, así como otras cuestiones de interés.

2.3. *Solicitud de concurso de varios deudores conjuntamente*

El concurso voluntario se inicia a solicitud del deudor, según dispone el art. 6¹³. Sin embargo, parece que la Ley concursal no contempla la solicitud de concurso conjunto de varias personas (acumulación subjetiva de acciones).

Creo que no se ha solucionado del todo la problemática del tratamiento concursal de personas vinculadas, excepto cuando se pruebe la responsabilidad patrimonial entre ellas y respecto de la acumulación de procesos, es decir, sigue sin concretarse la acumulación subjetiva de acciones o solicitud conjunta de concurso voluntario de varios deudores, aunque se pruebe su vinculación patrimonial (sociedades sin personalidad jurídica, grupos de empresas, etc.), como se observa en las conclusiones primer encuentro de la especialidad mercantil, celebrado en Valencia, los días 9 y 10 de diciembre de 2004.

Sin embargo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, de 15 noviembre de 2004, en el Fundamento de Derecho segundo, se inclina por una interpretación integradora del artículo 25 y el 3.5 de la Ley que permitiera la solicitud conjunta de concursos de empresas de un mismo grupo y su tramitación coordinada, al objeto de que por los mismos administradores concursales se asuman las responsabilidades de ambos concursos, en el sentido de realizar el informe de las sociedades afectadas y realizar las funciones propias de la administración en ambos concursos, atendiendo a las circunstancias del grupo y a los intereses que pudieran corresponder a los acreedores de cada una de las entidades concursadas.

De igual modo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz, de fecha 11 de marzo de 2005, en el Fundamento de Derecho segundo, considera que no existe razón para rechazar la declaración conjunta de concurso de las dos sociedades, siendo la primera titular de todo el capital de la segunda, y no mediando problemas competenciales.

También, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Cádiz, en Auto de fecha 7 de abril de 2006, resuelve la cuestión que se plantea, respecto de la que no hay unanimidad entre los Jueces de lo Mercantil, y radica en determinar si el

¹³ El Juzgado de lo Mercantil de Santander, por Auto de fecha 13 de diciembre de 2004, inadmite la solicitud de concurso voluntario, por falta de aportación de la documentación establecida en el artículo 6 de la Ley Concursal.

art. 3.5 LC puede extenderse a supuestos de concurso voluntario, es decir, si se considera admisible la posibilidad de que el deudor pueda solicitar la declaración de concurso, en este caso, de varias sociedades del mismo grupo. La Ley concursal no contempla esta posibilidad en el art. 3.5, pero tampoco la prohíbe, debiendo tenerse en cuenta razones prácticas y de economía, ya que de inadmitirse la solicitud, deberían tramitarse los concursos por separado, nombrando administraciones concursales distintas en cada uno de ellos, siendo así que posteriormente, conforme al art. 25 LC, dichos concursos resultarían acumulables a instancias de la administración concursal, habiéndose duplicado actuaciones que podrían haberse evitado *ad initio* con una interpretación más flexible.

El apartado 5 del art. 3 contempla dos supuestos: el primero, cuando el acreedor lo sea de varios deudores personas naturales y entre ellos exista confusión de patrimonios, es decir, posean en comunidad la titularidad de bienes y derechos que respondan de sus respectivas obligaciones, o cuando respondan personal y solidariamente¹⁴, con todos sus bienes, de obligaciones de terceros (v.g. socios colectivos y herederos que hayan aceptado la herencia pura y simplemente o sin beneficio de inventario, según el art. 1003 del Código Civil); y, el segundo, si el acreedor lo es de varias personas jurídicas deudoras, que forman parte de un grupo, con identidad sustancial de sus miembros, es decir, con socios significativamente comunes, y sometidos a dirección unitaria. Al parecer, se regula la posibilidad de solicitar el concurso necesario de varios deudores para su declaración en un solo proceso concursal, en el que se determinará una masa activa conjunta y una masa pasiva colectiva. No observo mayores dificultades en supuestos de deudores personas naturales, caso de confusión patrimonial, o grupos jerárquicos (control), pero tengo algunas dudas respecto a los grupos paritarios u horizontales de sociedades (personas jurídicas), independientes unas de otras, aunque agrupadas voluntariamente para determinados fines estratégicos.

Aunque referido a la competencia internacional y territorial, el apartado 4 del art. 10 regula el supuesto de declaración conjunta de concurso necesario de varios deudores.

3. Efectos de la declaración de concurso

La Ley concursal dedica el Título XIII a los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor, los acreedores, los contratos y los actos perjudiciales para la masa activa.

¹⁴ «Artículo 127. Todos los socios que formen la Compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la Compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla».

3.1. Acumulación de concursos

La exposición de motivos se ocupa, muy de pasada, de la acumulación de autos, salvo en lo relativo a sociedades de responsabilidad ilimitada: «Original es, también, respecto del derecho anterior, la regulación de los efectos del concurso de la sociedad sobre los socios subsidiariamente responsables de las deudas de ésta, que se reduce a atribuir a la administración concursal la legitimación exclusiva para ejercitar la correspondiente acción una vez aprobado el convenio o abierta la liquidación. Se evitan así tanto la extensión automática del concurso a personas que, aun responsables de las deudas sociales, pueden ser solventes, como las reclamaciones individuales de los acreedores contra los socios, perturbadoras del buen orden del concurso».

Según el art. 25.1, en el concurso de persona jurídica, cuando se trate de sociedad colectiva o comanditaria, será posible la acumulación a éste de los concursos declarados de los socios solidariamente responsables de las deudas sociales, así como en supuestos de sociedades irregulares, y si el concursado fuese sociedad de responsabilidad limitada habrá de probarse que sus socios, miembros o integrantes son personalmente responsables de las deudas sociales.

En el concurso de sociedad dominante de un grupo, podrá declararse la acumulación a éste de los concursos de las sociedades dependientes. Los administradores concursales conocerán que se ocupan del concurso de una sociedad dominante de un grupo *prima facie*, como consecuencia de la documentación aportada por el deudor *ex art.* 6.3.4.º, aunque podrán consultar el art. 87 del TRLSA.

Al respecto, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, de 15 noviembre de 2004, en el Fundamento de Derecho Segundo.

Duque Domínguez¹⁵ señala que la administración concursal podrá solicitar, mediante escrito razonado, la acumulación al procedimiento ya declarado de la sociedad dominante de los concursos ya declarados de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo, pero plantea las siguientes interrogantes:

«¿Cuáles serán los efectos de la acumulación? Si el intérprete se atiene al art. 84 LEC, los procedimientos acumulados se sustanciarán en el mismo procedimiento o por los mismos trámites “y se decidirán en la misma sentencia” ¿Quiere esto decir que se produce una reunión de todos los patrimonios de las entidades agrupadas, teniendo que participar los acreedores de las sociedades concursadas con una clasificación común de créditos? Por ello, sería conveniente que se aclararan estas cuestiones, para

¹⁵ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Problemas del concurso de grupos de empresas», *Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español (7 al 11 de octubre de 2002)*, Documento n.º 5 del Registro de Economistas Forenses del Consejo General de Colegios de Economistas de España, Madrid, octubre 2002, pp. 158-160.

evitar consecuencias excesivas al no haberse declarado que se sustancien en procedimientos separados. La acumulación de procesos en el concurso seguirá los trámites de la LEC (arts.74-98). Pero ¿no sería posible que el acreedor pidiera una acumulación de acciones (arts. 71-73), proponiendo ante el juez competente para conocer el concurso de la sociedad dominante el concurso de las sociedades dominadas, ya que entre todos los sujetos pasivos existe “un nexo por razón del título o causa de pedir” (art. 72 LEC)? Y en el caso de que no quepa esa posibilidad, ¿no sería conveniente que se previera así en el PLC? Por otro lado, ¿cuál será la solución cuando se haya declarado sólo el concurso de sociedades dependientes y todavía no se haya declarado el concurso de la dominante?».

En la Ley concursal, no he encontrado respuesta a estas cuestiones, aunque en la práctica, respecto de la primera, se separan las masas activas y pasivas de las diferentes sociedades declaradas en concurso único, dentro del informe de la administración concursal *ex art. 75*. Sobre acumulación de acciones, como luego se concretará, algunos Juzgados de lo Mercantil han admitido la solicitud conjunta de concurso voluntario de la matriz y sus filiales.

El art. 10, dedicado a competencia internacional y territorial, en el segundo párrafo del apartado 4, contempla la tramitación de concursos acumulados.

Continúa el art. 25: «2. También podrán acumularse, a solicitud de la administración concursal de cualquiera de ellos, los concursos de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta».

Parece que puede servir de orientación hermenéutica la doctrina que estudia las sociedades civiles y comunidades de bienes, etc., cuando carezcan de personalidad jurídica, así como las sociedades irregulares. Estas sociedades irregulares carecen de personalidad jurídica, propia e independiente de la de sus socios, por no haberse inscrito en el Registro Mercantil, como exigen los arts. 119 del C. de C., 7 del TRLSA y 11 de la LSRL. Un amplio sector de la doctrina afirma que a las sociedades irregulares mercantiles por su objeto debe serles de aplicación el régimen propio de las sociedades colectivas (Broseta¹⁶; Sánchez Calero¹⁷; Vicent Chuliá¹⁸, que cita a Alonso Ureba y Girón Tena; y Uría¹⁹). A la misma conclusión

¹⁶ BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, 2.ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1974, pp. 153-154.

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*. 15.ª ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, pp. 163-164.

¹⁸ VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1991, vol. I, pp. 334-343. *Introducción al Derecho mercantil*. 8.ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1995, pp. 150-151.

¹⁹ URÍA, R., *Derecho mercantil*, 22.ª ed., Madrid, Ed. Marcial Pons, 1995, pp. 166-167.

llega la SAP de Zaragoza, de 16.02.1998. Sánchez Paredes²⁰ realiza un estudio monográfico en el que pone de manifiesto el hecho de que la LSA, al establecer los presupuestos legales para la calificación de una sociedad como irregular, no se limita a reconocerla como una realidad jurídica dotada de efectos particulares y específicos sino que, además, la ha provisto de una regulación propia encaminada a la defensa de los intereses de socios (facultados para instar la disolución) y terceros (posibilidad de subsumir la sociedad anónima irregular en el régimen de la sociedad colectiva o, en su caso, en el de la civil). Idéntica conclusión formula Valpuesta Gastaminza²¹, cuando destaca que la sociedad irregular es una sociedad absolutamente normal y el estigma de la irregularidad no alcanza sino a los efectos de la inoponibilidad de lo no inscrito y a la ilimitación de la responsabilidad de los socios. De la Cámara Álvarez²² estima que la nueva LSA ha venido a zanjar implícitamente la cuestión, al remitirse a las normas de la sociedad colectiva cuando la sociedad anónima no inscrita opere, a pesar de que conste la voluntad deliberada de no inscribir o de haber transcurrido un año desde la fecha de la escritura, sin que ésta se haya presentado en el registro. Aborda el tratamiento de las sociedades anónimas constituidas en documento privado y defiende la tesis de su conversión en sociedad colectiva si su objeto es mercantil, que considera confirmada por el art. 16.2 del TRLSA.

El art. 11.3 de la LSRL de 1995, dispone lo siguiente: «Será de aplicación a la sociedad en formación y a la sociedad irregular lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas». Para las sociedades comanditarias por acciones, serán de aplicación los mentados arts. 15 y 16, por remisión del art. 152 del Código de Comercio a la Ley de Sociedades Anónimas.

3.2. *Conservación o venta de la masa activa*

Se establece, en el art. 43, el deber de conservación de la masa activa por el deudor y por la administración concursal, con la prohibición de enajenar o gravar los bienes y derechos que la integren, sin autorización del Juez, hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquida-

²⁰ SÁNCHEZ PAREDES, M.^a L., «Introducción a la publicidad registral mercantil de quiebras y suspensiones de pagos». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 623, julio-agosto 1994, pp. 1619-1625.

²¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.^a, «Aspectos concursales en la sociedad irregular», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, tomo III, pp. 3646-3647.

²² CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, «La sociedad en formación-La sociedad irregular», en *Derecho de Sociedades*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, pp. 183-207.

ción, excepto los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor. Sin embargo, el artículo 155.3 y 4 regula la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial y permite la venta de bienes de la masa activa, que garanticen créditos dotados de privilegio especial, durante la fase común del concurso, según Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha 5 de abril de 2005. Asimismo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 27 de abril de 2005. El Auto del mismo Juzgado, de fecha 13 de junio de 2005, que resuelve el recurso de reposición contra la anterior Sentencia, declara la compatibilidad opcional de la subasta y la venta directa.

De igual modo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha 11 de octubre de 2005, autoriza la venta directa de bienes durante la fase común.

Respecto de la enajenación de participación en capital de otra sociedad, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, de fecha 23 de mayo de 2005, autoriza su venta directa durante la fase común.

En relación con la venta de un vehículo automóvil, se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha 14 de junio de 2005, que autoriza su venta directa durante la fase común.

Sobre la enajenación de una finca hipotecada, al amparo del art. 155.5 de la Ley concursal, y respecto de su venta directa al oferente a un precio superior al mínimo que se hubiere pactado, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, mediante Auto de fecha 2 de junio de 2005, autoriza la enajenación, aunque la somete a los siguientes límites: 1) la autorización para la enajenación de tal derecho se otorga con la condición de que el precio de adquisición de tal derecho de propiedad industrial debe ser en todo caso superior a 821.750 euros; 2) que la enajenación se anuncie en todo caso en el tablón de anuncios del Juzgado según lo previsto en el apartado 4 del artículo 155 LC, y de concurrir diversas ofertas de adquisición sobre tal derecho se abrirá licitación, debiendo los interesados en participar consignar la cantidad del 10% del precio mínimo de enajenación de tal derecho, y adjudicándose al mejor postor; y 3) la enajenación del inmueble gravado se deberá realizar con subsistencia del gravamen, y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor que quedará excluida de la masa pasiva (artículo 155.3 LC).

El Juzgado de lo Mercantil de Navarra, por Auto de fecha 17 de noviembre de 2004, autoriza la cesión de ejecución de obras de la urbanización de un plan parcial y la venta de materiales, de forma directa durante la fase común.

También es posible la cesión de los derechos sobre bienes adquiridos mediante arrendamiento financiero, como se autoriza en el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 29 de diciembre de 2005, de forma directa durante la fase común.

En la Segunda Mesa Redonda²³ del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente: «Las peticiones de enajenación antes de la fase de liquidación por razón justificada. Autorizaciones judiciales de venta» y se considera factible.

3.3. *Continuidad o cese de actividades*

Se establece el principio general de continuidad de las actividades del deudor, salvo que el Juez acuerde otra cosa. Sobre continuación de la actividad empresarial del deudor, interesa el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, de fecha 28 de diciembre de 2004²⁴.

Cuando el deudor haya infringido las limitaciones del art. 40, sus actos podrán ser anulados a instancia de la administración concursal, por los cauces del incidente concursal.

Sobre cese de actividades se pronuncia el Juzgado de lo Mercantil de Santander, mediante Auto de fecha 20 de febrero de 2004.

3.3.1. PAGO DE CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Si el deudor mantiene sus actividades empresariales o profesionales, aunque también en casos de cese o inactividad, pueden devengarse créditos a cargo de la masa o contra la masa.

Se observa en el art. 84.1, concordante con el art. 49, que excluye de la masa pasiva, expresamente, los créditos contra la masa, es decir, entre otros, aquellos que la doctrina y la jurisprudencia viene denominando «deudas de la masa» y «créditos prededucibles». El art. 84.2 presenta un meritorio esfuerzo recopilador, para detallar los créditos que integran las deudas contra la masa. Sobre el pago de estos créditos prededucibles, interesa el art. 154.2 y 3.

Ante las dificultades del pago de créditos con cargo a la masa o contra la masa, en la práctica concursal, puede acudir a lo resuelto por Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 24 de junio de 2005, que supera la rigidez de respetar, a todo trance, el orden de los vencimientos de las obligaciones.

Sin embargo, la AEAT, en sus comunicaciones a la administración concursal, advierte: «...se le requiere para que garantice el fiel cumplimiento de

²³ Relator: José María Fernández Seijo, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona; Intervinientes: Pablo González Carrero Fojón, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil de La Coruña, y Edmundo Rodríguez Achútegui, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao.

²⁴ Anuario de Derecho Concursal 4/2005, Editorial Aranzadi, pp. 392-394.

lo establecido en el artículo 154.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no autorizando pagos de créditos contra la masa que proponga la empresa si existiesen otros con vencimiento anterior aún no atendidos. Todo ello sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, pudieran corresponder por actos u omisiones de los administradores concursales que lesionen directamente los intereses de la Hacienda Pública», y la TGSS es beligerante: «En caso de continuación de la actividad empresarial, subsiste la obligación de cotizar por los trabajadores que continúen de alta en la empresa, por lo que solicitamos nos envíen justificantes de los ingresos efectuados cada mes en concepto de cotización de dichos trabajadores. En el supuesto de que no sea posible hacer frente al pago por no existir liquidez o bienes en la empresa, solicitamos lo comuniquen a esta Subdirección en el plazo más breve posible. Les recordamos que estos créditos serán considerados créditos contra la masa, conforme al artículo 84.1.5 de la Ley Concursal, por tratarse de créditos laborales generados por el ejercicio de la actividad empresarial del deudor tras la declaración del concurso, y que como tales podrán ser reclamados mediante el procedimiento de recaudación previsto por el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, en caso de que no se proceda a su debido pago» (sic).

3.4. *Formulación de cuentas anuales*

El art. 46.2 mantiene el deber de formular las cuentas anuales, después de declarado el concurso, que implica el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 25 a 30 y 34 a 39 del C. de C., sobre llevanza contable, y demás concordantes del TRLSA (arts. 171 a 201), en su caso. En el supuesto de intervención, si el deudor no formulase las cuentas anuales, ¿se trasladan estos deberes contables a la administración concursal? No parece, aunque será causa de su petición al Juzgado para requerimiento al concursado.

3.5. *Acciones de responsabilidad y medidas cautelares contra administradores, liquidadores, etc.*

Según el art. 48.1, en caso de intervención, los órganos sociales de la persona jurídica deudora conservan las facultades de administración y representación, aunque limitadas, y parece que conservarán facultades de representación, en caso de suspensión, también supeditadas a la decisión de la administración concursal, salvo el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores. Las sociedades mercantiles declaradas en concurso deben celebrar las juntas generales ordinarias y las extraordinarias que precisen, y sus órganos de administración, cuando constituyan consejo de administración, celebrarán las reuniones pertinentes. Ambos órganos sociales, a cuyas

sesiones podrán asistir los administradores concursales, con voz y sin voto, adoptarán los acuerdos que estimen oportunos, aunque su eficacia, cuando afecten al patrimonio, estará supeditada a la decisión de la administración concursal o del Juez.

El art. 48.2 se refiere a las acciones de responsabilidad previstas en los arts. 133, 211 y 279 del TRLSA, así como en el art. 69 y concordantes de la LSRL, para cuyo ejercicio se legitima a la administración concursal.

En la Tercera Mesa Redonda²⁵ del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos», Quinto bloque, la sección de calificación del concurso y las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores societarios, se plantean las siguientes cuestiones:

«Problemas de compatibilidad entre el régimen de responsabilidad extraconcursal de los administradores y liquidadores sociales y el régimen de responsabilidad concursal». Se considera que no son excluyentes.

«¿Es diferente la naturaleza de la responsabilidad que se exige a los administradores como consecuencia del ejercicio de las acciones de los arts. 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de la que se exige en la sección de calificación en virtud de lo previsto en el art. 172.2.3º y 3 de la Ley Concursal?» Consideran que es distinta. En el primer caso, se trata de una «responsabilidad sanción», por deudas, mientras que, en el segundo caso, se trata de una responsabilidad por daños.

«¿Y respecto de la responsabilidad de los administradores sociales regulada en el art. 133 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas?» Conservan un ámbito propio, en el que no se produce ninguna concurrencia con la responsabilidad concursal.

«Posibilidad de interferencia entre los regímenes de responsabilidad extraconcursales y concursales». Reconocen que, respecto de estas acciones societarias, puede haber un ámbito coincidente con la responsabilidad concursal, aunque les parece difícil que los regímenes de responsabilidad societaria y concursal puedan interferir entre sí.

Sin embargo, el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 10 y Mercantil de Santander, de fecha 13 de febrero de 2006, considera que las acciones de responsabilidad individual y legal, por deudas, frente a los administradores sociales y liquidadores de hecho o de derecho actuales o de quienes lo fueron dentro de los dos últimos años a la declaración de concurso, resultan impedidas durante la tramitación del concurso.

²⁵ Relator: Pedro Vela Torres, Magistrado, Juzgado de Primera Instancia-Mercantil n.º 9 de Córdoba. Intervinientes: Rafael Sarazá Jimena, Magistrado, Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, y Enrique Pinazo Tobes, Magistrado, Juzgado de Primera Instancia n.º 14 y Mercantil de Granada.

Coincide con la tesis que mantiene el Magistrado García Martínez²⁶: «Pues bien, no menos perturbador puede llegar a ser, una vez declarado el concurso, y existiendo la posibilidad de que el patrimonio de los administradores se vea obligado a responder, en todo o en parte, del fallido concursal, el ejercicio por los acreedores de la acción individual de responsabilidad (si concurre el vínculo de solidaridad antes referido) o de la acción de responsabilidad *ex lege*».

El art. 48.3 estipula dos requisitos para que el Juez pueda ordenar cautelarmente, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, el embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso de persona jurídica, a saber: fundada posibilidad de que el concurso se califique de culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El conocimiento de ambos hechos, por parte del Juez, será más fundado una vez disponga del informe de la administración concursal *ex art. 75*.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga, de fecha 25 de enero de 2005, analiza algunas circunstancias propicias para la adopción de medidas cautelares.

El mismo Juzgado de Málaga, por Auto de fecha 27 de junio de 2005, decide la adopción de la medida de embargo preventivo de los bienes del administrador de la sociedad concursada, con la novedad del acuerdo relativo a que la administración concursal realice, a efectos de caución, una provisión contable en el informe concursal, por importe de seis mil euros, para responder, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que pudieran derivarse de conformidad a lo previsto en los artículos 17 LC y 732 de la LEC.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, de fecha 18 de julio de 2005, también proporciona algunas claves sobre la justificación de estas medidas cautelares.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de los de Madrid, en el Auto de declaración de concurso voluntario, de fecha 10 de octubre de 2005, acuerda la adopción de medidas cautelares de embargo de bienes y derechos del administrador único de la concursada.

Sin embargo, el Auto de la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, de fecha 6 de febrero de 2006, es muy restrictivo en la apreciación del requisito de la apariencia de buen derecho.

²⁶ GARCÍA MARTÍNEZ, A., «Declaración de concurso y responsabilidad de administradores en las Leyes de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada», *Revista Iuris*, Ed. La Ley, núm. 101, enero de 2006, pp. 28-36.

3.6. *Prohibición de iniciación nuevos juicios declarativos*

El art. 50 regula los nuevos juicios declarativos y prohíbe su iniciación una vez declarado el concurso del deudor. Debe acudirse, por tanto, a lo dispuesto en el art. 8, que determina las materias sobre las que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente. Estas acciones de demandas declarativas civiles (no las laborales, excepto los expedientes previstos en el art. 64), así como las ejecuciones (cualquiera que sea el órgano que las hubiera ordenado), medidas cautelares, etc., sólo podrán plantearse ante el juez del concurso. El apartado 2 de este precepto parece aclarar que pueden ejercitarse acciones, con posterioridad a la declaración del concurso, ante los juzgados o tribunales de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal, aunque cuando pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal.

Sobre inadmisión de juicio monitorio se pronuncia el Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Santander, de fecha 4 de enero de 2005.

3.7. *Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes*

En relación con el art. 51.1 el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 27 de mayo de 2005, resuelve sobre una solicitud de acumulación al proceso concursal de acciones individuales por parte de trabajadores, que se encontraban en tramitación al momento de la declaración de concurso, y decide que la acumulación de los procedimientos en trámite en los Juzgados de lo Social no cabe que sea acordada, porque en ellos ya había recaído Sentencia, que no puede ser revisada por el Juzgado de lo Mercantil, y cuya emisión presupone la celebración de la vista que se constituye como término final para poder acordar la acumulación, según el artículo 77.4 LEC –aplicable al caso en virtud de lo que dispone la Disposición Final Quinta de la LC–. Deduzco que si no hubiere recaído sentencia tampoco cabe su acumulación, pues sólo está prevista para los juicios declarativos de la competencia del Juez del concurso y las acciones individuales de los trabajadores siguen siendo competencia de los Juzgados de lo Social, aunque la ejecución de la sentencia que se dicte queda suspendida *ex art. 55 de la Ley concursal*.

3.8. *Prohibición de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, y de seguirse apremios administrativos o tributarios*

El art. 55.1 prohíbe, declarado el concurso, la iniciación de ejecuciones singulares, judiciales [que trata el Libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil] o extrajudiciales [art. 1872 del Código Civil; art. 635 de la LEC; y, art. 129 de la Ley Hipotecaria], y que se sigan apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, aunque permite que puedan continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las

que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Las Palmas, de fecha 3 de enero de 2005, sobre embargos decretados por la Agencia Estatal de la Administración, por la Tesorería General de la Seguridad Social, por la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno Canario, por la Liga Nacional de Fútbol Profesional, y la Real Federación Española de Fútbol, acuerda que se dejen sin efecto, desde la fecha de declaración del concurso, los embargos que recaigan sobre bienes y derechos de la Unión Deportiva Las Palmas, S.A.D., consistentes en dinero en efectivo o en derechos directamente transformables en dinero en efectivo, tales como patrocinios de Entidades Públicas o Privadas, ingresos por venta de entradas en taquilla, por abonos y por venta de palcos, ingresos por publicidad, traspaso de jugadores y otros análogos, por ser necesarios o afectos a la producción.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en Sentencia de fecha 19 de octubre de 2005, resuelve el conflicto suscitado entre el referido Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de las Palmas de Gran Canaria y la Delegación Especial Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Canarias, a favor del primero.

Respecto a cómo podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Cádiz, de fecha 3 de mayo de 2005, resuelve que tanto la Tesorería General de la Seguridad Social como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y los Juzgados en los que se sigan ejecuciones deberán comunicar al Juzgado su estado, y si se ha procedido a la suspensión o, en caso contrario, si se continúa por concurrir la excepción, y ello sin perjuicio de que por la recurrente, caso de no estar conforme con la decisión en cada caso del Juzgado, se proceda a plantear el conflicto de jurisdicción, como insinúa en el escrito de recurso.

Se ocupan de esta cuestión en las conclusiones del Primer Encuentro de la Especialidad Mercantil, celebrado en Valencia, los días 9 y 10 de diciembre de 2004 «B) Ejecuciones contra el patrimonio del deudor», y considera, respecto del art. 55.1.2.º, que corresponderá al Juez de lo Mercantil la decisión sobre si los bienes son o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.

Especial situación de un embargo de la AEAT, sobre derechos de crédito de la entidad concursada, se resuelve por Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga, de fecha 22 de julio de 2005, que alude a las diferentes connotaciones de las expresiones utilizadas por el legislador en los artículos 55 y 56 LC, así como a cuál es el órgano competente para determinar la necesidad del bien, en referencia a la Administración Pública o al Juzgado, siendo su parecer que corresponde al juez del concurso la determinación de

la necesidad del bien a los efectos de las ejecuciones pendientes, partiendo de la universalidad del concurso (artículo 49 LC) y de que la norma en cuestión contiene una regla general de suspensión y varias excepcionales de continuidad en la ejecución. Considera bienes necesarios tanto bienes como derechos, partiendo de una clasificación en bienes necesarios de primer grado (los del inmovilizado) y de segundo grado (los del ciclo financiero), aunque declara que no es bien o derecho necesario para la continuidad de la actividad empresarial el embargo practicado por la administración tributaria respecto de los derechos de crédito que la concursada tiene respecto de otra sociedad, decisión que no resulta fácil de compartir, en general.

3.8.1. ACCIÓN DIRECTA EX ARTÍCULO 1597 DEL CÓDIGO CIVIL

Dispone el artículo 1597 del CC: «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».

Esta disposición puede incidir en los procesos concursales, particularmente en la suspensión de pagos y la quiebra, ahora en el concurso, del contratista.

Aunque pueda admitirse, con matices, de la doctrina científica²⁷ y de los Tribunales de Justicia²⁸, respecto del Derecho concursal derogado (Quiebras y Suspensiones de Pagos, principalmente), que el art. 1597 del C. civil ha querido dar a ciertos acreedores (*Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista...*) no ya un privilegio, sino un medio de satisfacción, considero más seguro que el nuevo concurso de acreedores ha vedado la agresión de terceros a la masa activa concursal (derecho de separación), así como cualquier acción sobre recuperación de créditos concursales, en general (derecho de ejecución separada).

3.8.1.1. NUEVO CONCURSO DE ACREEDORES

En la exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se observa: «La Ley opta por los principios de unidad legal [texto único de Derecho material y procesal], de disciplina [comerciantes y no comerciantes] y de sistema [procedimiento único], así como ...la satisfacción de los acreedores..., finalidad esencial del concurso... Aunque el objeto del concur-

²⁷ ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de, *Los créditos derivados del contrato de obra*, Madrid, Tecnos, 1969.

²⁸ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil), de fecha 9 de mayo de 1989; SAP de Pamplona, de fecha 1 de octubre de 2001; y Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), de 2 noviembre de 2004.

so no sea el saneamiento de las empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren parcial o totalmente viables...». Es destacable la proclamación de la unidad legal, que permite deducir que otras leyes no debieran interponerse o interferir en la finalidad del concurso.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 5 de julio de 2005, considera que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (artículo 2.2. C.C.) y que el inciso final del artículo 89.2 LC «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley» es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal, aunque la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas, sin embargo, el citado inciso impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal.

Parece razonable que la acción directa del art. 1597 del C. civil puede considerarse de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, como luego trataré de fundar al referirme a la masa activa, por lo que resulta de aplicación el art. 8 de la Ley concursal sobre competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil.

En otro escenario, se pronuncia el citado Auto del Juzgado de lo Mercantil número uno de Las Palmas, de fecha 3 de enero de 2005, cuando declara que, para el buen fin del proceso concursal, resulta absolutamente indispensable que cualesquiera ejecuciones o apremios contra el deudor queden suspendidos e integrados en el concurso, pues, en otro caso, el seguimiento de ejecuciones separadas frustraría por completo la propia finalidad de obtener la *par conditio creditorum* a través del proceso concursal, es decir, la satisfacción y efectividad de los distintos créditos de modo proporcional y equitativo sin otra preferencia que aquella que la ley expresamente reconozca, cuestionando: ¿Cuál es el Órgano competente para decidir que los bienes objeto de embargo resultan o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor? Únicamente el Juez de lo Mercantil que conoce del proceso concursal puede valorar, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, si un determinado bien o derecho resulta o no necesario para la continuidad de su actividad empresarial.

También, la exposición de motivos destaca: «La declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor...». Es decir, se establece el principio general de continuidad de las actividades del deudor, salvo que el Juez acuerde otra cosa, y cuya continuidad puede verse perjudicada si fuese aplicable la acción directa del art. 1597 del C. civil, en sede concursal.

3.8.1.1.1. Masa pasiva

La exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, además de la atención que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado, señala: «La ley regula asimismo con criterios de funcionalidad los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, ordenando la paralización de las acciones individuales promovidas por éstos contra el patrimonio del concursado. Esta paralización, consecuencia natural de la integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso, no afecta a las declarativas de los órdenes civil o social ya en tramitación en el momento de declararse el concurso, que continuarán hasta la firmeza de la sentencia, ni a las de naturaleza contencioso-administrativa o penal con trascendencia sobre el patrimonio del deudor, incluso si se ejercitan con posterioridad a la declaración, pero sí a todas las de carácter ejecutivo, incluidos los apremios administrativos o tributarios, que quedarán en suspenso si se hallasen en tramitación, salvo los acordados con anterioridad a la declaración de concurso, y no podrán iniciarse una vez declarado el concurso». Puede descartarse esta valoración, desde la realidad de que el subcontratista no ejerce acción alguna contra su deudor declarado en concurso, pues acciona con su derecho de crédito, un crédito distinto, contra el comitente, aunque el efecto conseguido es similar.

3.8.1.1.1.1. Créditos concursales

El artículo 49 dispone: «Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes». Precepto capital, que pone fin al derecho de ejecución separada, regulado en las leyes concursales derogadas, con algunas excepciones (ejecuciones administrativas y laborales, en su caso [art. 55], buques y aeronaves [art. 76.3], así como las contempladas en la disposición final decimoctava, que reforma la Ley de Mercado de Valores). Concordante con el art. 84.1: «Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa».

El apartado 1 del art. 85, que expresamente cita el art. 21.1, ordena el llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos. La administración concursal realizará sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso, informándoles de la declaración de éste y del deber de comunicar sus créditos, en la forma establecida en el artículo 85». No parece cuestionable que el derecho de crédito del subcontratista integra la masa pasiva del concurso.

3.8.1.1.1.2. Clasificación de créditos

En la exposición de motivos, se observa: «La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas...».

El art. 89.1 establece las clases de créditos concursales y el inciso final del apartado 2 dispone: «No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley». Al parecer, el crédito del subcontratista, que pretenda ejercer la acción directa del art. 1597 del C. civil, por su naturaleza (*Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista...*), podría ser clasificado como refaccionario en el concurso del comitente (art. 90.3.º), pero nunca en el concurso del contratista.

La disposición final primera de la Ley concursal, sobre reforma del Código Civil, añade al artículo 1921 del Código Civil un párrafo segundo, con la siguiente redacción: «En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal». No parece descabellado considerar que la nueva redacción del art. 1921 del C. civil descarta la aplicación del art. 1597 en sede concursal, pues todos los créditos concursales quedan sometidos a las resultas del procedimiento universal. Aunque se admita la tesis de que el crédito del subcontratista no goza *per se* de privilegio alguno, lo cierto es que el art. 1597 del C. civil le reconoce un tratamiento distinto que a otros créditos concursales, distinción que puede calificarse de situación privilegiada.

3.8.1.1.2. Masa activa

El artículo 54 dispone, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, que corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal, y, en caso de intervención, que el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. También previene que si la administración concursal estimare conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negare a formularla, el Juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla. El apartado 4 del art. 54 permite al acreedor ejercitar acciones de carácter patrimonial, cuando el concursado o la administración concursal no lo hicieren, siempre que sean a su cargo los gastos procesales y, en su caso, la condena en costas. Representa, esta legitimación activa del acreedor, un paso decisivo sobre el derecho derogado, que ha mantenido a los acreedores «atados de pies y manos» para las reclamaciones patrimoniales del deudor frente a terce-

ros, que fuesen aconsejables en interés del concurso y, por tanto, en su propio interés, por ser susceptibles de incrementar la masa activa. De lo expuesto puede interpretarse que la legitimación para el ejercicio de acciones de carácter patrimonial (demanda de cantidad contra el dueño de la obra) reside, especialmente, en la administración concursal o, por subrogación, aunque sólo en interés del concurso (no en interés propio), en los acreedores concursales, y no se pone en duda que el subcontratista ostenta un crédito concursal.

El artículo 71 regula la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, y establece la presunción absoluta, ente otros, cuando se trate actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, así como la presunción relativa, cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

Los actos perjudiciales para la masa activa pueden haber sido realizados por acción u omisión del deudor. Si éste se hubiese «allanado» a la acción directa ejercida por su subcontratista contra el dueño de la obra, confabulándose con aquél para simular un vencimiento anterior de la obligación, cuando contractualmente fuese posterior a la declaración del concurso, podría prosperar la acción de reintegración. ¿Y si el subcontratista fuera persona especialmente relacionada con el concursado?

Las conjeturas expuestas pueden resaltar la incongruencia que representa la aplicación del art. 1597 en sede concursal.

El artículo 76 incorpora el principio de universalidad y, en consecuencia de la declaración de concurso, todos los bienes y derechos pertenecientes al deudor, conocidos o no, pasan automáticamente a integrar la masa activa, para la formación del inventario. Única excepción, en el art. 76.3, respecto de los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves, aunque se les reconoce derecho de ejecución separada, no de separación.

Por último, el art. 80 regula el derecho de separación *ex iure domini*, aunque no viene al caso.

De hecho y de derecho la acción del art. 1597 del C. civil supone una acción de separación de bienes (en este caso, de derechos) de la masa activa concursal, claramente prohibida en el nuevo concurso de acreedores.

3.8.1.2. DOCTRINA

Núñez-Lagos²⁹ concluye: «... dado que la acción del art. 1597 Cc es directa e independiente, el crédito que con su ejercicio se reclama es el cré-

²⁹ NÚÑEZ-LAGOS BURGUERA, A., «¿Continúa pudiendo ejercitar el subcontratista la acción directa contra el comitente (ex artículo 1597 Cc) en el supuesto de concurso del contratista?» *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*, La Ley, Número 2/2005, pp. 327-331.

dito del subcontratista contra el comitente, por lo que no puede haber conflicto ni derecho alguno del concurso a ese crédito... el crédito que nominalmente pudiera tener el concurso contra el comitente está estructuralmente condicionado o limitado (en virtud de la ley) al otro crédito que los subcontratistas pudieran tener o llegar a tener antes que el comitente deba pagar al deudor concursado, bajo el art. 1597 Cc.».

No debo omitir la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, de fecha 23 de mayo de 2005, que pese a reconocer que se trata de una cuestión que suscita dudas de hecho y de derecho, estima las pretensiones de la parte demandante, al amparo del art. 1597 del C. civil, y reconoce el derecho del subcontratista a percibir la cantidad adeudada por el concursado con cargo a las cantidades consignadas por el comitente (dueño de la obra) en el Juzgado.

3.8.1.3. *RECAPITULACIÓN*

En mi modesta opinión, no es aplicable el art. 1597 del Código civil, promulgado en 1889, una vez declarado el concurso del contratista, regulado por la Ley de 2003, es decir, los que pusieron su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista no tienen acción contra el dueño de ella (el comitente), pues el derecho de crédito del subcontratista se integra en la masa pasiva concursal y la deuda del comitente (el dueño de la obra) constituye la masa activa del concurso.

La clasificación del crédito del subcontratista respetará las previsiones de los arts. 90 a 92, pudiendo ser subordinado, según las categorías de este último precepto, concordante con el art. 93.

En el supuesto de que el crédito del subcontratista, al que se refiere el citado art. 1597, fuese subordinado, es cuando quizá resulte más frustrante que pudiera ejercer la acción directa contra el comitente, aunque también si gozase de privilegio especial (garantía real –cuya ejecución se paraliza, según el art. 56–) o general (si hubiere instado el concurso necesario de su deudor, según el art. 91.6.º), en el concurso del contratista. Si se aceptase que el crédito del subcontratista goza de la garantía del comitente deudor³⁰, convertido en deudor solidario con el contratista³¹, se paralizaría la acción directa (ejecución de la garantía real).

Para evitar el grave perjuicio que causaría retirar de la masa activa, por parte de un acreedor concursal, la deuda que el dueño de la obra tuviese con la concursada, y para cumplir diligentemente lo dispuesto en el art. 43 de la Ley concursal, sobre conservación y administración de dicha masa activa, la administración concursal podrá solicitar auxilio judicial y pedir al Juez del

³⁰ STS de 12 mayo 1994.

³¹ STS de 22 diciembre 1999.

concurso que requiera al comitente para que se abstenga de pagar a terceros sus deudas con el concursado y abone a este último sus derechos de crédito, directamente, a través de la administración concursal, o mediante consignación en cuentas del Juzgado de lo Mercantil.

3.9. *No compensación*

El art. 58 prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, salvo que los requisitos de la compensación (art. 1196 del Código Civil) hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso. El art. 164 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, sobre concurrencia de procedimientos, regula la compensación de créditos y deudas tributarias en los términos previstos en el art. 71 de la citada LGT. Es frecuente la convención sobre compensación de saldos en entidades de crédito.

El instituto de la compensación, regulado en los arts. 1195 a 1202 del Código Civil, entre el deudor concursado y un acreedor, ha sido discutido por la doctrina, hasta el punto de aceptarse, con matices, tan sólo en el supuesto de créditos y deudas nacidos de una misma relación jurídica. No es infrecuente que la entidad concursada sea deudora y simultáneamente acreedora de un tercero, a la fecha del auto de declaración de concurso. En principio, como norma general, se deberá reclamar al tercero lo que adeuda y el crédito de éste se integrará en la masa pasiva. Sin embargo, en la práctica se admite la compensación cuando se comprueba la existencia de cuenta corriente, de la que se deduce un saldo deudor o acreedor.

3.10. *Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas y resolución por incumplimiento*

El art. 61 se refiere a contratos celebrados por el deudor antes de su declaración en concurso. En el apartado 1 dispone, respecto de los contratos que, al momento de la declaración del concurso, una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, que el crédito o la deuda correspondiente al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso. El apartado 2 establece, como regla general, que la declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte, y que las prestaciones a que esté obligado el concursado tienen la consideración de deudas contra la masa, aunque con las siguientes excepciones: a) La declaración de concurso puede originar la ineficacia sobrevenida del contrato, siempre que así lo inste la administración concursal o el propio concursado; b) Incumplimiento imputable al concursado, posterior a la declaración de concurso (art. 1124 del C. Civil), pre-

visto en el art. 62, que se dará siempre que sea de interés del concurso. Por último, el apartado 3 dispone que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

Sirve de ayuda hermenéutica la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, de fecha 1 de septiembre de 2005, al matizar que la previsión del art. 62.1, cuando regula la «resolución por incumplimiento», se basa en el presupuesto fáctico que describe, es decir, contrato de obligaciones recíprocas que están pendientes por ambas partes, al declararse el concurso. La posibilidad del art. 62.1 es perfectamente razonable y trata de evitar que el crédito del acreedor siga incrementándose como consecuencia de la situación de concurso, cuando por su parte está obligado a terminar de cumplir su obligación contractual o continuar verificándolo, pese a que la concursada, que debe por su parte atender las suyas con cargo a la masa, no lo está haciendo.

Los contratos vigentes a la fecha de la declaración de concurso, según el art. 62, pueden resolverse con causa en su incumplimiento posterior por cualquiera de las partes, aunque el interés del concurso permite al juez acordar el cumplimiento del contrato, calificándose la prestación debida por el deudor como crédito contra la masa³².

Interesa la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Córdoba y de lo Mercantil de la Provincia, de fecha 8 de julio de 2005, al plantear que la cuestión estriba en qué naturaleza tienen los créditos del acreedor cuyo contrato se mantiene por decisión judicial, pese al incumplimiento del concursado. En primer lugar, con el artículo 62.4, que con toda corrección conceptual distingue entre las obligaciones procedentes de incumplimiento anterior a la declaración del concurso, que se incluirán como créditos concursales, y las dimanantes de incumplimiento posterior, que se satisfarán con cargo a la masa. Y, en segundo término, con el artículo 84, que al enumerar los créditos contra la masa, no incluye los créditos anteriores a la declaración de concurso generados por el incumplimiento de contratos de tracto sucesivo, pues, de lo contrario, los acreedores cuyo crédito procede de un contrato de tracto sucesivo verían mejorada su posición, mediante la conversión de todos sus créditos en créditos contra la masa y por tanto abonables inmediatamente (artículo 154), mediante el simple expediente de ejercitar la acción prevista en el artículo 62.1 de la propia Ley, con un resultado absurdo, desigualitario y conculcador del principio de *par conditio creditorum*, que no puede ser admisible.

En la misma dirección, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2, de Barcelona, de fecha 21 de julio de 2005, que ordena el cumplimiento del

³² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 15.04.2005; Sentencia del Juzgado Mercantil n.º 2 de Barcelona, de fecha 21.07.2005; y, Sentencia del Juzgado Mercantil de Santander, de fecha 29.10.2005.

contrato de suministro de energía eléctrica suscrito entre las partes, el día 10 de septiembre de 2004, y que se abonen con cargo a la masa las prestaciones que haya de satisfacer la concursada, así como que el crédito anterior a la declaración de concurso, por importe de 154.779,67 euros, deberá ser calificado como concursal y ordinario.

De igual modo, resuelve el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, en sentencia de fecha 15 de abril de 2005, con costas a la parte demandante, y declara no haber lugar a la resolución contractual solicitada, con las consecuencias que ello conlleva para la entidad concursada, en relación con el pago de los suministros efectuados con posterioridad a la declaración del concurso, y sin perjuicio de que el crédito a favor de la actora haya sido incluido en la lista de acreedores por los cauces previstos en la Ley concursal. Las costas se imponen a la entidad demandante.

Sin embargo, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valencia, en la Sentencia de fecha 14 de julio de 2005, resuelve a favor de la compañía eléctrica y considera que las deudas anteriores a la declaración del concurso deben ser satisfechas con cargo a la masa, es decir, como créditos contra la masa.

En la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 (Mercantil) de Santander, de fecha 19 de octubre de 2005, se desestima la demanda incidental interpuesta por la compañía eléctrica, con costas, y considera que, cuando de contratos de tracto sucesivo se trata, el simple impago de los recibos adeudados no implica por sí solo la concurrencia de causa de resolución del contrato sino que es procedente que, junto a dicho incumplimiento, se aprecien circunstancias que impidan catalogarlo como un mero retraso y concluye que se trata de un retraso que no constituye un incumplimiento relevante a efectos de la resolución del contrato, por lo que desestima la acción de resolución ejercitada, y en cuanto a la petición subsidiaria, de que se acuerde la calificación como crédito contra la masa los recibos impagados, no accede a ella, si bien tal calificación habría de concederse en el supuesto de que se apreciase la concurrencia de causa de resolución y a que, a pesar de ello, se acordase el cumplimiento del contrato. En el supuesto planteado, al no estimarse que concurra causa de resolución, la situación del crédito de la actora no resulta modificada, por lo que ha de calificarse como crédito ordinario en cuanto a las cuotas por no estar prevista ninguna calificación especial.

3.11. *Contratos de trabajo*

Sobre suspensión de relaciones laborales, regulada en el art. 64, el Auto del Juzgado Mercantil n.º 1 de Málaga, de fecha 29 de marzo de 2005, considera que es necesario, en primer lugar, adecuar la situación actual a la legalidad en protección de los trabajadores y, derivado de ello, de la propia empresa y, por tanto, proceder a la suspensión temporal colectiva de las relaciones laborales de todos los trabajadores de la empresa reconocidos en el

informe de la administración concursal. La medida colectiva insinuada por los representantes de los trabajadores es evidente, pues la puesta en marcha del centro de trabajo requerirá personal para atender las necesidades de la empresa. Optar por la extinción supondría que lo único que se hace, respecto de la empresa, es vulnerar los derechos adquiridos de los trabajadores pasando por convertir el expediente de regulación de empleo en un método fácil y barato de extinción de los puestos de trabajo, pues posteriormente necesitarían nuevos trabajadores, respecto de los cuales las condiciones podrían variar y dicha medida es conforme al artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, visto lo fundamentado y la situación coyuntural económica de la entidad concursada.

Por Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Cádiz, de fecha 15 de abril de 2005, se admite a trámite la solicitud formulada por los administradores concursales de iniciar expediente de suspensión colectiva de relaciones laborales, en las que resulta empleador el concursado, aunque la solicitud se presentó cuando todavía no se había emitido el informe de la administración concursal, habiéndose alegado y razonado que la demora en la aplicación de las medidas podría comprometer la viabilidad futura de la empresa, cosa que admite el artículo 64 de la LC, y que la otra alternativa supondría la extinción de los contratos de trabajo por falta de pago de salarios (art. 50.1 b ET), lo que provocaría que la indemnización a abonar se calificase como crédito contra la masa (art. 84 LC), aumentando el endeudamiento de la concursada y sin posibilidad de reincorporación de los trabajadores.

Sobre extinción, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha de 27 enero de 2005, autoriza la extinción colectiva de relaciones laborales, en los términos convenidos, de una parte de la plantilla, como medida que resulta imprescindible para equilibrar la situación económico-financiera de la empresa y garantizar su futura viabilidad, evitando el mal mayor que supondría la destrucción de la totalidad de sus puestos de trabajo, pues tal medida se integra dentro de un programa que prevé tanto la reestructuración del patrimonio empresarial (lo que supondrá la enajenación de activos y la adquisición de inmuebles de dimensión más adecuada a su actividad futura) como la selección de determinadas líneas de actividad negocial, prescindiendo de las que no estaban resultando rentables, lo que justifica la decisión de reducir personal y con ello ahorrarse importantes costes para el futuro, y cuya situación apunta a la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que están previstas en la Ley como motivos para fundar la extinción colectiva de contratos laborales (artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores).

Sobre extinción, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, de fecha 3 de marzo de 2005, acuerda la extinción solicitada por los trabajadores, pese a que la autoridad laboral sostiene que la solicitud de los cinco trabajadores no supone despido colectivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 51.1 del ET, porque no se alcanza el número que dispone tal norma, es decir, al menos seis trabajadores, y que, por aplicación de los arts. 6.2 y 64.1 de la

LC, no nos encontramos ante un «despido colectivo». Funda la decisión en que la LC tiene unas reglas específicas en otros apartados, que por ser especiales y propias de una situación concursal preponderan sobre las generales del ET. En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el art. 51.1 del ET, que considera despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial, el párrafo segundo del art. 67.10 de la LC dice expresamente que «se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa». No exige, por lo tanto, la LC que, además de afectar a la plantilla completa, el despido tenga que afectar a más de cinco trabajadores.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valencia, por Auto de fecha 28 de julio de 2005, aprueba la solicitud de expediente de regulación de empleo para la extinción colectiva de los contratos de trabajo de los trabajadores de los que es empleador el concursado, de parte de la plantilla laboral, a instancias de la deudora concursada, con la aquiescencia de la Administración concursal, en atención a que la solicitud se deduce después de la declaración de concurso, y siendo trascendente al buen fin del concurso no haber de esperar al informe de la Administración *ex* artículo 75 LC, haciéndose recurso en este sentido del supuesto que autoriza el artículo 64.3 de la LC, en la consideración de que su posposición a tal momento cronológico podría comprometer la virtualidad de la eficacia de las medidas colectivas que se trataban de adoptar, no habiéndose alcanzado acuerdo en el periodo de consultas entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, acordándose respecto de éstos y en tal consideración una indemnización de treinta días de salario por año de servicio con límite de dieciocho mensualidades.

Guarda relación con los expedientes de extinción de relaciones laborales, aunque resuelve sobre una solicitud de acumulación al proceso concursal de acciones individuales por parte de trabajadores, el mencionado Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 27 de mayo de 2005, que desestima la solicitud formulada por la administración concursal, porque en ningún caso cabría integrar en un hipotético expediente de regulación de empleo los procedimientos en que se hayan ejercitado acciones individuales de resolución de contratos laborales, al amparo de lo previsto en el artículo 50.1, letra b ET, que hayan finalizado por Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.

3.12. *Acumulación de juicios de desahucio*

La posibilidad de rehabilitación de contratos³³ de préstamo y demás de crédito *ex* art. 68 requiere conocimientos financieros de oportunidad y el

³³ MARTÍNEZ SANZ, F., «Efectos del concurso sobre los contratos mercantiles pendientes», *Noticias Jurídicas*, Bosch on-line, febrero 2004.

estudio de las previsiones de tesorería que permitan comprometerse en el cumplimiento de las prestaciones futuras, al igual que la decisión de rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contra-prestación o precio aplazado, prevista en el art. 69, así como la iniciativa de enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor, con anterioridad a la declaración del concurso, o de rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento *ex art. 70*.

No parece posible la acumulación de los procesos de ejecución a que pueden dar lugar las sentencias de desahucio, según la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, de fecha 30 de noviembre de 2004, que resuelve no ha lugar a acordar la acumulación pretendida por la entidad concursada, pues en la ejecución de una sentencia de desahucio no se tiende a la efectividad de derecho de crédito alguno.

Sin embargo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga, de fecha 24 de abril de 2006, decide exhortar al juzgado de Primera Instancia correspondiente, para que en el procedimiento de desahucio que ordena el lanzamiento acuerde, en protección de la masa activa del concurso, las medidas solicitadas por la administración concursal y que nombre depositario en la persona del arrendador desahuciante de los bienes que no sean objeto del título con las obligaciones inherentes a dicho cargo, así como que fije en ejecución de sentencia, a instancia de la administración concursal, la obligación de abono del valor de los bienes y derechos no separables que forman parte de la masa activa, con cargo al arrendador, nombrando igualmente depositario de éstas.

3.13. *Ejercicio de acciones rescisorias de actos perjudiciales para la masa activa*

El artículo 71 dispone: «1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta...». Se presume perjuicio *iuris tantum*: a) donaciones; b) actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, en general, donaciones; *iuris et de iure*: c) constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes; y, d) transmisiones a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 93), es decir, favorecimiento de acreedores (arts. 71 a 73).

Puede afectar a negocios válidos, que se declaran ineficaces, y que refuerza otras acciones de rescisión civil (arts. 1290 a 1299 del C. civil).

Sobre la aplicación del citado art. 71.1, se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, de fecha 25 de febrero de 2005, que acuerda la rescisión del contrato de «adjudicación en pago de deuda», mediante el cual el deudor transmitió determinadas parcelas de terreno, apenas dos meses antes de la declaración del concurso, en pago de una deuda

preexistente, por alterar, en perjuicio del resto de los acreedores, el principio de la paridad o la llamada *par conditio creditorum*, así como porque la adjudicación de parcelas en pago de deudas no integra la actividad ordinaria de la demandada, que se dedica a la promoción de viviendas.

En relación con el citado art. 71.2 y 3.2.º, sobre favorecimiento de acreedores y constitución de hipoteca para garantizar una obligación preexistente, se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, de fecha 25 de febrero de 2005, que acuerda la rescisión de la constitución de hipoteca, apenas dos meses antes de la declaración del concurso, en garantía de una deuda preexistente de la concursada con tercero, pues constituye un acto que debe presumirse perjudicial para la masa activa, debido a que no nos hallamos ante un pago corriente realizado en el ejercicio de la actividad ordinaria del deudor, sino ante un acto rescindible directamente relacionado con la previa constitución de una hipoteca para garantizar una obligación preexistente, dada la evidente alteración del principio de la paridad o la *par conditio creditorum* en perjuicio del resto de acreedores.

El art. 71.3 dispone: «Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º) Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado...».

Sobre el particular se pronuncia la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Córdoba y de lo Mercantil de la Provincia, de fecha 25 de julio de 2005, que acuerda la rescisión de un contrato de dación de bienes en pago de deudas y de los contratos de arrendamiento de los bienes cedidos al cedente, por considerarlos perjudiciales para la masa, además de haberse celebrado con persona especialmente relacionada con el concursado.

Sigue el art. 71.3: «Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:... 2.º) La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas».

Respecto de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, de fecha 9 de septiembre de 2005, resuelve la rescisión de la garantía pignoratia sobre unas vacas (prenda sin desplazamiento) y la modificación de la calificación del crédito del Banco Urquijo S. A., de privilegio especial a ordinario, con causa en que ha sucedido lo que el legislador previene en el art. 71 de la Ley concursal, esto es, que un acreedor obtiene, dentro del periodo sospechoso, una garantía añadida sobre una deuda aparentemente nueva, pero que en realidad es anterior, mejorando de forma obvia su condición y posición frente a los demás acreedores de la concursada, lo que permite aplicar la previsión del art. 71.3.2.º de la Ley concursal, pues se han constituido garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, o nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, y el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario (art. 71.3), puesto que lo que ha sucedido es que pocos meses

antes de la declaración de concurso, cuando una de las empresas del grupo entra en suspensión de pagos, el Banco Urquijo S. A. logra situarse en una situación ventajosa respecto del resto de acreedores.

4. Informe de la administración concursal³⁴

4.1. *Comunicación de créditos*

El apartado 1 del art. 85 es concordante con lo dispuesto en el art. 21.1, que expresamente cita, sobre llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto, y con el art. 21.4, que ordena a la administración concursal que realice sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso, informándoles de la declaración de éste y del deber de comunicar sus créditos. Recuerda esta obligación de información a los acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede en los demás Estados miembros de la Unión Europea, según el mencionado art. 40 del Reglamento Comunitario, de obligado cumplimiento desde el 31.05.2002, así como lo dispuesto en el art. 214 de la Ley concursal, que impone el deber a la administración concursal de informar sin demora a los acreedores conocidos, que tengan su residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero, de que ha sido declarado en concurso su deudor. Llamo la atención que el plazo para insinuar sus créditos por estos acreedores «extranjeros» (un mes) se computará desde la fecha que reciban la nota o escrito de la administración concursal. Conviene recordar que en procedimiento abreviado el plazo establecido será de quince días (arts. 190 y 191).

En la Primera Mesa Redonda³⁵ del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores», se abordan las siguientes cuestiones:

«a) ¿Deben los administradores aportar los resguardos o documentos acreditativos de haber efectuado las comunicaciones previstas en el artículo 21.4? Parece que no es preceptivo que los administradores aporten los documentos u otros medios acreditativos de esas comunicaciones para la continuación del procedimiento.

³⁴ GÓMEZ MARTÍN, F., «La Administración concursal», *Revista Estudios de Deusto*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Vol. 50/2 Julio-Diciembre 2002.

³⁵ Relator: Antoni Frigola, Magistrado, Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid. Intervinientes: Enrique García García, Magistrado, Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid y Rafael Fuentes Devesa, Magistrado, Juzgado de lo Mercantil de Alicante.

b) ¿Cuál es la sanción por su no aportación? Ninguna, aunque si el deber de realizar las comunicaciones individuales se incumple por los administradores concursales, ello pueda ser considerado justa causa para su separación (art. 37) y, en su caso, generadora de responsabilidad, si es causante de daños (artículo 36).

c) ¿Son gastos de la masa [los de las comunicaciones previstas en el artículo 21.4] o se entienden incluidos en su remuneración? Descartada su integración en la retribución por aranceles, habrá que entender que el importe de los gastos derivados de esas comunicaciones deben considerarse créditos contra la masa, bien por su catalogación como gastos judiciales ocasionados o inherentes a la declaración del concurso (artículo 84.2.2.º), bien por resultar de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal (artículo 84.2.10.º).

d) ¿Qué ocurre cuando la empresa concursada está cerrada y no tiene tesorería alguna? ¿Quién atiende esos gastos de comunicaciones? Una primera aproximación es que puede llevarse a cabo la comunicación por la oficina judicial, aunque no lo prevé la Ley. Me parece más seguro que debe anticiparse el gasto por la administración concursal, como «gajes» del oficio».

4.2. *Plazo para la presentación del informe de la administración concursal*

El plazo para la presentación del informe de la administración concursal será de dos meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos, según el art. 75. Sin embargo, dado que este plazo puede colisionar con el de un mes que los acreedores disponen para la comunicación de sus créditos, a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto de declaración de concurso (art. 85 en relación con el 211.5.º), el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, en Auto de fecha 29 de abril de 2005, considera prudente y razonable que el término para la emisión del informe, por parte de la administración concursal, se inicie desde la última de las publicaciones y no desde la aceptación de dos de ellos o del único en el caso del procedimiento abreviado.

En la Primera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores», se aborda esta cuestión:

«En el caso en que el plazo para la emisión del informe de la Administración concursal finalice antes que el plazo concedido a los acreedores para la comunicación de créditos previsto en el artículo 85 LC, ¿cuál es la mejor forma de actuar por parte del Juez del Concurso? 1) Que la Administración concursal solicite prórroga para la presentación del informe y la documentación complementaria, por entender que se encuentra ante una situación extraordinaria (artículo 74.1 LC). 2) Si la Administración concursal ya ha presentado el informe, tenerlo por presentado, aunque manteniendo sin publicar tal presentación, y esperar el transcurso del plazo del

mes desde la última de las publicaciones del edicto declarando el concurso, y una vez finalizado el mismo acordar que la Administración concursal presente una nueva lista completando la anterior, verificado lo cual se procederá a publicar, según lo previsto en el artículo 95.2 LC».

Así se observa en el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao, de fecha 21 de abril de 2006, que acuerda que el informe del art. 74 LC tiene que presentarse a la terminación del plazo legal, a fin de no incurrir en sanción de pérdida de retribución, sin perjuicio de que la presentación extemporánea de un texto complementario de la lista de acreedores, por cuanto accedan al Juzgado comunicaciones posteriores, dentro o fuera del plazo legal por retardo de las publicaciones oficiales, no dejará de ser eficaz y plenamente conducente a excluir impugnaciones innecesarias, debiendo advertirle la administración concursal si le consta esa eventualidad, a fin de que se retenga la exposición del informe incompleto en la Secretaría.

El mismo Juzgado de lo Mercantil, en Providencia de la misma fecha, resuelve: «1. La anterior ampliación del informe de la administración concursal y sus documentos, respecto del inventario de bienes y derechos, úna-se a los autos de su razón. 2. Comuníquese la presentación de esta ampliación del informe a las partes personadas, haciéndoles saber que pueden examinar el informe y los documentos complementarios en la Secretaría del Juzgado. 3. Anúnciese la presentación de la misma por medio de edictos que se fijarán en el tablón de anuncios del Juzgado. 4. Hágase saber a los interesados que se abre el plazo de diez días, para impugnar los textos del Informe, en su última versión, a contar desde la publicación en el tablón de anuncios».

4.3. *Ausencia de documentos para informar*

En el concurso necesario, en el auto de declaración se requerirá al deudor para que presente los documentos enumerados en el art. 6 (art. 21.1.3.º). Si no lo hiciera, se presume dolo o culpa grave del deudor, en la generación o agravación del estado de insolvencia, salvo prueba en contrario (art. 165.2), que puede dar lugar a que se califique el concurso como culpable.

Cuando el deudor no hubiese cumplido el requerimiento de entrega al Juzgado de la documentación prevista en el citado art. 6, ¿qué respuesta habría de dar la administración concursal, en su informe *ex* art. 75.1.1.º, al ordinal 2.º del apartado 2 del art. 6, es decir, a la memoria? Una primera lectura permitiría una opinión negativa, es decir, nada que analizar y nada que informar. Sin embargo, considero aconsejable, ante la ausencia de la memoria requerida, que la administración concursal hiciese el esfuerzo de indagar sobre los datos a incluir en la citada memoria e informar de los que disponga.

4.4. *Masa activa*

Como consecuencia de la declaración de concurso, todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor, conocidos o no, pasan automáticamente a constituir la masa activa, así como los que se reintegren o adquiera hasta la conclusión del procedimiento (art. 76.1). Es decir, se incorpora a la masa activa el inventario y aquellos bienes o derechos que procedan de las acciones de reintegración, mediante rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. También pueden formar parte de la masa activa los bienes procedentes de la rehabilitación de contratos de préstamo y demás de crédito *ex art. 68*, al igual que los resultantes de la decisión de rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado, prevista en el art. 69, así como consecuencia de enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor, con anterioridad a la declaración del concurso, o de rehabilitar la vigencia del contrato de arrendamiento (derechos de traspaso), hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento, según art. 70.

4.4.1. INVENTARIO

La mención «La administración concursal elaborará a la mayor brevedad posible un inventario...», en el art. 82.1, incorporada por enmienda parlamentaria, aunque indeterminada, puede justificarse en consideración a la utilidad que proporcione su conocimiento a los propios administradores concursales, dando por supuesto que el deudor está debidamente informado sobre la composición de su masa activa, a los fines de conservación o realización, según convenga. El inventario de la masa activa es un documento que se unirá al informe *ex art. 75.2.1.º* y, para su presentación, los administradores concursales disponen del plazo de dos meses desde su aceptación, prorrogable por un mes más, salvo en procedimiento abreviado, donde el plazo es de un mes prorrogable por quince días. No parece factible, en general, que el inventario elaborado por la administración concursal pueda cerrarse el día anterior al de la emisión de su informe, sobre todo si se encuentra con una empresa mercantil o profesional que ha continuado sus actividades, a no ser que una fecha sea la de emisión del informe y otra, posterior, la de su presentación al Juzgado.

4.4.1.1. SALDOS DEUDORES DE LA HACIENDA PÚBLICA

Sobre el tratamiento del IVA soportado y de las retenciones a cuenta de los impuestos personales sobre la renta, a efectos de su integración en la masa activa, se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de fecha 1 de marzo de 2005, y desestima la inclusión de IVA soportado, pues la posible obligación de devolución por la Hacienda Pública nace

al 31 de diciembre de cada año, así como la de la partida «Hacienda Pública, Retenciones y Pagos a Cuenta», puesto que en ningún caso es posible que el pretendido derecho de crédito a favor de la concursada pueda nacer con anterioridad a la expiración del correspondiente periodo impositivo.

4.4.1.2. *GRAVÁMENES, TRABAS Y CARGAS*

En relación con el art. 82.2 y 3, sobre trabas y embargos que afecten a los bienes o derechos inventariados, conviene recordar: a) la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (art. 131.5); y b) el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Ley 1/1994, de 20 de junio (art. 37).

Interesa, al respecto, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 y de lo Mercantil de Santander, de fecha 29 de junio de 2005, la cual resuelve, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.3, que no procede tener en cuenta en el avalúo de la masa activa los embargos, interpretando que dicho precepto únicamente establece que serán tenidos en cuenta en el avalúo en aquellos casos en que las deudas no estén incluidas en la masa pasiva, lo cual resulta lógico puesto que si se incluyen en la masa pasiva y además se tuviesen en cuenta en el avalúo de los bienes embargados, se estaría computando dos veces el mismo crédito, por un lado sumándolo al total de la masa pasiva y, por otro, deduciendo el valor de la masa activa, lo que daría lugar a que dichos documentos no reflejasen la verdadera situación de activo y pasivo.

4.5. *Masa pasiva*

A la solicitud de declaración de concurso acompañará el deudor, entre otros documentos, la relación de acreedores por orden alfabético, con expresión de la identidad de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones (art. 6.2.4.º). Creo que no se han considerado posibles procedimientos administrativos de apremio en curso, cuyo conocimiento también hubiese sido relevante. Si no acompañare alguno de los documentos mencionados en el referido artículo, el deudor deberá expresar la causa (art. 6.5). Los apartados 2, 3 y 4 del mentado art. 6 pueden relacionarse con el art. 13.2, sobre la posible justificación o subsanación de defectos que adoleciera la solicitud de concurso voluntario, que faculta al Juez para declarar no haber lugar a su admisión, cuando no se justifique o subsane lo señalado al solicitante. En el concurso necesario, el deudor será requerido para que presente los documentos enumerados en el art. 6 (art. 21.1.3.º), aunque su incumplimiento no suspenderá la tramitación del procedimiento ni permitirá su sobre-

seimiento, pero puede ser causa de calificación de concurso culpable (art. 165.2.º).

4.5.1. FECHA DE REFERENCIA DE LA LISTA DE ACREEDORES

Dispone el art. 94: «Al informe de la administración concursal se acompañará la lista de acreedores, referida a la fecha de solicitud del concurso...». Dada la contradicción del texto «...a la fecha de solicitud del concurso» con lo establecido en el art. 49, que ordena la integración de todos los acreedores en la masa pasiva, una vez declarado el concurso, las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil n.º 1 Vitoria-Gasteiz, de fecha 21 de junio de 2005, y de Málaga, de fecha 18 de julio de 2005, han interpretado que dicha lista de acreedores debe referirse a la fecha de declaración del concurso.

4.5.2. CONTENIDO DE LA LISTA DE ACREEDORES

Conviene recordar el art. 86.1, sobre facultades de la administración concursal relativas a la adopción de decisiones para reconocimiento o exclusión de créditos, que en el apartado 1 del art. 94 se plasma la lista de acreedores, compuesta de dos relaciones: una de los créditos incluidos (reconocidos) y otra de los excluidos (no reconocidos).

4.5.2.1. RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

No procede incluir la retribución de la administración concursal en la lista de acreedores, pues son créditos a cargo de la masa o contra la masa (art. 34), como señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil de La Coruña, de fecha 7 de enero de 2005, debiendo figurar en la relación de créditos contra la masa *ex art.* 94.4, en su caso.

El apartado 5 del artículo 4 del RD 1860/2004, que aprueba el arancel sobre derechos de los administradores concursales, establece: «En el caso de que el juez hubiera ordenado la tramitación abreviada del concurso, la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en este artículo se incrementará entre un 5 por ciento y un 25 por ciento, si la administración concursal estuviera integrada por un único miembro»; y, el art. 5 dispone: «1. La cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en el artículo anterior se reducirá un 25 por ciento, cuando se hubiera cesado o suspendido o cuando cese o se suspenda la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. 2. Si el cese o la suspensión fueran parciales, el juez determinará a su prudente arbitrio el porcentaje de la reducción». Se observa que el incremento es facultad discrecional del Juez del concurso (entre un 5 y un 25%) y la reducción imperativa (25%), si el cese fuera total, que supone menor retribución cuanto mayor sea el incremento, aunque es de esperar que los Magistrados de lo Mercantil interpreten razonablemente la desacertada literalidad reglamentaria.

En el estudio de la retribución de los administradores concursales, no puede silenciarse la decepción sufrida por las profesiones llamadas al ejercicio de este cargo, cuando conocieron el referido arancel y las exiguas cantidades resultantes de su aplicación, en la mayoría de los concursos con masas activas y pasivas de escasa cuantía, sin que se hubiesen atendido las fundadas recomendaciones sobre el establecimiento de un mínimo decoroso.

4.5.2.2. *PERIODIFICACIÓN DE CRÉDITOS POR RETENCIONES DE IRPF Y PARA LA TGSS*³⁶

En relación con las nóminas, si se encontrasen a medio camino para su liquidación, por no haber finalizado el mes correspondiente, cuando se inicie el procedimiento de concurso (auto de declaración), no habría llegado el momento de practicar retención alguna, a cuenta del IRPF (arts. 1, 2.1, 6.1, 16.1, 101.1 y 107.1 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), que tendrá lugar en la fecha de pago, o para cotizar a la Seguridad Social (art. 104), cuya liquidación también se practicará cuando nazca la obligación salarial, es decir, al finalizar el mes correspondiente, luego no cabe plantear provisión de ninguna clase y menos aún calcular ambas retenciones sobre parte de las nóminas, para su inclusión en la lista de acreedores, pues a la fecha de la declaración de concurso, salvo que coincidiese con el último día de mes, no han nacido como créditos concursales. Cuando nazcan, en la fecha de pago de las nóminas (retenciones IRPF) o al finalizar el mes durante el cual fue declarado el concurso (cuota obrera TGSS), no serán créditos concursales sino créditos contra la masa (art. 84.2.5.º).

Conviene mencionar el art. 1090 del Código Civil, para recordar que el deber de retener a cuenta de los impuestos personales sobre la renta y de cotización a la Seguridad Social, causa de las obligaciones de pago a la Hacienda Pública y a la TGSS (prestación), nace de la Ley General Tributaria y de las Leyes de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y de Sociedades, así como de la Ley General de la Seguridad Social (leyes especiales).

Se refieren a esta cuestión, relativa al derecho de crédito por retenciones del IRPF, las Sentencias pronunciadas por D. Javier Antón Guijarro, Magistrado-Juez de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de fechas 31 de mayo de 2005 y 11 de mayo de 2006, en las que resuelve que únicamente las retenciones

³⁶ GÓMEZ MARTÍN, F., «Periodificación salarial, tributaria y de cotizaciones sociales en el concurso de acreedores», *Revista Técnica Tributaria*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Núm. 70, julio/septiembre 2005.

practicadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso pueden ser tenidas como créditos contra la masa, en la medida en que traen causa en el ejercicio de la actividad empresarial del concursado desarrollado tras dicho momento y encuentran acomodo en el n.º 5 del Art. 84.2 LC, para lo cual la propia Ley atiende al momento de nacimiento del crédito no al de su exigibilidad, y así repara en que ambos momentos pueden aparecer disociados e incluso distantes en el tiempo en casos como el de las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo (n.º 5 Art. 84.2) o el de las obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado (n.º 10 Art. 84. 2), a pesar de lo cual si su nacimiento fuera previo a la declaración del concurso serán en todo caso créditos concursales y no contra la masa.

4.5.2.3. PERIODIFICACIÓN DEL IVA

Si se acepta que la lista de acreedores debe referirse a la fecha del auto de declaración de concurso, puede darse el caso de la periodificación del IVA, en el supuesto temporal de que la fecha del auto de declaración de concurso sea distinta a la del final de un mes o trimestre, es decir, que proceda compensar los saldos figurados en las cuentas 472 «HP, IVA soportado» y 477 «HP, IVA repercutido», del PGC, y que el exceso del IVA repercutido sobre el IVA soportado deducible sea abonado a la cuenta 4750 «HP, acreedor por IVA», cuyo crédito será incluido en la lista de acreedores.

Con matices, es la autorizada opinión del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, en la Sentencia de fecha 26 de junio de 2005, al concluir que únicamente el crédito por IVA devengado con posterioridad a la fecha de declaración del concurso, con independencia del momento de su liquidación, puede disfrutar del reconocimiento de crédito contra la masa, y que no puede resultar relevante a esta finalidad el momento en que tenga lugar la liquidación del impuesto.

En parecidos términos resuelve el mismo Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, en Sentencia de fecha 24 de junio de 2005, cuando considera que tales obligaciones tributarias por IVA únicamente pueden gozar del reconocimiento de créditos contra la masa si hubieran nacido en el espacio temporal que viene delimitado como *dies a quo* por el momento de declaración del concurso y como *dies ad quem* por aquél en que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso, todo ello conforme se dispone en el art. 84-2-5.º LC y que no puede, por lo tanto, desconocerse que la fecha de la declaración del concurso se erige por el legislador como el momento preciso y determinante para configurar los créditos que puedan nacer en lo sucesivo como créditos contra la masa.

El mismo Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, en la Sentencia de 11 de mayo de 2006, reitera el criterio expresado anteriormente.

4.5.2.4. FACTURAS RECTIFICATIVAS DEL IVA

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en el art. 7, modifica la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, e introduce la modificación del apartado tres del artículo 80 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Dos aspectos se abordan en esta modificación, a saber: a) el sujeto pasivo podrá recuperar el IVA devengado cuando el destinatario de la operación sea declarado en concurso (insolvente), pero deberá hacerlo en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto de declaración de concurso; b) cuando se sobresea el proceso concursal [no expediente], el sujeto pasivo anteriormente mencionado deberá volver a repercutir el IVA recuperado. Son causas de conclusión (finalización y terminación) del concurso y archivo de las actuaciones [la nueva Ley no menciona sobreseimiento³⁷ alguno, aunque puede considerarse sinónimo], las tasadas en el art. 176.

Conviene consultar el Real Decreto 87/2005, de 31 de enero, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, el Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, y el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, en particular, el artículo primero de modificación del citado Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, que modifica el artículo 24.

Conviene recordar que el sujeto pasivo podrá recuperar el IVA devengado cuando el destinatario de la operación sea declarado en concurso (insolvente), pero deberá hacerlo en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto de declaración de concurso.

En caso de que el destinatario de las operaciones tenga la condición de empresario o profesional, deberá comunicar a la Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria correspondiente a su domicilio fiscal la circunstancia de haber recibido las facturas rectificativas que le envíe el acreedor, y consignará el importe total de las cuotas rectificadas y, en su caso, el de las no deducibles, en el mismo plazo previsto para la presentación de la declaración-liquidación. Cuando el destinatario de las operaciones hubiese sido declarado en concurso y suspendido en sus facultades de administración, será la administración concursal la obligada a dicha comunicación. Además de la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, en la declaración-liquidación correspondiente al período en que se hayan recibido las facturas rectificativas de las operaciones, el citado destinatario deberá hacer constar el importe de las cuotas rectificadas como mino-

³⁷ DRAE: Poner término al proceso judicial.

ración de las cuotas deducidas. Dispone, con carácter general, que el destinatario de las operaciones presentará declaración-liquidación correspondiente al periodo en que se hayan recibido las facturas rectificativas y hará constar el importe de las cuotas rectificadas como minoración de las cuotas deducidas. Pero si el destinatario de las operaciones hubiese sido declarado en concurso, esta pretensión de que, por virtud de la «suma algebraica», se ingresen las cuotas rectificadas u opere la compensación, pugna con la esencia del Derecho concursal y puede violar uno de sus pilares básicos: la *par conditio creditorum*. Efectivamente, declarado el concurso, integran la masa pasiva todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, según dispone el art. 49 de la Ley concursal, y se observa en el art. 84.1, concordante con el anteriormente citado art. 49, que excluye de la masa pasiva, expresamente, los créditos contra la masa, es decir, entre otros, aquellos que la doctrina y la jurisprudencia viene denominando «deudas de la masa» y «créditos prededucibles». Pues bien, si se da el tratamiento reglamentario a las cuotas rectificadas, en sede concursal, se habrán convertido en créditos contra la masa. Parece más seguro, y respetuoso con el Derecho concursal, que el destinatario de la operación, declarado en concurso, cuando reciba las facturas rectificativas del sujeto pasivo, atribuya el crédito correspondiente a la Hacienda Pública, acreedor por IVA, en la masa pasiva, y se lo haga saber a la AEAT, por medio de la comunicación ordenada en este precepto, a la que acompañará la declaración-liquidación correspondiente, en la que dejará constancia del crédito nacido a favor de la Hacienda Pública, por subrogación, con cargo al sujeto pasivo acreedor.

La opinión expresada se observa en el Auto del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 9 y Mercantil de Córdoba, de fecha 2 de junio de 2005: «Razonamientos Jurídicos. 6.- Tampoco cabe afirmar que como consecuencia de la emisión de las facturas rectificativas de IVA nazca o surja un crédito postconcursal (categoría, por cierto, inexistente en relación con la nueva legislación concursal, puesto que en el seno del procedimiento de concurso los créditos son o concursales o contra la masa, según establece el artículo 84 de la Ley Concursal), pues el crédito sigue siendo el mismo, si bien se modifica su titularidad, a través de una novación modificativa parcial en la persona del acreedor, en este caso la Agencia Tributaria».

No participa de esta interpretación Rodríguez³⁸, quien presenta, entre otras, la siguiente conclusión: «6. El crédito que nace con motivo de la modificación de la base imponible del IVA surge con posterioridad a la declaración del concurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 80 apartado 3 y 114 apartado 2 número 2 *in fine* de la LIVA. De conformidad con el artículo 84

³⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Ángel, «La modificación de la base imponible del IVA ante la existencia de un proceso concursal», *Contabilidad y Tributación. Comentarios y Casos Prácticos*, núm. 278, mayo 2006, Centro de Estudios Financieros, pp. 83-98.

apartado 2 número 10 de la LC dicho crédito tiene el carácter de crédito contra la masa y debe ser atendido a su vencimiento. El segundo de los preceptos antes mencionados obliga a que este crédito se incluya en la declaración-liquidación a presentar en el período impositivo en que se ha recibido la factura rectificativa».

4.5.2.5. CRÉDITOS SOMETIDOS A CONDICIÓN RESOLUTORIA O SUSPENSIVA

El artículo 87 de la Ley concursal contempla determinados supuestos especiales de reconocimiento de créditos, particularmente aquellos sometidos a condición, resolutoria o suspensiva, los litigiosos y los afianzados.

Los créditos sometidos a condición suspensiva³⁹ y los litigiosos⁴⁰ serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio, sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación (art. 87.3).

Cuando el juez del concurso estimase probable la confirmación del crédito contingente, a petición de parte, podrá acordar las siguientes medidas cautelares: a) la constitución de provisiones con cargo a la masa, que no sé muy bien lo que quiere decir, aunque interpreto que la administración concursal deberá provisionar, o sea, anotar como contingencia, entre las obligaciones presuntas, el importe de dichas obligaciones sujetas a condición suspensiva; b) prestación de fianza; c) cualesquiera otras (art. 87.4). Las dotaciones de provisiones para estos riesgos, cuando el concursado fuese sujeto contable⁴¹, no ofrecerá dificultades a la administración concursal, para registrar u ordenar el correspondiente asiento contable. Sin embargo, cuando la situación patrimonial del deudor fuese deficitaria, dicha medida cautelar de constitución de provisiones contables no será efectiva, si por efectividad consideramos la retención o afectación de fondos propios a los derechos del titular del crédito contingente. Sobre la prestación de fianza, por parte del deudor, no parece que pueda ser personal ni de garantías personales de terceros,

³⁹ La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación. La obligación bajo condición suspensiva es la que puede existir o no existir, según que un acontecimiento futuro e incierto suceda o no suceda.

⁴⁰ STS (Sala de lo Civil) 28.02.1991. Fundamentos de Derecho. Sexto.

⁴¹ El concepto de sujeto contable se recupera de la doctrina en el Real Decreto 296/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el régimen simplificado de la contabilidad, aunque ya se mencionó en la Disposición final Primera REAL DECRETO 1815/91, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las Normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas.

así como tampoco cabe pensar en garantías reales constituidas sobre bienes de su masa activa a favor de acreedores contingentes, pues tales afianzamientos quebrantarían la *pars conditio creditorum*. Parece más seguro que la mención a las fianzas se refiere a las que puede exigir el Juez a terceros titulares de créditos sujetos a condición resolutoria, para tener derecho a figurar en lista de acreedores «con cuantía» y a su pleno ejercicio, como cualquier otro acreedor, con vistas al convenio, por ejemplo.

Sobre esta materia se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha 3 de enero de 2005, y acuerda que como el acreedor dispone de una sentencia de condena dictada por el Juzgado de Primera Instancia confirmada en apelación, aunque no firme por mediar recurso de casación, contra la concursada, tras haber obtenido pronunciamiento favorable en las dos instancias, el juicio de probabilidad respecto al crédito de la acreedora debe resultar positivo, por lo que se cumple el requisito exigido por el n.º 4 del artículo 87 de la Ley Concursal para que resulte procedente la medida por ella instada; en este caso, la constitución de una provisión con cargo a la masa.

4.5.2.5.1. Crédito bancario por efectos descontados

Paradigma de créditos contingentes, con causa en condición suspensiva, son las «Deudas por efectos descontados», generalmente adeudadas a entidades de crédito, contrapartida contable de la rúbrica «Clientes efectos comerciales descontados». Se trata de una partida del pasivo exigible sujeto a condición suspensiva, aunque su inclusión en la lista de acreedores, por la administración concursal, dependerá del estudio particular del caso concreto, que obliga a incluir estos créditos sin cuantía, cuando los efectos no hayan vencido aún, o con el importe reclamado por la entidad de crédito, cuando justifique que han resultado impagados y los devuelva al cedente-descontante (concurado). Estos comentarios, pensando en la letra de cambio, pueden extenderse al pagaré y al cheque, consecuencia de su endoso.

Problemática similar a la expuesta, sobre la posición acreedora de las entidades de crédito, por descuento de efectos comerciales, se produce respecto de los acreedores a quienes se hubiese endosado efectos comerciales en cartera para pago de sus créditos *pro solvendo*. Su inclusión en la lista de acreedores «con cuantía» dependerá de que los endosatarios entreguen los títulos correspondientes a la administración concursal, bien por encontrarse los efectos endosados pendientes de vencimiento o por haber resultado impagados. En otro caso, es decir, si los conserva el acreedor, bien por su espera al vencimiento, que será lo normal, bien para el ejercicio de acciones contra el librado, la administración concursal incluirá el crédito «sin cuantía», por tratarse de créditos contingentes sujetos a condición suspensiva.

En la Primera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores», se aborda esta cuestión:

«¿Qué reconocimiento y calificación merece el crédito bancario por los efectos descontados que todavía estuviesen pendientes de vencimiento al tiempo de la declaración del concurso?... La clasificación concursal del crédito bancario por los efectos que todavía estuviesen pendientes de vencimiento debe reconducirse a la consideración de crédito contingente (arts. 87 n.º 3 y 5 de la Ley Concursal)... Procede, por lo tanto, distinguir entre efectos definitivamente impagados, que han de ser reconocidos como crédito concursal, y los pendientes de vencimiento, que se considerarán crédito contingente (arts. 87 n.º 3 y 5 de la Ley Concursal)».

4.5.3. CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS

Según la exposición de motivos:

«La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas...».

En el artículo 89 y en los inmediatos siguientes (90 a 93) de la Ley concursal, se comprueba la llamada poda de privilegios, en comparación con el Derecho concursal derogado, así como la nueva clasificación de créditos concursales: privilegio especial *ex art. 90* (hipotecarios, prendarios, refaccionarios, *leasing*, etc.); privilegio general *ex art. 91* (laborales e institucionales, etc.); ordinarios; y, subordinados *ex art. 92* (morosos, participativos, intereses, sanciones, etc., y personas especialmente vinculadas con el deudor, según el art. 93).

4.5.3.1. CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS AFIANZADOS

Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador, como consecuencia natural de la facultad del acreedor afianzado a reclamar o no al fiador. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador, según dispone el art. 87.6. Se refiere a la clasificación que les corresponda *ex arts. 89 a 92* y puede pretender que no mejore la calificación jurídica del crédito principal si disfrutase de mejor posición el fiador, es decir, cuando haya sido sustituido el titular del crédito, caso de pago por el fiador, se opta-

rá, en la clasificación de estos créditos, por la que resulte menos gravosa para el concurso, entre las que corresponda al acreedor y al fiador⁴².

Merece lectura reposada la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 5 de junio de 2005, que concluye que el sentido del artículo 87.6 inciso segundo LC es el de considerar postergados sólo aquellos créditos de los fiadores especialmente relacionados con el deudor, una vez que se hayan subrogado en la posición jurídica del acreedor principal, como consecuencia del pago.

La misma decisión adopta la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de fecha 8 de junio de 2005, y acuerda que la administración concursal deberá reconocer y calificar el derecho del acreedor principal conforme le corresponda, en aplicación de la clase de crédito de que se trate y del privilegio que legalmente pueda tener reconocido (arts. 89 a 92 LC), y únicamente en el caso de que el fiador lleve a cabo el pago al deudor concursado, y así lo comunique oportunamente a la administración concursal, será cuando entre en juego la aplicación del repetido inciso segundo del art. 87-6 LC, conclusión que por otra parte se ve reforzada si tenemos presente que la norma cuestionada se ubica sistemáticamente en sede de «Comunicación y reconocimiento de créditos» (Sección 2.ª, Capítulo III, Título IV de la Ley) y no en sede de «Clasificación de los créditos» (Sección 3.ª), como sería lógico en el caso de tratarse de una regla de subordinación legal.

De igual modo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, de fecha 14 de julio de 2005, que cita la anterior Sentencia de Oviedo, entre otras, considera que la tesis que ha dado en denominarse «literalista» descontextualiza el párrafo en que se prevé que «en la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador», y que el hecho de que el crédito goce de garantía personal no supone limitación alguna, ni cuantitativa ni cualitativa, a su reconocimiento, cuando el apartado 6 del art. 87 de la Ley concursal prevé expresamente la posibilidad de que el fiador, caso de pagar al acreedor, sustituya a éste en el concurso, y es en relación con esta previsión de subrogación que entra en juego el inciso objeto de la controversia. Efectivamente, si tal inciso no existiera, se daría la paradoja de que personas, concretamente las denominadas en el art. 92.5.º de la Ley

⁴² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, de fecha 22.03.2005, y Acta de la reunión de Jueces de lo Mercantil de Madrid, de fecha 05.04.2005: «*Que la interpretación más razonable del artículo 87.6 de la ley Concursal pasaría por entender que la calificación menos gravosa para el concurso entre las que corresponden al acreedor y al fiador sólo operaría en caso de que el fiador (que en ocasiones podría estar llamado a ser un subordinado) hubiese sustituido por el pago al acreedor, no siendo aplicable al crédito del acreedor cuando éste siga teniendo tal condición*».

concursal como «personas especialmente relacionadas con el deudor», definidas en el art. 93 de la Ley concursal, respecto de las que la Ley concursal ha previsto una «degradación» de su cualidad de acreedor, otorgando a los créditos de que son titulares la calificación de subordinados, eludirían estas consecuencias negativas mediante la subrogación en el lugar del acreedor al que han hecho pago del crédito en virtud de la fianza prestada, a la vista de la naturaleza de la institución de la subrogación (fundamentalmente, arts. 1212 y 1839 del Código Civil), conforme a la cual el fiador que paga y se subroga en el lugar del acreedor principal lo hace en la situación que éste tenía, es decir, con todos los derechos inherentes al crédito de este acreedor principal. Para evitar esta situación, el legislador introduce, a continuación de la previsión de subrogación del fiador *solvens* en el lugar del acreedor principal, el inciso en cuestión. Conforme a éste, estos créditos (los que ostentan los fiadores que se subrogan por pago al acreedor), en todo caso, serán calificados del modo menos gravoso para el concurso entre los que correspondan al acreedor y al fiador. Por ello, si el fiador es una persona especialmente relacionada con el concursado, el crédito que ostenta por subrogación será calificado como subordinado «en todo caso», es decir, ya fuera el crédito del acreedor principal un crédito ordinario, o fuera privilegiado Y también, por aplicación de la expresión «en todo caso», la calificación del crédito del fiador subrogado del modo menos gravoso para el concurso se producirá cuando se esté en la situación inversa, esto es, cuando fuera el crédito principal subordinado por ser el acreedor una persona especialmente relacionada con el concursado, y sin embargo carecer de tal cualidad el fiador.

Asimismo, la Sentencia del Juzgado Primera Instancia n.º 9 de Córdoba y de lo Mercantil de la Provincia, de fecha 28 de junio de 2005, interpreta que el artículo 87.6 sobre los créditos afianzados por personas especialmente relacionadas con el concursado no puede tener como consecuencia jurídica la aplicación a esos créditos de la calificación que correspondería al crédito de reembolso de esas personas, mientras no se haya producido el pago del garante y, con él, la sustitución en la titularidad del crédito, pues no puede sancionarse al acreedor afianzado hasta el extremo, dados los gravosos efectos que la subordinación produce, de anular el valor de este crédito en el concurso, y acuerda que la administración concursal ha de reconocer el crédito del acreedor con fianza de tercero, antes de que éste haya pagado, por su importe y sin limitación alguna, y clasificarlo dentro de la clase que le corresponda conforme a los artículos 89 y siguientes de la Ley concursal, sin que la que pudiera corresponder, en su caso, al crédito del fiador influya ni condicione en forma alguna aquella calificación, puesto que la norma contenida en el último inciso del apartado 6 del artículo 87 sólo es de aplicación en el supuesto de que el fiador se haya subrogado por pago en el crédito afianzado y el acreedor o el fiador sean personas especialmente relacionadas con el deudor.

En la Primera Mesa Redonda⁴³ del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores», se aborda esta cuestión: «Los acreedores titulares de un crédito afianzado por un tercero especialmente relacionado con el deudor ¿deben ver calificado su crédito privilegiado como subordinado? Se reconoce que, hasta el momento, las resoluciones judiciales dictadas sobre el alcance del artículo 87.6.º LC, y se decantan por la llamada interpretación correctora *versus* literalista.

En la misma dirección el dictamen de Olivencia, de fecha 23 de marzo de 2005, que presenta las siguientes conclusiones:

«Primera.- En caso de concurso del deudor, la administración concursal ha de reconocer el crédito del acreedor con fianza de tercero, antes de que éste haya pagado, por su importe y sin limitación alguna, y clasificarlo dentro de la clase que le corresponda, conforme a los arts. 89 y siguientes de la Sección 3A del Capítulo III del Título IV LC, sin que la que pudiera corresponder, en su caso, al crédito del fiador influya ni condicione en forma alguna aquella calificación. Segunda.- La norma contenida en el último inciso del apartado 6 del artículo 87 sólo es de aplicación en el supuesto de que el fiador se haya subrogado por pago en el crédito afianzado y el acreedor o el fiador sean personas especialmente relacionadas con el deudor. Tercera.- En el supuesto contemplado en la conclusión anterior, el crédito concursal será clasificado de subordinado, con pérdida de las garantías de cualquier clase constituidas a su favor. Cuarta.- El caso de la fianza real y de subrogación por pago del garante no entra en el supuesto de hecho del art. 87.6, ni le es, por tanto, aplicable la consecuencia prevista en su último inciso, porque se trata de una norma excepcional y no procede su aplicación analógica ni su interpretación extensiva».

Sin embargo, me parece más segura la interpretación del maestro Rojo⁴⁴, que presenta la siguiente conclusión: «La norma legal analizada es una norma dura y asimétrica; pero responde a unos postulados de política Legislativa —es decir, que tiene un “espíritu” y una “finalidad”— que son coherentes con la “funcionalidad” del sistema concursal instaurado por la Ley 22/2003, de 9 de julio. No es posible negar que se trata de una norma discutible en el plano de las opciones de política legislativa. Pero no se trata de una norma que no sea clara, aunque las consecuencias de la aplicación de la misma no satisfagan a determinadas “categorías” de acreedores o a determinados estu-

⁴³ Relator: Antoni Frigola, Magistrado, Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid. Intervinientes: Enrique García García, Magistrado, Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid y Rafael Fuentes Devesa, Magistrado, Juzgado de lo Mercantil de Alicante.

⁴⁴ ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, Á., «La calificación de los créditos concursales con garantía personal», *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 32, 3ª época, enero 2006, pp. 13-39.

diosos. Esa “insatisfacción”, sin embargo, no legitima para forzar los textos legales a fin de que digan aquello que no dicen, por muy autorizadas que sean las opiniones en las que se pretenda fundamentar esa “tergiversación” del dato normativo. Si la norma se considera desacertada y peligrosa, debe impetrarse del legislador la modificación o la derogación de la misma. Ése –y sólo ése– es el camino. En tanto no tenga lugar esa modificación o esa derogación, hay que aplicarla en los términos en que ha sido concebida y aprobada».

4.5.3.2. *CLASIFICACIÓN DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN, POSTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, DE LAS PAGAS EXTRAORDINARIAS*

En la Primera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores», se aborda esta cuestión:

«Los créditos por salarios de tramitación fijados por resolución judicial dictada con posterioridad a la declaración de concurso, ¿cómo se clasifican?». Ante las dos opciones planteadas: a) si se equiparan a salarios o b) si se equiparan a indemnizaciones, se inclinan a favor de la interpretación estricta:

I) el art. 84.2.1 se refiere a salarios en tanto que los arts. 84.2.5 y 91.1 contemplan expresamente salario e indemnizaciones, por lo que parece que discrimina al no equiparlo.

II) el art. 84.2.1 habla de salario por los últimos treinta días de trabajo, por lo que parece referirse a salarios en sentido estricto, por el trabajo efectivo (art. 26.1 ET) y no indemnizaciones que no es salario (art. 26.2 ET).

III) el art. 32.1 ET, que es el equivalente extraconcursal al art. 84.2.1, habla de salario en tanto que la equiparación a efectos de preferencia la establece el art. 32.3 ET, según redacción dada por la LC (Disposición final decimocuarta).

IV) la doctrina jurisprudencial social otorga naturaleza indemnizatoria a los salarios de tramitación.

Sobre la clasificación de las pagas extraordinarias, resuelve la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, de fecha 21 de marzo de 2005: a) rechaza la pretensión de que para determinar el salario mínimo interprofesional, que sirve de base para el cálculo del límite del privilegio, deba incluirse la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias; b) en cuanto a la forma de determinación del número de días de salario pendientes de pago, la forma adecuada de calcularla es dividiendo el total de deuda pendiente de pago por el salario diario del trabajador, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias; c) el crédito del impugnante, en concepto de pagas extraordinarias, debe clasificarse como crédito con privilegio general del n.º

1 del artículo 91 de la LC, y en lo que exceda el total de los créditos por salarios adeudados, del triple del salario mínimo interprofesional, sin incluir el prorrateo de pagas extraordinarias, multiplicado por el número de días de salario pendientes de pago, se calificará como crédito ordinario.

4.5.3.3. CLASIFICACIÓN DEL CRÉDITO TRIBUTARIO Y DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Los créditos públicos pueden clasificarse en cualquiera de las categorías establecidas en el art. 89.

4.5.3.3.1. Privilegio general ex art. 91.4

Se ha suscitado abundante litigiosidad sobre la clasificación de los créditos tributarios y de la Tesorería General de la Seguridad Social, que ha sido objeto de numerosas Resoluciones por los Juzgados de lo Mercantil, no siempre pacíficas, en particular, respecto del privilegio general del art. 91.4⁴⁵, a cuyo 50%, calculado sobre la suma de créditos que no gozan de privilegio especial, ni traen causa en retenciones de los impuestos personales sobre la renta o de cotizaciones sociales de los trabajadores, ni han sido postergados como subordinados (intereses y sanciones), se atribuye mayoritariamente privilegio general, y al restante 50% la calificación jurídica de crédito ordinario. Sobre el método para el cálculo del privilegio general del art. 91.4.º, además de las resoluciones mencionadas, se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de fecha 31 de mayo de 2005, y considera que la expresión discutida y poco afortunada del «conjunto de los créditos», empleada por el inciso segundo del apartado 4.º del art. 91 LC, deberá ser interpretada en una hermenéutica razonable de la norma, trascendiendo su mera literalidad (art. 3-1 C. Civil), teniendo presente su ubicación sistemática dentro del propio art. 91 como un cómputo selectivo comprensivo únicamente del conjunto de las cantidades restantes y que no gocen de ningún otro privilegio, pues una interpretación distinta conduciría, además, al tratamiento injustificado de dotar de un doble privilegio a las sumas por

⁴⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid, de 04.03.2005; SJM de Navarra, de 23.03.2005; SJM n.º 2 de Barcelona, de 29.03.2005; SJM n.º 5 de Madrid, de 29.03.2005; SJM n.º 4 de Barcelona, de 04.04.2005; SJM de Navarra, de 02.05.2005; SJM de Alicante, de 05.05.2005; SJM n.º 4 de Madrid, de 17.06.2005; SJM de Santander, de 10.06.2005; SJM de Vitoria, de 23.09.2005; SJM de Santander, de 29.09.2005; SJM n.º 5 de Madrid, de 29.03.2005; SJM de Santander, de 30.09.2005.

«Nuevo Derecho Concursal», *Abogado*, con la colaboración de Fernando Gómez Martín, Auditor de cuentas, Profesores de Derecho concursal en la Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

retenciones, una primera *ex* apartado 2.º del art. 91 y una segunda al utilizarlas además para el cómputo del privilegio del apartado 4.º.

De igual manera, interesa destacar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, de fecha 23 de junio de 2005, la cual interpreta que la base a la que debería aplicarse el porcentaje del 50% estaría constituida por el importe del privilegio definido en la primera parte de la norma (art. 91.4.º), es decir, el que resulta de deducir, de los créditos que menciona, el importe de otros privilegios (los contemplados en los arts. 90.1.1.º y 91.2 de la Ley concursal), y que si el art. 91.4.º no hace referencia a la necesidad de deducir –además de los otros privilegios– el importe de los créditos subordinados para hallar la base a la que aplicar el 50%, ello se debe, bien a un olvido involuntario, o bien –acaso con mayor probabilidad de acierto– a consideraciones de carácter sistemático derivadas de que, no estando destinado el precepto a disciplinar el tratamiento de los créditos subordinados, no se consideró necesaria esa específica matización, tal vez por reputarse sobrentendida en la propia naturaleza y finalidad de la subordinación crediticia.

Interpretación diferente se deduce de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria, de fecha 23 de septiembre de 2005, la cual reputa inteligencia correcta la que desemboca en el cálculo de la lista de acreedores, de excluir de la base de cálculo los créditos subordinados, extraer el cincuenta por ciento del resto de créditos públicos, y de éste descontar lo ya privilegiado conforme arts. 90 y 91.2.º LC.

Idéntica fórmula de cálculo, para la clasificación del art. 91.4.º, referido al crédito de la TGSS, se observa en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, de fecha 15 de febrero de 2006, que cita la anterior de Vitoria, así como la doctrina del Profesor González Bilbao, es decir, considera el conjunto de los créditos de la administración pública, como minuyendo, de los que detrae los subordinados (intereses, sanciones y recargos), como sustraendo, para calcular el 50% del resto, que será el límite de los tres privilegios que establecen los arts. 90.1, 91.2.º y 91.4.º.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, de fecha 29 de marzo de 2006, mantiene el criterio mayoritario, aunque se hace eco de las interpretaciones de otros Juzgados de lo Mercantil, para concluir que la fijación de la base para el cálculo ha de hacerse recogiendo los créditos de la Seguridad Social o de la Hacienda Pública, partiendo de los créditos existentes y que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.º de este artículo, es decir, es el conjunto de los créditos referidos (excluidos los señalados) los que el legislador ha querido que formen parte de la base para el cálculo que posteriormente se fija, y plantea si para el cálculo de dicho porcentaje se ha de recoger en la base la cuantía de los créditos subordinados, considerando que procede excluir de dicha base su cuantía por la propia naturaleza de los créditos subordinados.

El mismo criterio parece desprenderse de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de fecha 10 de mayo de 2006, que reitera la interpretación citada en su Sentencia de fecha 31.05.2005.

En la Primera Mesa Redonda⁴⁶ del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores», se aborda esta cuestión:

«Los métodos de cálculo del privilegio regulado en el artículo 91.4.º LC. Sin embargo, no es una dificultad insalvable, si entendemos que con la expresión “conjunto de todos sus créditos” el legislador no se está refiriendo a los créditos que hayan sido calificados con privilegio especial, general del artículo 91.2.º LC y subordinados, sino para referirse al resto, que también configuran un conjunto de créditos de Hacienda Pública o de la Tesorería General de la Seguridad Social. De este modo la expresión “conjunto de todos sus créditos” se quiere referir globalmente y sin exclusiones a la multiplicidad de tributos existentes en nuestro ordenamiento, según lo previsto en el artículo 2 LGT...».

El magistrado Rodríguez Achútegui⁴⁷, además de estudiar la calificación del recargo como subordinado, repasa las tesis de las administraciones públicas y la opuesta, defendida por el profesor González Bilbao⁴⁸, así como una tesis intermedia que están manteniendo los Juzgados Mercantiles, mayoritariamente, y destaca que esta última disminuye el importe del crédito público con privilegio general, pero no lo excluye totalmente.

El Anteproyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, del Ministerio de Justicia, fechado en febrero de 2006, en su afán de blindar el cálculo del privilegio especial *ex art.* 91.4.º, incluye la siguiente Disposición final séptima:

«Modificación de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal. El número 4 del artículo 91 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, queda redactado como sigue: 4. Los créditos tributarios y demás de derecho público así como los créditos de la Seguridad Social, incluidos los recargos, que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.º de este artículo. En caso de convenio concursal, el privilegio general previsto en este apartado que-

⁴⁶ Relator: Antoni Frigola, Magistrado, Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid. Intervinientes: Enrique García García, Magistrado, Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid y Rafael Fuentes Devesa, Magistrado, Juzgado de lo Mercantil de Alicante.

⁴⁷ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «El privilegio general del art. 91.4 de la Ley concursal», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n.º 3, abril 2006, pp. 11-18.

⁴⁸ GONZÁLEZ BILBAO, E., «El ejercicio del privilegio general de los créditos públicos en el concurso. Un caso práctico», (BIB 2005, 1421), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 680, 8 de septiembre de 2005, pp. 10-12.

daría limitado hasta una cantidad máxima equivalente al cincuenta por ciento del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente. A los solos efectos del cálculo de dicho porcentaje, se incluirán los créditos que tengan la calificación de privilegiados especiales, con privilegio general del número 2.º y subordinados».

4.5.3.3.2. Recargos

Respecto de la clasificación de los recargos tributarios como créditos subordinados, entre otras⁴⁹, se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 5 de julio de 2005, y considera que el recargo es una pena –en el sentido de «castigo impuesto por autoridad legítima» (DRAE)– al que infringe la ley, y estaríamos ante un supuesto de hecho consistente en la infracción del imperativo de presentar la declaración y consistente en ingreso tributario dentro de plazo, que conllevaría el «castigo» de abonarlo, y tal castigo cumple fielmente con el propósito de la sanción, esto es, estimular el pago dentro del periodo previsto. Función que es la que imprime el carácter sancionador al recargo, según se expresa en la STC 164/1995, de 13 de noviembre.

De igual modo, entre las resoluciones mencionadas, sobre clasificación del recargo de apremio como subordinado, se destaca la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de fecha 27 de mayo de 2005, la cual interpreta que el carácter de orden público, en lo que al establecimiento de los privilegios y su clasificación se refiere, queda expresamente reflejada en el apartado 3 del art. 100 LC, al proscribir el legislador «la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley», todo lo cual conduce a apreciar de oficio la clasificación como crédito subordinado respecto de los recargos tributarios.

Asimismo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, de fecha 29 de marzo de 2005, considera que el recargo de apremio ordinario no sólo es compatible con los intereses de demora sino que, además, lo es con los recargos por declaración extemporánea (artículo 27.4) y con las propias sanciones tributarias (artículo 180.4), por lo que si no tiene finalidad resarcitoria y su finalidad disuasoria queda francamente disminuida, dicha figura tiene unos contornos aún más próximos a las sanciones en sentido propio, que los recargos por declaración extemporánea, tengan o no una finalidad represiva, que es lo que el Tribunal Constitucional exige para la aplica-

⁴⁹ Sentencia J. M. n.º 2 Barcelona, de 29.03.2005; Sentencia J. M. n.º 4 Barcelona, de 04.04.2005; SJM n.º 2 Barcelona, de 11.04.2005; Sentencia, de 21.04.2005, JM n.º 4 Madrid; SJM Oviedo S. 27.05.2005; SJM n.º 1 Madrid, de 05.06.2005; JM n.º 2 Madrid, S. de 23.06.2005; SJM n.º 1 Madrid, de 5.07.2005.

ción de las garantías del procedimiento sancionador, lo que permite someter a los recargos al régimen de subordinación de la Ley Concursal.

También la citada Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, de fecha 15 de febrero de 2006, considera que es aplicable a la naturaleza del recargo de la TGSS el art. 92.4.º, la STC 276/2000, la cual llega a la conclusión de que «En definitiva, el recargo del 50 por 100 de la deuda tributaria establecido en el art. 61.2 LGT, en su redacción dada por la Ley 18/1991, en tanto que –supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en los que ha existido una infracción de la Ley y desempeña una función de castigo, no puede justificarse constitucionalmente más que como sanción» (FJ 6.º), y la misma línea interpretativa siguen las STC 201/1996, de 29 de enero de 2001 (RTC 2001\26), 93/2001, de 2 de abril (RTC 2001\93) y 127/2002, de 23 de mayo (RTC 2002\127), de todo ello se deduce que es aplicable a la naturaleza del recargo de la TGSS el art. 92.4 LC y la calificación como subordinado».

En la Primera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores», se aborda la clasificación de los recargos tributarios y se considera que al calificarse por el artículo 25.1 LGT los recargos de apremio como prestaciones accesorias, existe soporte suficiente como para mantener la clasificación de éstos como créditos subordinados sobre la base de la Ley concursal, puesto que ésta se apoya en el carácter accesorio de los créditos para atribuirles la calificación de subordinados.

Sin embargo, el Anteproyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, del Ministerio de Justicia, fechado en febrero de 2006, propone zanjar la polémica expuesta e incluye la siguiente Disposición final séptima: «Modificación de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal. El número 4 del artículo 91 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, queda redactado como sigue: 4. Los créditos tributarios y demás de derecho público así como los créditos de la Seguridad Social, **incluidos los recargos**, que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.º de este artículo...».

4.5.3.3.3. Clasificación del crédito tributario, caso de convenio concursal

La nueva Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone: «**Artículo 77. Derecho de prelación... 2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal** [arts. 55, 84.2.5.º, 85, 90.1.1.º, 91. 2.º y 4.º, 92]». Se modifica, por tanto, el artículo 71 de la anterior LGT de 1963, objeto de nueva redacción por la disposición final undécima de la Ley concursal, con el siguiente texto: «2. *En caso de concurso,*

los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal». El citado art. 77 pretende sustraer de los efectos del concurso a los créditos tributarios, cuando finalice por liquidación.

El convenio concursal afectará siempre a los créditos tributarios con privilegio general no ejercible (art. 91.4º), que la doctrina de los Juzgados de lo Mercantil clasifica como créditos ordinarios, es decir, al cincuenta por ciento del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública, una vez deducidos los créditos que no gozan de privilegio especial, ni traen causa en retenciones de los impuestos personales sobre la renta o de cotizaciones sociales de los trabajadores, ni han sido postergados como subordinados (intereses, sanciones y recargos); pero puede afectar, también, al crédito tributario con privilegio especial y al general ejercitable, cuando la Hacienda Pública haya suscrito o se haya adherido al convenio de masa. Sin embargo, el cambio introducido no debe permitir que se pierda la perspectiva concursal sobre composición de la masa pasiva *ex art. 84*, es decir, no debe olvidarse que constituyen la masa pasiva todos los créditos contra el deudor común, según el art. 49, también los créditos tributarios, cualquiera que fuese su calificación jurídica (clasificación de créditos *ex art. 89*), que quedan sometidos a lo establecido en la Ley concursal⁵⁰.

Así se interpreta en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 5 de julio de 2005, cuando señala que la Disposición Adicional Octava de la LGT establece «lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento», y denota la voluntad del legislador de que la Ley General Tributaria sea interpretada de manera que se ajuste en cada momento a la «legislación concursal vigente», lo cual revela de manera terminante la voluntad del legislador de no dotar al artículo 77 LGT de la eficacia parcialmente derogatoria de la Ley Concursal –para los créditos tributarios en casos de liquidación del patrimonio del concursado– que pretende la Agencia Tributaria.

En la Primera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores», se aborda el artículo 77 LGT y se alcanza la misma conclusión expuesta en la Sentencia anterior.

El mencionado anteproyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, del Ministerio de Justicia, fechado en febrero de 2006, incluye la siguiente Disposición final séptima, que inclina la balanza a favor de los créditos públicos, en caso de liquidación: «Modificación de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal. El número 4 del artículo 91 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, queda redactado como sigue: 4. Los créditos tributarios y demás de derecho público, así como

⁵⁰ Acta de la Junta de Jueces de lo Mercantil, celebrada el día 5 de abril de 2005, y Sentencia de la Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 y de lo Mercantil de Santander, de junio de 2005.

los créditos de la Seguridad Social, incluidos los recargos, que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.º de este artículo. **En caso de convenio concursal**, el privilegio general previsto en este apartado quedaría limitado hasta una cantidad máxima equivalente al cincuenta por ciento del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente. A los solos efectos del cálculo de dicho porcentaje, se incluirán los créditos que tengan la calificación de privilegiados especiales, con privilegio general del número 2.º y subordinados».

4.5.3.4. CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS POR TRABAJO PERSONAL NO DEPENDIENTE

Dispone el art. 91: «Son créditos con privilegio general. 3.º Los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de la explotación de la obra de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso».

A estos créditos se refiere la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga, de fecha 29 de marzo de 2006, aunque limita este privilegio general cuando sus titulares son profesionales personas físicas.

4.5.3.5. PRIVILEGIO ESPECIAL DEL INSTANTE DEL CONCURSO NECESARIO

Dispone el art. 91: «Son créditos con privilegio general. 6. Los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta la cuarta parte de su importe».

A estos créditos se refiere la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga, de fecha 29 de marzo de 2006, cuando son varios los instantes de la declaración de concurso necesario, y considera que la interpretación del precepto debe realizarse prorrateando la cuarta parte, en función del número de solicitantes, sin que este privilegio general afecte al 25% de cada uno de los créditos, sino que afectará exclusivamente a la parte prorrateada correspondiente de su crédito en función de ese 25%.

4.5.3.6. LEASING Y RENTING

La finalidad del siguiente resumen es concretar el tratamiento de los créditos por cesión de bienes en arrendamiento financiero⁵¹, cuando el arrenda-

⁵¹ La Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (BOE 14.07.1998), con vigencia a partir del 23 de septiembre de 1998, dedica la Disposición Adicional Primera a los contratos de arrendamiento financiero, a su vez modificada por la Disposición Final Séptima de la nueva LEC.

tario es declarado en concurso de acreedores, aunque he incluido algunas referencias a los créditos concursales con garantías reales:

Primero. La disposición del art. 49 implica que todos los acreedores (ordinarios o no, es decir, también los privilegiados), declarado el concurso, integran la masa pasiva, es decir, no pueden hacer efectivos sus créditos, lo cual significa que el concursado no les puede pagar, con algunas excepciones (art. 55, entre otros).

Segundo. Los acreedores con garantía real, sobre bienes afectos al proceso productivo, profesional o empresarial, no pueden ser pagados durante la tramitación del concurso, hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso, sin que se hubiese aperturado la liquidación (art. 56.1).

Tercero. Los créditos por cesión de bienes en arrendamiento financiero de bienes afectos al proceso productivo, profesional o empresarial, no pueden ser pagados durante la tramitación del concurso, en las mismas condiciones temporales que los anteriores créditos con garantía real.

Cuarto. Unos y otros (créditos con garantía real o por cesión de bienes en arrendamiento financiero) son clasificados con privilegio especial y gozan de derecho de abstención, pero carecen del derecho de ejecución separada que disfrutaban con la legislación concursal derogada.

Quinto. El contrato de arrendamiento financiero, formalizado antes de la declaración de concurso, no es un contrato con prestaciones recíprocas pendiente de cumplimiento por ambas partes, sino un contrato atípico, según la mejor doctrina⁵², en el que una de las partes (el arrendador financiero) ha cumplido íntegramente sus obligaciones, y la otra (el arrendatario) tiene pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, es decir, el pago de cuotas e intereses, cuya deuda se incluirá en la masa pasiva del deudor (el concursado), según el art. 61.1.

Sexto. El apartado 2 del art. 61 dispone la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, que nada tiene que ver con el supuesto anterior, v. g. compraventa pendiente de perfeccionarse; tracto sucesivo; etc.

Séptimo. El acreedor con garantía real no puede iniciar la ejecución una vez declarado el concurso del deudor, con los límites temporales indicados (art. 56.1), y las iniciadas antes de la declaración del concurso son objeto de paralización de acciones o suspensión de actuaciones, durante un año desde la declaración de concurso, salvo que estuviese anunciada la subasta con

⁵² «... ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto, en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ora que se trate de supuestos de conexión de contratos que debe ser reconducido a unidad esencial, el parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme» (Sentencias de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983, 28 de mayo de 1990).

anterioridad y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de las actividades del deudor (art. 56.2).

Octavo. Igual tratamiento para la recuperación de los bienes muebles vendidos a plazo y de los cedidos en arrendamiento financiero, formalizados en documento público o debidamente inscritos en el Registro Mercantil, es decir, limitaciones al derecho de separación (art. 56.1).

Noveno. En el caso de transformación del crédito de *leasing*, como consecuencia del ejercicio de la opción de pago por la administración concursal, aunque se modifique la condición del crédito, se mantienen los derechos del privilegio especial sobre el bien afecto. Esta opción pasa por atender el pago de los créditos con privilegio especial con cargo a la masa, conforme a lo dispuesto en el artículo 155.2 de la Ley concursal. La administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos y la amortización de intereses vencidos. Se exige, pues, el pago de las cuotas e intereses vencidos. Pero respecto de los sucesivos pagos, la administración concursal asumirá la obligación de atenderlos como créditos contra la masa. Esta medida implica que el crédito con privilegio especial pase a ser considerado crédito contra la masa y debe ordenarse dentro del grupo de los acreedores contra la masa, conforme a las fechas de sus respectivos vencimientos, lo que ocurrirá con el vencimiento de cada una de las cuotas futuras y sus intereses. Sin embargo, esa decisión que supone la suspensión de los derechos anudados a los créditos con privilegio especial, al considerarse crédito contra la masa, se corrige en el mencionado artículo 155.2 *in fine*, pues en el caso de incumplimiento de los pagos sucesivos, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial. Es decir, que ya no cabrán más opciones y que se mantiene ese derecho de ejecución individual y especial sobre los bienes afectos para, con su producto, obtener la satisfacción del crédito. Se mantiene, pues, este rasgo típico de los acreedores con privilegio especial.

Lo expuesto precedentemente es comentado, con la debida autoridad, por Sanjuán y Muñoz⁵³, el cual considera, en materia de arrendamiento financiero, que el art. 62.4 LC no podrá ser utilizado, pues la clasificación como crédito especial conllevaría contradicción con los efectos que señala el citado precepto, de conversión de créditos de especiales en créditos contra la masa y de la extracción del bien y el mantenimiento de los créditos vencidos dentro de la masa pasiva.

También ilustra, sobremanera, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3, de Barcelona, de fecha 27 de febrero de 2006, que también trata del *renting*:

«Fundamentos de Derecho. Sexto. Sobre la naturaleza jurídica de los contratos de referencia...

⁵³ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «El arrendamiento financiero como crédito en el concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 4, 2006, Ed. La Ley, pp. 137-157.

– En los *rentings* [las rentas debidas de un contrato de *renting* con anterioridad a la declaración del concurso tendrán la consideración de crédito ordinario]... los plazos posteriores al concurso se consideran crédito contra la masa respecto de los vencimientos sucesivos.

– En los *leasings*, las cuotas debidas con anterioridad a la declaración de concurso son deuda concursal, considerada como crédito con privilegio especial sobre los bienes arrendados, y las cuotas vencidas con posterioridad se considerarán deuda contra la masa a medida que vayan venciendo.

El contrato de *renting* no puede asimilarse, en el ámbito concursal, al contrato de *leasing* o arrendamiento financiero, por lo tanto no se le debe reconocer privilegio especial alguno al amparo del artículo 90.1.4 de la Ley Concursal...

No deben considerarse vencidos ni incluidos como créditos contra la masa los créditos derivados de los contratos de referencia con anterioridad a que venzan las cuotas».

En el contrato de *renting*, de naturaleza mercantil y bilateral, una de las partes, la sociedad arrendadora, se obliga a ceder a otra el uso de un bien por un tiempo determinado, a cambio del pago de una renta periódica, cuyo precio incluye el derecho al uso del bien, su mantenimiento y un seguro que cubre los posibles siniestros. Como se deduce de la Sentencia anterior, el arrendador, normalmente arrendador financiero, es decir, la sociedad de *renting*, cuando el arrendatario fuese declarado en concurso, puede ser acreedor concursal, cuyo crédito será clasificado como ordinario, u ostentar un crédito contra la masa por las cuotas vencidas y no cobradas con posterioridad a la declaración de concurso. En cualquier caso, el arrendador estará legitimado para el ejercicio de las acciones previstas en el art. 62 de la Ley concursal, así como la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato regulada en el art. 61.

4.5.3.6.1. Suspensión y clasificación de intereses

Ordena el art. 59: «1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos...».

El Magistrado Sanjuán y Muñoz⁵⁴ señala que en el arrendamiento financiero, el crédito derivado de intereses, como regla general, llega hasta la declaración de concurso, en donde se suspende su devengo con las excepcio-

⁵⁴ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «El arrendamiento financiero...», *op. cit.*, pp. 137-157.

nes que señala el art. 59 LC. Ello permite, también como regla general, clasificar estos intereses (los devengados hasta la fecha de declaración de concurso y con las citadas excepciones), de conformidad al art. 92.3 LC, como créditos subordinados (cualquiera que sea la clase de intereses, incluidos los moratorios). Los créditos derivados de intereses posteriores al concurso (que quedan suspendidos en cuanto a su devengo) pueden ser pagados, no obstante, cuando se llegue a una solución de convenio sin quita, calculados al interés menor entre el legal y el convencional, y así se recoja en el mismo en pago total o parcial. También serán pagados, esta vez al interés convencional, en los supuestos de liquidación, una vez que se paguen todos los créditos concursales clasificados y siempre que resulte remanente (art. 59.2 LC). La referencia a estos supuestos de intereses cuyo devengo está suspendido parte, por tanto, de la tajante distinción entre los generados hasta la fecha de concurso y los posteriores a la declaración; son estos últimos los que se ven condicionados en cuanto a su suspensión y, posteriormente, a lo que se establezca en un convenio con las características indicadas o una liquidación de la que resulte remanente.

Pues bien, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de fecha 14 de junio de 2005, considera que la clara finalidad a la que atiende la regla de suspensión del devengo de intereses del art. 59 LC es, por un lado, la de inmovilizar en lo posible el pasivo del concurso, evitando que éste siga aumentando durante el transcurso del procedimiento, en perjuicio de la perspectiva de cobro del resto de acreedores, y entorpeciendo notablemente la consecución de una solución concursal, ya sea la convencional o la liquidativa, y de otro lado equiparar en el trato a los distintos acreedores concursales sin hacer de peor condición a los titulares de créditos que no tuvieran a su favor dicho devengo, lo cual conduce a entender que el art. 59.1 LC limita el devengo de intereses postconcursoales a los créditos revestidos de genuinas garantías reales, entendidas como derechos constituidos sobre cosa ajena y oponible *erga omnes*, y no a otro tipo de créditos, como son los derivados de titularidades dominicales con fines de garantía (arrendamiento financiero, compraventa de bienes con precio aplazado y reserva de dominio), por más que el legislador les haya dispensado un tratamiento asimilado a las garantías reales al revestirlos también de privilegio especial, incluyéndolos en el art. 90 LC. Respecto de los intereses moratorios por arrendamientos financieros, declara que los intereses moratorios precursoales habrán de quedar postergados como crédito subordinado, por disposición del art. 92.3.º LC.

De la anterior resolución deduzco que la excepción a la suspensión del devengo de intereses, para los créditos con garantía real, dará lugar al devengo posterior a la declaración de concurso, pero no integrarán el crédito concursal, determinado a la fecha de declaración de concurso, pues aún no se han devengado, es decir, no integrarán la masa pasiva, aunque tampoco tendrán la naturaleza de crédito contra la masa, salvo impago a su vencimien-

to, por lo que deberá ser objeto de mención en la exposición motivada con la que la administración concluirá su informe (art. 75.3). Para su pago, el convenio no les afectará, si ejercen su derecho de abstención, y en la liquidación estos intereses postconcursoales serán satisfechos de acuerdo con el art. 155, hasta donde alcance la respectiva garantía, debido a que el exceso no es exigible y será tratado según previene el art. 59.2, aunque no estoy muy seguro.

4.5.3.7. CRÉDITOS COMUNICADOS TARDÍAMENTE

A la administración concursal corresponde incluir o excluir los créditos en la lista de acreedores, es decir, debe adoptar dicha decisión respecto de cada uno de los créditos comunicados por los acreedores y de los que resultasen de los libros y documentos del deudor o constaren en el concurso (art. 86.1).

El incumplimiento por los acreedores del deber de comunicación de créditos o comunicados tardíamente, cuando no sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores y los reconozca el juez al resolver sobre la impugnación del informe, serán clasificados como créditos subordinados, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultase de la documentación del deudor, constare de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea preciso la actuación inspectora de las Administraciones Públicas (art. 92.1.º).

El art. 86.2 obliga a la administración concursal a incluir en la lista de acreedores: a) aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por sentencia, aunque no fueran firmes; b) los que consten en documento con fuerza ejecutiva; c) los reconocidos por certificación administrativa; d) los asegurados con garantía real inscrita en registro público; y, e) los créditos de los trabajadores, cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. Se faculta a la administración concursal para impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude, conforme a lo previsto en el 53, y la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, así como a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica⁵⁵, los actos administrativos.

La administración concursal debe acompañar la mentada lista de acreedores a su informe *ex* art. 75.2.2.º, que comprenderá una relación de los incluidos y otra de los excluidos, ordenadas alfabéticamente (artículo 94.1).

⁵⁵ Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente.

La decisión de inclusión o exclusión de créditos se adoptará respecto de cada uno de ellos, y se referirá tanto a los comunicados por sus titulares como los que resultaran de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaran en el concurso, según previene el inciso final del párrafo primero del citado apartado 1 del art. 86. Es decir, la administración concursal, aunque el acreedor no hubiese comunicado su crédito, ni acompañado el título o documentos de su crédito (art. 85) o lo hubiese hecho fuera del plazo establecido en el art. 21.1.5.º, podrá incluirlo en la lista de acreedores, si alcanza evidencia suficiente sobre él, por la verificación de los antecedentes del deudor (libros y documentos) o por cualquier otra razón constaren en el concurso.

Y ¿cuál será la clasificación de estos créditos incluidos en la lista de acreedores de la administración concursal? La que corresponda a su naturaleza, según los arts. 90 a 92. Es decir, si se dan los requisitos del art. 92.1.º, tendrán el carácter que les corresponda según su naturaleza, sin que influya en su clasificación el hecho de haber sido comunicado tardíamente o no haber sido comunicados.

Así se deduce de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña, de fecha 7 de septiembre de 2005, al considerar que la postergación del crédito de la Tesorería General de la Seguridad Social, desde el momento en que consta en el concurso, no puede ya sustentarse en el artículo 92.1 de la LC sino, en su caso, en la ubicación concreta del crédito o de partes de éste en alguna de las demás hipótesis del mismo artículo 92.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, de fecha 15 de febrero de 2006, considera que la comunicación tardía de créditos por la TGSS, con causa en el retraso en la comprobación administrativa de la situación deudora del concursado, tiene acomodo en la excepción del art. 92.1, como si de actuación inspectora se tratase, y aunque la administración concursal entienda que no hay inspección, sino un funcionamiento ordinario que seguramente deba modificarse, lo cierto es que precisamente la labor de comprobación de la TGSS es la que permite constatar, con algún retraso, la existencia del crédito, pues esa labor de comprobación no es más que la inspección propia de todo organismo recaudador, de manera que no puede hacerse una hermenéutica restrictiva de quien interviene en defensa de un interés público y ha de considerarse que la excepción del art. 92.1 LC es de aplicación y no se ha comunicado de manera extemporánea la totalidad del crédito. La misma opinión se sostiene en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, de fecha 7 de febrero de 2006.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 10 de marzo de 2005, contempla el siguiente supuesto de hecho:

«Estamos ante la situación en la que el acreedor ha comunicado su crédito con posterioridad a la entrega por parte de la administración concursal del informe, en cuya lista de acreedores no figura el referido crédito»

to... En este caso debemos entender que, a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso. Y ello, sin perjuicio de que dicho acreedor pueda articular los mecanismos procesales que entienda convenientes a los efectos de obtener el reconocimiento de su crédito, lo cual viene abonado por la previsión del artículo 134 LC, el cual extiende, en su caso, los efectos del convenio también a aquellos acreedores que por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos como tales en el concurso. De ahí que, habida cuenta del momento procesal en que se encuentra el concurso, deba rechazarse a todos los efectos la comunicación del crédito efectuada por la entidad Telefónica de España, SAU, mediante el escrito presentado en fecha 25 de febrero de 2005, sin que proceda atribuir a tal comunicación efecto legal alguno en el concurso».

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 25 de mayo de 2005, analiza el supuesto de que el término para la comunicación de créditos expire con anterioridad al que corresponde a la administración concursal para la presentación de su informe:

«Podemos contemplar... hipótesis distintas, que derivan de la combinación de los dos plazos... La segunda, que el acreedor comunique su crédito una vez transcurrido el plazo del mes previsto el artículo 21.1.5.º LC, pero con anterioridad a la expiración del plazo que la administración tiene para la entrega del informe. La tercera, que el acreedor comunique su crédito transcurrido el plazo que ésta tiene para la presentación de su informe... En la segunda hipótesis, nos encontramos ante lo que la Ley califica como de comunicación tardía de créditos. Las consecuencias que el artículo 92.1 LC anuda a la comunicación tardía de créditos pone de relieve la importancia para el acreedor de comunicar su crédito dentro del plazo que la Ley le concede... para el caso en que el crédito en cuestión no conste de ningún modo en el concurso... la consecuencia para tal crédito será la de su postergación a crédito subordinado... En la tercera, se trata del caso de falta de insinuación del crédito, esto es, bien no comunicado, bien comunicado con posterioridad a la finalización del plazo para la entrega del informe para la Administración concursal. En este caso debemos entender que, a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido y, por tanto, el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso... De ahí que, para los créditos no insinuados dentro del término concedido a la Administración concursal para la presentación del informe, excluya la posibilidad de su calificación como de subordinados, no pueda ser otra la consecuencia que la de su exclusión definitiva del concurso».

En la Primera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores», se aborda esta cuestión:

«¿Qué tratamiento debe darse a la comunicación de créditos posterior a la entrega del informe por parte de la Administración concursal?, ¿podrán dichos acreedores hacer valer su crédito en el concurso de algún modo (*ex art. 134 LC*)?, ¿de qué modo?». Se propone una interpretación más flexible [una vez expuestas las tesis mantenidas en las anteriores Resoluciones]... Porque la mencionada ley no prevé otra sanción expresa para la insinuación tardía de un crédito que la de su subordinación (artículo 92.1.º), es decir, pasar a engrosar el grupo de los del pago en último lugar, tras la íntegra satisfacción de los créditos ordinarios (artículo 158 de la Ley Concursal). Ahora bien, no soluciona el texto legal el problema cuando el crédito se pone de manifiesto en el concurso una vez ya ha sido cerrada la lista de acreedores elaborada por la administración concursal. Excluirlo del concurso, que es desde luego una de las alternativas, presenta inconvenientes, puesto que: 1.º no debe desconocerse la existencia de ningún derecho, aunque se revele con retraso, mientras éste no caduque o prescriba la acción para exigirlo; y 2.º si se le cerrase su entrada en el concurso, y descartada su extinción –pues la ley no la prevé de modo expreso– supondría reenviarlo a una reclamación extraconcursal que, además de generar nueva litigiosidad contra el concursado, no dejaría claro el encuadre de ese crédito ni respecto a los demás acreedores ni en la ulterior dinámica de cumplimiento del convenio (por ejemplo, por cuanto importe debe ser reconocido y, sobre todo, quién y cómo lo clasifica). Desde luego, si se quiere garantizar la seguridad jurídica no se logra generando más conflictividad... Por lo que el mecanismo de la subordinación, siquiera como consecuencia de la tardía puesta de manifiesto del crédito en un incidente concursal, podría suponer una solución para este tipo de situaciones».

4.6. *Formulación de cuentas anuales por la administración concursal*

Se ha criticado, por algún sector de la profesión contable, que el art. 75.1.2.º encomiende a la administración concursal la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, si el deudor no las hubiese presentado, cuando el art. 6.3.3.º obliga al deudor a presentar las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios con la solicitud de declaración de concurso. La respuesta, a mi juicio, debe tomar en consideración: a) el concurso puede ser necesario y el deudor no haber dado cumplimiento al requerimiento para su presentación (art. 21.1.3.º); b) la fecha de solicitud de concurso puede tener lugar durante el primer trimestre posterior al cierre del ejercicio social y, consecuentemente, no haberse formulado las cuentas anuales correspondientes por el deudor⁵⁶.

⁵⁶ Según el art. 46, se mantiene el deber de formular las cuentas anuales, después de declarado el concurso, que implica el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 25 a 30 y 34 a 39 del C. de C., sobre llevanza contable, y demás concordantes del TRLSA (arts. 171 a 201), así como en otras Leyes especiales (Cooperativas, Fundaciones, etc.) y en la más reciente Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, que instaura la

También se ha cuestionado si es exigible la aprobación de dichas cuentas, formuladas por la administración concursal, por la Junta General de socios, y estimo que resulta obligado por las Leyes de Sociedades, y es posible su convocatoria, pues el art. 48 dispone que durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, salvo el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores [Art. 145.3].

Por último, se plantea ¿serán firmadas por la administración concursal? Parece que sí, pues a ella encarga la Ley su formulación.

4.7. *Presentación de informe de la administración concursal*

La presentación del referido informe de la administración concursal dará lugar a la resolución judicial correspondiente, que se formalizará del modo acordado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga, en Providencia de fecha 30 de junio de 2005: «1.- El anterior informe de la administración concursal, y sus documentos, con el inventario de bienes y derechos, únase a los autos de su razón. 2.- Comuníquese la presentación del informe a las partes personadas, haciéndoles saber que pueden examinar el informe y los documentos complementarios en la Secretaría del Juzgado. 3.- Anúnciese la presentación del informe por medio de edictos que se fijarán en el tablón de anuncios del Juzgado. 4.- En los edictos hágase saber a los interesados que en el plazo de diez días, computado desde la última publicación, podrán impugnar tanto el inventario de bienes y derechos como la lista de acreedores en aquello que estimen les es perjudicial».

Considero que el mencionado informe de la administración concursal deberá unirse a la sección segunda, deduciendo testimonio para llevarlo a las secciones tercera y cuarta, así como, en su caso, a las secciones quinta y sexta.

simplificación de los registros contables (art. 141 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), objeto de desarrollo reglamentario por RD 296/2004, de 20 de febrero, que aprueba el régimen simplificado de contabilidad, incluyendo a otros sujetos contables, además de las SRL, al amparo de la autorización legal recibida. También subsiste el deber de auditar las cuentas anuales, aunque se exime a las primeras que se preparen después de la declaración de concurso, excepto para sociedades cotizadas y otras sometidas a supervisión pública. Sin ánimo de polemizar, me he preguntado qué procederá si se solicitase del Registrador Mercantil, al amparo del art. 205 del TRLSA, la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría o el nombramiento de un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de cuentas de un determinado ejercicio (las primeras que se preparen después de la declaración de concurso), de una SA o SRL declarada en concurso, y que se regule en los arts. 350 a 362 del vigente RRM. ¿Se mantiene la obligación del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil (art. 218 y siguientes del TRLSA)? Parece que sí, a la vista de lo establecido en el art. 48.1, que dispone se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, entre otros, la junta general de socios o accionistas.

4.8. Impugnación del inventario y de la lista de acreedores

El artículo 95 regula la publicidad del informe y de la documentación complementaria e impone el 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, correo electrónico, 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, sobre el plazo de diez días para que estos acreedores puedan formular las reclamaciones que a su derecho convenga, no pugna con el establecido en el art. 96.1, concordante con el art. 95.2, que se refiere expresamente a cualquier interesado. En efecto, el art. 96.1 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 también se encuentran los referidos en el art. 95.1 y, por supuesto, el deudor, 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. Se concreta el plazo para reclamar a los acreedores que reciban comunicación de la administración concursal, respecto de los otros interesados, sin discriminación alguna. No obstante, estos mismos acreedores o presuntos acreedores, que hayan recibido la comunicación de la administración concursal, por imperativo del art. 95.1, tienen derecho a impugnar el inventario y otros créditos incluidos o excluidos de la lista de acreedores presentados por la administración concursal, y dispondrán del plazo establecido en el art. 96.1.

La impugnación del inventario, por cualquier interesado, 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.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de 5 de julio de 2005, reconoce la legitimación pasiva del deudor, en las demandas incidentales de impugnación de la lista de acreedores, además de la administración concursal, cuando declara que el deudor tiene en el incidente de impugnación de la lista de acreedores la condición de demandado.

En la Primera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores», se aborda esta cuestión:

«¿Existen dos cauces alternativos para discrepar de la decisión adoptada por la Administración concursal respecto al reconocimiento y calificación de un crédito (reclamación o impugnación) o sólo existe uno? [...] no puede interpretarse que el acreedor disponga de dos cauces diferentes para hacerlo, por más que el art. 95.1 utilice la expresión “reclamación” y el art. 96 emplee la de “impugnación”; la vía es única, la demanda incidental contra la lista de acreedores, que debe tramitarse como incidente concursal (art. 96.4 de la Ley Concursal). De ahí que resulte exigible cumplir las exigencias formales de una demanda de incidente concursal (arts. 192 y siguientes de la Ley Concursal), incluida la defensa y representación procesal que prevé el n.º 3 del art. 184 de la Ley Concursal».

Ayuda a la interpretación sobre los mencionados plazos de impugnación la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 y de lo Mercantil de Santander, de fecha 29 de junio de 2005, que sostiene:

«... un acreedor, que se encuentra en cualquiera de las situaciones a que se refiere el artículo 95.1, ha de efectuar la reclamación en el plazo de diez días desde la comunicación que le realice de dichas circunstancias la administración concursal, de modo que si no efectúa esa reclamación en dicho plazo no podrá reclamar posteriormente. Pero cualquier impugnación diferente a la referida a su crédito y, en consecuencia, también la relativa al inventario así como cualquier impugnación que efectúe otro interesado deberá realizarse en el plazo de 10 días desde la última comunicación del 95.2 LC. Esto es lógico puesto que cuando la administración concursal comunica a un acreedor que su crédito ha sido excluido de la lista de acreedores, o incluido sin comunicación previa del crédito o por cuantía inferior o calificación diferente de las pretendidas, la información que le da es únicamente con relación a dicho crédito, pero no respecto a otros posibles créditos de que sean titulares ni mucho menos respecto a la totalidad del inventario y de la lista de acreedores. Ha de tenerse en cuenta además, que la ley no distingue respecto a cada uno de los interesados si están personados o no, de modo que el plazo señalado es aplicable a todos ellos, con independencia de que por encontrarse personados en el concurso tengan conocimiento del informe antes de la última comunicación..., y resulta claro que la finalidad de la ley ha sido establecer para la impugnación del artículo 96 un plazo universal, a contar desde una fecha concreta respecto a todos los interesados, sin más excepciones que la recogida en el artículo 95.1».

Sobre el destinatario de la mencionada comunicación de la administración concursal, se ha suscitado la cuestión relativa a las comunicaciones dirigidas a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, que deben hacer-

se en la sede oficial de la respectiva Abogacía del Estado y no al domicilio de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, según resuelve el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 24 de noviembre de 2005.

En la Primera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores», se aborda esta cuestión: «La publicación de la resolución que tiene por presentado el informe del artículo 95.2, ¿exige que se haga en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de los de mayor difusión de la provincia? Se opta por la tesis estricta, según la cual la presentación del informe se notificará a las partes personadas y se publicará en el talón de anuncios del juzgado».

Según el art. 96.4, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, contra cuyas sentencias no cabrá recurso alguno (art. 197.3), 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.

Omite la Ley la tramitación de referido texto definitivo, pero parece razonable que dé lugar a una Diligencia de Ordenación, para su unión a autos en la sección segunda y consiguiente Providencia judicial de traslado a partes personadas ¿sujeta a recurso de reposición? Parece que sí, pues el texto definitivo puede contener errores u omisiones.

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 aquel fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los Registros correspondientes».

4.8.1. IMPUGNACIÓN DE CRÉDITOS CONTRA LA MASA

En la Primera Mesa Redonda del II Congreso De Derecho Mercantil, celebrado en Valencia los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores», se aborda esta cuestión:

«¿Se puede acumular a la impugnación de créditos de la lista de acreedores, la impugnación por inclusión o no de créditos contra masa? [...] existen razones de claridad, sistemática y orden que justifican que no se tramiten conjuntamente, al ser la sección tercera donde se tramitan en tanto que las relativas a la impugnación *ex art. 96 en la cuarta (art. 183)*. En sentido contrario se puede alegar que no hay incompatibilidad así como razones de economía procesal y celeridad, a fin de evitar duplicidad de vista (si esta se admite)».

El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas, en Sentencia de fecha 15 de septiembre de 2005, resuelve el incidente concursal, seguido a instancia de la AEAT, de impugnación de la lista de acreedores elaborada por la Administración Concursal, por la existencia de un procedimiento de comprobación correspondiente a retenciones por rendimientos del trabajo, IRPF 2004, con el resultado de una cuota a ingresar por dicho concepto (crédito concursal), cuya falta de ingreso en plazo por la entidad concursada ha dado lugar a la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por infracción tributaria muy grave, procedimiento concluido el 27 de abril de 2005, mediante acuerdo por el que se considera cometida la citada infracción y, en consecuencia, se impone una sanción por importe de... euros, que considera crédito contra la masa, con arreglo al art. 84.2.10.º de la LC, nacido con posterioridad al auto de declaración de concurso, por lo cual, no procede su inclusión en la lista de acreedores pero sí su satisfacción con arreglo a lo establecido en el art. 154 de la LC. Se desestima la demanda por dos motivos: «1.º. Porque el crédito reclamado por la actora no tiene la consideración de obligación nacida de la Ley. 2.º. Porque, aun admitiendo que el referido crédito pudiera incluirse en el número 10.º del artículo 84.2 de la Ley Concursal, la fecha a tener en cuenta para determinar cuando surge la obligación legal no sería la de la resolución que fija e impone la sanción sino la del día en que tuvo lugar el incumplimiento de la obligación tributaria que dio lugar a esa sanción».

4.8.2. DEMANDAS INCIDENTALES DE IMPUGNACIÓN

En la Primera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores», se aborda la siguiente cuestión: *«Si la administración concursal en el procedimiento abreviado está constituida por un solo profesional del área económica, en caso de impugnación ¿es imprescindible la asistencia letrada, –artículo 184–? ¿son posibles otras fórmulas para evitar encarecer el proceso y que el administrador concursal puede defender su informe? El art. 184 es claro al exigir en los incidentes la asistencia de letrado. Si el único administrador es del área económica se le priva de intervenir en los incidentes, salvo que contrate un abogado a cargo de la masa... Otra posibilidad es requerirle que sobre la cuestión suscitada emita informe vía art. 35, sin que ello implique otor-*

gar la cualidad de contestación ni la condición de interviniente en el incidente, al ser preceptiva la asistencia letrada. Si no se impugna la providencia requiriendo el informe, no parece que después pueda invocarse nulidad».

Otra cuestión tratada en el mencionado II Congreso de Derecho Mercantil, se refiere:

«En caso de impugnación de la calificación de un crédito, ¿es posible fijar en sentencia una calificación distinta a la mantenida por las partes y a la que aparece en el informe del artículo 74, por considerar que es la que procede en derecho? Son dos las posturas a mantener:

I) aplicación estricta del principio dispositivo: si se impugna, debe el juzgador pronunciarse sobre si la pretendida por el impugnante es correcta; en caso afirmativo estimar la petición y calificar con arreglo a esa petición; en caso contrario desestimar la impugnación y estar a la calificación del informe al ser la administración concursal el órgano al que la ley otorga competencia inicialmente para la calificación, en evitación de que una distinta calificación de oficio pudiera provocar indefensión a los interesados por esa nueva calificación.

II) aplicación del principio *iura novit curia*: si no se impugna no puede el juez modificar de oficio la calificación, pero una vez cuestionada la calificación, no vemos obstáculo alguno para calificar los créditos con arreglo a los criterios legales que se consideran procedentes, sin necesidad de ajustarse necesariamente al criterio apuntado por el impugnante o el mantenido en el informe [administración concursal], ya que al juez le corresponde aplicar el derecho que estime procedente, haya sido o no invocado por las partes. Parece más conveniente esta última».

A modo de despedida, reitero que el exceso de paginación ha obligado a diferir la materia relativa al convenio y a la liquidación, así como el tratamiento de la calificación, para su posterior publicación, si la Dirección de la Revista lo tiene a bien, y que permaneceré a la espera, durante los próximos meses, para conocer las Resoluciones de las Audiencias Provinciales, alguna especialista de lo Mercantil, como la Sección correspondiente de la de Madrid, sobre las apelaciones planteadas contra algunas de las Sentencias a que he hecho referencia, y que D. m. pueda ofrecerles su recopilación.

Revista Estudios de Deusto

Normas de publicación

1. **Contenido.** La Revista de Estudios de Deusto publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación sobre Derecho y Ciencia Política.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana, en Microsoft Word o formato compatible. Se entregarán en papel (en el Decanato de Derecho a la atención del Director de la Revista) y, también, en soporte electrónico (disquete, CD-ROM o correo electrónico a la dirección: Estudiosdeusto@der.deusto.es).
3. **Formato.** En primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés.
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge en las "Normas básicas para la presentación de trabajos escritos" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:

a) Bibliografía

- GARCÍA-Pelayo ALONSO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R., «La doctrina del "levantamiento del velo" y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto*, Vol. 43/2, julio-diciembre 1995, pp. 11-51.
- DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.

b) Legislación

- España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
- Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de enero de 1991, n.º 26/1991, p. 3170.
- Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.

c) Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5º.
 - STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, Ref. Aranzadi, n.º 3055.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984. Öztürk. Publicaciones del Tribunal Europeo, Serie A, Vol. 73.
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 15 de enero de 2004, As. C-230/01, Intervention Board for Agricultural Produce/Enycoed Farming Partnership, Rec. 2004, p. 175.
5. **Proceso de publicación.** El Director de la Revista con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como "Estudios" o como "Notas" según su naturaleza y extensión (± 20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
 6. **Copy Right.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en la Revista Estudios de Deusto podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en Estudios de Deusto.

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

