

# Estudios de Deusto

Vol. 58/1 Enero-Junio 2010

## Sumario

### Estudios

**La construcción  
jurisprudencial de la  
propia imagen  
constitucional**

Esperanza Gómez Corona

**La ley rectora de los  
contratos  
internacionales de  
consumo: el sistema del  
Reglamento  
n.º 593/2008 («Roma I»)**

Pilar Juárez Pérez

**Los actos jurídicos  
documentados en los  
textos legales visigodos**

Olga Marlasca Martínez

**La prohibición de  
discriminación por  
orientación sexual**

María Martín Sánchez

**Desde el gobierno  
corporativo a la  
responsabilidad de los  
administradores (II)**

Ramón Múgica Alcorta

**Derechos  
fundamentales e  
integración europea**

Javier Tajadura Tejada

**Fatigosa irrupción de  
los derechos sociales  
fundamentales de los  
trabajadores en el  
espacio de la Unión  
Europea**

Manuel María Zorrilla Ruiz

### Nota

**¿Cómo la negociación  
colectiva puede ayudar  
a reducir el absentismo  
en las empresas?**

Jordi García Viña

Universidad de  
Deusto





# Estudios de Deusto



# Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Incluida en el catálogo LATINDEX

Indexada en las bases de datos ISOC, IBZ, PIO y PAIS

**Fundada en 1904**

**Segunda época. Vol. 58/1**

**Desde su fundación vol. 84**

**(Fasc. 124)**

**Enero-Junio 2010**

Bilbao  
Universidad de Deusto  
2010

**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 . . . . .	41 €
Otros países . . . . .	50 \$
Número suelto . . . . .	22 €

IVA incluido

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.  
Indexada en las bases de datos ISOC, IBZ, PIO y PAIS.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org) <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Publicación impresa en papel ecológico.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto  
Apartado 1 - E48080 Bilbao  
Correo electrónico: [publicaciones@deusto.es](mailto:publicaciones@deusto.es)

ISSN: 0423 - 4847

Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain.

## Sumario

---

### Estudios

Esperanza GÓMEZ CORONA, <i>La construcción jurisprudencial de la propia imagen constitucional</i>	11
Pilar JUÁREZ PÉREZ, <i>La ley rectora de los contratos internacionales de consumo: el sistema del Reglamento n.º 593/2008 («Roma I»)</i>	47
Olga MARLASCA MARTÍNEZ, <i>Los actos jurídicos documentados en los textos legales visigodos</i>	79
María MARTÍN SÁNCHEZ, <i>La prohibición de discriminación por orientación sexual</i>	115
Ramón MÚGICA ALCORTA, <i>Desde el gobierno corporativo a la responsabilidad de los administradores (II)</i>	135
Javier TAJADURA TEJADA, <i>Derechos fundamentales e integración europea</i>	265
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Fatigosa irrupción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el espacio de la Unión Europea</i>	287

### Nota

Jordi GARCÍA VIÑA, <i>¿Cómo la negociación colectiva puede ayudar a reducir el absentismo en las empresas?</i>	311
--	-----

## Table of Contents

---

### Studies

Esperanza GÓMEZ CORONA, <i>Jurisprudential construction of the constitutional one's own image</i>	11
Pilar JUÁREZ PÉREZ, <i>Applicable Law to international consumer contracts: the conflict of laws system in «Rome I» Regulation</i>	47
Olga MARLASCA MARTÍNEZ, <i>Documented legal acts under Visigothic law</i>	79
María MARTÍN SÁNCHEZ, <i>Prohibition of discrimination based on sexual orientation</i>	115
Ramón MÚGICA ALCORTA, <i>From the corporate government to the liability of the corporate directors (and II)</i>	135
Javier TAJADURA TEJADA, <i>European integration and fundamental rights</i>	265
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Tedious irruption of the workers fundamental social rights within the European Union area</i>	287

### Note

Jordi GARCÍA VIÑA, <i>How the collective bargaining can help to reduce the absenteeism in the companies?</i>	311
--	-----

# ESTUDIOS



# La construcción jurisprudencial de la propia imagen constitucional\*

Esperanza Gómez Corona

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional  
Universidad de Sevilla

Recibido: 21.06.2010

Aceptado: 30.06.2010

---

**Resumen:** En este trabajo se analiza la configuración constitucional del derecho fundamental a la propia imagen a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La ausencia de antecedentes en nuestro país, así como la falta de referentes en el Derecho Comparado, hace imprescindible acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Al efecto, se analiza la definición constitucional del derecho, su relación con otros derechos de la personalidad, su objeto y sus límites. Se analiza además la actividad del derecho como límite de la actividad de los medios de comunicación, distinguiendo entre la actividad de información y la prensa de entretenimiento. Asimismo, se analiza el derecho a la propia imagen como límite en el ámbito de las relaciones laborales. El estudio permite conocer la configuración constitucional del derecho a la propia imagen que el Tribunal Constitucional ha venido realizando en su jurisprudencia.

**Palabras clave:** derecho fundamental a la propia imagen, libertad de información, jurisprudencia constitucional.

**Abstract:** *The aim of this paper is to carry out a thorough analysis of constitutional case-law related to the right to one's own image. The absence of constitutional antecedents and the lack of regulation in Comparative Law, make this approach essential. The constitutional configuration of this fundamental right, its connections to other rights, its object and limits are studied. The role of the right to one's own image as a limit of the activities of mass medias is also considered, as well as the role of this right in the labour relations. This study may contribute to the knowledge of the constitutional configuration of this fundamental right.*

**Key words:** *right to one's own image, freedom of the press, constitutional jurisprudence.*

---

**Sumario:** 1. I. Planteamiento.—II. La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.—III. El derecho a la propia imagen en el ámbito de las relaciones laborales. III.1. El derecho a configurar la imagen propia. III.2. El

---

\* Este trabajo ha sido elaborado en el marco de una investigación financiada por el Ministerio de Ciencia e Innovación, a través del Programa Nacional de Movilidad de Recursos Humanos del Plan Nacional de I+D+i 2008-2011.

derecho a la propia imagen como límite en las relaciones contractuales.—  
IV. El derecho a la propia imagen como límite de la actividad de los medios de comunicación. IV.1. Propia imagen y prensa de entretenimiento. IV. 2. Propia imagen y libertad de información.

## I. Planteamiento

La constitucionalización expresa del derecho a la propia imagen, además de resultar una novedad en nuestra historia constitucional, constituye una rareza en el Derecho Constitucional comparado<sup>1</sup>.

Tampoco los textos internacionales recogen este derecho fundamental. No lo hace el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, lo que parece lógico dada la fecha de su aprobación; pero tampoco la mucho más reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000<sup>2</sup>, sin que ello signifique que dichos textos no confieran protección al uso in consentido de la imagen ajena.

Esta falta de reconocimiento autónomo en nuestro entorno más cercano, debida en parte a su reciente consideración como derecho subjetivo<sup>3</sup>, así como la falta de antecedentes propios, hace especialmente relevante el papel del Tribunal Constitucional en su definición constitucional.

Ha sido en sede de recurso de amparo donde se han suscitado los conflictos que han permitido al Tribunal Constitucional elaborar su concepción sobre este derecho fundamental.

Como no podía ser de otro modo, la mayor parte de estas resoluciones se han dictado con ocasión de las tensiones suscitadas por la actividad de los medios de comunicación. El constituyente, en el artículo 20.4 CE ya adelantaba la problemática relación entre las libertades comunicativas y los derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE, al destacar que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

---

<sup>1</sup> Únicamente Portugal lleva la protección de la propia imagen a su norma fundamental y lo hace en la reforma de 1982, por lo que, en contra de la opinión más extendida, no sería el texto portugués el que influiría en el constituyente español, sino a la inversa.

<sup>2</sup> Uno y otro, en una redacción muy similar, reconocen el derecho al respeto a la vida privada y familiar. En el caso del CEDH, además, al domicilio y a la correspondencia, y en el de la Carta, a las comunicaciones.

<sup>3</sup> Una magnífica exposición sobre el origen de este derecho subjetivo puede encontrarse en A. AZURMENDI ADÁRRAGA, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, Civitas, 1997, p. 47 y ss.

Conviene precisar que el tratamiento otorgado por el Tribunal Constitucional a esta tensión será diferente en función de que nos situemos en el ámbito del ejercicio de la libertad de información o nos movamos en el campo de la prensa de entretenimiento, la denominada *prensa rosa* o *del corazón*.

También en el ámbito de las relaciones laborales se han producido conflictos, aunque en número menor, que han requerido la intervención del Tribunal Constitucional. Uno, como el caso del cortador de jamón que no quería participar en una exhibición pública donde su imagen sería captada por los medios de comunicación, ha dado al Tribunal la oportunidad de pronunciarse por primera vez de una manera completa acerca de la configuración de este derecho fundamental. Otro, relativo a la libertad de configuración de la propia apariencia, ha contribuido a esta definición desde un punto de vista negativo.

## II. La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El derecho a la propia imagen, derecho que entre nosotros aparece por primera vez consagrado en la Constitución Española de 1978, ha sido objeto de atención por parte del Tribunal Constitucional con ocasión de una serie de recursos de amparo que, aunque no muy numerosos, han permitido elaborar toda una doctrina sobre su relación con los otros derechos de la personalidad consagrados en el artículo 18.1 CE, sobre su contenido y sus límites.

Su inclusión en la ambigua categoría de los derechos de la personalidad, admitida por el Tribunal Constitucional, podría estar en el origen de muchas de las dudas iniciales que surgieron en relación con el carácter autónomo de este derecho y su relación con otros derechos de la personalidad<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> La construcción de los derechos de la personalidad tiene lugar en el seno del Derecho Civil a finales del s. XIX y comienzos del XX. Sobre esta categoría se produjo una pluralidad de concepciones que se diferenciaban según se admitiera la existencia de un único derecho de la personalidad del que son manifestaciones concretas todas las variedades posibles, o sostuvieran la existencia de tantos derechos autónomos –pese a su común fundamento– como fueran los ejemplos de articulación de la protección jurídica para cualquier manifestación de la personalidad; o, finalmente, defendieran que es mejor hablar de bienes de la personalidad para subrayar que se trata de algo inmaterial, fuera de comercio. Al respecto puede consultarse P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «El derecho a la intimidad», en AA. VV., *Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXXV, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 25. Entre nosotros se ha ocupado de la cuestión J. CASTÁN TOBEÑAS, «Los derechos de la personalidad», separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1952. Asimismo, encontramos una exposición muy detallada sobre esta construcción en sus múltiples acepciones en M. GITRAMA GONZÁLEZ, *Voz «Imagen (derecho a la propia)»*, *Nueva enciclopedia jurídica Seix*, vol. XI, Barcelona, Seix, 1962.

De esta manera, una de las primeras cuestiones que el Tribunal tuvo que afrontar en relación con el derecho fundamental a la propia imagen fue la relativa a su carácter autónomo con respecto a los derechos al honor y, sobre todo, a la intimidad.

Sobre este particular, el Tribunal ha destacado en numerosas ocasiones que «se trata de un derecho autónomo que dispone de un ámbito específico de protección (...)»<sup>5</sup>.

Sin embargo, también se ha puesto de relieve su íntima conexión con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad:

«En la Constitución Española este derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto constitucional»<sup>6</sup>.

Asimismo:

«Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en ese ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma»<sup>7</sup>.

Esta estrecha relación tiene su reflejo en la definición de su objeto, que estaría conformado, según la jurisprudencia constitucional, por «el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, y en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo»<sup>8</sup>.

Queda así evidenciada en la jurisprudencia la íntima conexión entre este derecho y el derecho a la intimidad: «Esta estricta vinculación con la salvaguarda de la intimidad, y la dimensión teleológica del derecho a la propia

---

<sup>5</sup> SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J. 3.º; 99/1994, de 11 de abril, F.J. 5.º; 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 2.º y 139/2001, de 18 de junio, F.J. 4.º, entre otras.

<sup>6</sup> STC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 2.º.

<sup>7</sup> STC 170/1987, de 21 de noviembre, F.J. 4.º.

<sup>8</sup> STC 99/1994, de 11 de abril, F.J. 5.º.

imagen, hacen que la dimensión constitucional del tema quede restringida a este concreto ámbito de natural reserva de la propia esfera íntima»<sup>9</sup>.

Si bien es cierto que con el paso del tiempo en la jurisprudencia constitucional parece apreciarse un esfuerzo por individualizar ambos derechos, creo que el Tribunal siempre tuvo claro el carácter autónomo del derecho a la propia imagen. A mi juicio, de las primeras sentencias se desprende que ambos derechos protegen un ámbito de reserva propio frente a injerencias externas. El derecho a la intimidad, vedando cualquier tipo de irrupción en la esfera más reservada que el individuo quiere mantener al margen del conocimiento ajeno, y el derecho a la propia imagen, impidiendo que los demás capten, reproduzcan o publiquen la imagen sin el consentimiento del titular.

No comparte esta interpretación la doctrina, que de manera mayoritaria considera que durante un tiempo el Tribunal Constitucional no tuvo claro el carácter autónomo del derecho a la propia imagen, que solamente después aparecería desligado del derecho a la intimidad<sup>10</sup>. A pesar de lo confuso que pueda resultar el hecho de que se defina el ámbito de protección de la propia imagen aludiendo a la esfera de la propia reserva íntima, creo que en la jurisprudencia constitucional se distinguen ambos derechos. Sucede, sin embargo, que el Tribunal Constitucional argumenta desde la concepción del derecho a la propia imagen como integrante de ese ámbito personal y reservado, pero no necesariamente íntimo, que pertenece a todo individuo y que no puede ser sobrepasado sin la voluntad de su titular.

La estrecha conexión entre ambos derechos se refleja además en que se encuentran «estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona, que reconoce el art. 10 de la CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo»<sup>11</sup>.

En lo que respecta a su contenido, el Tribunal ha considerado que «la facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finali-

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Esta es la postura, entre otros, de A. PASCUAL MEDRANO, *El derecho fundamental a la propia imagen*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, p. 48 y ss. En la misma línea, RUIZ MIGUEL, interpretando las SSTC 99/1994 y 117/1994, ha destacado que «el derecho a la propia imagen se concibe como vinculado al derecho a la intimidad porque se estima que sirve para salvaguardar este, es decir, una esfera de propia reserva personal frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros». C. RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 111.

<sup>11</sup> STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3.º.

dad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o la difunde»<sup>12</sup>.

La alusión a la obtención o captación, reiterada cada vez que se ha pronunciado sobre este derecho fundamental, amplía su radio de acción hasta el extremo de incluir en su ámbito de protección la mera captación<sup>13</sup> de la imagen sin el consentimiento del titular. Este hecho ha sido duramente criticado por la doctrina, que no ve razones para penalizar la mera captación, hecho que no encuentra parangón en el Derecho comparado<sup>14</sup>.

Atendiendo a las palabras del Tribunal Constitucional, pocas dudas pueden haber de que la mera captación de la imagen forma parte del ámbito de protección del derecho. Ahora bien, una cosa es afirmar esto y otra muy distinta hacer operativa esta facultad en relación con la mera captación sin poner en riesgo otros derechos, como el derecho a la información que, como veremos, ampara la difusión de la imagen si concurren determinados requisitos.

En lo que respecta a la imagen cuya captación, publicación o difusión pueda provocar lesión en el derecho fundamental, resulta esencial que en ella sea reconocible su titular. En otro caso, no nos situaríamos en el ámbito del derecho fundamental, pues difícilmente podría reconducirse la lesión del derecho a la dignidad de la persona. En este sentido, el Tribunal ha destacado como «el aspecto físico, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo»<sup>15</sup>.

O, más gráficamente incluso,

«en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a

<sup>12</sup> SSTC 81/2001, 26 de marzo, F.J. 2.º, 139/2001, de 18 de junio, F.J. 4.º, entre otras.

<sup>13</sup> En este sentido se pronuncian, entre otros, BLASCO GASCÓ, que lo considera una clara limitación a la libertad individual no suficientemente justificada. F. P. BLASCO GASCÓ, «Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen», *Bienes de la personalidad*, Murcia, Universidad de Murcia, 2008, p. 15. En idéntico sentido, M. GITRAMA GONZÁLEZ, «El derecho a la propia imagen, hoy», en Homenaje a J. B. de Goytisolo, vol. VI, Madrid, Consejo General del Notariado, 1990, p. 215 o J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, «El derecho a la propia imagen», en J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 162 y 163.

<sup>14</sup> En lo que respecta a la situación en el ordenamiento italiano, puede consultarse A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milán, 1950. Más reciente, F. GALGANO, *Diritto Civile e commerciale*, Padua, Cedam, 1990, p. 165.

<sup>15</sup> STC 156/2001, de 2 de julio, F.J. 6.º.

determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2)»<sup>16</sup>.

De esta manera, la reconocibilidad constituye un elemento fundamental para que podamos hablar de una lesión al derecho a la propia imagen. El uso in consentido de la imagen que no permita la identificación del titular constituye, a mi juicio, un supuesto de intromisión ilegítima encuadrable en el marco de la L. O. 1/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, pero no alcanza al derecho fundamental.

En lo que respecta a su contenido, además de proteger la captación y difusión de la imagen propia, el Tribunal ha dado a entender en alguna ocasión que esta protección podría extenderse a otros atributos de la personalidad, como la voz o el nombre:

«El derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de esta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz»<sup>17</sup>.

Esta alusión, reiterada recientemente<sup>18</sup>, no ha llegado a tener una aplicación concreta. De hecho, el Tribunal Constitucional en alguna ocasión ha negado que la grabación de la voz sin más resulte ilícita:

«Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba esta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones). La grabación en sí –al margen su empleo ulterior– solo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético “derecho a la voz” que no cabe identificar en nuestro orde-

<sup>16</sup> STC 72/2007, de 16 de abril, F.J. 3.º.

<sup>17</sup> STC 117/1994, de 25 de abril, F.J. 3.º.

<sup>18</sup> STC 23/2010, de 27 de abril, F.J. 4.º.

namiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe solo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, solo en la medida en que la voz ajena sea utilizada *ad extra* y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 de la citada Ley Orgánica 1/1982: “utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”)<sup>19</sup>.

Sin embargo, creo que este pronunciamiento no es suficiente para negar que la voz cuenta con protección en nuestro ordenamiento. Hay que tener presente que, además de afrontarse la cuestión desde la perspectiva del secreto de las comunicaciones, se habla de la grabación y no se dice nada de su posterior uso<sup>20</sup>.

No puede obviarse además que la L. O. 1/82, de 5 de mayo, considera en su art. 7.6 como intromisión ilegítima «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga». La propia jurisprudencia ha aplicado este precepto para sancionar el uso inconsciente del nombre con fines publicitarios<sup>21</sup>.

La única duda, por tanto, estriba en discernir si el uso inconsciente del nombre o de la voz estarían protegidos, entre nosotros, por el derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 CE, lo que atribuiría protección con independencia del fin que persiguiera el uso no autorizado de estos atributos.

La postura mayoritaria pasa por rechazar este concepto extensivo de imagen que contiene la L. O. 1/82, de 5 de mayo y que incluye la voz y el nombre, entendiendo que este no alcanza al derecho fundamental, sino que se concreta en la existencia de una acción civil por su uso inconsciente con un fin lucrativo. O, por decirlo con otras palabras, que la protección del nombre o de la voz únicamente puede predicarse del derecho de naturaleza patrimonial y no del de rango constitucional<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> STC 114/1984, de 29 de noviembre, F.J. 8.º.

<sup>20</sup> En este sentido, RUIZ MIGUEL ha considerado que el derecho a la propia voz solamente existiría como concreción del derecho a la intimidad. Esta conclusión la extrae de este pronunciamiento, ya que según el autor, para el Tribunal Constitucional la grabación de la voz únicamente podría constituir un ilícito atendiendo a su empleo ulterior. C. RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, ob. cit., p. 112.

<sup>21</sup> SSTs de 21 de enero de 1988 (caso Antonio Gades), de 5 de octubre de 1989 (caso César Manrique) y de 26 de noviembre de 1990 (caso Marqués de Bradomín).

<sup>22</sup> En este sentido se pronuncia PASCUAL MEDRANO: «mientras que el titular está facultado para decidir sobre la captación, reproducción o publicación de su propia imagen, cualquiera que sea la finalidad de dichos usos, respecto al nombre y a la voz, únicamente dispone de la facultad de decidir sobre su utilización comercial. La voz y el nombre se protegen así solo en cuanto se utilicen con fines comerciales, publicitarios o similares». A. PASCUAL MEDRANO, *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido y límites*, ob. cit., p. 62. En el mismo sentido, J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, que señala que «lo que sucede es que la tutela civil, no solo se extiende a la imagen, sino igualmente a otros atributos de la persona,

Para terminar, conviene destacar como el Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter dual del derecho a la propia imagen que, además de un derecho fundamental contenido en la Constitución, constituye un derecho patrimonial derivado de la naturaleza de la imagen como bien sujeto a tráfico mercantil.

En este sentido, ha destacado que «mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad»<sup>23</sup>.

«El derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación comercial in consentida –e incluso en determinadas circunstancias la consentida– de la imagen de una persona que puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen»<sup>24</sup>.

Se reconoce así un fenómeno que cobra cada vez más actualidad, el valor patrimonial de la imagen, que se ha convertido en objeto del tráfico negocial. Esta constatación ha obligado al Tribunal a pronunciarse acerca de los elementos que conformarían una y otra esfera del derecho a la propia imagen. De esta manera, en su jurisprudencia ha ido señalando cuestiones que, por su naturaleza, forman parte del derecho patrimonial, sin alcanzar al derecho fundamental. Entre ellas, las relativas al uso comercial de la imagen de una persona fallecida (STC 231/1988, de 2 de diciembre), algunas cuestiones atinentes a la revocación del consentimiento (STC 117/1994, de 25 de abril) o el uso in consentido de la imagen de un personaje de ficción encarnado por un actor con fines publicitarios (STC 81/2001, de 26 de enero). Veámoslo con más detenimiento.

En la STC 231/1988, de 2 de diciembre, el Tribunal resuelve el recurso de amparo interpuesto por la viuda de un conocido torero con motivo de la comercialización de un vídeo sobre la vida de este, en el que se contenían momentos de su vida y de su muerte, producida como consecuencia de una cogida. El Tribunal, en lo que respecta a la petición de amparo por vulneración de la propia imagen, destaca lo siguiente:

«En este aspecto, el “derecho a la imagen” que se invoca (y al que la demandante concede especial relevancia) es, en realidad, el derecho a dis-

---

que también son bienes de la personalidad, en la medida en que, como sucede con la figura, identifican al individuo y lo hacen reconocible ante la sociedad, por lo que han de ser considerados objetos de un derecho, distinto al de la propia imagen». J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, «El derecho a la propia imagen», en J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (COORD.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, ob. cit., pp. 162 y 163.

<sup>23</sup> STC 117/1994, de 25 de abril, F.J. 3.º

<sup>24</sup> STC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 2.º

poner de la imagen de una persona desaparecida y de su eventual explotación económica, protegible, según la Ley 1/1982 en vías civiles, y susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero derecho que no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales»<sup>25</sup>.

Por tanto, aun cuando existe un interés en tutelar la imagen de personas fallecidas, este asunto no puede reconducirse al ámbito de los derechos fundamentales del desaparecido, que se extinguen con la muerte de su titular.

En la STC 117/1994, de 25 de abril, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo relativo a la revocabilidad del consentimiento. Transcribimos algunas de sus palabras:

«Ciertamente que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afectación a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado. Más, en esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el art. 2.3 de la L. O. 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio; y corresponde a los Tribunales ordinarios la ponderación de los derechos en conflicto en tales casos, sin perjuicio de la que a este Tribunal compete, únicamente desde la perspectiva constitucional»<sup>26</sup>.

Por tanto, en la cuestión de la revocación de un consentimiento previamente otorgado para el uso de la propia imagen, el Tribunal considera que la vertiente fundamental del derecho prevalece, debiendo otorgarse valor a la revocación siempre y cuando se tutelen todos los intereses creados al amparo de la anterior cesión. Por un lado, se afecta al derecho fundamental pero, por

---

<sup>25</sup> STC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J. 3.º.

<sup>26</sup> STC 117/1994, de 25 de abril, F.J. 3.º.

otro, se remite a los tribunales ordinarios para que sopesen los distintos intereses en juego, al considerar que los detalles concretos forman parte del derecho patrimonial. Creo que en este caso, como en ningún otro, se aprecia la confusión entre ambos planos.

En la STC 81/2001, de 26 de marzo, el Tribunal Constitucional se pronuncia acerca de los derechos derivados del uso inconstentido de la imagen de un personaje de ficción, encarnado por un actor:

«(...) la imagen reproducida, en este caso concreto, tampoco afectaba a lo que hemos denominado dimensión personal y no patrimonial del derecho a la imagen, ya que se trataba de un simple dibujo en blanco y negro realizado por ordenador de unas piernas cruzadas y enfundadas en unos pantalones negros y calzadas con zapatillas deportivas blancas que, además, representaban al personaje en su faceta de actor. Esta doble circunstancia permite afirmar que, con independencia de la cuestión debatida en casación acerca de si esta imagen era suficiente o no para identificar al recurrente y podía por ello generar una vulneración del valor comercial de esa imagen, la referida representación gráfica no se refiere ni afecta al recurrente como sujeto en su dimensión personal, individual o privada, sino a lo sumo en cuanto personaje popularizado a través de sus apariciones televisivas, con lo que, como queda dicho, en ese anuncio no quedaba concernido el bien jurídico protegido por el derecho fundamental a la propia imagen»<sup>27</sup>.

Conviene ser cautelosos a la hora de discernir la existencia autónoma de un derecho patrimonial a la propia imagen, escindido del derecho de rango fundamental. En este último caso, por ejemplo, tanta relevancia tiene en la argumentación del Tribunal el hecho de que la imagen represente a un personaje de ficción, como que no se trate de una fotografía o un dibujo que incluya el rostro. En este supuesto, al Tribunal le hubiera resultado mucho más difícil escindir el personaje de la persona que lo ha creado y que lo interpreta en exclusiva. Además, la imagen, en tanto que atributo de la personalidad, sería la misma con independencia de que representara al actor en esta faceta o al margen de ella.

Más allá de estas precisiones, no contamos con una construcción general sobre los contenidos que cabe incluir en el derecho moral y patrimonial a la propia imagen, respectivamente<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> STC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 3.º.

<sup>28</sup> «Pues bien, en el caso aquí enjuiciado no cabe duda de que el derecho concernido no es el derecho constitucional a la propia imagen. Para llegar a esta conclusión y resolver el caso planteado, no es necesario elaborar en abstracto una doctrina general acerca de los elementos que permiten distinguir entre la dimensión moral y patrimonial del derecho a la propia imagen» (STC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 3.º).

Parecería lógico sostener, de entrada, que los desencuentros relativos a los términos de un acuerdo concreto sobre cesión de la imagen, como el relativo a la cuantía de la contraprestación, si la hay, forman parte del derecho patrimonial. Sin embargo, no cabe precipitarse, dado que la utilización de la imagen sin consentimiento afecta al derecho fundamental y, en ocasiones, aun existiendo acuerdo previo, la publicación de imágenes más allá de los términos del contrato puede afectar a la esfera moral y, por consiguiente, constitucional del derecho.

Lo único que cabe es realizar un análisis caso por caso, lo que a la postre, contribuye a degradar en cierta medida el derecho fundamental ante la imposibilidad de realizar a priori una determinación clara del contenido propio del derecho fundamental frente al patrimonial.

### III. El derecho a la propia imagen en el ámbito de las relaciones laborales

En el ámbito de las relaciones laborales se han suscitado conflictos relativos al derecho a la propia imagen desde dos ópticas diversas, la facultad del trabajador de configurar su propia apariencia y la posibilidad del empresario de limitar el derecho a la propia imagen de un trabajador, obligándolo a participar en un acto donde su imagen sería captada y difundida por los medios de comunicación.

#### III.1. *El derecho a configurar la imagen propia*

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho a la propia imagen consiste en la facultad de impedir la captación, reproducción o publicación de la imagen propia y, en consecuencia, la facultad de decidir el uso de la representación gráfica de nuestra imagen. Sin embargo, cabe preguntarse por el momento previo a esa facultad de representación: la configuración de nuestra apariencia con libertad, sin injerencias externas.

Ha sido en el ámbito de las relaciones laborales donde de manera natural se han planteado conflictos relativos a los límites de esta libertad de configuración de nuestra apariencia<sup>29</sup>. Asimismo, en los últimos tiempos la cuestión ha adquirido actualidad con la polémica en torno al uso del velo islámico y del *burka* en lugares públicos, prácticas que se enmarcan en el ejercicio de

---

<sup>29</sup> A este respecto puede consultarse J. GARCÍA ORTEGA, «La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales», en J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (COORD.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, ob. cit. Asimismo, L. CORDERO SAAVEDRA, «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 101, 2000.

la libertad religiosa, pero que también pueden ser consideradas desde esta perspectiva<sup>30</sup>.

La configuración de la propia apariencia ha sido objeto de atención por parte del Tribunal Constitucional en dos ocasiones<sup>31</sup>: el conocido asunto del barman despedido como consecuencia de su negativa reiterada a afeitarse la barba (STC 170/87, de 30 de octubre)<sup>32</sup> y el caso de un policía que resultó sancionado por llevar el pelo largo y recogido en una coleta (STC 120/96, de 8 de julio).

En ambos casos el Tribunal Constitucional evita manifestarse sobre la existencia de este pretendido derecho y sobre su fundamento expreso. Esta opción del TC resulta llamativa, porque pocas dudas caben de que a todos nos asiste el derecho a conformar nuestra propia apariencia física y que ello constituye una manifestación de nuestra identidad personal y del libre desarrollo de nuestra personalidad, amparados por la Constitución. Ahora bien, esto no quiere decir, lógicamente, que se trate de derechos absolutos. Este derecho, como todos, tiene sus límites en otras normas como las relativas a higiene y salud, y seguridad en el trabajo en el ámbito de las relaciones laborales, o la exigencia de uniformes en el mismo ámbito.

El Tribunal Constitucional no ha podido negar la evidencia de la existencia de este derecho, aunque hasta la fecha ha evitado incardinarlo en el ámbito del artículo 18.1 CE.

En el primer caso, el resuelto por la STC 170/87, de 30 de octubre, lo hace trasladando el peso de la argumentación al ámbito de las relaciones laborales para tratar de analizar si existía una justificación que amparara la decisión del empresario de exigir al trabajador que se afeitara la barba. En este caso, la respuesta que se da y que a nuestro juicio es la correcta, denegando el amparo al trabajador, discurre sin embargo por unos senderos que parecen tomados para evitar una declaración explícita sobre el asunto que aquí nos ocupa. En palabras del Tribunal, «no es, por tanto, una difusión o captación ilícita de su propia imagen contraria al art. 18.1 CE, ni tampoco la decisión personal sobre su apariencia física lo que se discute en este proceso, sino si esta decisión puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional»<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Un análisis de esta cuestión desde la óptica del derecho a la propia imagen se contiene en A. CUERDA RIEZU, «El velo islámico y el derecho a la propia imagen», *Parlamento y Constitución*, Anuario, 11, 2008.

<sup>31</sup> En una tercera, el recurso de amparo quedó extinguido por satisfacción extraprocésal. El conflicto que subyacía venía provocado por la imposición a las trabajadoras del AVE del uso de falda en el uniforme (STC 84/2006, de 27 de marzo).

<sup>32</sup> Un comentario a esta resolución puede encontrarse en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «Sobre el derecho a la propia imagen (a propósito de la STC 170/87, de 30 de octubre)», *Poder Judicial*, 10, 1988.

<sup>33</sup> STC 170/87, de 30 de octubre, F.J. 4.º.

Como ha destacado Gorrotxategi Azurmendi, «lo único que queda claro, a través de la sentencia, es que los deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula –entre los que se encuentran el contrato de trabajo y el poder directivo, dentro de los márgenes permitidos por la ley, del empresario– pueden limitar los derechos fundamentales del art. 18.1. Si entre ellos se encuentra la decisión sobre el propio aspecto físico es cuestión no resuelta. La afirmación final en el sentido de que estos derechos no resultan afectados ni guardan relación con la cuestión resuelta, sirve solo para quitar razón al demandado, pero, en sí, no explica nada»<sup>34</sup>. Además, como ha señalado Alegre Martínez, «si el derecho cede es porque existe»<sup>35</sup>.

En el caso resuelto por la STC 116/1996, de 8 de julio, la estimación del amparo se fundamenta en que la sanción se había impuesto vulnerando el principio de legalidad, lo que evita al Tribunal el tener que pronunciarse sobre este asunto, aun cuando eso no le impide pronunciarse sobre otras vulneraciones también alegadas.

En general, la doctrina considera que el derecho a conformar la propia apariencia no forma parte del derecho fundamental a la propia imagen<sup>36</sup>. No comparte, sin embargo, esta postura mayoritaria Blasco Gascó, para el que «el derecho a la propia imagen también es, y posiblemente con carácter previo y fundamental, el derecho a conformar tales rasgos físicos. Se trata de un derecho a la imagen no en sentido gráfico (que capten o no la imagen), sino en sentido somático o estético: el derecho a definir, a determinar, a configurar y a modificar libremente la propia apariencia exterior. El derecho a la propia imagen es, ante todo, el derecho a determinarla, a individualizarla frente a los demás. Y este derecho es previo al poder de controlar (y a participar de las ganancias) el uso que se haga de la imagen, es decir, al derecho

<sup>34</sup> M. GORROTXATEGI AZURMENDI, «El derecho a la imagen, objeto de la jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, 42, 1995, pp. 366 y 367. En el mismo sentido se pronuncia CUERDA RIEZU, para el que «por lo que se refiere a la doctrina del Tribunal Constitucional, este no ha llegado a rechazar que el derecho a la imagen comprenda la libre configuración del aspecto físico». A. CUERDA RIEZU, «El velo islámico y el derecho a la propia imagen», *ob. cit.*, p. 253.

<sup>35</sup> M. A. ALEGRE MARTÍNEZ, *El derecho a la propia imagen*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 91.

<sup>36</sup> PARDO FALCÓN ha considerado que «el derecho a la propia imagen no incluye lo que, desde un punto de vista estrictamente gramatical o semántico, pudiera parecer: el derecho de cada uno a llevar el aspecto que estime oportuno; jurídicamente hablando, este último derecho debe ser entendido, como hace nuestra jurisdicción constitucional, como otra manifestación del más genérico derecho a la intimidad». J. PARDO FALCÓN, «Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, p. 167. También PASCUAL MEDRANO considera que «el derecho a la propia apariencia nada tiene que ver con el derecho a la propia imagen. Estamos más bien ante una manifestación o proyección de la libertad individual general (art. 1.1 CE), que puede encontrar tutela por parte del TC si dicha apariencia es fuente de discriminaciones injustificadas (art. 14 CE)». A. PASCUAL MEDRANO, *ob. cit.*, p. 65, nota 6.

a fiscalizar la representación, captación, reproducción o publicación de nuestra imagen o, en negativo, a que no se haga sin nuestro consentimiento, salvo que se trate de algún supuesto exceptuado en el artículo 8 de L. O. 1/1982»<sup>37</sup>.

Ciertamente, nadie puede poner en duda la existencia de un derecho a conformar nuestra apariencia física, aunque podamos discutir su fundamento preciso. El derecho a la propia imagen reconocido en el artículo 18.1 CE parece ser además el fundamento natural. Si hablamos de la reserva de un ámbito libre de injerencias, como el Tribunal Constitucional ha hecho en múltiples ocasiones, en ese ámbito debería situarse además la libertad del individuo de conformar con libertad su apariencia física, por más que el Tribunal Constitucional no haya querido pronunciarse al respecto y que la L. O. 1/82, contemple el derecho a la propia imagen desde otra perspectiva. De todos modos, queda claro que el Tribunal no considera que el derecho a configurar la propia apariencia forme parte del derecho fundamental a la propia imagen.

### III.2. *El derecho a la propia imagen como límite en las relaciones contractuales*

Uno de los casos emblemáticos relativos al derecho a la propia imagen tiene como escenario precisamente el campo de las relaciones laborales: la STC 99/1994, de 11 de abril<sup>38</sup>. Este caso, además de presentarnos la posición del TC acerca de la siempre polémica materia de la restricción de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, supone el primer planteamiento general sobre este derecho fundamental<sup>39</sup>.

El caso, conocido por todos, viene motivado por el despido de un trabajador tras su negativa a participar en una muestra de un producto (jamón ibérico) ante los medios de comunicación y las autoridades autonómicas extremeñas de la Consejería de Agricultura, para la presentación de la denominación de origen del jamón de bellota producido por la empresa en la que

---

<sup>37</sup> F. P. BLASCO GASCÓ, «Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen», ob. cit., pp. 9 y 10.

<sup>38</sup> Un comentario a esta sentencia puede encontrarse en J. PARDO FALCÓN, «Los derechos fundamentales como límites de los poderes del empresario (un comentario a las SSTC 99/1998, de 11 de abril, y 6/1995, de 10 de enero)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 49, 1997.

<sup>39</sup> Hay pronunciamientos anteriores, como la STC 231/1988, de 2 de diciembre, el caso del vídeo de Paquirri, en el que, como se ha visto, el Tribunal Constitucional tan solo efectúa un acercamiento negativo al contenido del derecho a la propia imagen, al considerar que la difusión de imágenes de una persona fallecida no afecta al derecho fundamental a la imagen propia.

prestaba sus servicios el solicitante de amparo. El recurrente se negó alegando que no deseaba que su imagen fuese captada fotográficamente y la empresa procedió a despedirlo.

El Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta que existe un derecho fundamental involucrado, analiza si existe justificación en la orden del empresario que legitime su vulneración.

Como la restricción al derecho fundamental no venía impuesta por la naturaleza del vínculo contractual, no basta con alegar que existe un interés del empresario, sino que hay que acreditar que «no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr del trabajador y el de la organización en que se integra»<sup>40</sup>.

Dado que no se acredita, el Tribunal considera que los tribunales de instancia no han efectuado una correcta ponderación de los derechos en juego y concede el amparo. Este pronunciamiento le da la oportunidad al Tribunal de comenzar a exponer su concepción sobre este derecho fundamental:

«El primer elemento a salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto elemento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como individuo. En este contexto, la captación y difusión de la imagen del sujeto solo será admisible cuando la propia –y previa– conducta de aquel o las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquel»<sup>41</sup>.

A mi juicio, este pronunciamiento constituye uno de los más relevantes de los dedicados al derecho fundamental a la propia imagen, pues en él se observa que el Tribunal Constitucional considera este derecho como un auténtico derecho fundamental, independiente de los derechos a la intimidad y al honor. Esta autonomía resulta esencial para que el derecho pueda desplegar toda su virtualidad garantista en el ámbito de los medios de comunicación, ámbito en el que potencialmente el derecho a la propia imagen resulta más vulnerable.

#### **IV. El derecho a la propia imagen como límite de la actividad de los medios de comunicación**

El ámbito natural de conflicto del derecho a la propia imagen es el que se produce como consecuencia de la actividad de los medios de comunica-

---

<sup>40</sup> STC 99/1994, de 11 de abril, F.J. 8.º

<sup>41</sup> STC 99/1994, de 11 de abril, F.J. 5.º

ción. Gracias a ello contamos con una serie de resoluciones en las que la propia imagen se plantea como límite a la actividad de dichos medios, en línea con lo establecido en el artículo 20.4 CE.

No todos los conflictos que tienen como escenario los medios de comunicación resultan comparables. Se podría distinguir entre aquellas actividades que responden a la libertad de información o de expresión, y aquellas otras propias de la que se ha dado en llamar *prensa de entretenimiento, rosa o del corazón*. En este ámbito, la actividad de los medios, a pesar de que algunos pronunciamientos jurisprudenciales parecen dar a entender que se enmarcaría en el ámbito de la libertad de expresión, resulta difícilmente protegida por la Constitución<sup>42</sup>.

Este conflicto natural, que, como se ha dicho, refleja el artículo 20.4 CE, también está detrás de la formulación de la L. O. 1/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, norma de desarrollo «del principio general de garantía de tales derechos contenidos en el citado artículo 18.1», según reza la propia Exposición de Motivos. «En el texto de la Ley Orgánica se percibe una referencia constante a la actividad informativa y, en particular, a los conflictos que suelen plantearse entre los derechos de la personalidad y el ejercicio del derecho a la información»<sup>43</sup>.

Esta norma, que a mi juicio adolece de grandes deficiencias técnicas, recoge un catálogo de conductas consideradas ilegítimas por atentar contra los derechos fundamentales que regula: honor, intimidad y propia imagen. Al hilo de esto, contiene en su artículo 8 una excepción general en su apartado 1: «No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuanto predomine un interés histórico, científico o cultural relevante».

El apartado 2, que es el que a nosotros nos interesa, se dedica específicamente al derecho a la propia imagen, destacando que «en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. La

---

<sup>42</sup> De hecho, entre nosotros, y a diferencia de lo que ha sucedido en otros países como Alemania, el Tribunal Constitucional ha negado la cobertura constitucional de la llamada prensa de entretenimiento, destacando que no puede confundirse la relevancia pública de una información con su carácter noticioso (STC 134/1999, de 15 de julio, entre otras). Sobre este particular puede consultarse M. MEDINA GUERRERO, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 155 y ss.

<sup>43</sup> A. AZURMENDI ADÁRRAGA, ob. cit., p. 210.

información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una determinada persona aparezca como meramente accesorio. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñan funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza».

Como ha sostenido Pascual Medrano, la L. O. en su artículo 8.2 trata de acotar las relaciones del derecho a la propia imagen y las libertades del artículo 20 y, a tal efecto, establece tres límites concretos al primero<sup>44</sup>. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina, la manera de hacerlo no es la más apropiada, pues la dicción literal permite acoger excepciones que no están guiadas por ese interés informativo<sup>45</sup>.

Los límites en cuestión hacen referencia al carácter de personaje público de la persona retratada, a las caricaturas de esas mismas personas y a la imagen que se ofrece como accesorio de una información sobre un suceso o acaecimiento público. El Tribunal Constitucional ha procedido a delimitar las tres excepciones aunque en ámbitos diversos. Muy interesante resulta, a mi juicio, cómo el Tribunal Constitucional ha corregido la aplicación que los tribunales ordinarios, en concreto, el Tribunal Supremo, venían efectuando de la excepción relativa a los «personajes públicos», con motivo de publicaciones que en vez de responder al ejercicio de la libertad de información eran producidas al amparo de la prensa de entretenimiento<sup>46</sup>.

En el caso de las caricaturas, su análisis desde la perspectiva de la propia imagen se ha producido también en el mismo ámbito, incluyéndose en el concepto los fotomontajes.

Como los supuestos no son parangonables, vamos a proceder a un análisis diferenciado de la jurisprudencia constitucional en función de que nos hallemos en el plano de la prensa de entretenimiento o se trate del ejercicio de las libertades comunicativas del art. 20 CE. Obviamente, estas diferencias suponen una toma de postura a favor de la irrelevancia constitucional o, lo que es lo mismo, la falta de cobertura constitucional de la prensa de entretenimiento. Difícilmente, si atendemos a la concepción del Tribunal Constitu-

---

<sup>44</sup> A. PASCUAL MEDRANO, *El derecho fundamental a la propia imagen*, ob. cit., 132. En el mismo sentido se pronuncia ROYO JARA, que ha destacado que aunque no se hace referencia expresa a la información, es lo que gravita sobre todo el precepto. J. ROYO JARA, *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, Colex, 1987, p. 163.

<sup>45</sup> Para IGARTUA ARREGUI la postura de la norma es errónea porque «desconoce que, a pesar de que se den las circunstancias del precepto (p. ej., persona pública en lugar público), puede no existir interés público en la divulgación de esa imagen», F. IGARTUA ARREGUI, *La apreciación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 118 y 119.

<sup>46</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1997 (caso Alberto Alcocer I) y de 14 de noviembre de 2002 (caso Alberto Alcocer II); Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1997 (caso Alberto Cortina).

cional sobre la libertad de expresión puede considerarse que la prensa rosa entraña un ejercicio de esta<sup>47</sup>.

#### IV.1. *Propia imagen y prensa de entretenimiento*

La intensa conflictividad judicial motivada por la prensa de entretenimiento, si bien muestra que existen problemas no resueltos en el ámbito de los derechos de la personalidad, que no siempre parecen capaces de limitar la actividad de la prensa rosa, ha permitido al Tribunal Constitucional desarrollar su concepción más acabada sobre este derecho fundamental, por dos vías. La primera, afirmando la naturaleza bifronte del derecho a la propia imagen mediante el reconocimiento de una faceta que podríamos denominar patrimonial junto a la constitucional o moral del derecho. Esto ha posibilitado el pronunciamiento sobre determinados aspectos que, a juicio del Tribunal Constitucional, no podían ser incluidos en la esfera constitucional, lo que nos ofrece un acercamiento al derecho fundamental desde una perspectiva negativa o de exclusión. En este sentido y, como se analizó supra, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de la revocabilidad del consentimiento, que en líneas generales cabría considerar al margen del derecho fundamental a la propia imagen, sobre la imagen de un personaje de ficción y sobre la difusión de la imagen de personas fallecidas.

La segunda, a través de la reinterpretación de algunas de las excepciones previstas en el art. 8.2 de la L. O. 1/82, de 5 de mayo, a las que se les ha conferido un alcance diverso que el otorgado por los tribunales ordinarios. Veámoslo con detenimiento.

#### A) PERSONAJES PÚBLICOS Y PROPIA IMAGEN

Como se ha destacado, el art. 8.2 de la L.O. 1/82, de 5 de mayo, señala que el derecho a la propia imagen no impedirá «su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público». En esta excepción se conjugan algunos elementos que conviene precisar.

El primero, el ámbito subjetivo de la excepción. Por personaje público hay que entender, siguiendo al Tribunal Constitucional a «quienes tienen

---

<sup>47</sup> «Procede señalar que el valor preponderante de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que estas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública» (STC 107/1988, de FJ de 25 de junio, FJ 2.º).

atribuida la administración del poder público»<sup>48</sup>. Por su parte, las personas que ejercen una profesión de notoriedad o proyección pública son «aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de relevancia pública»<sup>49</sup>. Esta definición de la ambigua categoría de personajes públicos ha sido criticada por la doctrina, por su excesiva amplitud<sup>50</sup>.

Según la dicción del artículo 8.2, las personas así consideradas, al parecer, pierden su derecho a la propia imagen cuando se encuentran en actos públicos o en lugares abiertos al público. En el primer caso, la cuestión parece clara: en actos públicos el derecho fundamental a la propia imagen cede a favor del carácter público del acto en sí. Ciertamente, tiene sentido que personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública tengan que ver como su imagen resulta captada y difundida en actos públicos. Sería absurdo tener que requerir el consentimiento de los políticos asistentes a un mitin, de actores en la presentación de una película o de los futbolistas que disputan un partido.

En estos casos, como decía, no solo cede este derecho fundamental, sino que también el derecho a la intimidad sufre recortes en su ámbito de protección. Por ejemplo, si en un acto oficial dos cargos públicos mantienen una actitud afectiva, difícilmente podrán argumentar su derecho a la intimidad para impedir la difusión de las imágenes. El carácter público del acto prevalece sobre su eventual derecho, al menos en este caso. Lo mismo podría afirmarse del derecho al honor y el nivel de crítica que determinadas personas, en función de su cargo, tienen que soportar.

El Tribunal Constitucional ha admitido expresamente la necesidad de modular el contenido de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE, cuando el titular es un personaje público:

«Los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un

<sup>48</sup> STC 192/1999, de 15 de julio, F.J. 7.º.

<sup>49</sup> STC 99/2002, de 6 de mayo, F.J. 7.º.

<sup>50</sup> M. MEDINA GUERRERO, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, ob. cit., p. 146 y ss.

ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos»<sup>51</sup>.

Sin embargo, una cosa es admitir esta modulación y otra muy distinta considerar que la inclusión del titular en la ambigua categoría de personaje público constituye una patente de corso para difundir cuantas informaciones e imágenes se considere oportuno. Además, si se atiende al texto de la sentencia, el Tribunal Constitucional alude al ejercicio del derecho de la información, lo que modifica sustancialmente las cosas<sup>52</sup>.

Pero lo cierto es que, atendiendo al precepto legal, las personas que desempeñan un cargo público o una profesión con proyección o notoriedad pública ven recortado su derecho a la propia imagen, hasta el punto de que en los lugares abiertos al público no disfrutan de él. Qué duda cabe de que el necesario respeto al contenido esencial del derecho fundamental no soporta tal restricción, que entraña circunscribir el disfrute del derecho para toda una categoría de personas únicamente a su ejercicio en lugares no abiertos al público.

La óptica adecuada para interpretar correctamente este precepto legal parte del concepto de «relevancia pública» y de la necesaria ponderación con las libertades de información y expresión del que el derecho a la propia imagen, como el honor y la intimidad, es un límite preciso según reza el artículo 20.4 CE<sup>53</sup>. En lugares abiertos al público, el personaje público gozará de derecho a la propia imagen. Lo que sucede es que es posible, solo posible, que este derecho tenga que ceder si se emite una información de relevancia pública o se trata de un acto público, como el mitin, la presentación de una película o el partido de fútbol. En otro caso, el derecho a la propia imagen debe prevalecer.

---

<sup>51</sup> STC 171/1990, de 12 de noviembre, F.J. 5.º.

<sup>52</sup> En el ámbito del derecho a la información, la categoría de personaje público guarda relación con el concepto de relevancia pública, de manera que, en ocasiones, un hecho que de por sí no es relevante, puede convertirse en tal por la persona que lo protagoniza. Por ejemplo, que un ciudadano anónimo incurra en una infracción del código de circulación difícilmente podría ser considerado de relevancia pública. Si el que la comete es el Director General de Tráfico, sí.

<sup>53</sup> De interés informativo habla AZURMENDI ADÁRRAGA, que destaca que «para evitar posibles abusos del empleo de la imagen ajena, y que el derecho a la propia imagen quede desvirtuado, es necesario, en primer lugar, el establecimiento de una noción común de interés informativo, al que atiendan todos los que participan en los procesos de comunicación pública y, después, la fijación del núcleo esencial del derecho a la propia imagen. De forma que la labor del juzgador en los casos en los que el interés informativo tenga dudosa sustantividad, se pueden hacer valer las prerrogativas del titular de la imagen». A. AZURMENDI ADÁRRAGA, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, ob. cit, p. 213.

Lo mismo sucederá en lugares no abiertos al público, donde la única diferencia estriba en sostener que, presumiblemente, lo que sucede al resguardo del público podría con más probabilidad pertenecer a la esfera de lo íntimo. Sin embargo, el ámbito protegido por el derecho a la intimidad no guarda una relación directa con el emplazamiento físico en el que se desarrolla la actividad del titular, aun cuando este tenga una notable influencia<sup>54</sup>.

Si bien esa referencia podría guardar alguna relación con el derecho a la intimidad, en ningún caso se encuentra su pertinencia en relación con la propia imagen. Como se ha visto, mientras que no existen problemas en reconocer que durante los actos públicos, sus intervinientes ven como su derecho a la propia imagen sufre una restricción, en aras del carácter público del acto en sí, la referencia a «lugares abiertos al público» no tiene razón de ser.

Este precepto, literalmente interpretado, ofrece cobertura suficiente para algunas resoluciones del Tribunal Supremo, muy discutibles, que han sido corregidas en sede de amparo constitucional, por violación, precisamente, del derecho a la propia imagen. En este sentido, el Tribunal Supremo ha llegado a considerar que la publicación de fotografías tomadas en una reserva federal de caza<sup>55</sup> o una playa<sup>56</sup>, en tanto que lugares abiertos al público y en concurrencia con el carácter también público de las personas retratadas, constituía base suficiente para considerar que las conductas recurridas no suponían intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen<sup>57</sup>.

En la STC 139/2001, de 18 de junio, se resuelve el recurso de amparo interpuesto por Alberto Cortina de Alcocer por la publicación de unas fotografías del demandante acompañado de Marta Chávarri Figueroa, sin el consentimiento de los protagonistas, que habían sido tomadas en un viaje a Kenia. Para el Tribunal Supremo, en este supuesto era de aplicación la excepción prevista en el artículo 8.2.a de la L. O. 1/82, de 5 de mayo, dado que el Sr. Cortina era una persona muy conocida en el ámbito financiero y social en general y una reserva de caza en Kenia es un ámbito abierto al público. El Tribunal Constitucional, por su parte, considera lesionado el derecho a la propia imagen del recurrente y para ello se centra en la naturaleza de las fotografías: «queda evidenciado dicho carácter personal, privado

---

<sup>54</sup> Sobre el derecho a la intimidad puede consultarse C. RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, ob. cit. Asimismo, P. L. MURILLO DE LA CUEVA, «El derecho a la intimidad», ob. cit.

<sup>55</sup> STC 139/2001, de 18 de junio.

<sup>56</sup> STC 83/2002, de 22 de abril.

<sup>57</sup> Un comentario a estas dos sentencias puede encontrarse en A. DE LA IGLESIA CHAMARRRO, «El derecho a la propia imagen de los personajes públicos. Algunas reflexiones a propósito de las SSTC 139/2001 (caso Cortina) y 83/2002 (caso Alcocer)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 67, 2003.

y reservado de las expresadas fotografías, cualesquiera que fueran las personas a las que reproducían y el lugar en que se hubieran hecho»<sup>58</sup>.

La afirmación del Tribunal es lo suficientemente expresiva de la escasa relevancia que el lugar o el carácter de personaje público del protagonista tiene en casos como este, en el que la fotografía no hace más que reproducir momentos de la vida privada del titular. Privada que, como el mismo órgano de garantía se encarga de precisar, no quiere decir íntima: «No es preciso examinar si tal documento se halla en el ámbito propio de la intimidad, puesto que ni en la demanda de amparo se invoca expresamente el derecho a la intimidad ni, por otra parte, se condicionan mutuamente, de modo necesario, este derecho y el de la propia imagen, dada la autonomía de uno y otro, por más que puedan estar vinculados en algunos supuestos»<sup>59</sup>. En este caso, también influye notablemente el hecho de que las fotografías tuvieran una procedencia ilícita<sup>60</sup>.

La STC 83/2002, de 22 de abril, resuelve el recurso de amparo interpuesto por Alberto de Alcocer Torra, por la publicación de unas fotografías tomadas en una playa en compañía de una mujer en una clara actitud de afectividad. Entre los diversos argumentos que llevan al Tribunal Supremo a denegar sus pretensiones, algunos tan increíbles como que la publicación de las fotografías responde al ejercicio de la libertad de información o que los usos personales del recurrente y los usos sociales en general eliminan el concepto de intromisión en la intimidad, se alude, en relación con la lesión al derecho a la propia imagen, a la excepción del artículo 8.2.a de la L. O. 1/82, de 5 de mayo, al considerar que el recurrente es una persona de proyección pública, que se da un interés general de la información y que la imagen se tomó en una playa, un lugar abierto al público. El Tribunal Constitucional rechaza esta argumentación, al igual que ya había hecho en la STC 139/2001, de 18 de junio y basándose en los mismos argumentos: carácter personal y reservado de las fotografías y procedencia ilícita de estas.

Como se aprecia en los casos referidos, el Tribunal Constitucional no ha encontrado óbice alguno para declarar lesivas de la propia imagen la publicación de unas fotografías, aun cuando los protagonistas, o al menos uno de ellos, eran personas conocidas en el mundo financiero y el lugar de captación de las fotos era un lugar abierto al público. Obviamente, aquí el Tribunal ha tenido en cuenta no solo el carácter abierto o no al público del lugar donde se toman las fotografías, sino la relevancia pública de la información, que era inexistente. Aunque el Tribunal Constitucional no razona desde la perspecti-

<sup>58</sup> STC 139/2001, de 18 de junio, F.J. 5.º.

<sup>59</sup> *Ibídem*.

<sup>60</sup> En el mismo sentido, A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, «El derecho a la propia imagen de los personajes públicos. Algunas reflexiones a propósito de las SSTC 139/2001 (caso Cortina) y 83/2002 (caso Alcocer)», *ob. cit.*

va de la libertad de información, dado que el contenido de la publicación no podía ampararse en su ejercicio, la vulneración del derecho a la propia imagen se declara en aras precisamente de ese carácter privado, reservado y personal de las fotografías en cuestión.

Entre nosotros, el problema deriva, como se ha dicho, de la dicción literal del artículo 8.2 de la L. O. 1/82, de 5 de mayo, que en su interpretación gramatical supone privar a los personajes públicos del derecho a la propia imagen siempre que se encuentren en lugares públicos. Sin embargo, como ha puesto de relieve Pascual Medrano, existe la «necesidad de verificar la existencia de interés público informativo, aun cuando se trate de personas públicas y la imagen sea captada en un lugar abierto al público»<sup>61</sup>.

## B) LAS CARICATURAS, DE ACUERDO CON EL USO SOCIAL

El más reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la propia imagen, la STC 23/2010, de 7 de abril, resuelve un recurso de amparo en el que se dilucida la vulneración del derecho a la propia imagen por un fotomontaje en el que se sobrepone sobre un cuerpo desnudo la imagen del rostro de una persona muy conocida en el mundo de la prensa del corazón. El citado fotomontaje había provocado una condena a la revista por parte de los tribunales de instancia, que recurre en amparo alegando vulneración de su derecho a la libertad de expresión.

Para el Tribunal Constitucional, la publicación que origina el conflicto es una composición con una finalidad humorística mediante la manipulación de la imagen, por lo que puede calificarse de caricatura, en tanto que «creación satírica realizada a partir de las facciones y el aspecto de alguien, deformando su realidad».

Tras destacar que el uso de las caricaturas puede responder a un legítimo ejercicio de la libertad de expresión, en cuanto «contribuya al mantenimiento de una opinión pública crítica y plural, como “condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al sistema democrático” (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 77/2009, de 23 de marzo, FJ4)»<sup>62</sup>, constata que la caricatura en cuestión no respondía a un legítimo ejercicio de la libertad de expresión ni a ningún otro fin que justificara la intromisión en el derecho a la propia imagen y, en consecuencia, deniega el recurso de amparo. En sus palabras, «del examen de las circunstancias del caso se desprende que la empresa recurrente en amparo, lejos de realizar un ejercicio legítimo de su libertad de expresión, vulneró el derecho a la propia imagen de doña Isabel Iglesias al publicar sin su consentimiento el montaje caricaturesco que había elaborado mediante la manipulación de su fotografía»<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> A. PASCUAL MEDRANO, *El derecho fundamental a la propia imagen*, ob. cit., p. 143.

<sup>62</sup> STC 23/2010, de 7 de abril, F.J. 5.º.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

De esta manera, si bien queda claro que el uso de las caricaturas de los personajes públicos de acuerdo con el uso social puede constituir un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, no siempre es así, de manera que el uso de la caricatura de un personaje público no excluye de manera automática la lesión del derecho a la propia imagen. Habrá que analizar caso por caso si la caricatura responde al ejercicio legítimo de las libertades comunicativas y, si así es, se excepciona la aplicación del derecho a la propia imagen del caricaturizado.

Por tanto, el Tribunal Constitucional nos ofrece una auténtica relectura de las excepciones previstas en la L. O. 1/82, de 5 de mayo, cuando nos situamos en el ámbito de la prensa de entretenimiento. Esta reinterpretación tiene razón de ser porque en estos casos no podemos alegar que nos encontramos en el ámbito de la ponderación de derechos, pues nada habría que ponderar. Todo lo contrario. Difícilmente en los casos que se han reseñado existe un fundamento que pueda esgrimirse como límite a un derecho fundamental como el de la propia imagen. Distintas son las cosas cuando nos situamos en el ámbito de la libertad de información o expresión.

#### IV.2. *Propia imagen y libertad de información*

Como ya se ha puesto de manifiesto, existen dudas más que fundadas para considerar que la llamada prensa de entretenimiento goza de cobertura constitucional o, al menos, de una cobertura suficiente que justifique la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art 18.1 CE.

La situación es totalmente diversa cuando nos situamos en el ámbito de la libertad de información. La relevancia pública constituye el elemento fundamental que puede determinar que la imagen que acompaña a una determinada información no vulnere el derecho fundamental a la propia imagen del efigiado. A esta idea parece responder el artículo 8.2.c cuando excepciona del catálogo de intromisiones ilegítimas la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

Como puede constatarse de manera inmediata, este precepto se articula sobre dos coordenadas de gran ambigüedad: suceso o acontecimiento público e imagen accesorio<sup>64</sup>.

El precepto parece aludir al derecho a la propia imagen de personas anónimas que, de manera incidental, aparecen en una información sobre un suceso o acaecimiento de relevancia. Por otro lado, también podría incluirse aquí la información gráfica sobre personas que, por su relación con un determinado asunto, adquieren relevancia pública.

---

<sup>64</sup> J. ROYO JARA, *La protección del derecho a la propia imagen*, ob. cit., p. 171.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se aprecia que la resolución de los supuestos de lesión del derecho a la propia imagen que apoya una información tiene mucho que ver con el juicio que merezca la información en sí.

En la STC 132/1995, de 11 de septiembre, se analiza la regularidad constitucional de una información relativa al procesamiento de dos magistrados por el Tribunal Supremo, desde la perspectiva de los derechos al honor y la propia imagen. En el texto se ofrece información sobre el procesamiento de dos magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo. Se acompaña de una fotografía de los dos procesados en pose amistosa tras una fiesta desarrollada en la plaza de toros privada de uno de los retratados.

El Tribunal Constitucional, tras dar por buena la interpretación del Supremo que había considerado que la información gozaba de protección constitucional, una vez constatada la relevancia pública y la veracidad, analiza la cuestión desde la perspectiva del derecho fundamental a la propia imagen.

Así, destaca que la fotografía no puede desvincularse de la totalidad de la información, entre cuyos propósitos estaba mostrar la relación existente entre los dos magistrados imputados por el mismo comportamiento delictivo. Además, subraya el Tribunal que «la imagen difundida –que se toma de otro medio de comunicación, por lo que la posible irregularidad de su captación le sería imputable a este otro medio–, es por lo demás altamente inocua, sin que se advierta intención insultante o propósito de mofa, ni en ella ni el breve texto que le sirve de pie»<sup>65</sup>.

Y continúa: «Así englobada en la totalidad de la información (...) no es dudoso que participa de las mismas características de aquella, y que no puede ser objeto de juicio diferenciado del que en general merecen los datos puestos en conocimiento público por el medio de comunicación codemandado en el proceso civil: información referida a persona pública, en asunto de evidente interés general y veraz. Otro caso sería tanto como afirmar que solo la libertad de comunicar información escrita posee un régimen distinto y privilegiado a la que se comunica por medio de la imagen gráfica. No es por ello procedente que demos a la publicación de la fotografía un tratamiento distinto al que merece el conjunto de la información, ni que reiteremos la razón de que, inscribiéndose en el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de información, esta deba prevalecer, en el caso, también el derecho a la propia imagen del recurrente»<sup>66</sup>.

Un tratamiento parecido se observa en el ATC 176/07, de 1 de marzo. En este caso, el conflicto viene planteado por la conocida fotografía del empresario Javier de la Rosa comiéndose un bocadillo en su celda de la cárcel

<sup>65</sup> STC 132/1995, de 11 de septiembre, F.J. 6.º.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

modelo de Barcelona. El amparo se plantea por el efigiado contra la sentencia del Tribunal Supremo que había estimado que esta no entrañaba vulneración de los derechos del recurrente, al estar amparada por la libertad de información. Parte de la argumentación gira en torno al derecho de la intimidad, sobre la base de si una celda puede considerarse o no domicilio.

Para el Tribunal Constitucional, en este caso nos encontramos ante una fotografía que más que ilustrar una información, la contiene en sí misma: «Lo relevante informativamente es la expresión gráfica del ingreso en prisión del recurrente a raíz de unas actuaciones judiciales que adquirieron gran relevancia pública en su momento»<sup>67</sup>. En este caso, por tanto, el TC aprecia que la fotografía en sí es ejercicio de la libertad de información por lo que debe ceder el derecho a la propia imagen.

En consecuencia, para el Tribunal Constitucional:

«Aplicando este criterio al supuesto actual debemos llegar a la conclusión de que la fotografía era suficientemente noticiosa como para privar a su protagonista de las facultades de control sobre su reproducción gráfica que le atribuye el derecho a la propia imagen. La imagen reproducida, con independencia de que pueda afectar a otros bienes, transmite por sí misma una información relevante cual es el ingreso en prisión de un conocido financiero, por lo que, tal y como concluye la Sentencia del Tribunal Supremo, desde el punto de vista del citado derecho constitucional nada puede reprocharse a su captación y a la utilización que hizo, en esta ocasión, el medio informativo»<sup>68</sup>.

Hasta aquí, creo que nada puede reprocharse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En el primer caso, la fotografía ilustra una información veraz y relevante públicamente. En el segundo, la foto constituye en sí misma información, sin que se aprecie lesión de otros derechos fundamentales.

Realmente, estos casos no se enmarcarían en la excepción prevista en el artículo 8.2.c, que parece estar pensada para ciudadanos anónimos que de manera fortuita aparecen retratados o filmados como consecuencia de su participación en un suceso o acontecimiento público. Sería el caso, por ejemplo, del asistente a un partido de fútbol o una manifestación que aparece retratado en el periódico, de una manera destacada, o su imagen captada y luego difundida en televisión.

En los casos referidos, por el contrario, aunque la imagen pueda tildarse de accesoria en el primer supuesto, pues ilustra la información y de información propiamente dicha en el segundo, es la relevancia pública de lo que se transmite lo que a priori justificaría la lesión en el derecho a la propia imagen, que cede ante un ejercicio legítimo de la libertad de información.

<sup>67</sup> ATC 176/2007, de 1 de marzo, F.J. 2.º.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

Más dudas se plantean en relación con el supuesto resuelto por la STC 72/2007, de 16 de abril, en la que se cuestiona la publicación de una fotografía de una policía municipal tomada en el curso de un desalojo, acompañando a la información que da cuenta de este. La foto en cuestión, que aparece en portada, se toma durante una actuación de la policía municipal de Madrid en auxilio a una comisión judicial para el desalojo de determinadas viviendas. En la foto, la demandante aparece en primer plano y con el rostro perfectamente visible, vestida con su uniforme oficial y en actitud de inmovilizar y detener a una persona en el suelo. El amparo se dirige frente a la sentencia del Tribunal Supremo que había aceptado la versión del medio de comunicación, en contra de las sentencias previas, que habían dado la razón a la recurrente, la policía retratada.

El Tribunal Constitucional reconoce que la fotografía reproduce de forma nítida el rostro de la demandante y que se produjo sin su consentimiento. Sin embargo, le preocupa más destacar que este derecho fundamental, como todos, no es absoluto o incondicionado, sino que pueden existir circunstancias que lo hagan ceder a favor de otros derechos o intereses legítimos.

En este caso, siguiendo la argumentación de la sentencia, la fotografía reproduce la imagen de una persona en el ejercicio de un cargo público, captada, además, con motivo de un acto público, por lo que para el Tribunal no resulta irrazonable concluir que concurre el supuesto previsto en el primer inciso del art. 8.2.a de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo.

Por otro lado, resulta incuestionable para el órgano de garantía constitucional que la información que se transmite es veraz y tiene trascendencia pública. El Tribunal argumenta, además, que la fotografía tiene carácter accesorio respecto de la información publicada y muestra a la demandante en el estricto cumplimiento de su deber, por lo que también concluiría el supuesto del artículo 8.2.c de la citada ley orgánica (información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio).

En mi opinión, sin embargo, el carácter accesorio de la imagen puede ponerse en cuestión en este caso, en el que hablamos de una policía municipal que participa en un desalojo y aparece retratada en un primer plano, con el rostro perfectamente reconocible, en una situación en la que está cumpliendo con su deber.

Esta circunstancia, lejos de resultar justificativa de la lesión del derecho a la propia imagen, redundaría en la solución contraria. Ciertamente, la relevancia pública del hecho en sí, un desalojo violento decretado por un tribunal, no justifica la publicación de la imagen de una de las participantes fortuitas en el hecho, en un primer plano y con su rostro plenamente visible y en consecuencia, reconocible. Creo que en este caso no puede predicarse la accesoriedad de la imagen. La fotografía, con un primer plano de la recurrente, convierte a la policía en protagonista de la noticia.

Lo más llamativo, a mi juicio, es la preocupación del Tribunal por incardinar el caso concreto que analiza en los supuestos tasados de la L.O. 1/82, de 5 de mayo, norma a la que, como se ha visto, el Tribunal no siempre se ha sentido vinculado<sup>69</sup>.

A mi juicio, lo más sorprendente de la sentencia no es este uso interesado de la citada ley orgánica, sino la renuncia expresa a efectuar un juicio de proporcionalidad. En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma que «aunque es cierto que la utilización de cualquier técnica de distorsión u ocultamiento del rostro de la demandante habría posibilitado que la noticia del desalojo violento hubiera llegado a los lectores de igual manera y sin merma alguna, como se sostiene en la demanda de amparo, no lo es menos que, tal como se afirma en la Sentencia recurrida en amparo, no estamos ante un caso concreto que exija al anonimato, sin perjuicio de que en otros pudiera exigirlo [último inciso del art. 8.2.c de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo]. En efecto, en contra de lo que se aduce por la demandante de amparo, no cabe apreciar que, en las circunstancias de este caso, existan razones de seguridad para ocultar el rostro de un funcionario policial por el mero hecho de intervenir, en el legítimo ejercicio de sus funciones profesionales, en una actuación de auxilio de una comisión judicial encargada de ejecutar una orden de desalojo, ante la decidida resistencia de los ciudadanos afectados»<sup>70</sup>.

Es decir, el Tribunal Constitucional, con esta manera de proceder, está descartando el recurso al principio de proporcionalidad. Así, se reconoce que el juicio de necesidad no se cumple, dado que se afirma que se podría haber acudido a técnicas de distorsión de la imagen y la información no habría mermado.

Conviene calibrar las consecuencias de esta decisión. Creo que podemos afirmar que, en el caso de imágenes que acompañan a una información legítima desde el punto de vista constitucional, el Tribunal Constitucional opta por la prevalencia de la libertad de información sin realizar ni siquiera un juicio de proporcionalidad. Conviene reparar en este dato porque no es lo mismo efectuar un análisis ponderando ambos derechos, aun cuando se otorgue prevalencia a uno de ellos, que no llegar tan siquiera a efectuar dicho juicio. El ejercicio legítimo de la libertad de información parece impedir cualquier intento de análisis de la cuestión desde la perspectiva del conflicto entre

---

<sup>69</sup> Como ha puesto de manifiesto PARDO FALCÓN, refiriéndose a la citada ley, el Tribunal Constitucional «no se ha sentido especialmente vinculado por sus concretos postulados a la hora de proceder a la interpretación constitucional de estos derechos», de manera que, como se ha visto, en los casos en que no se ha constatado el referido interés informativo, la excepción no se ha apreciado. J. PARDO FALCÓN, «Artículo 18.1», en M. E. CASAS BAAMONDE, RODRÍGUEZ-PIÑERO y M. BRAVO-FERRER, (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2009, p. 415.

<sup>70</sup> STC 72/2007, de 16 de abril, F.J. 5.º.

derechos. De esta manera, creo que, en el caso de una fotografía accesoria a una información de relevancia pública y veraz, no se entra a analizar la cuestión desde la perspectiva de la ponderación de los intereses en juego, sino que prima el ejercicio legítimo del derecho comunicativo. Al menos, cuando el derecho a la propia imagen es el único derecho involucrado. De haberse efectuado ese juicio, a mi modo de ver, la solución del caso habría sido otra.

Distinta suerte se augura en aquellos casos en los que las fotografías que ilustran una información resultan analizadas desde la perspectiva de otro derecho fundamental distinto a la propia imagen<sup>71</sup> o existen otros intereses en juego<sup>72</sup>.

En las SSTC 156/2001, de 2 de julio, y 77/2009, de 23 de marzo, se analizan las informaciones vertidas por la revista *Interviú* en relación con una secta, la secta CEIS, en dos reportajes que se acompañan de fotografías de la recurrente desnuda.

En la STC 156/2001, de 2 de julio, el Tribunal dedica parte de su argumentación a diferenciar los distintos ámbitos protegidos por los derechos a la intimidad y a la propia imagen, y destaca que son derechos independientes, por lo que a través de una fotografía se puede vulnerar el derecho a la propia imagen sin que resulte lesionada la intimidad y a la inversa. Sin embargo y tras realizar una afirmación de este tipo, que se desprende con claridad del art. 18.1 CE, que como hemos visto consagra ambos derechos por separado, se destaca que si a través de una fotografía se vulnera el derecho fundamental a la intimidad, ello supone en sí mismo una vulneración del derecho a la propia imagen. Con lo cual, a mi juicio, hubiera sido más correcto afirmar que la fotografía puede suponer únicamente lesión del derecho a la propia imagen o lesión conjunta de los derechos a la intimidad y a la propia imagen. En este sentido, subraya lo siguiente:

«Si se constata una vulneración del derecho a la intimidad y, al mismo tiempo, una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, no será necesario indagar si respecto de estas injerencias existen causas justificativas –relacionadas con la accesividad del reportaje respecto de la noticia, el carácter público de la persona afectada, etc.–, ya que la captación y difusión in consentida de la imagen de una persona que permita su identificación y al mismo tiempo suponga una vulneración de la intimidad personal o familiar, entraña en sí misma una lesión del derecho a la propia imagen»<sup>73</sup>.

En este pronunciamiento, el Tribunal convierte la lesión del derecho a la intimidad en el elemento central y, una vez que se considera que este ha

<sup>71</sup> SSTC 156/2001, de 2 de julio; 77/2009, de 23 de marzo, y ATC 28/2004, de 6 de febrero.

<sup>72</sup> STC 158/2009, de 29 de junio.

<sup>73</sup> STC 156/2001, de 2 de julio, F.J. 3.º

resultado vulnerado, destaca como, además, se lesiona el derecho a la propia imagen: «la declaración de que esas imágenes gráficas han vulnerado su derecho a la intimidad, permite concluir que la intromisión en su derecho a la propia imagen es también una intromisión constitucionalmente ilegítima, sin que para alcanzar esa conclusión sea necesario analizar si concurren otros bienes o derechos –especialmente el derecho alegado de comunicar información– que hipotéticamente pudiesen justificar esa injerencia, ya que al haber declarado que la publicación de las fotografías ha vulnerado el derecho de la intimidad de la recurrente ninguna circunstancia podría legitimar la intromisión en el derecho a la propia imagen que esas mismas fotografías conlleven»<sup>74</sup>.

En un reportaje posterior, la secta sería objeto de tratamiento por la misma revista, que volvería a incluir fotos de la demandante de amparo en el primer caso. En esta ocasión, resuelta por la STC 77/2009, de 23 de marzo, es el medio de comunicación el que recurre en amparo invocando las libertades de información y expresión, toda vez que en sede de la jurisdicción ordinaria se había declarado la lesión del derecho a la propia imagen de algunos de los retratados en el reportaje.

El Tribunal Constitucional reitera su argumentación, y destaca que la publicación de las fotografías de desnudos que se incluyen no está amparada por la libertad de información, y resulta, además, contraria al derecho a la intimidad y a la propia imagen. En este caso, como en el anterior, la lesión del derecho a la intimidad arrastra la del derecho a la propia imagen.

Otro caso significativo es el que da origen al ATC 28/2004, de 6 de febrero, que viene planteado por un diario que había sido condenado por intromisión en la propia imagen por la publicación de una fotografía de una bañista en *topless*, que resultaba perfectamente reconocible, para ilustrar un reportaje sobre la afluencia de bañistas a una playa recientemente abierta al público.

Un argumento central en la resolución de este caso es, a mi juicio, el hecho de que el medio publicara la fotografía tras manipularla. La original, que era de agencia, mostraba una panorámica de la playa muy concurrida: «la difusión de esta imagen, entresacada de una panorámica general, como sustento de la noticia, en la que lo que aparece es la fotografía de una mujer en *topless*, no puede afirmarse que sea relevante para conformar la opinión pública en relación con la noticia divulgada (la recuperación de una playa), por lo que negada esta relevancia pública, como premisa del análisis de la posible vulneración del derecho proclamado en el art. 20.1,d) CE, no es preciso analizar ninguna otra cuestión conforme a nuestra doctrina»<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> STC 156/2001, de 2 de julio, F.J. 7.º.

<sup>75</sup> STC 158/2009, de 29 de junio, F.J. 5.º.

El elemento fundamental es la falta de correspondencia entre la noticia (la apertura de una playa, con gran afluencia de público) y la fotografía en sí (una sola bañista). Sin embargo, cabe preguntarse qué habría resuelto el Tribunal si la foto no llega a estar manipulada o la persona retratada no fuera una mujer joven en *topless*. Ciertamente, aunque en el proceso sólo se dilucida la lesión del derecho fundamental a la propia imagen, creo que el hecho de que la retratada se encuentre en *topless* influye en la resolución final, de la misma manera que influyó en su elección por parte del medio. Sea como fuere, la manipulación de la foto constituye un elemento fundamental en la argumentación del Tribunal.

En la STC 158/2009, de 29 de junio, se resuelve el recurso de amparo interpuesto por un medio de comunicación contra la sentencia que lo condenaba por lesión a la propia imagen con motivo de la publicación de la fotografía de unos niños sin el consentimiento de sus padres. La imagen ilustraba un reportaje sobre niños discapacitados, aunque los niños efectivamente retratados no lo eran.

El Tribunal deniega el amparo, fundamentando su decisión en la falta de accesoriidad de la imagen, atendiendo a su gran tamaño y al protagonismo que cobraban los menores retratados, cuyos rostros ocupaban el centro de la ilustración. En relación con esto, se destaca que «cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriidad prevista en el referido precepto ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor»<sup>76</sup>.

En consecuencia, el Tribunal termina considerando que «ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz» (SSTC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6; y 127/2003, de 30 de junio, FJ 7)<sup>77</sup>.

En este caso, la identificación de los menores no tenía en sí ninguna relevancia. Una imagen de estos, por ejemplo de espaldas, podría haber ilustrado el reportaje de la misma manera. Conviene tener en cuenta que, en el caso de los menores, además de atendernos a su derecho a la propia imagen, el ordenamiento presta especial atención a que no se les identifique aun cuando exista un interés público que lo justifique, si ello puede afectar a su desa-

<sup>76</sup> STC 158/2009, de 29 de junio, F.J. 6.º

<sup>77</sup> *Ibidem*.

rollo posterior<sup>78</sup>. Por ello, con independencia de que el reportaje podía tener un interés informativo, la representación en primer plano de los menores no es aceptada por el Tribunal Constitucional. Además, como se ha visto, existen dificultades para considerar accesoria una imagen que, por su gran tamaño, excede del propio de una mera ilustración de una información relevante. Aunque el Tribunal no lo señale, el hecho de que los niños retratados no sean discapacitados creo que abunda en su posición de no amparar la publicación. Difícilmente puede ilustrar una información sobre niños discapacitados la imagen de unos que no lo son.

En definitiva, la postura del Tribunal Constitucional en el conflicto entre propia imagen y libertad de información es muy clara si la imagen se utiliza para ilustrar una información que goza de los requisitos constitucionales y no vulnera otros derechos fundamentales: la prevalencia de la libertad informativa sobre el derecho personal. En palabras del Tribunal Constitucional:

«Sin duda, el canon de relevancia informativa que se aplica al derecho a la propia imagen ha de ser necesariamente más tenue que el que faculta a una intromisión en los derechos al honor o la intimidad, en la medida en que es también menor la consecuencia lesiva sobre la dignidad que tiene en sí misma la mera reproducción gráfica de la representación externa de una persona. Como dijimos en las SSTC 56/2004 y 57/2004, de 19 de abril, “la imagen enriquece notablemente el contenido del mensaje que se dirige a la formación de una opinión pública libre”, de tal manera que si todas las personas cuya imagen aparece reproducida de manera neutral en periódicos o televisiones pudieran exigir una especial trascendencia informativa, la información gráfica se volvería prácticamente imposible, menoscabando el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz y el de los periodistas a elaborarla y difundirla»<sup>79</sup>.

De esta manera, la intervención de menores de edad modifica el criterio que, de otro modo, se hubiera seguido. Cuestiones como el tamaño de la foto habrían tenido menor incidencia si no se tratara de menores de edad ni de un reportaje sobre discapacitados. Queda claro en esta sentencia que las reglas de juego expuestas rigen las relaciones entre la libertad de información y el derecho fundamental a la propia imagen de los adultos. En el caso de que intervengan menores de edad, la balanza puede inclinarse hacia el lado del derecho a la propia imagen. La propia Constitución avala esta interpretación al consagrar en el artículo 20.4 CE la protección de la juventud y de la infancia como límite adicional a las libertades reconocidas en el art. 20 CE, a añadir al conformado por el respeto a los derechos de la personalidad del artículo 18.1 CE.

<sup>78</sup> SSTC 134/1999, de 15 de julio, y 127/2003, de 30 de junio.

<sup>79</sup> ATC 176/2007, de 1 de marzo, F.J. 2.º.

Pero, con esta salvedad, la consecuencia que habría que extraer es que, en el caso de conflicto entre el derecho a la propia imagen y la libertad de información, esta última primará siempre y cuando la imagen sea realmente accesoria y la información se encuentre protegida constitucionalmente, esto es, cuente con los requisitos constitucionales y no vulnere otros derechos fundamentales. En otro caso, puede ponerse en entredicho el interés público de lo revelado por la imagen, dado que no hay ejercicio legítimo de la libertad de información y puede considerarse que existe lesión del derecho a la propia imagen.

De interés público ha hablado el Tribunal Constitucional en un caso muy curioso, resuelto por la STC 14/2003, de 28 de enero, que da respuesta al recurso de amparo planteado frente a la decisión de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid de distribuir una reseña fotográfica, de cuerpo entero, del demandante de amparo, que había sido detenido en el curso de unas investigaciones relacionadas con un homicidio.

Esta fotografía, acompañada con el nombre propio y las iniciales del recurrente, fue distribuida a los medios de comunicación, que la reprodujeron. Frente a los intentos de argumentar desde la perspectiva de la libertad de información del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, el Tribunal Constitucional rechaza que las Administraciones Públicas o sus órganos sean titulares del derecho a la libertad de información.

Al hilo de sus reflexiones sobre la configuración constitucional del derecho a la propia imagen, destaca que «existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitarlas»<sup>80</sup>.

En este caso, no obstante, se descarta que se trate de un supuesto de conflicto entre derechos fundamentales, por lo que el Tribunal analiza la posible concurrencia de otros bienes constitucionales o de interés público, más dignos de protección, toda vez que la lesión a la propia imagen había quedado constatada por la difusión de una fotografía de cuerpo entero en la que el recurrente era perfectamente reconocible.

Como el Tribunal Constitucional no encuentra esos bienes constitucionales que justifiquen la lesión en el derecho a la propia imagen, concede el amparo por este motivo y destaca además que «ha de configurarse la fotografía cuestionada como un dato de carácter personal del demandante de amparo, obtenida y captada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en el ejercicio de la función constitucional y legalmente conferida a la investigación de los delitos y detención y aseguramiento de sus supuestos autores, y respecto al cual sus miembros están obligados en principio al

---

<sup>80</sup> STC 14/2003, de 28 de enero, F.J. 5.º.

deber del secreto profesional»<sup>81</sup>. Sin embargo, el conflicto no se plantea desde la perspectiva del art. 18.4 CE, protección de datos, por lo que el Tribunal no analiza el caso desde esa óptica<sup>82</sup>.

No podemos saber qué hubiera sucedido si, en vez de recurrirse la decisión de la Jefatura de Policía se hubiera cuestionado la publicación por parte de los medios de comunicación. Los esfuerzos argumentativos del Tribunal dirigidos a destacar que el caso analizado en ningún caso podría estudiarse desde la perspectiva de la libertad de información inducen a pensar que, si así hubiera sido, no se habría considerado lesión del derecho a la propia imagen. Pero son solamente suposiciones.

---

<sup>81</sup> STC 14/2003, de 28 de enero, F.J. 7.º

<sup>82</sup> Un análisis de la imagen desde la perspectiva de la protección de datos puede consultarse en L. REBOLLO DELGADO, «El derecho a la propia imagen y la imagen como dato», *Revista Española de Protección de Datos*, 5, 2008.



# La ley rectora de los contratos internacionales de consumo: el sistema del Reglamento n.º 593/2008 («Roma I»)

Pilar Juárez Pérez

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 27.05.2010

Aceptado: 30.06.2010

**Resumen:** El Reglamento Roma I, de 17 de junio de 2008, ha modificado el sistema de designación de la ley rectora de los contratos internacionales de consumo contenido en su antecedente normativo, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980. La reforma ha abordado básicamente dos cuestiones: el ámbito material de dichos contratos y el mecanismo de determinación de su *lex causae*. En el primer punto, se amplía el concepto de contrato de consumidores, extendiéndolo a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, sin la limitación del Convenio de Roma a que estos tuvieran por objeto el «suministro de bienes corporales o servicios». En el segundo aspecto, la ley rectora del contrato queda determinada por un sistema objetivo, que prefiere el ordenamiento de la residencia habitual del consumidor como norma presumiblemente más favorable para este. Esta designación objetiva puede ser modificada por la autonomía de la voluntad de las partes, aunque limitada por las disposiciones imperativas sobre protección del consumidor contenidas en la ley de su Estado de residencia habitual. Con ello, el legislador configura un sistema conflictual mucho más previsible que el anterior, que favorece la seguridad jurídica y evita el fraccionamiento del contrato, pero que resulta cuestionable desde el punto de vista de la mejor protección del consumidor. Finalmente, la validez formal del contrato se somete únicamente a la ley de la residencia habitual del consumidor, manteniendo el sistema ya acogido por el Convenio de Roma, lo cual resulta criticable, por limitar las posibilidades de validez del contrato.

**Palabras clave:** comunitarización del Derecho internacional privado, contrato internacional de consumo, normas de conflicto, ley aplicable al contrato de consumo, residencia habitual, autonomía de la voluntad, actividad dirigida, consumidor activo y pasivo.

**Abstract:** *The Rome I Regulation, of June 17, 2008, has modified the system of designation of the governing law of the international consumer contracts contained in the precedent regulation, the Rome Convention of June 19, 1980. The reform has approached basically two questions: the scope of material application of consumer contracts and the mechanism of determination of their lex causae. In the first point, the concept of consumers' contract is broaden, extending it for all the contracts celebrated between a professional and a consumer, without the limitation of the Rome Convention to which these took as an object the «supply of corporal goods or services». In the second aspect, the governing law of the contract remains determined by an objective system, which prefers the classification of the habitual residence of the consumer as presumably a more favorable norm for this*

*one. This objective designation can be modified by the freedom of choice of the parties, though limited by the imperative dispositions on protection of the consumer contained in the law of his State of habitual residence. With it, the legislator forms a conflict-of-laws system much more predictable than the previous one, that favors the juridical safety and avoids the division of the contract, but that turns out to be questionable from the point of view of the best protection of the consumer. Finally, the formal validity of the contract surrenders only to the law of the habitual residence of the consumer, supporting the system already received by the Agreement of Rome, which turns out to be open to criticism, for limiting the possibilities of validity of the contract.*

**Key words:** *Private International Law of the European Community, international consumer contract, conflict-of-laws, applicable law to consumer contracts, habitual residence, freedom of choice, directed activity, active and passive consumer.*

**Sumario:** I. Hacia un sistema normativo comunitario de designación de la *lex contractus*: el Reglamento 593/2008, de 17 de junio (Roma I).— II. Ámbito de aplicación material. 1. El concepto de contrato de consumo. 2. La figura del consumidor: configuración jurisprudencial. 3. La figura del profesional: noción de «actividad dirigida».—III. Modalidades contractuales excluidas del ámbito de aplicación material: 1. Contratos excluidos en virtud de un criterio material. 2. Contratos territorialmente excluidos: el consumidor activo.— IV. El sistema de designación de la ley aplicable al contrato de consumidores. 1. Ley rectora del fondo del contrato. 2. Ley rectora de la forma del contrato. 3. La determinación del lugar de residencia habitual del consumidor.—V. Valoración final.

## **I. Hacia un sistema normativo comunitario de designación de la ‘lex contractus’: el Reglamento 593/2008, de 17 de junio (Roma I)**

El 4 de julio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el Reglamento comunitario sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como Roma I por ser su antecedente el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, que durante casi veinte años reguló esta misma materia en los ordenamientos de los Estados miembros<sup>1</sup>. El Reglamento n.º 593/2008, de 17 de junio, ha transformado en derecho comunitario derivado dicho Convenio, en lo que constituye un paso más en el proceso de creación de un corpus comunitario de normas de Derecho internacional privado.

<sup>1</sup> El Convenio entró vigor el 1 de abril de 1991, tras la ratificación de siete de los Estados parte de él.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, que supuso el inicio de la creación de un sistema de Derecho internacional privado de fuente comunitaria, el Convenio de Roma de 1980 constituía el único instrumento que aún revestía forma de tratado internacional, habiendo recibido por ello la calificación de «cuerpo extraño» desde la perspectiva del corpus normativo comunitario<sup>2</sup>. Su transformación en reglamento comunitario supone, pues, la culminación del proceso de conversión legislativa iniciado con el Tratado de Ámsterdam, del que antes había surgido el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales<sup>3</sup>.

Aunque el Reglamento Roma I no supone la creación de un nuevo cuerpo comunitario<sup>4</sup>, tampoco constituye una mera transformación de un instrumento convencional en derecho comunitario derivado, ni una simple actualización del Convenio de Roma a las demandas de los contratos internacionales del siglo XXI. Antes al contrario, el Reglamento modifica sustancialmente el régimen anterior de determinación de la *lex contractus*, e introduce importantes variaciones en el sistema convencional antes en vigor.

Esta orientación innovadora se aprecia con especial claridad en el ámbito de los contratos celebrados por consumidores, objeto del presente estudio, que pretende analizar la dimensión y razón de ser de dichas modificaciones. Previamente, hay que puntualizar que el Reglamento Roma I no ha supuesto la desaparición del Convenio de Roma de 1980, que continúa siendo aplicable en Dinamarca, pues no está vinculada por el Reglamento Roma I ni le es aplicable<sup>5</sup>. Correlativamente, el Convenio de Roma también resulta aplicable en los territorios cuyas relaciones asumen los Estados miembros en virtud del artículo 299 TUE.

Por su parte, Irlanda sí declaró desde el principio su intención de participar en la adopción y aplicación del Reglamento, que entró en vigor en dicho Estado cuando lo hizo con carácter general<sup>6</sup>. Por su parte, el Reino

---

<sup>2</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, n.º 6957, sección doctrina, 30 mayo 2008, año XXIX.

<sup>3</sup> Dicho Reglamento es el resultado de la transformación experimentada por el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, que de este modo se vio convertido en Derecho comunitario derivado.

<sup>4</sup> En este sentido, vid. la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión con fecha 15 de diciembre de 2005, COM (2005) 650 final.

<sup>5</sup> Vid. el Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y el considerando n.º 46 de la exposición de motivos.

<sup>6</sup> Artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Vid. el considerando 44 del Reglamento n.º 593/2008, de 17 de junio.

Unido no participó inicialmente en la adopción del Reglamento, que no le resultaba aplicable tras su entrada en vigor<sup>7</sup>. Sin embargo, en julio de 2008 manifestó a la Comisión su intención de someterse a dicho texto legal, petición que fue aceptada por la Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 2008<sup>8</sup>. Como consecuencia de ello, el Reglamento entró en vigor en el Reino Unido el 17 de diciembre de 2009, salvo su artículo 26, que lo hizo el 17 de junio del mismo año.

Por tanto, con las excepciones mencionadas, el Reglamento sustituye al Convenio de 1980 y su entrada en vigor se produjo a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial. Sin embargo, al fechar el artículo 29 del Reglamento su aplicabilidad a partir del 17 de diciembre de 2009<sup>9</sup>, quedan sometidos a su regulación los contratos celebrados después de dicha fecha. Desde esta perspectiva temporal, importa puntualizar igualmente que el Convenio de Roma continúa siendo de aplicación a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Roma I y con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio, es decir durante su vigencia, que en España comenzó el 1 de septiembre de 1993<sup>10</sup>.

Ciñéndonos ya a los contratos de consumo, varias son las novedades introducidas por el Reglamento en su régimen jurídico. Entre ellas, hay que subrayar la modificación del concepto de contrato de consumo recogida en el Convenio de Roma, que bajo el Reglamento se convierte en una noción más amplia, inclusiva de figuras contractuales excluidas del anterior régimen de protección de los consumidores. También destaca el uso de la figura del profesional para elaborar dicho concepto de contrato de consumo, frente a la ausencia de mención que de dicha parte contractual presentaba el Convenio de Roma. En este sentido, el legislador comunitario ha invertido la definición de contrato de consumo, poniendo ahora el acento en la figura del profesional en lugar de centrarse en la del consumidor, como ocurría bajo la vigencia del régimen convencional. Finalmente, hay que destacar también la inversión de las conexiones para designar la *lex contractus*, al establecerse la residencia habitual del consumidor como primer criterio de determinación, con

---

<sup>7</sup> Considerando n.º 45 de la exposición de motivos.

<sup>8</sup> «Sobre la petición del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)» (DOUE L 10, de 15 de enero de 2009).

<sup>9</sup> Excepto la obligación para los Estados miembros de notificar a la Comisión los convenios internacionales que les vinculen sobre conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales, que, contenida en el artículo 26 del Reglamento, se aplicará a partir del 17 de junio de 2009.

<sup>10</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la Adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Funchal el 18 de mayo de 1992 (BOE n.º 171, de 19 de julio de 1993).

la posibilidad de ser modificada por la autonomía de la voluntad de las partes.

La necesidad de una modificación del sistema anterior vino causada en gran medida por los adelantos tecnológicos en materia de contratación, que convirtieron el régimen conflictual del Convenio de Roma en un mecanismo insuficiente para responder a las progresivas demandas del paso virtual de fronteras<sup>11</sup>. Este hecho, unido al alto grado de transnacionalización que alcanzan hoy los contratos de consumo<sup>12</sup>, hizo necesaria una reforma del sistema convencional, que, aunque novedoso cuando vio la luz, terminó siendo ampliamente desbordado por el notable desarrollo de la contratación internacional e intracomunitaria. Además de responder a las demandas actuales de la contratación internacional, la regulación de los contratos de consumo establecida por el Reglamento Roma I pretende reducir los costes de litigación para los consumidores, teniendo presente que dichos litigios son a menudo de escasa cuantía<sup>13</sup>.

El presente trabajo pretende ofrecer una visión global del sistema de designación de la ley aplicable al contrato de consumo establecido por el Reglamento Roma I. A tal fin, resulta útil adoptar una perspectiva de análisis que tenga como referencia constante el mecanismo convencional anterior, del que parte el actual sistema y al que pretende superar en cuanto al nivel de protección del consumidor, una aspiración en la que, como veremos, el Reglamento ofrece luces y sombras.

## II. **Ámbito de aplicación material**

### 1. *El concepto de contrato de consumo*

Los contratos de consumo sometidos al régimen especial de designación de ley recogido en el Reglamento se delimitan conforme a la siguiente fórmula: «contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional o profesión (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional (...) siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades

<sup>11</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 367, julio 2006, p. 13.

<sup>12</sup> Una denuncia sobre la falta de idoneidad de las normas del Convenio de Roma para preservar un nivel concreto de protección de los consumidores la realiza J. I. PAREDES PÉREZ en «La necesidad de una nueva norma de conflicto bilateral sobre contratos de consumo, propuesta de ‘lege ferenda’», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 6, 2006, pp. 87-114, esp. pp. 90-93.

<sup>13</sup> Considerando n.º 24.

comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país» (art. 6.1).

La primera diferencia del Reglamento Roma I respecto del Convenio de Roma afecta a la propia definición de contrato de consumo, sustentada sobre las partes que intervienen en él. En el Convenio, el elemento sustancial es la finalidad privada con la que el consumidor celebra el contrato, sin otros requisitos respecto de la figura del profesional. Frente a ello, el Reglamento, partiendo de la misma premisa del uso privado del comprador, añade otra exigencia relativa al profesional, debiendo concurrir ambas condiciones para que el contrato se incluya en el marco del artículo 6.

En este punto radica la principal novedad de este primer apartado del precepto, ya que la delimitación de su ámbito de aplicación material atiende ahora también a una cualidad del profesional, empleando para ello el concepto de «actividad dirigida». Esta noción se adapta a la definición ya recogida en el Reglamento 44/2001, que en materia de competencia judicial internacional establece también un sistema de protección de la figura del consumidor. Dicha tutela se sustenta sobre la posibilidad de acudir al *forum actoris*, que permite al consumidor presentar su demanda ante los tribunales del país donde tenga su domicilio. Como requisito para acogerse a este foro más favorable, se exige que el vendedor ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, o que «por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro» (art. 15.1c).

## 2. La figura del consumidor: configuración jurisprudencial

Volviendo a la noción de consumidor, el artículo 6 se elabora sobre la delimitación autónoma que de esta figura ha realizado el TJCE<sup>14</sup>, a fin de soslayar los inconvenientes derivados de la diversidad conceptual existente en las legislaciones de los Estados miembros. Correlativamente, el uso de este concepto autónomo acuñado por la jurisprudencia comunitaria ofrece la ventaja de garantizar la coherencia entre el Reglamento Roma I y el Reglamento 44/2001, al utilizar ambos un concepto jurídico común de contrato de consumo, que igualmente resulta acorde con el utilizado por las diversas directivas comunitarias en la materia. En dicha definición común confluyen dos elementos: por parte del comprador, la finalidad privada de los bienes o

<sup>14</sup> SSTJCE 21 junio 1978, C-150/77, Bertrand c. Ott; 19 enero 1993, C-89-91, Shearson Lehman Hutton c. T.V.B.; 15 septiembre 1994, C-318/93, Wolfgang Brenner y otros c. Dean Witter Reynolds Inc.; 3 julio 1997, C-269/95, F. Benincasa y Dentalkit s.r.l.; 27 abril 1999, C-99/96, Hans-Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV.; 11 julio 2002, C-96/00, Rudolf Gabriell; 20 enero 2005, C-464/01, Johann Gruber c. Bay Wa AG.

servicios adquiridos; por parte del profesional, el ejercicio de su actividad en el Estado donde esté domiciliado el consumidor, o la orientación de dicha actividad hacia tal Estado, y la celebración del contrato en el marco de la citada actividad.

En este punto, interesa recordar que las personas jurídicas no tienen la consideración de consumidores para el Reglamento Roma I, por lo que los contratos celebrados por sociedades en calidad de consumidores no quedan sujetos al régimen que para ellos consagra el Reglamento<sup>15</sup>. Antes al contrario, la *lex contractus* se determina en este caso conforme al sistema general de designación de ley, contenido en los artículos 3 y 4 del Reglamento. Y ello, porque, aunque el Reglamento no considera a las personas jurídicas consumidores, sí regula la ley aplicable a cualquier contrato internacional, incluidos los celebrados por personas jurídicas<sup>16</sup>.

La delimitación jurisprudencial del concepto de contrato de consumo tiene carácter restrictivo<sup>17</sup>, dado que implica una excepción a las reglas generales de determinación de la competencia judicial internacional y, en el ámbito que tratamos, de la designación de la *lex contractus*. Sobre esta consideración, la jurisprudencia comunitaria señala que el concepto de consumidor debe interpretarse atendiendo a la posición de la persona en un contrato determinado y a la naturaleza y la finalidad de este, y no a la situación subjetiva de dicha persona. Se trata, pues, de una consideración caso por caso, que permite que un mismo sujeto se reputa consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico en otras<sup>18</sup>.

Desde esta óptica, solo los contratos ajenos a cualquier actividad o finalidad profesional, destinados exclusivamente a satisfacer necesidades de consumo privado de un individuo, tienen la consideración de contratos de consumo, y justifican la fijación de un régimen específico de protección de la parte débil de la relación. *Sensu contrario*, dicha protección no opera en los contratos cuyo objeto consista en una actividad profesional, dado que en tal caso ambos contratantes se encuentran en posición de igualdad<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> En este sentido, el Reglamento se muestra coherente con la línea marcada por la STJCE de 22 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99, Cape Snc c. Idealservice Srl e Idealservice MN RE Sas c. OMAI Srl, donde el Tribunal dictaminó que el concepto de consumidor recogido en el artículo 2.b) de la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas.

<sup>16</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, «Las normas de derecho internacional privado sobre consumidores en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, vol. I, n.º 2, p. 148.

<sup>17</sup> Cfr. STJCE de 3 de julio de 1997, Benincasa.

<sup>18</sup> Cfr. STJCE 20 enero 2005, C-464/01, Johann Gruber c. Bay Wa AG.

<sup>19</sup> Vid. conclusiones del Abogado General n.ºs 40 y 41 STJCE 20 enero 2005, C-464/01, Johann Gruber c. Bay Wa AG.

La aplicación de esta doctrina a los contratos con doble finalidad o contratos mixtos, donde sobre un mismo objeto confluyen el uso privado y el profesional, exige tener en cuenta las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, además de los elementos ya mencionados: su contenido, naturaleza y finalidad. Atendiendo a lo cual, la jurisprudencia «niega la calidad de consumidor (...) cuando el uso del bien o servicio persigue un objetivo que tiene una relación significativa con la actividad profesional de la persona afectada»<sup>20</sup>. Dicho de otra forma, no cabe acogerse a la protección que ofrece el régimen especial de los contratos de consumidores cuando el objeto del contrato se destina en parte a un uso profesional y en otra, a una finalidad privada, «salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate»<sup>21</sup>.

La calificación del contrato corresponde al órgano judicial, que deberá determinar si su objeto es principalmente la satisfacción de necesidades profesionales o, por el contrario, la finalidad profesional carece de relevancia. Para ello, el juzgador tendrá en cuenta los elementos fácticos que resulten de los autos, sin que sea preciso que atienda a las circunstancias y elementos que el co-contratante podría haber conocido al celebrarse el contrato, salvo que la persona que invoque su calidad de consumidor se haya comportado de tal manera que diera la impresión a la otra parte contratante de que estaba actuando con fines profesionales.

Por tanto, en el caso de los contratos con doble finalidad, estos no se consideran celebrados por un «consumidor» a efectos de la definición comunitaria autónoma, salvo que el uso profesional resulte absolutamente marginal e insignificante en el contexto global de la operación<sup>22</sup>. Al respecto, incumbe al presunto consumidor la carga de la prueba sobre el vínculo residual del contrato con su actividad profesional. Esta interpretación corrobora el ya mencionado carácter restrictivo del concepto comunitario de contrato de consumo, formulado en términos negativos: contratos celebrados para un uso ajeno a la actividad profesional. En consecuencia, dicha noción excluye aquellos cuyo uso resulta parcialmente profesional y los celebrados por un consumidor que contrata bajo la apariencia de hacerlo dentro del contexto de su actividad profesional. El motivo es claro: garantizar una protección adecuada al consumidor en cuanto parte del contrato económicamente más débil y jurídicamente menos experta que su co-contratante profesional<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> STJCE 20 enero 2005, C-464/01, Johann Gruber c. Bay Wa AG.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.ª ed., 2009-2010, Comares, Granada, pp. 653-654.

<sup>23</sup> STJCE 19 enero 1993, C-89-91, Shearson Lehman Hutton c. T.V.B.; STJCE 3 julio 1997, C-269/95, F. Benincasa y Dentalkit s.r.l.; STJCE 11 julio 2002, C-96/00, Rudolf Gabriell.

### 3. La figura del profesional: noción de «actividad dirigida»

Como se ha indicado, el segundo elemento sobre el que se sustenta la definición comunitaria de contrato de consumidores es el concepto de «actividad dirigida», ya utilizada por el Reglamento 44/2201. Su artículo 15.1.c) permite acogerse al régimen especial de los contratos de consumidores a aquellos celebrados con un profesional que ejerza su actividad en el Estado miembro del domicilio del consumidor «o por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último».

La finalidad de esta expresión es dar una respuesta jurídica a la estrategia empresarial de la focalización, cuyo objetivo es captar la atención del internauta que navega entre la multitud de productos y servicios ofertados en la red y convertirlo en consumidor efectivo. En el ámbito del derecho aplicable, dicha estrategia empresarial se utiliza para ubicar las transacciones electrónicas en un ordenamiento estatal determinado: aquel donde el profesional ha decidido focalizar su actividad, dato que se desprende de sus actuaciones e iniciativas comerciales<sup>24</sup>. Según esta teoría, existe «actividad dirigida» cuando el empresario, a través de Internet, envía sus mensajes comerciales a un determinado Estado a fin de concluir contratos con clientes domiciliados en él<sup>25</sup>.

De esta forma, el Reglamento 44/2001 configura un régimen de competencia judicial internacional mucho más ajustado a la realidad actual del comercio electrónico, suprimiendo el requisito del desplazamiento físico del profesional al Estado del domicilio del consumidor y superando la distinción entre consumidor activo y pasivo del artículo 13.3 del Convenio de Bruselas<sup>26</sup>. Mediante la noción de actividad dirigida, el eje de la regulación pasa a ser la figura del profesional, perdiendo relevancia la ubicación física del consumidor, lo cual se adapta mejor a la era de la contratación electrónica, en la que frecuentemente no existe desplazamiento físico por ninguna de las partes.

En el Reglamento Roma I, el concepto de «actividad dirigida» sustituye a los requisitos contenidos en el Convenio de Roma (artículos 5.2 y 4.b). Por tanto, ya no es exigible que el consumidor haya realizado los actos necesarios para la celebración del contrato en el país de su residencia habitual, un requisito que generaba notables lagunas de protección, al excluir del régimen

<sup>24</sup> Sobre este método de «focalización jurídica» de las transacciones electrónicas, vid. O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, L.G.D.J., París, 2002, esp. pp. 198-213.

<sup>25</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», pp. 659-660.

<sup>26</sup> A. BATALLA TRILLA, «Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de “actividades dirigidas” en el nuevo sistema comunitario», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 2, 2004, p. 1860.

tuitivo a los consumidores que se hubieran desplazado a otros mercados para contratar<sup>27</sup>. Actualmente, lo esencial es que el profesional dirija sus actividades hacia el Estado de residencia del consumidor y que el contrato se celebre en el marco de dichas actividades.

Pese a adecuarse mejor a la realidad actual de la contratación internacional, esta regulación suscita ciertos reparos, por la indefinición del concepto de «actividad dirigida» y las reticencias que la nueva regulación puede despertar en los profesionales que operen a través de Internet. En el ámbito de la ley aplicable, la interpretación del concepto de «actividad dirigida» se realiza en armonía con el sentido de esta noción en el ámbito de la competencia judicial. Dicha delimitación uniforme se sustenta sobre una declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento 44/2001, que el Reglamento Roma I ha asumido en su considerando 25.

De acuerdo con esta declaración, «no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades». Además, el solo hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para activar el régimen tuitivo de los contratos de consumidores, aun cuando dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de ellos por el medio que fuere. A este respecto, según la citada declaración, «la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente».

Pese a realizar una cierta delimitación del alcance de la noción controvertida, la declaración resulta insuficiente, por basarse fundamentalmente sobre criterios negativos. Así, se indica que la accesibilidad de la página web «no basta» para considerar que recoge una actividad dirigida; también, que la lengua o divisa utilizada «no constituye un elemento pertinente». ¿Qué factor bastaría entonces? ¿Qué elementos resultan pertinentes para determinar que estamos ante una actividad dirigida por el profesional hacia el país de residencia del consumidor? Paradójicamente, la declaración sobre el concepto de «actividades dirigidas» reproducida en el considerando 25 del Reglamento Roma I, lejos de despejar la indeterminación del concepto, suscita más dudas.

En el ámbito de la competencia judicial, la terminología empleada por esta declaración y su ubicación fuera del Reglamento 44/2001 le han valido la calificación de «solución provisional y jurídicamente pobre»<sup>28</sup>, una crítica que puede reproducirse en sede de ley aplicable. Se impone, por tanto, una aclaración en el propio texto reglamentario y no en una declaración separada de este y no vinculante. También es necesario un mayor grado de concre-

---

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> A. BATALLA TRILLA, «Contratación electrónica...», cit., p. 1862.

ción del concepto de «actividad dirigida», que delimite su alcance de forma más precisa y garantice su interpretación homogénea por todos los órganos judiciales<sup>29</sup>.

Esta precisión conceptual debería centrarse en la conducta del profesional, por cuanto la calificación de «dirigidas» que recae sobre sus actividades pone el acento en la intencionalidad o voluntariedad del comerciante que ofrece sus servicios a través de Internet. En este sentido, se ha indicado que «incumbe a la empresa poner freno al universalismo de la red»<sup>30</sup>, lo que implica que es esta la que debe delimitar sus concretos objetivos territoriales. Por tanto, los criterios calificadores de lo que se considera una «actividad dirigida» deberán atender a la intencionalidad del profesional: su voluntad manifestada de limitar su oferta a un concreto mercado, la exclusión de facto de ciertos destinatarios mediante técnicas electrónicas, la limitación de la entrega de los productos a determinados territorios, etcétera<sup>31</sup>.

### III. Modalidades contractuales excluidas del ámbito de aplicación material

#### 1. *Contratos excluidos en virtud de un criterio material*

El sistema de designación de ley aplicable establecido por el Reglamento se aplica, ex artículo 6.1, cuando estamos ante un «contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional o profesión (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional (...) siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesio-

<sup>29</sup> Como indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ («Operaciones internacionales de consumo», cit., pp. 659-660), sobre el concepto de «actividades dirigidas» se han propuesto diversas interpretaciones: la tesis «de la accesibilidad», la tesis «del contrato real» y la ya mencionada tesis «de la focalización». Para la primera, todo sitio accesible o visible en Internet implica actividades comerciales o profesionales dirigidas a dicho país. Como indica el autor, se trata de una teoría muy rigurosa con el empresario *on line*, que no ha sido acogida por el artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2001. Por su parte, la tesis del contrato real defiende que el profesional que, poseyendo un sitio web visible en un país que incite a la contratación y donde reciba y acepte pedidos de dicho Estado, está «dirigiendo» sus actividades hacia tal país, siendo el elemento relevante la efectiva conclusión del contrato de consumo. Finalmente, la tesis de la focalización pone el acento en la intencionalidad del empresario, cuya iniciativa comercial es la que concreta el país hacia el que dirige sus actividades comerciales, buscando específicamente un mercado determinado, siendo determinante dicha voluntad y no los medios empleados para lograr tal objetivo.

<sup>30</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Ley aplicable a los contratos...», cit., p. 14.

<sup>31</sup> En este sentido, A. BATALLA TRILLA, «Contratación electrónica...», cit., p. 1870 y P. DE MIGUEL ASENSIO, «Mercado global y protección de los consumidores», en *Consumidores y usuarios...*, cit., pp. 165-166.

nales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país».

Junto con la definición de contrato de consumidores (apdo. 1.º), el artículo 6.4 recoge un catálogo de modalidades contractuales excluidas del régimen especial de los contratos de consumidores y sometidos por tanto al sistema general de designación de ley (artículos 3 y 4 del Reglamento). La primera excepción responde a un criterio territorial, ya que excluye los contratos celebrados por el consumidor fuera de su país de residencia. Posponiendo su examen al siguiente epígrafe, nos centraremos ahora en las restantes exclusiones, que obedecen un mismo criterio, el material, que atiende al objeto específico del contrato celebrado. Concretamente, a estos efectos, no se consideran contratos de consumo los siguientes:

- Contratos de transporte que no se refieran a un contrato relativo a un viaje combinado según lo define la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados<sup>32</sup>.
- Contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o un arrendamiento de bienes inmuebles, salvo los contratos de utilización en régimen de tiempo compartido, conforme a la definición contenida en la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994<sup>33</sup>.
- Derechos y obligaciones que incluyan un instrumento financiero, derechos y obligaciones que constituyan las condiciones de emisión, ofertas públicas de venta y suscripción o las ofertas públicas de valores negociables, y la suscripción y reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre que no constituyan la prestación de un servicio financiero.
- Contratos celebrados en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros.

Por efecto de esta exclusión, pese a que los contratos afectados entran a priori en la definición de contrato de consumo del artículo 6.1, no quedan sometidos al sistema específico de determinación de la ley rectora de los contratos de consumidores. Hay que subrayar que el Reglamento ha ampliado el ámbito de aplicación material que establecía el artículo 5.4 del Conve-

<sup>32</sup> DO L 158, de 23 de junio de 1990.

<sup>33</sup> Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE L 280, de 29 de octubre de 1994).

nio de Roma, extendiendo el régimen de consumidores a transacciones excluidas bajo dicho precepto. Así, el Reglamento incluye en dicho régimen los contratos de multipropiedad inmobiliaria, que ahora tienen la consideración de contratos de consumidores y se someten al sistema especial de su artículo 6. Por lo demás, el apartado 4.b) de dicho precepto mantiene la anterior exclusión relativa a los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o un arrendamiento de bienes, pero exceptiona de ella a los contratos sobre propiedad inmobiliaria, que incluyen los contratos de hipoteca y cualquier otro derecho de garantía sobre inmuebles<sup>34</sup>.

Desde la perspectiva de la protección del consumidor, esta previsión debe ser positivamente valorada, pues viene a colmar respecto de los adquirentes de multipropiedad inmobiliaria la «laguna material» que, en cuanto a su protección, presentaba el artículo 5 del Convenio de Roma<sup>35</sup>. Bajo su regulación, dichas transacciones únicamente podían beneficiarse de la protección que ofrece la Directiva 94/47, restringida a los contratos cuyo objeto fuera un bien inmueble situado en el territorio comunitario. En caso contrario, el adquirente era tratado como un profesional desde el punto de vista de la designación de la *lex contractus*, quedando su determinación al arbitrio de las partes. En el marco de la Directiva, el uso exclusivo del criterio del lugar de situación del bien inmueble deja fuera del ámbito espacial de protección del consumidor determinados contratos igualmente conectados con la esfera comunitaria, pese a que el bien inmueble radicara en un tercer Estado<sup>36</sup>.

Sin embargo, resulta criticable que el Reglamento haya mantenido la exclusión de los contratos de compra o arrendamiento de bienes inmuebles, privando al adquirente o arrendatario del régimen tuitivo de los consumidores pese a poseer dicha condición. Esta situación había sido ya denunciada bajo la vigencia del Convenio de Roma por los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, quienes proponían un «desarrollo judicial

<sup>34</sup> F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», cit., p. 16.

<sup>35</sup> B. UBERTAZZI, *Il Regolamento comunitario Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 102.

<sup>36</sup> En este sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ («Operaciones internacionales de consumo», cit. p. 684), pone el ejemplo del contrato celebrado entre un adquirente residente en España y una empresa con sede en Alemania sobre un inmueble situado en Túnez. Al excluirse dichos contratos del ámbito material de la directiva, se corre el riesgo de «incentivar la construcción de complejos inmobiliarios en régimen de *Time-Sharing* en terceros países y la venta de cuotas inmobiliarias de los mismos a sujetos domiciliados en la Comunidad Europea». Frente a ello, sostiene A. QUIÑONES ESCÁMEZ («Ley aplicable a los contratos internacionales...», cit., p. 15) que la inclusión de los contratos de multipropiedad inmobiliaria en el régimen especial de los contratos de consumidores no va a encajar con las condiciones de dicho régimen, «pues tal consumidor –que no contrata por Internet– suele ser un turista captado en el país que visita».

superador» de su artículo 5<sup>37</sup>. Dicha norma debía interpretarse conforme al principio de protección del consumidor, permitiendo aplicar a las transacciones sobre bienes inmuebles el sistema de designación de los contratos de consumidores. A su juicio, cualquier otra solución –como la aplicación del régimen general de determinación de ley– supondría una lesión al principio constitucional de protección al consumidor. A la vista de la regulación establecida por el Reglamento sobre este punto, no cabe sino abogar por la pervivencia de esta interpretación judicial, única coherente con el espíritu de protección del consumidor que inspira dicha norma.

Por lo que hace a los restantes contratos excluidos del ámbito material de los contratos de consumidores a efectos del Reglamento, esta «laguna» queda colmada en cierta medida por las directivas comunitarias sobre consumidores<sup>38</sup>, que ofrecen su protección con independencia del tipo de contrato de que se trate, aunque siempre con la limitación ya señalada: que el contrato presente una vinculación estrecha con el territorio de la Unión Europea.

De forma más específica, la exclusión relativa a los contratos de transporte –que no incluye los llamados «paquetes vacacionales»–, es justificada por el propio Reglamento argumentando que las especiales características de dichas transacciones exigen que se garantice un nivel adecuado de protección de los pasajeros mediante disposiciones específicas<sup>39</sup>. Así, el artículo 5 los somete con carácter general al ordenamiento del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre que dicho Estado sea también el de residencia del remitente o constituya el lugar de recepción o entrega. Si no se dieran tales condiciones, la *lex contractus* será la del país donde las partes hayan convenido la entrega, y únicamente en defecto de elección de ley por los contratantes se aplicará el ordenamiento del país de residencia habitual del pasajero. El carácter subsidiario de esta ley se explica por la incertidumbre que para el transportista supondría someter como

<sup>37</sup> *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid, 2001, p. 94. Esta sugerencia gana aún más peso en la actualidad, a la vista del notable desarrollo –ya vaticinado por los autores– de la venta de bienes inmuebles por vía electrónica, que ha incrementado considerablemente este tipo de transacciones.

<sup>38</sup> Directivas que tienen como objetivo la protección de los consumidores frente a los profesionales, partiendo de la premisa de que son la parte débil de la relación contractual (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 265.)

<sup>39</sup> Considerando 32. Sin embargo, sostiene P. LAGARDE que esta exclusión de los contratos de transporte resulta injustificada, respondiendo únicamente por la presión de los profesionales del sector para no someterlos al régimen jurídico de los consumidores («Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Revue critique de droit international privé*, n.º 95 (2), avril-juin 2006, p. 341).

regla general cada contrato a la legislación del lugar de residencia de los pasajeros<sup>40</sup>.

Por su parte, la exclusión relativa a los derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero responde a la necesidad de evitar la aplicación de una multiplicidad de leyes diferentes a cada uno de los instrumentos emitidos. Para el legislador comunitario, dicha diversidad «modificaría la naturaleza de dichos instrumentos e impediría una negociación y oferta fungibles»<sup>41</sup>. Este argumento justifica también la excepción recogida en el artículo 6.4.e), referida a los contratos celebrados en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, según estipula el artículo 4.1.17 de la Directiva 2004/39/CE, que quedan sometidos a dicha ley<sup>42</sup>.

## 2. *Contratos territorialmente excluidos: el consumidor activo*

Como se ha dicho, la primera exclusión del sistema específico de designación de la ley rectora del contrato de consumo responde a un criterio territorial, basado en su lugar de celebración. El artículo 6.4.a) del Reglamento introduce esta excepción mediante la siguiente fórmula: «contratos de suministro de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en el que tenga su residencia habitual». De este modo, el Reglamento mantiene la opción introducida por el Convenio de Roma (art. 5.4.b), que excluía de su régimen protector a los llamados consumidores activos, es decir, receptores de servicios prestados íntegramente en un Estado donde no residen.

Como consecuencia de esta opción, dichos contratos quedan sometidos al régimen general de designación de ley contenido en los artículos 3 y 4 del Reglamento, donde no son aplicables ninguna de las medidas tuitivas del consumidor<sup>43</sup>. Al tratarse de un sistema basado en la libertad de elección, se abre la posibilidad de que el profesional «imponga» al consumidor una determinada ley como rectora del contrato, incluyendo una legislación de un Estado no miembro de la Unión Europea que le prive de la protección que le

<sup>40</sup> M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Artículo 3», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (dirs.), Civitas, Madrid, 2002, p. 180.

<sup>41</sup> Considerando 28.

<sup>42</sup> Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, D.O.U.E. L 145, de 30 de abril de 2004.

<sup>43</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales*, cit., pp. 285-286.

otorga el Derecho comunitario<sup>44</sup>. Dicho de otra forma, el consumidor activo recibe el mismo tratamiento que el profesional con quien contrata.

Esta regulación resulta poco coherente con el principio de protección de los consumidores que proclaman tanto el Convenio como el Reglamento. El consumidor activo, por el hecho de desplazarse a otro Estado, no deja de ser un consumidor, es decir, la parte débil de la relación. Por tanto, resultaría lógico otorgarle al menos la misma protección que se brinda a los consumidores residentes en el país donde contrata, sí amparados –dado su carácter pasivo– por las normas tuitivas sobre contrato de consumidores.

En el ámbito de la ley aplicable, esta distinción entre consumidor activo y pasivo –y su correlativo tratamiento jurídico diferenciado– ha suscitado una notable polémica, alertando algunos autores –principalmente de la doctrina alemana– sobre el peligro de considerar «activo» a un consumidor internauta que celebra en su país de residencia un contrato a través de Internet<sup>45</sup>. Esta consideración se basa en la presunción de que, navegando por Internet, el consumidor asume la ficción de que está penetrando en mercados extranjeros, convirtiéndolo en un consumidor activo y excluyéndolo del régimen tuitivo del artículo 5 CR. Otro sector doctrinal defiende la consideración contraria, al afirmar el carácter pasivo del consumidor que contrata en Internet, siempre que la página web sea accesible de un modo normal desde su Estado de residencia<sup>46</sup>.

Como primera valoración, la pervivencia en el Reglamento Roma I de este tratamiento del consumidor activo resulta censurable, y su inclusión en el régimen general de designación de ley no es la solución más adecuada, ya que ignora la condición de parte débil que posee el consumidor activo y le otorga la consideración de profesional. Hubiera sido preferible someter dichos contratos a la ley del país donde se presta el servicio, en lugar de sujetarlos a la libertad de elección por las partes<sup>47</sup>. Y ello, porque no resulta difícilmente afirmar –como implícitamente hace esta inclusión en el sistema de libre designación de ley– que estamos ante contratos cuyas partes se hallan en posición de absoluta igualdad.

<sup>44</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», cit., p. 675.

<sup>45</sup> P. MANKOWSKI, «Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht», *RabelsZ*, n.º 63, 1999, pp. 203-294.

<sup>46</sup> M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado», *Indret*, n.º 251, 4/2004.

<sup>47</sup> En este sentido, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», cit., p. 16. F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003, p. 271; B. AÑOVEROS TERRADAS, «Consumidor residente en la Unión Europea vs. consumidor residente en un Estado tercero: a propósito de la propuesta de Reglamento Roma I», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, p. 395.

La aplicación de la ley del país donde se presta el servicio a los contratos celebrados por consumidores activos les otorgaría la condición que realmente poseen: la de parte débil de la relación. Dichos consumidores recibirían el mismo tratamiento que los consumidores «pasivos» del país donde celebran el contrato, en coherencia con el propio sistema conflictual de protección de los consumidores y con el hecho innegable de que el desplazamiento a otro Estado no convierte al consumidor en profesional. De este modo, la propia lógica del sistema de protección se vería respetada, pues los consumidores activos serían tratados como consumidores del Estado donde consumen<sup>48</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta comprensible la ratio del artículo 6.4.a) al no someter estos contratos al ordenamiento de residencia habitual del consumidor activo, dada la escasa relación del contrato con dicho Estado. Cuando el consumidor se traslada a otro Estado, donde realiza la transacción, no cabe esperar que sea la ley del país de su residencia habitual la que la regule<sup>49</sup>. Por el contrario, resulta más razonable que este se someta al ordenamiento del país de celebración del contrato, con el que realmente presenta un vínculo efectivo. De esta forma, el consumidor activo quedaría equiparado al consumidor pasivo de dicho Estado, y también los sistemas de determinación de la ley aplicable a ambos tipos de contratos, al designar una normativa objetiva y previsible, y evitar el régimen general de los artículos 3 y 4 del Reglamento.

Como hemos visto, el Reglamento solamente somete al régimen especial de los contratos de consumidores a aquellos que, cumpliendo los requisitos materiales descritos, operen en el lugar donde tenga su residencia el consumidor. En este punto, el Reglamento mantiene la distinción ya incluida en el Convenio de Roma entre «consumidor pasivo» y «consumidor activo», amparando bajo su régimen específico únicamente a la primera categoría. En ella se integran los contratos celebrados en el lugar de residencia del consumidor, que recibe en su país la información u oferta por parte del profesional y contrata en dicho territorio, sin que medie desplazamiento físico.

Por el contrario, el consumidor activo es aquel que se traslada de un país a otro, y celebra el contrato en el Estado donde radica el ámbito de actuación del profesional. Este desplazamiento territorial resulta clave en la presente distinción, pues el hecho de acudir el consumidor a otro mercado implica la exclusión de su contrato del ámbito protector del Reglamento. Para el legis-

<sup>48</sup> M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs...», cit., p. 15.

<sup>49</sup> En este sentido, F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 498; G. DROZ, M. PELICHET y A. DYER, «La Conférence de La Haye de Droit international privé vingt-cinq ans après la création de son Bureau permanent: bilan et perspectives», *Recueil des Cours*, t. 168, 1980-III, p. 217.

lador, en estos supuestos no está justificada la sujeción del contrato a la ley del país de residencia del consumidor, por considerarla escasamente vinculada con él. Pero, sin cuestionar este punto, resulta excesivo excluir dichos contratos del régimen tuitivo del Reglamento, pues no dejan de ser contratos de consumo tal como los define la propia norma.

La exclusión del consumidor móvil es absoluta, ya que no se le otorga un tratamiento diferente que atienda a su condición de tal, sino que queda sometido al régimen general de designación de ley aplicable (art. 3 y 4). La sujeción de estos contratos al sistema general otorga al profesional la posibilidad de «imponer» una determinada ley como rectora del contrato, incluyendo una legislación de un Estado no miembro de la Unión Europea que prive al consumidor de los derechos que le concede el Derecho comunitario.

Como dijimos, en estos supuestos el contrato puede presentar una vinculación muy escasa –o nula– con el país de la residencia del consumidor, lo que explicaría su exclusión del régimen proteccionista del artículo 6.1. Pero parece excesivo someter estos contratos al régimen general del Reglamento, pues el consumidor no pierde su condición de tal por el hecho de haberse desplazado a otro país: aplicar en estos casos el sistema de los artículos 3 y 4 implica tratarlo como un profesional, siendo así que continúa siendo la parte débil de la relación.

Por esta razón, hubiera sido más coherente con el mecanismo de protección del Reglamento someter dichos contratos a la ley del país donde se presta el servicio. Su aplicación otorgaría a los consumidores activos la condición que realmente poseen: la de parte débil de la relación. Dichos consumidores recibirían así el mismo tratamiento que los consumidores «pasivos» del país donde celebran el contrato, en congruencia con el sistema conflictual de protección de los consumidores y con el hecho innegable de que el desplazamiento a otro Estado no convierte al consumidor en profesional.

Por todo ello, posiblemente sea esta la principal objeción que quepa hacer al Reglamento Roma I en materia de contrato de consumidores: haber dejado pasar la oportunidad de subsanar un sistema defectuoso desde el punto de vista tuitivo, que excluía de su ámbito de protección un considerable volumen de transacciones, las efectuadas por los consumidores fuera de sus Estados de residencia<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Al respecto, P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Revue critique de droit international privé*, n.º 80, 1991, p. 317, donde el autor denuncia la existencia de una laguna legal en este punto. En la misma línea, T. HARTLEY, «Consumer Protection Provisions in the EEC Convention», en *Contract Conflicts*, P.M. NORTH (ed.), North-Hollan Publishing Company, 1982, p. 130.

## IV. El sistema de designación de la ley aplicable al contrato de consumidores

### 1. Ley rectora del fondo del contrato

El artículo 6.1 y 2 del Reglamento establece el sistema de designación de la ley aplicable a los contratos de consumo conforme a una doble fórmula: estos se regirán por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual –siempre que el profesional ejerza su actividad en dicho país o haya dirigido a él sus actividades comerciales– o bien, por la ley elegida por las partes, siempre que dicha elección no perjudique al consumidor en el sentido que veremos.

Desde el punto de vista conflictual, la novedad más reseñable del Reglamento radica en la sustitución de la autonomía de la voluntad como criterio principal de elección de ley por una conexión objetiva: la del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que concurren ciertos requisitos referidos al profesional. Esto no significa que desaparezca del ámbito de los contratos de consumo la posibilidad de que sean las partes las que elijan la ley aplicable a estos, que opera como regla alternativa de designación. Y ello, con el límite de que la ley elegida por las partes no contenga un régimen menos protector para el consumidor que el recogido en la ley de su país de residencia habitual.

De este modo, bajo la vigencia del Reglamento Roma I, la ley rectora de un contrato internacional de consumidores ha pasado a ser la ley del país de residencia habitual del consumidor, salvo que las partes hayan elegido otra ley estatal que disponga un mayor nivel de protección para el consumidor<sup>51</sup>. Como señala G. PIZZOLANTE, este mecanismo conflictual supone una inversión de los puntos de conexión aplicables al régimen general de los contratos ex artículos 3 y 4 del Reglamento<sup>52</sup>. En efecto, en dicho sistema el criterio principal de designación de ley es la voluntad de las partes y, en ausencia de ella, los criterios de la residencia habitual del vendedor o del prestador de servicios. Por el contrario, el régimen específico de los contratos de consumidores altera el orden de las conexiones, dando prioridad a la residencia habitual del consumidor, al consagrarla como regla de designación objetiva y automática, y otorgando a la voluntad conflictual el papel de elemento corrector o modificador de dicha regla general.

---

<sup>51</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, vol. I, n.º 2, p. 86, donde el autor explica detalladamente las razones de esta opción legislativa.

<sup>52</sup> «I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, vol. I, n.º 2, p. 227.

Este sistema mejora notablemente la opción inicial, contenida en la propuesta de Reglamento presentada por el Parlamento y el Consejo en diciembre de 2005<sup>53</sup>, que establecía un mecanismo rígido de determinación de ley que designaba como única ley rectora del contrato la correspondiente al Estado miembro de residencia del consumidor<sup>54</sup>. Dicha elección resultaba menos adecuada por dos razones: su rigidez, que impedía a las partes acogerse a otra legislación más beneficiosa para sus intereses; y su restricción a los ordenamientos de los Estados miembros, sin posibilidad de dar entrada al de un país no comunitario, aun cuando este fuera preferido por los contratantes. Así lo entendió finalmente el legislador y la consagración de la residencia habitual del consumidor como criterio único de designación de ley desaparece ya en la propuesta de reglamento presentada por el Parlamento Europeo y el Consejo con fecha de 31 de marzo de 2008<sup>55</sup>.

El artículo 6 del Reglamento opta así por un sistema flexible, que combina la designación objetiva de la ley de la residencia del consumidor –ya sin la restricción de que esta radique en un país miembro–, con la autonomía de la voluntad de las partes, salvaguardando en tal caso la protección legal mínima que debe otorgarse al consumidor: la establecida por la ley de su Estado de residencia. Esta limitación de la autonomía de la voluntad garantiza que el consumidor quede protegido por la ley de su residencia habitual, que el legislador entiende preferible por resultarle más cercana y conocida<sup>56</sup>. También, este sistema presenta la ventaja, frente al contenido en el Convenio de Roma, de evitar el fraccionamiento del contrato, que queda sometido a una sola ley, que además resulta clara y previsible<sup>57</sup>.

La posibilidad de elegir otra *lex contractus*, aunque con la limitación descrita, presenta otros dos beneficios: para el consumidor, porque le permi-

<sup>53</sup> COM (2005) 650 final.

<sup>54</sup> Una previsión «sorprendente», en palabras de P. LAGARDE, que denuncia la incoherencia de dicha norma unilateralista con las restantes disposiciones del texto reglamentario, calificándola de discriminatoria respecto de los consumidores residentes en un Estado no comunitario («Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Revue critique de droit international privé*, n.º 95 (2), avril-juin 2006, p. 342).

<sup>55</sup> Documento PE-CONS 3691/07.

<sup>56</sup> Sobre este mecanismo, sostiene A. L. CALVO CARAVACA que el artículo 6 del Reglamento establece la presunción *iuris tantum* «de que la elección de ley en un contrato internacional de consumo tiene como finalidad privar al consumidor de los beneficios que le atribuyen las normas imperativas del país en que tiene su residencia habitual», permitiendo únicamente la autonomía de la voluntad conflictual, «cuando esta no perjudica a los derechos reconocidos en las disposiciones legislativas de su Estado de residencia habitual» («El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales...», cit., p. 88).

<sup>57</sup> G. PIZZOLANTE, «I contratti conclusi dai consumatori nella proposta di regolamento Roma I», en *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento Roma I*, a cura di P. FRANZINA, CEDAM, Padua, 2006, p. 52; B. ÜBERTAZZI, *Il Regolamento comunitario Roma I...*, cit., p. 105.

te acogerse a una normativa más protectora que la de su residencia habitual<sup>58</sup>; para el profesional, porque le faculta para organizar sus actividades mediante modelos contractuales uniformes que sopesen, a priori, el riesgo jurídico de contratar en diferentes Estados<sup>59</sup>. De este modo, se conjura el peligro de que una excesiva protección jurídica del consumidor perjudique el desarrollo del comercio electrónico *Business-to-Consumer*<sup>60</sup>, sin dejar por ello de atender a la desigual posición de las partes del contrato.

Sin embargo, pese a la claridad y previsibilidad de esta solución en la designación de la ley rectora del contrato de consumo, su adecuación para una tutela eficaz de los intereses de los consumidores ha suscitado algunas dudas. En primer lugar, porque la conexión principal parece basarse en la presunción de que la ley de la residencia habitual del consumidor es, en todo caso, la que le otorga una mayor tutela, lo cual no puede afirmarse a priori<sup>61</sup>. Esta presunción lleva a aplicar imperativamente dicho ordenamiento, aun cuando exista otra legislación más protectora para el consumidor<sup>62</sup>. Para combatir esta situación, se ha propuesto la adopción de una norma de conflicto basada en un punto de conexión flexible: la ley más favorable al consumidor<sup>63</sup>. Esta norma materialmente orientada permitiría determinar, entre todos los ordenamientos vinculados al contrato, el más beneficioso para la parte débil de la relación. Desde el punto de vista de la favorabilidad, esta opción parece preferible a la aplicación automática de la ley de la residencia habitual del consumidor.

Otra reserva que suscita el sistema reglamentario de designación de *lex contractus* es que, en caso de elección de ley por las partes, la limitación relativa a las disposiciones imperativas de la ley del país de residencia del consumidor exige realizar una comparación entre estas y el ordenamiento elegido por las partes. Sobre este punto, el Reglamento no aclara cuestiones como la apreciación de oficio o a instancia de parte de la norma más favora-

---

<sup>58</sup> Una de las principales críticas formuladas al sistema contenido en la propuesta de Reglamento de 2005, que como única ley rectora del contrato designaba la de la residencia habitual del consumidor, fue que venía sustentada por la presunción que tal legislación es siempre la más favorable al mismo (B. URBETAZZI, *Il Regolamento comunitario Roma I...*, cit., p. 106).

<sup>59</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Ley aplicable a los contratos...», cit., p. 14.

<sup>60</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes...*, cit., pp. 92-93.

<sup>61</sup> Otra interpretación, que sin embargo nos lleva a una conclusión idéntica sobre la norma de conflicto elegida, es la que realiza E. CASTELLANOS RUIZ cuando sostiene que estamos ante «una norma de conflicto neutra que no tiene en cuenta el contenido de la Ley de la residencia habitual del consumidor, con independencia de los resultados a los que conduce la aplicación de dicha Ley y los objetivos perseguidos por el legislador» («Las normas de derecho internacional privado...», cit., p. 148).

<sup>62</sup> S. FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, «La modificación del artículo 5...», cit., p. 208.

<sup>63</sup> B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 207.

ble, o el modo en que debe realizarse la comparación entre ordenamientos<sup>64</sup>. Asimismo, la determinación de las «disposiciones imperativas» de la ley del Estado de residencia del consumidor no es siempre una labor sencilla<sup>65</sup>. La práctica judicial evidencia las dificultades que el tribunal puede encontrar para investigar el contenido de un derecho extranjero<sup>66</sup>, a lo que se añade el hecho de que la prueba del Derecho extranjero no ha sido objeto de uniformización comunitaria<sup>67</sup>. Así, el artículo 18 del Reglamento Roma I remite el régimen procesal de la prueba a la misma ley que rige el contrato, por lo que en el ámbito que tratamos crearía la paradójica situación de tener que utilizar prospectivamente varios ordenamientos procesales, tantos como leyes potencialmente aplicables, para determinar cuál ha de ser finalmente la *lex contractus*<sup>68</sup>.

El régimen de designación de ley contenido en el artículo 6 del Reglamento resulta aplicable a todos los contratos que entren dentro del ámbito material, personal y territorial que fija el mismo precepto. Las transacciones que, como hemos visto, se excluyen de dicho ámbito quedan sujetas bien al sistema general de designación de ley fijado por los artículos 3 y 4 del Reglamento<sup>69</sup>, según dispone su artículo 6.4. Esta designación debe armonizarse con el régimen por determinadas directivas comunitarias para ciertos contratos, en virtud del principio de especialidad consagrado por el artículo 23 del Reglamento<sup>70</sup>. La aplicación práctica de ambos sistemas normativos ha de hacerse en términos de compatibilidad, de modo que la elección de ley por las partes (prevista por el artículo 3 del Reglamento Roma I) queda sujeta a las limitaciones impuestas por las directivas comunitarias, que tratan de garantizar la protección de los derechos de los consumidores por ellas consagrados, cualquiera que sea la ley rectora del contrato designada por las par-

<sup>64</sup> F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», cit., p. 19.

<sup>65</sup> S. FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, «La modificación del artículo 5...», cit., p. 207.

<sup>66</sup> Sobre el controvertido régimen procesal español de prueba del derecho extranjero y los inconvenientes e incertidumbres que su aplicación viene suscitando en la práctica, vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva ley de Enjuiciamiento Civil», *Tribunales de Justicia*, 2001, pp. 1155-1170.

<sup>67</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, p. 55.

<sup>68</sup> Para G. PIZZOLANTE, el mecanismo conflictual del artículo 6 del Reglamento resulta también criticable por su rigidez, al no prever la aplicación de oficio por parte del juez de otro ordenamiento, ya sea por considerarlo más vinculado al contrato en cuestión o por entenderlo más favorable para los intereses del consumidor («I contratti con i consumatori...», cit., p. 228).

<sup>69</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», cit., pp. 665-666.

<sup>70</sup> «Con excepción del artículo 7 [contrato de seguro], el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales».

tes<sup>71</sup>. En otras palabras, se trata de impedir que el consumidor se vea privado de la tutela ofrecida por dichas normas materiales como consecuencia de la elección del ordenamiento de un tercer país como *lex contractus*, siempre que el contrato presente un vínculo con algún país miembro, ya sea el del foro u otro Estado<sup>72</sup>.

La importancia de este mecanismo de tutela se aprecia en toda su dimensión si tenemos en cuenta la imposibilidad de dar entrada a esta normativa comunitaria de protección en concepto de «leyes de policía», tal como prevé el artículo 9 del Reglamento Roma I. Al referirse dicho precepto a las normas que protegen intereses generales y públicos, las directivas comunitarias sobre consumidores quedan fuera de su ámbito de aplicación, por carecer de dicho carácter<sup>73</sup>.

## 2. Ley rectora de la forma del contrato

El Reglamento Roma I introduce para los contratos de consumo una excepción a la regla general sobre validez formal de los contratos. Dicho régimen general se sustenta sobre normas de conflicto materialmente orientadas a la búsqueda de la validez formal del contrato (art. 11.1 y 2). Así, este será válido en cuanto a la forma cuando lo sea conforme a cualquiera de las leyes que ofrece el legislador como opciones en pie de igualdad: para los contratos celebrados entre personas que se encuentren en el mismo país, la ley rectora del fondo o la del país de celebración (art. 11.1); para los celebrados entre personas que se encuentren en distintos países, la *lex contractus*, la

<sup>71</sup> En este sentido, vid. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (D.O. L 95 de 21 de abril de 1993); Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (D.O. L 144 de 4 de junio de 1997); Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (D.O. L 166 de 11 de junio de 1998); Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (D.O. L 171 de 7 de julio de 1999); Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2003, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (D.O. L 271, de 9 de octubre de 2003); Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (D.O. L 133 de 22 de mayo de 2008).

<sup>72</sup> G. PIZZOLANTE, «I contratti con i consumatori...», p. 230.

<sup>73</sup> En este sentido, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», cit., p. 675. En contra de esta consideración se manifiesta G. PIZZOLANTE, que defiende el carácter de orden público de las normas protectoras de quienes constituyen la parte débil del contrato, censurando la formulación del artículo 9 del Reglamento por considerarla «demasiado restrictiva y carente de sentido» («I contratti con i consumatori...», cit., pp. 235-236).

ley de los países en que se encuentre cualquiera de las partes en el momento de la celebración, o de la ley del país en que cualquiera de ellas tuviera su residencia habitual en ese momento (art. 11.2). Se configura así un sistema conflictual enormemente favorable a la validez formal del contrato, que garantiza en gran medida que este no podrá ser atacado por cuestiones puramente formales.

Sin embargo, este sistema no es aplicable a los contratos de consumidores, cuyo aspecto formal queda sujeto a las excepciones contenidas en los apartados 4 y 5 del mismo precepto, la primera de carácter general y la segunda, más específica. Con carácter general, la validez formal de los contratos de consumo únicamente podrá enjuiciarse conforme a la ley del país de residencia habitual del consumidor (art. 11.4). Y de forma específica, cuando el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometida a las normas imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre que dicha ley no pueda excluirse por acuerdo de las partes y su aplicación sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato.

Este sistema de determinación de la validez formal de los contratos de consumo resulta censurable desde la perspectiva de la mejor protección del consumidor, pues limita a una la ley rectora de las solemnidades contractuales, siendo así que la regla general es la multiplicidad de ordenamientos alternativos potencialmente aplicables, por aumentar las posibilidades de que el contrato no pueda ser declarado nulo por motivos de forma. En el caso de los contratos de consumo, el legislador mantiene el criterio de la unidad de ley que inspira el artículo 6 también en el aspecto formal, lo cual no resulta justificado. Dicha unidad puede ser beneficiosa cuando se trata de la ley aplicable al fondo, al evitar el complejo proceso de aplicación simultánea de varios ordenamientos a la misma relación contractual, con su consiguiente fraccionamiento. Sin embargo, en el ámbito de la forma del contrato no se produce tal división, y este aspecto se somete a una única ley: la que le otorgue validez. Al multiplicarse las posibles leyes aplicables, aumentan, como se ha dicho, las opciones de validez del contrato, sin que la unidad de ley rectora del fondo se vea afectada por esta situación<sup>74</sup>.

Al no hacerlo así, el legislador comunitario parece persistir en su implícita creencia de que la mejor opción es siempre la ley de la residencia habi-

---

<sup>74</sup> A favor de esta propuesta se pronunció el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, al denunciar la falta de lógica de someter la forma del contrato a una única ley, y propugna su inclusión en el sistema general del artículo 9, con la reserva de las disposiciones imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor («Réponse au Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation», *Treizième réunion*, Viena, 19-21 septembre 2003).

tual del consumidor, lo cual, como ya dijimos, no constituye un axioma. En el caso de que las partes hubieran elegido otra *lex contractus*, la forma quedaría igualmente sometida a la ley de la residencia habitual del consumidor. Esto, por una parte, destruye la presunción anterior de la preferencia por la unidad de ley; y por otra, confirma la presunción reglamentaria de la mayor favorabilidad de este ordenamiento en todo caso, algo que resulta ficticio afirmar sin conocer su contenido material.

Por su parte, la validez formal de los contratos cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble queda sometida a las normas imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre que dicha ley no pueda excluirse por acuerdo de las partes y su aplicación sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato. En este caso, la justificación radica en la propia imperatividad de la normativa designada como aplicable. Para los restantes contratos de consumo, la obligatoria sumisión de su aspecto formal a la ley del país de residencia del consumidor podría responder a la intención de salvaguardar la soberanía del Estado en relación con los consumidores que habitan en su territorio y con las solemnidades que revisten los contratos que estos celebran, si bien este argumento resulta poco convincente.

### 3. La determinación del lugar de residencia habitual del consumidor

Pese a que la residencia habitual opera como primera conexión para determinar la *lex contractus*, y como conexión única para regular el aspecto formal, el Reglamento no contiene una definición de residencia habitual aplicable a los consumidores. Su artículo 19, que delimita dicho concepto, se refiere únicamente a las sociedades y personas físicas que ejerzan una actividad profesional<sup>75</sup>. Este silencio lleva a pensar que el legislador comunitario no ha querido imponer una noción de «residencia habitual» de las personas físicas a los Estados miembros.

Así parece confirmarlo la declaración contenida en el considerando 39 del Reglamento: «la seguridad jurídica exige que se establezca una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas»<sup>76</sup>. Pero la expresión «en particular» debe entenderse casi como «únicamente», dado que el concepto autónomo de residencia acuñado por el Reglamento para las sociedades se extiende solo a las

---

<sup>75</sup> Una limitación que se explica –que no justifica– por el hecho de que son ambos conceptos los que, a falta de elección por las partes, determinan la ley rectora del contrato en el régimen general del artículo 4.

<sup>76</sup> En este punto, el Reglamento Roma I se aparta de la solución acogida por el Reglamento 44/2001, que establece tres conceptos de domicilio para las personas jurídicas (art. 60), afirmando que en sede de ley aplicable, «la norma de conflicto (...) debe limitarse a un criterio único; en caso contrario, las partes no podrían prever la ley aplicable a su situación».

personas físicas que tengan la consideración de profesionales. Por tanto, ante la ausencia de una definición reglamentaria de residencia habitual de las personas físicas, se abren dos alternativas para su concreción: establecer un concepto autónomo a efectos de la aplicación del Reglamento o extraer dicho concepto del ordenamiento interno de cada país.

La primera opción ha sido desechada por el propio legislador comunitario, que, además de no incluir dicho concepto uniforme en el texto reglamentario, ha suprimido la posibilidad de acuñarlo que sí ofrecía el Convenio de Roma. Así, su artículo 18 abogaba por una interpretación unificada y autónoma del Convenio por todos los Estados miembros, por lo que el de residencia habitual era un concepto propio del Convenio, sin que cupiera concretarlo conforme un determinado ordenamiento estatal<sup>77</sup>. Por el contrario, en el Reglamento Roma I desaparece esta opción de interpretación autónoma, que es sustituida en algunos aspectos por la inclusión de conceptos específicos, como el de residencia de las personas jurídicas.

Al no haberlo hecho así respecto a la residencia de las personas físicas en el marco del contrato de consumidores, este concepto debe buscarse en cada sistema jurídico estatal, lo que en el caso del ordenamiento español nos lleva a acudir al artículo 40 del Código civil. Dicha opción se asemeja a la recogida expresamente por el artículo 59 del Reglamento 44/2001, pero con la diferencia de que en sede de ley aplicable la determinación del lugar de residencia se hace en todo caso conforme a la *lex fori*, no conforme a las respectivas nociones estatales que pudieran resultar aplicables, tal como prevé el Reglamento 44/2001. Lo que sí concreta el artículo 19 del Reglamento es el momento de determinación del lugar de residencia del consumidor: el de la celebración del contrato. Esta solución resulta lógica, dado que dicha conexión determina la *lex contractus*, por lo que esta no debe quedar expuesta a variaciones posteriores del país de residencia del consumidor.

## V. Valoración final

Con carácter general, cabe afirmar que la reforma del sistema de designación de ley para los contratos de consumidores ha respondido en gran medida a las críticas que durante sus casi veinte años de vigencia han ido formulándose al mecanismo establecido por el Convenio de Roma. Ante todo, resulta muy loable el esfuerzo del legislador por adaptar la normativa a las técnicas actuales de contratación, atendiendo con ello a una de las principales reclamaciones de la doctrina y las asociaciones de consumidores, que reiteradamente han denunciado el carácter obsoleto del Convenio de Roma respecto de la realidad del comercio electrónico. Atendiendo ya a las cuestiones

---

<sup>77</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9.ª ed., 2008-2009, Comares, Granada, p. 497.

concretas objeto de la reforma, su valoración final arroja aspectos positivos y negativos, que exponemos a continuación.

En el balance positivo destaca la ampliación del ámbito material de protección de los contratos de consumidores, que se extiende a todos los celebrados entre un profesional y un consumidor, desapareciendo así la limitación del Convenio de Roma a los contratos de «suministro de bienes muebles corporales o servicios». Superando dicho concepto restrictivo, el Reglamento utiliza una noción más amplia de contrato de consumo, de la que únicamente se excluyen los enumerados en el catálogo de contratos establecidos por la propia norma. Como excepción a dicho catálogo, destaca la consideración de los contratos de multipropiedad inmobiliaria como contratos de consumo a estos efectos, pese a la exclusión general de los contratos cuyo objeto sea un bien inmueble.

La introducción del concepto de «actividad dirigida» merece igualmente una valoración positiva, pues, pese a las incertidumbres que despierta su concreción, resulta indudable que esta noción se adapta notablemente al ámbito de la contratación electrónica, prescindiendo de toda referencia territorial y adaptándose a la dimensión universal de esta forma de transacción comercial.

Otro de los aciertos del artículo 6 del Reglamento ha sido dar entrada, junto con la conexión principal de la residencia habitual del consumidor, a una excepción basada en la autonomía de la voluntad de los contratantes. Este sistema se incluía ya en el Convenio de Roma y desapareció en la propuesta de reglamento presentada en 2005, que establecía como única *lex contractus* la de la residencia habitual del consumidor en un país comunitario, lo que suprimía toda posibilidad de dar entrada a la autonomía conflictual. Afortunadamente, dicha propuesta se flexibilizó en el sistema finalmente adoptado, que al tiempo que combate los posibles abusos en la autonomía de voluntad otorgando primacía a la ley del consumidor, no elimina por completo la posibilidad de que ambas partes se acojan a otro ordenamiento, pues no necesariamente el primero tiene que ser el más favorable al consumidor. Con la fórmula actual, la voluntad de las partes se convierte en una conexión que puede desplazar la aplicación del criterio principal de la residencia habitual del consumidor, lo que evidencia el carácter subsidiario o derogatorio de esta conexión<sup>78</sup>.

Respecto a la regla general de la ley del consumidor, si bien es cierto que adolece de cierta rigidez, pues parece presumir que es esa la que en todo caso le resulta más favorable, también otorga a los contratantes una mayor previsibilidad jurídica que el sistema anterior. Además, tal rigidez puede combatirse excepcionando la aplicación de dicha ley mediante la autonomía de la voluntad de las partes. Otro beneficio de esta general es el sometimiento del

---

<sup>78</sup> En este sentido, G. PIZZOLANTE, «I contratti con i consumatori...», cit., p. 229.

contrato a una ley única, evitando el fraccionamiento y eliminando el complejo problema práctico de adaptación de leyes. Asimismo, dicha ley única destaca por su claridad, lo que elimina desde el inicio posibles incertidumbres sobre la ley rectora del contrato.

Desde la perspectiva judicial, la opción por la ley de la residencia habitual del consumidor como regla general presenta la indudable ventaja de minimizar los gastos de litigación, un propósito expresamente declarado por el legislador comunitario. En efecto, la concreción de la ley de la residencia habitual permite soslayar los inconvenientes y costes de dejar en manos del tribunal la determinación de la ley más favorable al consumidor. La práctica forense demuestra que un sistema basado genéricamente en dicha designación judicial sería beneficioso realmente para los consumidores económicamente más solventes, que podrían permitirse reclamar dicha determinación de la *lex contractus* ante las sucesivas instancias judiciales que permitiera cada sistema procesal de recursos<sup>79</sup>.

En este punto, interesa recordar la advertencia de O. CACHARD sobre la inadecuación de la vía judicial y del mecanismo arbitral clásico para dirimir los conflictos surgidos en el marco de los contratos de consumo<sup>80</sup>. Así, aun admitiendo la progresiva adaptación de las normas de Derecho internacional privado a la realidad del comercio electrónico, este autor señala que en caso de litigios de escasa cuantía («microlitigios») resultaría mucho más acorde con la protección del consumidor el recurso a una instancia arbitral electrónica, más dirigida a la mediación o conciliación entre las partes<sup>81</sup>.

Pero las indudables mejoras que introduce el Reglamento en materia de contrato de consumidores no ocultan algunas carencias o inconvenientes del sistema, que igualmente resulta obligado mencionar. En primer lugar, la presunción de la ley del país de residencia del consumidor como más favorable. Aunque el legislador comunitario ha tenido el acierto de flexibilizar la norma general de designación de ley permitiendo a las partes elegir una distinta, la conexión principal no será necesariamente en todo caso la más adecuada para la protección de los intereses de los consumidores. Con ella, el Reglamento implícitamente considera la ley de la residencia del consumidor como la más favorable en todo caso a sus intereses, pese a que esto solo se

---

<sup>79</sup> La inadecuación de la vía judicial y del mecanismo arbitral clásico para dirimir los conflictos surgidos en el marco de los contratos de consumo ha sido denunciada por O. CACHARD (*La régulation internationale du marché électronique*, cit., pp. 325-337). Aun admitiendo la progresiva adaptación de las normas de Derecho internacional privado a la realidad del comercio electrónico, este autor señala que en caso de litigios de escasa cuantía («microlitigios») resultaría mucho más acorde con la protección del consumidor el recurso a una instancia arbitral electrónica, más dirigida a la mediación o conciliación entre las partes (pp. 338-343).

<sup>80</sup> *La régulation internationale du marché électronique*, cit., pp. 325-337.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 338-343.

puede afirmar examinando caso por caso el contenido material de dicho ordenamiento.

Pese a la previsibilidad de este criterio, la protección efectiva, real, del consumidor quedaría mejor garantizada si la regla general de designación utilizara puntos de conexión flexibles, como la autonomía de la voluntad o el principio de la ley más favorable. En el primer caso, la libertad de elección debería verse limitada, lógicamente, por las disposiciones imperativas sobre protección del consumidor contenidas en la ley de su Estado de residencia habitual<sup>82</sup>. Esta opción resulta preferible, ya que permite al consumidor ir más allá de las expectativas que le ofrece la ley de su residencia si otro ordenamiento (incluido el del profesional) le resulta más favorable<sup>83</sup>. En el segundo caso, la conexión de la ley más favorable garantizaría una mayor justicia material, quedando a la apreciación judicial la determinación de dicha norma entre los ordenamientos vinculados con el contrato<sup>84</sup>.

Con ambos mecanismos, ciertamente se perdería en previsibilidad pero se ganaría en eficacia en el sistema de protección del consumidor. Sin embargo, el legislador ha optado por dar prioridad a la primera en el sistema de determinación de ley, cumpliendo así su objetivo de establecer unas normas «claras, generales (...), para que las partes pudieran conocer con certeza de antemano la legislación aplicable a su relación contractual»<sup>85</sup>.

La indeterminación, concepto «actividad dirigida» es otra cuestión que suscita reparos y obliga a proponer mecanismos de mejora, así como su inclusión en los textos reglamentarios. La actual ambigüedad de la noción plantea la necesidad de una mayor concreción. Esta debería adoptar criterios

---

<sup>82</sup> Aquí se encaminaba la propuesta del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, que abogaba por la aplicación de la regla general de los artículos 3 y 4 del Reglamento (autonomía de la voluntad o ley del país del vendedor o prestador del servicio) en concurso con la ley eventualmente más favorable de la residencia habitual del consumidor («Réponse au Livre vert...», cit.). Para P. LAGARDE, esta opción hubiera resultado más adecuada desde el punto de vista de la protección del consumidor, al garantizarle la aplicación de la ley más favorable de entre las que confluyen en el contrato («Remarques sur la proposition de règlement...», cit., p. 342).

<sup>83</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sus fronteras interiores (Propuesta de modificación del artículo 5 del Convenio CE de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, 2002, n.º 217, p. 88.

<sup>84</sup> En esta línea, se ha sugerido también que una opción más favorable al consumidor sería permitir la coexistencia de la ley elegida por las partes con la normativa más protectora, pues la tutela otorgada al consumidor por su ordenamiento de residencia no es necesariamente la más alta en todos los aspectos del contrato. (G. PIZZOLANTE, «I contratti con i consumatori...», cit., p. 229).

<sup>85</sup> Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, COM/2002/0654 final.

interpretativos claros, adaptados a los cambios tecnológicos y que a la vez proporcionen seguridad jurídica, en aras del tan perseguido principio de previsibilidad. Dichos criterios deberán atender principalmente a la intención del profesional de circunscribir su actividad a determinados territorios, objetivo que puede deducirse de los mecanismos tecnológicos empleados al publicitar su oferta.

Otra objeción que cabe hacer al Reglamento Roma I, quizá la principal, es la exclusión de su ámbito de protección del consumidor activo o móvil –el que realiza los actos de consumo en un Estado diferente al de su residencia–, como ya hizo el Convenio de Roma. Esta exclusión tiene carácter absoluto, ya que el consumidor móvil no recibe un tratamiento diferente pero que atienda a su condición de tal, sino que queda sometido al régimen general de designación de ley aplicable (art. 3 y 4). La sujeción de estos contratos al sistema general otorga al profesional la posibilidad de «imponer» una determinada ley como rectora del contrato, incluyendo una legislación de un Estado no miembro de la Unión Europea que prive al consumidor de los derechos que le concede el Derecho comunitario<sup>86</sup>.

Ciertamente, en estos supuestos, el contrato puede presentar una vinculación muy escasa –o nula– con el país de la residencia del consumidor, lo que explicaría su exclusión del régimen proteccionista del artículo 6.1. Pero parece excesivo someter estos contratos al régimen general del Reglamento, pues el consumidor no pierde su condición de tal por el hecho de haberse desplazado a otro país: aplicar en estos casos el sistema de los artículos 3 y 4 es tanto como tratarlo como un profesional, siendo así que continúa siendo la parte débil de la relación.

Frente a ello, hubiera sido preferible someter dichos contratos a la ley del país donde se presta el servicio<sup>87</sup>, pues su aplicación otorgaría a los consumidores activos la condición que realmente poseen: la de parte débil de la relación. Así, dichos consumidores recibirían el mismo tratamiento que los consumidores «pasivos» del país donde celebran el contrato, lo que resulta coherente con el sistema conflictual de protección de los consumidores y con el hecho innegable de que el desplazamiento a otro Estado no convierte al consumidor en profesional. De este modo, la propia lógica del sistema de protección se vería respetada, pues los consumidores activos serían tratados como consumidores del Estado donde consumen<sup>88</sup>.

El último aspecto a reseñar en el capítulo de las objeciones es el sistema de designación de la ley rectora de la forma del contrato. Su validez formal se somete a un solo ordenamiento, el de la residencia habitual del consumidor, sin posibilidad de buscarla en ninguna otra legislación. La ley de la resi-

<sup>86</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», cit., p. 571.

<sup>87</sup> En este sentido, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», cit., p. 16.

<sup>88</sup> M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs...», cit., p. 15.

dencia habitual se convierte en este ámbito en verdadera ley única rectora del contrato, sin que el argumento de la necesaria previsibilidad para las partes resulte aquí justificado. Antes al contrario, cerrar la puerta a las opciones que con carácter general ofrece el artículo 11 en materia de forma resulta incoherente con el objetivo de protección del régimen conflictual de los contratos de consumidores. Mucho más adecuado hubiera sido mantener dichos contratos dentro de la regla general del artículo 11, que a través de una norma de conflicto materialmente orientada ofrece mayores garantías de cara a la consecución de la validez formal del contrato.

Por todo lo anterior, cabe afirmar que la reforma del sistema conflictual del contrato de consumo ha dado primacía a la previsibilidad, unidad y claridad en la designación de la *lex contractus*, en detrimento de la eficacia desde la perspectiva de la protección del consumidor. Ciertamente, este sistema resulta doblemente eficaz: por un lado, permite que las partes puedan prever la ley rectora del contrato; por otro, ayuda a soslayar situaciones problemáticas como su fraccionamiento legislativo. Sin embargo, el mecanismo elegido no garantiza una tutela real y efectiva para el consumidor, al no designar en todo caso la *lex contractus* que le resulte más favorable, ya que ello solo sería posible examinando el contenido de los ordenamientos en presencia, posibilidad que no cabe en esta solución conflictual.



# Los actos jurídicos documentados en los textos legales visigodos

Olga Marlasca Martínez  
Profesora doctora de Derecho romano  
Universidad de Deusto

Recibido: 17.02.2010  
Aceptado: 18.06.2010

---

**Resumen:** En el presente artículo se pretende destacar la importancia que tuvo en el derecho visigodo el uso de la escritura en los más diversos ámbitos jurídicos. Para ello nos centramos fundamentalmente en dos textos legales de la época visigoda; en primer lugar, en el *Código de Eurico*, en el que algunos capítulos nos informan acerca de determinados negocios jurídicos que se redactaban por escrito; asimismo, en la *Lex Visigothorum*, en la que son numerosas las disposiciones que hacen alusión a los actos jurídicos documentados de todo tipo. Más concretamente, en relación con la citada *lex*, nos hemos centrado, en primer lugar, en los negocios jurídicos, así como en los actos forenses documentados. Finalmente se analizan los aspectos fundamentales relativos a la falsificación de los documentos regulados en el mencionado texto legal visigodo.

**Palabras clave:** Uso de la escritura; Derecho visigodo; actos jurídicos documentados; falsificación de documentos.

**Abstract:** *In the present article we intend to highlight the importance that the use of writing in the most varied legal texts had in the Visigothic Law. With this purpose we focus mainly on two legal texts of the Visigothic times. Firstly on the Code of Eurico, in which several chapters show us certain legal transactions which were drawn up in writing. Likewise, on the Lex Visigothorum, where there are many provisions that recount documented legal acts of all types: more specifically, with regard to the mentioned Lex, we have focused firstly on the legal transactions as well as on the documented forensic acts. Finally, we analyse the main aspects related to the forgery of documents regulated in the mentioned legal Visigothic text.*

**Key words:** *Use of writing; Visigothic law; documented legal acts; forgery of documents.*

---

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Derecho visigodo. 2.1. Consideraciones previas. 2.2. Los actos jurídicos documentados en el *Código de Eurico*.— 3. Actos jurídicos documentados en la *Lex Visigothorum*. 3.1. Importancia de la escritura en el citado texto legal. 3.2. Requisitos generales para la validez de los documentos. 3.3. Ámbitos concretos de los actos documentados a los que se refiere la *Lex Visigothorum*. 3.3.1. Negocios jurídicos. 3.3.2. Documentos forenses. 3.4. Falsedad de los documentos.

## 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, cuando hacemos una contratación importante, estamos habituados a unir a los acuerdos orales una documentación escrita. Podría decirse que en los tiempos actuales lo escrito está de un modo indisoluble ligado a los negocios de gran importancia<sup>1</sup>.

En el principio fue la oralidad y esta oralidad originaria de los actos jurídicos hizo que los documentos, cuando aparecen, estén funcionalmente limitados a la prueba de unos actos que ya se habían celebrado verbalmente; mientras que, por diversos caminos, la oralidad penetra en la misma estructura del documento<sup>2</sup>.

Si nos remontamos a la etapa romana, en el período arcaico los negocios más importantes están ligados a un rito típicamente oral con el pronunciamiento de palabras solemnes; pensemos, por ejemplo, en la *mancipatio* y la *in iure cessio*, que se presentan ligadas a un rito con los aspectos de arcaísmo que lo caracterizan; por otro lado, en el ámbito contractual, concretamente en la *stipulatio*, es el pronunciamiento de las palabras solemnes lo que hace nacer la obligación. Existe, por tanto, toda una relación con el rito oral, mientras que de la escritura no se habla<sup>3</sup>.

No obstante lo anterior, en dos campos concretos no tarda en manifestarse la escritura. Uno de ellos es el campo procesal y se refiere a la fórmula: la pretensión del demandante y las posibles alegaciones del demandado se redactan en un escrito que adquiere una gran relevancia en relación con un mundo de ritos orales.

El otro caso tiene relación con el testamento<sup>4</sup>. Precisamente, uno de los primeros negocios que se habrían reflejado por escrito es el testamento. Las tablillas testamentarias<sup>5</sup> en las que se contenía habían tenido en sus orígenes valor probatorio, dado que el testamento en cuanto negocio continuaba siendo oral<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> M. AMELOTTI, «Negocio, Documento y Notario en la evolución del Derecho romano», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo XXIX, p. 135

<sup>2</sup> Cf. A. RODRÍGUEZ ADRADOS, *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, p. 10.

<sup>3</sup> Sobre el particular, M. AMELOTTI, «Negocio, Documento y Notario en la evolución del Derecho romano», ob. cit., pp. 135-136.

<sup>4</sup> En la Ley de las Doce Tablas no se encuentra ninguna alusión a la escritura; por otro lado, Tito Livio, en su obra *Ab urbe condita* VII, 3, dice concretamente que en el año 360 a. C.: «*rarae per ea tempora litterae erant*».

<sup>5</sup> Muy pronto surgieron una clase de profesionales especializados en la redacción de testamentos, a los que se denominaba *testamentarii*; entre otros, véase, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «A propósito del oficio de *tabellio* como jurista práctico en la experiencia jurídica romana», en *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su eméritazgo*, Barcelona, 2006, p. 306, nota 7.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

En definitiva, puede decirse que el uso de la escritura para documentar negocios jurídicos privados, salvo el caso mencionado del testamento, fue extraño a los romanos y, si más tarde se utilizaron, ello se debió al influjo de modelos grecohelenísticos en los que su empleo fue muy usual y extenso<sup>7</sup>. En Roma se advierte esta influencia ya a principios de la República<sup>8</sup>; conviene, no obstante, distinguir entre forma escrita, cuya observancia es esencial para la validez del negocio, de aquella otra que solamente se usa para constituir documentos probatorios. La forma escrita solo muy raramente es exigida en Derecho clásico: para el contrato literal, para el testamento escrito y en la fórmula procesal civil<sup>9</sup>.

Por el contrario, en la época postclásica<sup>10</sup> la práctica de consignar en documento todo negocio jurídico importante, debido al influjo helenístico, fue tan extendida y general que, a causa de las concepciones del derecho romano vulgar, la observancia de la forma escrita fue considerada como requisito esencial de validez de todo negocio jurídico<sup>11</sup>. De manera que puede afirmarse que el «hecho notorio de que los documentos tengan en el derecho romano postclásico mucha mayor importancia que en el clásico está en

---

<sup>7</sup> La importancia concedida a la escritura de los contratos en Grecia explicaría la significación de los profesionales que cumplían en Grecia la función notarial, y su reconocimiento como titulares de una función pública. Por el contrario, la tardanza en aparecer la figura del notario se habría debido al carácter oral de la primitiva negociación en Roma, donde el testamento primitivo, la *stipulatio* y la *mancipatio* que constituyen las principales fórmulas de negocio tienen un carácter verbal; cf., por todos, A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública», ob. cit., y la bibliografía allí mencionada.

<sup>8</sup> Los primitivos documentos recogían únicamente los acuerdos o la voluntad de las partes, a los que se añadía un sello (*sigillatio*) y los nombres de los intervinientes. Cf. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «A propósito del oficio de *tabellio* como jurista práctico en la experiencia jurídica romana», ob. cit., p. 305. En relación con la *scriptura* interior y exterior del documento, véase H. ANKUM, «Les tabellions romains, ancêtres directs des notaires modernes», en *Atlas du Notariat. Le notariat dans le monde*, Kluwer-Deventer, 1989, pp. 10 ss.

<sup>9</sup> Entre otros, M. KASER, *Derecho romano privado*. Versión directa de la 5.ª edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1968, p. 46.

<sup>10</sup> La importancia de la escritura en el período postclásico, tanto en los negocios translativos como en los obligatorios, está comprobada no solo en el *Epitome* sino en otros textos coetáneos, como las Sentencias de Paulo, el *Codex Theodosianus* y la *Interpretatio*. No se concibe contrato sin escritura. La cuestión de fondo está en si la escritura ha de entenderse como elemento esencial del negocio o simplemente como elemento probatorio.

<sup>11</sup> Según A. D'ORS, «Documentos y notarios en el derecho romano post-clásico», *Centenario de la Ley del Notariado*. Vol. I (1964), p. 91, «el predominio del documento está en relación con el fenómeno del vulgarismo que caracteriza la época-postclásica. Como es sabido, la *elegantia iuris* de la jurisprudencia clásica tenía un especial desdén por el problema de la prueba, por los *facta*, como algo que debe interesar al juez o al abogado elocuente, pero no al jurisprudente. De ahí también que el jurista no se aplique a la redacción de documentos».

relación con la expansión de las influencias helenísticas que van de Oriente a Occidente»<sup>12</sup>.

Por otro lado, en el mundo romano, del primitivo carácter oral o verbal en la negociación, se pasa a la utilización de la escritura, primero privada, posteriormente firmada por testigos además de por las partes, y finalmente con la intervención de los *tabelliones* o notarios y de los funcionarios públicos<sup>13</sup>.

En Oriente, en relación con la escritura se presentaba una situación completamente diversa. El Oriente era la tierra del documento escrito. «Ya en el tiempo de los antiguos faraones los escribas, como bellísimas estatuas nos han transmitido, reflejaban todo por escrito, y así todo el restante mundo oriental, ya fuesen asirio-babilonios como poco a poco los griegos y los pueblos helenísticos»<sup>14</sup>. Era mediante la escritura como se realizaba el negocio: el documento era, por tanto, constitutivo y no solo probatorio. Según Amelotti<sup>15</sup>, «los orientales habían llegado a una concepción modernísima, como es la del derecho incorporado al documento, por lo que transfiriendo el documento se transfería el derecho».

Por nuestra parte, después del presente apartado a modo de introducción, nos vamos a referir en las siguientes líneas a una serie de actos jurídicos documentados a los que se refieren los textos legales visigodos; por una parte, determinados negocios jurídicos de carácter privado que se redactan por escrito a los que hacen referencia el *Código de Eurico*, así como la *Lex Visigothorum*; asimismo, va a ser objeto de nuestra atención un gran número de documentos forenses regulados en las disposiciones de la citada ley de los visigodos, Por último, se analizan algunas disposiciones en las que se regula la falsificación de los documentos en el mencionado texto visigodo.

## 2. DERECHO VISIGODO

### 2.1. Consideraciones previas

El reino visigodo, antes de su establecimiento definitivo en Occidente, se constituyó en estrecha relación con el Imperio, al que desde antiguo

<sup>12</sup> Cf. A. D'ORS, «Documentos y notarios en el derecho romano post-clásico», ob. cit., p. 90.

<sup>13</sup> Cf. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «*Fides publica e instrumenta publice confecta* en Derecho Romano», *Revista de Estudios Latinos* (Relat)1. 2001, pp. 189-200.

<sup>14</sup> M. AMELOTI, «Negocio, Documento y Notario en la evolución del Derecho romano», ob. cit., p. 137.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 139, considera asimismo el citado autor que «para ciertos documentos del Egipto helenístico se puede intentar aplicar nuestra figura del título de crédito que pasa de uno a otro, del título al portador».

venía prestando servicios militares de frontera bajo la fórmula del *foedus*<sup>16</sup>. El primer período del asentamiento de los visigodos en las Galias y en la parte noroeste de la Península, dominio que por el occidente llegó al parecer hasta Zaragoza, se inscribe en la estructuración del Imperio romano en la etapa anterior a la caída de Roma por los hérulos<sup>17</sup>. A partir del año 476, con la entrada de Odoacro en Roma, la situación sufrió transformaciones profundas que se manifestaron de forma desigual en los distintos territorios sobre los que estaban asentados los visigodos. Con Eurico, el primer monarca visigodo, y su hijo Alarico, se da un paso más al ocupar estos el lugar que antes había desempeñado el emperador, ejerciendo sus poderes y facultades. A partir de este momento es cuando podemos hablar propiamente de una legislación visigoda<sup>18</sup>. Finalmente hemos de decir que son los visigodos uno de los pueblos germánicos más romanizados de los que se asientan en el antiguo territorio del Imperio romano occidental. Entre los autores modernos no deja de reconocerse la profunda romanización de los reyes visigodos<sup>19</sup>.

## 2.2. Los actos jurídicos documentados en el ‘Código de Eurico’<sup>20</sup>

En primer lugar, conviene destacar que la práctica de documentar los actos jurídicos «es recibida por los visigodos como tantos otros aspectos de

<sup>16</sup> Cf. R. GIBERT, «El reino visigodo y el particularismo español» en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español. Estudios visigóticos*, I, Roma-Madrid, 1956, p. 17 y las notas 6 y 7.

<sup>17</sup> Cf. entre otros, J. ORLANDIS, *Historia de España. La España visigótica*. Madrid, 1977, pp. 59 ss.; A. GARCÍA GALLO, «Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas», en *AHDE*, 1974, pp. 424 ss.

<sup>18</sup> Entre otros, puede verse ARANGIO RUIZ, *Historia del Derecho romano*, 4.<sup>a</sup> ed.; trad. esp. Madrid, 1989, pp. 448 ss.; L. A. GARCÍA MORENO, *Historia de la España Visigoda* Madrid, 1989, pp. 317 ss.; LALINDE ABADIA, *El derecho en la historia de la humanidad*, Barcelona, 1982, pp. 38 ss.

<sup>19</sup> Sobre el particular, entre otros, D’ORS, «El Código de Eurico», en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español. Estudios Visigóticos*, II, Roma-Madrid, 1960, p. 9.

<sup>20</sup> La legislación teodoriciano fue tan breve y circunscrita que, de acuerdo con San Isidoro, se puede considerar a Eurico como el primer legislador visigodo y de los pueblos germanos, ya que el *Código de Eurico* es la primera ley escrita de estos pueblos cf., entre otros, A. D’ORS, «El Código de Eurico», ob. cit., pp. 254 ss. Con su promulgación no se pretendió elaborar un ordenamiento jurídico completo; se trataba de una obra que tuvo aplicación preferente, porque realizó una adaptación de las *leges* y *iura* romanos a las necesidades de la práctica, para acabar con la duplicidad existente entre el derecho oficial y el de la práctica. En definitiva, «los monarcas visigodos comienzan a hacer suya una tradición que era común a todos los habitantes del Imperio y que ahora impulsan ya de forma autónoma». Cf. A. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del Derecho. Manual I. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Madrid, 1996, p. 205. En adelante, citamos los capítulos del *Código de Eurico* con las siglas CE.

la cultura romana»<sup>21</sup>. En la época visigoda, según F. Dahn<sup>22</sup>, se extiende mucho el uso de la escritura continuando la práctica del Bajo Imperio y fomentada por la necesidad de primar la seguridad jurídica. «Los godos aceptaron de los romanos, entre otras muchas instituciones, el préstamo con interés, el testamento, los impedimentos matrimoniales de parentesco y, sobre todo, el múltiple empleo de documentos escritos en la vida jurídica»<sup>23</sup>.

Más concretamente, en cuanto a los negocios jurídicos, el derecho visigodo adoptó la escritura como su forma preferente. Cualquier acto o contrato (testamentos, ventas, donaciones, préstamos, etc.) podía ser válidamente realizado con o sin escritura, siempre que mediare la intervención testifical, pero es comprobable una tendencia legislativa favorable a los actos escritos y restrictiva de la forma oral ante testigos<sup>24</sup>. Por otro lado, hay que destacar que la palabra *scriptura* es la que la legislación visigoda emplea con mucha frecuencia para referirse a cualquier tipo de documento jurídico<sup>25</sup>; sin embargo, en la práctica y a nivel vulgar prevalecen otros nombres, como *pagina*, *charta* o *chartula*<sup>26</sup>.

Precisamente en relación con la escritura en los negocios jurídicos, autores como Gibert aluden a la idea de que los germanos adoptaron del derecho romano la forma escrita en su realización «pero le imprimieron distintos caracteres que determinaron la variedad del régimen documental en la Edad Media»<sup>27</sup>. Nos referimos a continuación a algunos negocios jurídicos documentados a los que se refiere el texto euriciano.

El Código contiene varios capítulos dentro del Título *De venditionibus* en los que se regulan diversos aspectos relacionados con las ventas. Nos in-

<sup>21</sup> Vid. C. PETIT, *Fiadores y fianzas en derecho romanovisigodo*, Sevilla, 1983, pp. 168-169.

<sup>22</sup> F. DAHN *Westgothische Studien. Entstehungsgeschichte, Privatrecht, Strafrecht, Civil und Straf-Process und Gesamtritik der Lex Visigothorum*, Würzburg, 1874, pp. 68-69. También SIDONIO APOLINAR, *Epístolas* 4,24; 6,4; 7,2.

<sup>23</sup> Vid. K. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*. Trad. esp. por Carlos Clavería, Barcelona, 1944, p. 65. Sin embargo, SCHWERIN, «El derecho español más antiguo», en *AHDE*, I, (1924), p. 43, al referirse al uso de los documentos que no es originariamente germano, establece que «sigue siendo problemático si los visigodos toman el uso de documentos escritos del griego o del romano».

<sup>24</sup> Entre otros, J. BONO, *Historia del Derecho Notarial español*, Tomo 1. *La Edad Media*, Madrid, 1974, p. 83.

<sup>25</sup> Hay dos títulos muy significativos en la ley de los visigodos: LV 2,5, cuya rúbrica es *De scripturis*; por otro lado, en LV 7,5, la rúbrica es la siguiente: *De falsariis scripturarum*; además existen otras disposiciones en sedes distintas de la mencionada ley visigoda.

<sup>26</sup> Cf. A. GARCÍA GALLO, «Los documentos y los formularios jurídicos en España hasta el siglo XII», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo 22, vol. I (Homenaje a R. Núñez Lagos), p. 141.

<sup>27</sup> R. GIBERT, «Prenotariado visigótico», ob. cit., pp. 12-13.

teresa destacar la primera disposición del citado título; concretamente, se trata de la que se recoge en CE 286<sup>28</sup> que comienza diciendo lo siguiente: *Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem*; después de establecer que la venta se perfecciona *per scripturam*, admite asimismo que se perfecciona por el *praetium datum* ante testigos. Por lo tanto, en primer lugar, para que la venta se considere perfecta es necesario que se redacte el correspondiente escrito; también es admisible que se pueda probar por medio de testigos que fue entregado el precio al vendedor.

Otro acto jurídico que ha de ser documentado tiene relación con las donaciones a las que se dedica el Título que lleva la rúbrica *De donationibus*; concretamente, en CE 307<sup>29</sup> se refiere el texto euriciano a las donaciones entre cónyuges. Hace alusión el citado texto visigodo a la exigencia de la forma escrita de la donación nupcial; no obstante, en caso de necesidad la donación puede tener lugar oralmente ante dos o tres testigos. Considera D'Ors<sup>30</sup> que la forma a la que se refiere el citado texto es la general de toda donación *mortis causa*, es decir, la forma del testamento<sup>31</sup>.

Según el citado autor, el término *voluntas*<sup>32</sup> del texto euriciano alude claramente a la disposición testamentaria<sup>33</sup>. De esta forma, el capítulo mencionado distingue, por una parte, el testamento escrito, o firmado, al menos en presencia de testigos, y un testamento oral (nuncupativo) para caso de necesidad; el capítulo 307 citado se refiere a la forma de las donaciones testamentarias y en CE 308<sup>34</sup> se refiere el legislador a las donaciones *inter vivos*

<sup>28</sup> El texto completo de CE 286 es el siguiente: *Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. 2. Si etiam scriptura facta non fuerit, datum praetium testibus conprobatur, et emptio habeat firmitatem. 3. Venditio si fuerit violenter extorta, id est per metum mortis aut per custodiam, nulla valeat ratione.*

<sup>29</sup> El texto completo contenido en el CE 307 establece lo siguiente: *Maritus si uxori suae aliquid donaverit, de hoc quod voluerit scriptura sua manu signo sive subscriptione confirmet, ita ut duo aut tres testes ingenui subscriptores accedant; et sic voluntas ipsius habeat firmitatem. 2. Testes vero si ad scripturam non fuerint praesentes... us testium, voluntas non valeat. 3. Voluntas autem si necessitas est, coram duobus aut tribus testibus ore tantum ordinari potest. 4. Similis de uxoris voluntate que in maritum conferre voluerit donationis forma servetur.*

<sup>30</sup> A. D'ORS, «El Código de Eurico», ob. cit., pp. 236-237.

<sup>31</sup> El testamento fue un recurso jurídico que los visigodos tomaron muy pronto del Derecho romano; el Código euriciano utiliza el término *testamentum* en el Capítulo 308.

<sup>32</sup> A juicio de M. M. PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico*, Granada, 1975, p. 78, «conviene precisar, sin embargo, que el citado capítulo puede también considerarse referido a las donaciones *inter vivos* de los cónyuges, autorizadas después del primer año de matrimonio»; del mismo modo, considera el autor que « el uso de la voz *voluntas* no implica necesariamente un carácter *mortis causa*, ni menos aún una confusión con el *testamentum*», cf. *ibidem*.

<sup>33</sup> Cf. A. D'ORS, «El Código de Eurico», ob. cit., p. 236.

<sup>34</sup> CE 308: *Res donata, si in praesenti traditur, nullo modo a donatore repetatur, nisi causis certis et probatis [...].*

que se perfeccionan por la simultánea *traditio*. Otros autores no interpretan de la misma forma el capítulo 307 euriciano. Merea<sup>35</sup> considera que es más razonable considerarlo «como una aplicación de los principios generales a este caso especial» (las donaciones entre cónyuges), ya que el objetivo de la ley, sigue diciendo el autor, debe haber sido «no propiamente fijar la forma de las donaciones, sino declarar irrevocables, contra lo que establecía el derecho romano, las donaciones entre cónyuges»; en cambio, Levy<sup>36</sup>, al interpretar el citado texto de Eurico considera que en el CE 307 se establece una forma especial para las donaciones entre cónyuges.

En definitiva, el texto euriciano al que nos estamos refiriendo, *De donationibus*, «puede ayudar a reconstruir el régimen del testamento, ya que su decadencia en el Bajo Imperio facilitó la aproximación entre ambos, que acredita el propio Eurico al hablar de *similitudo*. Pero semejanza no debe equivaler a confusión»<sup>37</sup>.

Otro de los actos jurídicos documentados tiene relación con el testamento. Afirma Merea<sup>38</sup> que el *Código de Eurico* muestra claramente que los visigodos, ya en el siglo V, conocían y practicaban el testamento, institución a la que se habían habituado en su convivencia con la población romana. Es cierto que no existe en el citado texto legal ninguna rúbrica que expresamente haga alusión al testamento; no obstante, algunos términos que aparecen en diferentes capítulos, como *intestatus*<sup>39</sup>, e incluso el término *testamentum*<sup>40</sup> parecen acreditar su existencia; por otro lado, la redacción de algunos capítulos<sup>41</sup> del texto euriciano hace pensar en que el *Código de Eurico* presupone la aceptación del testamento romano por parte de los visigodos<sup>42</sup>.

---

<sup>35</sup> P. MEREJA, *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, 1948, p. 73.

<sup>36</sup> Cf. E. LEVY, *West Roman vulgar law. The law of property*, Filadelfia, 1951, I, p. 165.

<sup>37</sup> Sobre el particular, M. M. PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico*, ob. cit., p. 78.

<sup>38</sup> P. MEREJA, *Estudos de Direito visigótico*, ob. cit., pp. 107-108.

<sup>39</sup> Cf. CE 336.

<sup>40</sup> Cf. CE 308.

<sup>41</sup> Cf. CE 319; 329; 336.

<sup>42</sup> Sobre el particular, cf. M. ALONSO Y LAMBAN, «Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón», en *Revista de Derecho Notarial*, 1954, n.º 8, pp. 53 ss.

### 3. ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS EN LA ‘LEX VISIGOTHORUM’<sup>43</sup>

#### 3.1. Importancia de la escritura en el citado texto legal<sup>44</sup>

Las disposiciones de la LV contemplan la forma escrita en los más diversos ámbitos del derecho, en los términos que iremos viendo en los apartados siguientes. De ahí la protección legal a los actos regularmente documentados y al documento mismo, y la dura represión de la falsedad documental, aspectos a los que se refiere la ley. Además, «el uso de la escritura y la práctica de documentar los actos jurídicos está atestiguado incluso en las zonas rurales del reino de Toledo»<sup>45</sup>.

De esta manera, «todo el sistema del Derecho privado visigodo está dominado por la idea de la escritura y cada negocio jurídico puede ser conformado a través de una *scriptura*»<sup>46</sup>. Conviene destacar asimismo que en la ley visigoda aparecen aludidos los *scriptores* a los que se refiere como *notarios publicos* en la LV 7,5,9<sup>47</sup>.

Por otro lado, aunque el uso del documento se extiende a todo negocio jurídico de alguna importancia<sup>48</sup>, en ocasiones, aclara la ley que no se trata de forma esencial para la validez del negocio (así, en ciertos casos se mantiene la duplicidad de formas, esto es, con o sin escrituras), puede verse la LV 5,4,3 en relación con la compraventa; asimismo, la disposición recogida en LV 10,1,2<sup>49</sup>, que declara válida la división de bienes hecha entre los her-

<sup>43</sup> *Lex Visigothorum*, ed. K. ZEUMER en *Monumenta Germaniae Historica (Leges)* vol. I, Hannover-Leipzig, 1902. En adelante, nos referimos a la *Lex* mencionada, con las siglas LV. La citada ley está dividida en 12 libros y estos en títulos y leyes con mayor o menor criterio sistemático. Esta división coincide con la del *Código de Justiniano*. El libro I trata de la ley y el legislador; el libro II, de la organización judicial y del procedimiento; libros III y IV, cuestiones de Derecho civil; libros VI-IX, Derecho penal; y libros X-XII, materias varias.

<sup>44</sup> La compilación legislativa promulgada por Recesvinto y cuya fecha de promulgación se suele colocar en el año 654 se la conoce por los diferentes nombres de *Lex Visigothorum*, *Liber Iudiciorum* o *Liber Iudicum*; debe destacarse además que la citada compilación se traduce al castellano en el siglo XIII con el nombre de *Fuero Juzgo*. *Fuero Juzgo en Códigos antiguos de España*, ed. M. MARTÍNEZ ALCUBILLA, Madrid, 1885, es la edición que aquí hemos manejado.

<sup>45</sup> C. PETIT, *Fiadores y fianzas en derecho romanovisigodo*, ob. cit., p. 169.

<sup>46</sup> J. BONO, *Historia del derecho notarial español*, ob. cit., pp. 80-81.

<sup>47</sup> La LV 7,5,9 lleva la siguiente rúbrica: *De his, qui citra notarios publicos iussiones ac leges principum recitare vel scribere ausi fuerint*. San Isidoro, en *Etymol.* IX, IV [27], al tratar del *ordo curiae* incluye al *scriba publicus* como el que escribe los documentos que se protocolizan en la curia municipal. Este cometido era el que desempeñaron los *tabularii* de la época romana.

<sup>48</sup> DAHN, *Westgotische Studien*, ob. cit., p. 69. También C. PETIT, «*De negotiis causarum*» II, *AHDE*, 56 (1986), p.116.

<sup>49</sup> La rúbrica es la siguiente: *De non revocanda divisione inter fratres, etiam si sine scriptura sit facta, solum si idoneo teste convincat*.

manos, aunque no se haya documentado, siempre que se pueda probar por testigos; también en la LV 5,7,1<sup>50</sup> se refiere a la manumisión *mortis causa*, que puede tener lugar por escrito o de forma oral ante testigos. En otras ocasiones, la ley prescribe la forma escrita como esencial (requisito *ad solemnitatem*) para la validez del negocio jurídico: así, por ejemplo, la disposición contenida en LV 5,2,7, procedente del *Código de Eurico* 307 sobre donaciones *mortis causa* entre cónyuges<sup>51</sup>. En otros casos la forma escrita (aunque no esencial) reporta ventajas procesales: cf. el contenido de la disposición en la LV 5,6,3<sup>52</sup>.

Además de destacar la importancia de la escritura en los actos jurídicos de la *Lex Visigothorum*, conviene también subrayar que la palabra *scriptura* es la que la legislación visigoda emplea constantemente para designar cualquier documento jurídico; así, pueden citarse, entre otras disposiciones, las recogidas en la LV 2,5, bajo la rúbrica *De scripturis valituris et infirmandis ac defunctorum voluntatibus conscribendis*. También el título LV 7,5, *De falsariis scripturarum*, está destinado a la falsificación de los documentos; del mismo modo, en otras sedes de la ley, determinadas disposiciones se van a referir a cuestiones relacionadas con la escritura.

Otro aspecto digno de mencionar en relación con el documento escrito al que se refiere la citada ley de los visigodos es que este es intangible en teoría; ello se pone de manifiesto en una ley de Chindasvinto recogida en la LV 2,5,5, donde se prohíbe a un otorgante oponerse a un pacto o plácito que estuviera puesto por escrito de forma legítima, a no ser que hubiera sido obtenido a través de extorsión por un poderoso.

De esta manera, si las mismas partes que intervienen en el acto jurídico documentado se obligan a respetar lo pactado en la *scriptura*, se generaliza el uso –presente también en la contratación romana– de establecer en el documento una cláusula penal<sup>53</sup>.

De las ideas expuestas anteriormente, se constata la importancia que el derecho de la *Lex Visigothorum* reconoce a los actos escritos. A la vista de las disposiciones contenidas en la citada legislación visigoda, son muchos los aspectos relacionados con los documentos que pueden ser objeto de estu-

<sup>50</sup> La LV 5,7,1 tiene la rúbrica siguiente: *Si mancipia sive per scripturam seu per testem manumittantur*.

<sup>51</sup> En el CE 307, citado anteriormente (= LV 5,2,7) establece como necesaria en las donaciones entre cónyuges la intervención de dos o tres testigos (*ingenui*) que estén presentes y que firmen con el donante la escritura de donación; en caso de necesidad la voluntad se puede disponer de palabra en presencia de dos o tres testigos. En relación con el carácter de estas donaciones, se ha hecho ya mención anteriormente a las diversas opiniones en la doctrina.

<sup>52</sup> La LV 6,6,3 tiene la siguiente rúbrica: *De pignore, si pro debito deponatur*.

<sup>53</sup> La estipulación penal se había convertido como en una cláusula de estilo, *vid.* E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationnrecht*, Weimer, 1956, pp. 131 ss.

dio, tales como los requisitos para la validez de los documentos escritos, ámbitos concretos de los actos documentados –negocios jurídicos entre particulares, documentos forenses, etc.–, falsificación de los documentos, la *contropatio*, la cláusula penal inserta en algunos documentos, entre otros.

Por nuestra parte, en las siguientes líneas, después de una breve alusión a los requisitos para la validez de los documentos, abordamos a continuación una serie de ámbitos en los que se hace mención a los actos jurídicos documentados en la citada ley visigoda, así como algunos aspectos relativos a la falsificación de los documentos en los términos a los que se refieren determinadas disposiciones del mencionado texto legal visigodo.

### 3.2. Requisitos generales para la validez de los documentos<sup>54</sup>

En la *Lex Visigothorum* se redactó un título, el Título 5 del libro 2, especialmente dedicado a las escrituras. Interesaba regular el documento como prueba del negocio –requisitos de datación, firmas y signos– y no tanto la regulación de la prueba de documentos<sup>55</sup>. Hay que destacar asimismo que el documento hispano-visigodo es intangible en teoría (cumpliendo los requisitos pertinentes), como se ha dicho anteriormente.

De este modo, podemos hacer alusión a la disposición contenida en LV 2,5,5, citada *supra*, que establece, entre otras cosas, lo siguiente: *Et ideo que pactis vel placitis continentur vel monstratur scripta, plenam habeant firmitatem*. Se ha de señalar además que la validez genérica del documento está recogida en varias disposiciones de la ley, así, en LV 2,5,1: *Quales debeant scripture valere*; y LV 2,5,2: *De pactis et placitis conscribendis*, así como la LV 2,5,3<sup>56</sup> en los términos que vamos a referirnos a continuación.

Más concretamente, la disposición de Chindasvinto contenida en la LV 2,5,1<sup>57</sup>, así como también la LV 2,5,2<sup>58</sup>, *antiqua*<sup>59</sup>, se refieren a la exigen-

<sup>54</sup> Sobre los requisitos para la validez de los documentos, cf., entre otros, O. MARLASCA, «Algunos requisitos para la validez de los documentos en la *Lex Visigothorum*», en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Tome XLV (1998), pp. 563-584.

<sup>55</sup> Cf. C. PETIT, «*De negotiis causarum*» (II), ob. cit., p. 116

<sup>56</sup> LV 2,5,3: *Ne incognitam sibi scripturam quisquis ille testis suscribere audeat*.

<sup>57</sup> LV 2,5,1 (Chind.) (Recc.) *Quales debeant scripture valere. - Scripture, que diem et annum habuerint evidenter expressum adque secundum legis ordinem conscripte noscuntur, seu conditoris vel testium fuerint signis aut suscriptionibus roborate, omni habeantur stabiles firmitate*. En cuanto al origen de la presente ley hay que decir que se trata de una ley de Chindasvinto (642-653) que aparece en los términos citados en la edición hecha por Recesvinto de la *Lex Visigothorum*, y más adelante veremos el apéndice que se añade a la citada ley en la edición de Ervigio.

<sup>58</sup> LV 2,5,2, el texto de la ley es el siguiente: *De pactis et placitis conscribendis. - Pacta vel placita, que per scripturam iustissime hac legitime facta sunt, dummodo in his dies vel annus sit evidenter expressus, nullatenus inmutari permitimus*.

<sup>59</sup> Por lo que respecta a las disposiciones que llevan la rúbrica *antiqua*, sabemos que representan el substrato más antiguo dentro de las leyes que conforman la *Lex Visigothorum*.

cia de que conste con toda claridad en los documentos escritos el día y el año (*dies et annus*) para su validez; también la *Lex Baiuvariorum*<sup>60</sup> 16,16 recoge los mismos requisitos de forma que encontramos en la mencionada *Lex Visigothorum*.

Además, la citada LV 2,5,1 establece la exigencia de la *suscriptio* del otorgante del escrito o de sus testigos para acreditar el contenido del documento. La misma disposición, en su edición ervigiana<sup>61</sup>, indica que si el otorgante no puede escribir por razón de enfermedad, intervenga en ese supuesto un suscriptor rogado<sup>62</sup>, elegido de entre los testigos, que suscribía *ad vicem auctoris*; posteriormente, si el otorgante recupera la salud y lo que testó desea que sea firme, en este caso es necesario que lo refuerce con la *subscriptio*. Establece asimismo la citada disposición que si el otorgante fallecía, en ese caso el suscriptor *ad vicem*, en el plazo de seis meses, debía cuidar de afirmar las escrituras *suscriptas a se*.

<sup>60</sup> *Lex Baiuvariorum*, edición de J. MERKEL, *Monumenta Germaniae Historica (MGH)*, LL,3 (Hannover, 1863). Se trata de la legislación bávara que suele datarse hacia la mitad del s. VIII y es tenida en cuenta por Zeumer para la reconstrucción de la legislación de Eurico, ya que considera que la ley bávara mencionada había tenido el Código euriciano como modelo y que presentaba en ocasiones una versión del citado *Código de Eurico* más auténtica que la procedente de las *leges antiquae*; cf., entre otros, R. UREÑA Y SMENJAUD, *La legislación gótico-hispana (Leges Antiquiores-Liber Iudiciorum)*. Estudio crítico, Madrid, 1905, pp. 243 ss.; K. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*. Trad. española por Carlos Clavería, Barcelona, 1944, pp. 28 ss.

<sup>61</sup> Pocos años después de la aparición del *Código de Recesvinto* se sintió ya la necesidad de acometer una nueva reforma. La revisión del *Liber* se lleva a cabo en la época de Ervigio (680-687) y lo promulga el monarca citado en el año 681. El sucesor de Ervigio, Égica, intentó realizar una nueva redacción, pero no se tiene constancia de que esta llegara a materializarse. Si bien se añadieron leyes suyas a los ejemplares oficiales de la *Lex Visigothorum*. A partir de finales del siglo VII juristas anónimos añaden a la Ley visigoda leyes de Recesvinto que no fueron tenidas en cuenta en la edición recesvintiana de la citada *Lex*, además de modificaciones y añadidos en los textos legales. Todas estas transformaciones sufridas por la edición ervigiana dan lugar a lo que se conoce con el nombre de redacción *Vulgata* de la *Lex Visigothorum* y han sido objeto de estudio por Y. GARCÍA LÓPEZ, *Estudios críticos y literarios de la Lex Visigothorum*, Santiago de Compostela, 1991, pp. 75-474. Finalmente hay que decir que en el s. XIII se traduce la LV al castellano con el nombre de Fuero Juzgo. Afirma C. ZEUMER, *Historia de la Legislación Visigoda*, ob. cit., pp. 88-89, que «el código empieza verdaderamente en el libro II, que lleva la rúbrica: *De negotiis causarum* y que trata preferentemente de la constitución de los tribunales y del proceso. Que sea aquí donde empieza verdaderamente el código es algo que queda señalado externamente con la invocación que precede al primer capítulo, II,1,1: *IN NOMINE DOMINI...*»; más adelante, hablando de la redacción ervigiana, establece: «La ley de publicación de Ervigio está al principio del verdadero código que empieza con el libro II,1,1, y nos informa con frases pomposas y retóricas, sobre el objeto y significación de la labor legislativa», *ibídem*, p. 97. También, sobre el particular, M. DÍAZ Y DÍAZ, «La *Lex Visigothorum* y sus manuscritos. Un ensayo de reinterpretación» en *ADHE*, 46 (1976), pp.163-223, excluye este libro primero de la redacción originaria del *Liber* considerándolo una adición posterior.

Es evidente que la *subscriptio*<sup>63</sup> tiene por objeto acreditar (por el otorgante o los testigos) el contenido del documento. Por otra parte, el *signum* es mencionado con frecuencia (la disposición contenida en CE 307 ya se refiere a ella)<sup>64</sup> junto con la *subscriptio*. La *subscriptio* presupone alfabetismo; en cambio, el *signum* es sustitutivo de *subscriptio* para analfabetos<sup>65</sup>. Aquí el elemento esencial es un signo (señal, normalmente cruz) junto con el cual otro declara en forma objetiva.

Por otro lado, es necesario que los documentos no se hayan realizado por la fuerza o por amenazas (*vis* o *metus*), así aparece regulado en la disposición contenida en LV 2,5,9, *antiqua*<sup>66</sup>, que ha podido ser tomada de dos disposiciones procedentes del CE 286 y 309 en relación con la compraventa y la donación respectivamente y su nulidad en el supuesto de haberse realizado por la fuerza o habiéndose infundido miedo.

Pasamos a referirnos a continuación a dos tipos de relaciones jurídicas, la *donatio* y la *venditio*<sup>67</sup>, que han podido ser realizadas de forma violenta o

<sup>63</sup> LV 2,5,1 (Erv.). Al texto anterior de la ley se añade en la edición ervigiana lo siguiente: *simili quoque et ille sripture valore constabunt, quas etsi auctor suscribere egritudine obsistente non valuit, in eis tamen qui suscriptores accederent postulabit, sicque suscriptionem vel signum ad vicem illius auctoris ille, qui est rogatus, inpresserit, hoc tantum est observandum, ut si conditor talium scripturarum de hac ipsa egritudine, qua detinebatur, revaluerit, si hoc ipsud, quod in huiusmodi scripturis testavit, firmum esse voluerit, manu sua illud solita suscriptione conroboret, et sic plenam quod testare visus est obtineat firmitatem [...]*.

<sup>64</sup> Vid. K. ZEUMER, «Zum westgothischen Urkundenwesen, 1. Subscriptio und signum. 2. Die Schriftvergleichung» en *Neues Archiv de Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, 24 (1898); formula el autor la doctrina del documento visigótico. La *subscriptio* en fuentes visigodas coincide con la *subscriptio* romana del Bajo Imperio. En relación con las firmas hay que decir que para garantizar su legitimidad el derecho visigótico tomó del romano la *contropatio*, o comparación de la firma de un documento con la de otros.

<sup>64</sup> Cf. la nota 29.

<sup>65</sup> K. ZEUMER, «Zum westgothischen Urkundenwesen», ob. cit., p. 17.

<sup>66</sup> LV 2,5,9 (*antiqua*). Se trata de una disposición contenida en el título 5: *De scripturis valituris et infirmandis ac defunctorum voluntatibus conscribendis* (título especialmente dedicado a las escrituras), contenido en el Libro 2 de la ley de los visigodos y cuyo texto es el siguiente: *Quod omnis scriptura vel definitio, que per vim et metum extorta fuerit, valere non poterit. - Pactum, quod per vim extorsit persona potentior vel inferior, sive placita vel reliquis scripturas, id est, si ille, qui paciscitur aut sub gladio mortem forte timuerit, aut ne penas quascumque vel ignominia patiat, vel certe si aliquam iniuriam passus fuerit, huiusmodi pactio vel scriptura quelibet nullam habeat firmitatem.*

<sup>67</sup> Existen excelentes trabajos acerca de las mencionadas relaciones jurídicas; así, entre otros, E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, II, Weimer, 1956; P. MEREÀ, *Estudos de Direito Visigótico*, ob. cit., donde recoge uno de sus artículos «A doação per cartam no direito romano vulgar e no direito visigótico», pp. 63 ss; del mismo autor, en relación con la compraventa, puede verse: «Sobre a compra e venda na legislação visigótica», cf. ibidem, pp. 183 ss.

habiéndose infundido miedo, en escritura o sin ella, y que tienen su regulación específica en la *Lex Visigothorum*. Seguimos el orden sistemático del texto legal visigodo en relación con los citados negocios jurídicos (*donatio* y *venditio*); nos referimos en primer lugar a la disposición contenida en la LV 5,2,1 (*donatio*) y a continuación a la LV 5,4,3 (*venditio*), poniendo el énfasis fundamentalmente en la nulidad del negocio coaccionado.

En cuanto al contenido concreto de la LV 5,2,1, *antiqua*, tiene la siguiente rúbrica: *Ne valeat violenter facta donatio*. Hemos de destacar la alusión expresa que hace de las dos circunstancias, esto es, la *vis* y el *metus* que invalidan la donación, se haya celebrado por escrito (en cuyo caso no tiene validez el documento) o no se haya realizado por escrito.

La citada disposición, de clara procedencia euriciana<sup>68</sup>, se insertó concretamente dentro del título segundo, *De donationibus generalibus*, correspondiente al Libro 5 de la *Lex Visigothorum*, que trata *De transactionibus* y, como se ha dicho anteriormente, tiene su precedente en el CE 309, que establece lo siguiente: *Donatio que per vim et metum probatur extorta, nullam habeat firmitatem*.

La nulidad del negocio coaccionado se encuentra asimismo en la LV 5,4,3 (Recc. Erv.), *antiqua*<sup>69</sup>. Se trata aquí también de una disposición *antiqua* y su contenido se encuentra ya en el *Código de Eurico*, concretamente en CE 286, citado *supra*.

Ambas disposiciones (esto es, LV 5,4,3 y CE 286) coinciden al establecer que la venta se perfecciona *per scripturam* o por el *praetium datum* ante testigos, refiriéndose seguidamente a la nulidad de la venta en la que ha intervenido *vis* o *metus*, independientemente de que se haya realizado el contrato de compraventa *per scripturam* o se haya realizado de forma verbal ante testigos<sup>70</sup>. Además, a la vista del texto citado, concretamente la disposición que contiene el CE 286,3, aclara el concepto de *vis* de la siguiente forma: [...] *id est, per metum mortis aut per custodiam* (amenaza de muerte o retención de libertad)<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Sobre el particular, véase, entre otros, A. D'ORS, «El Código de Eurico», ob. cit., p. 239; R. UREÑA y SMENJAUD, *La legislación gótico-hispana*, ob. cit., p. 356, donde al referirse a la transformación evolutiva de la legislación gótico-hispana alude a la procedencia euriciana de la LV 5,2,1.

<sup>69</sup> LV 5,4, 3, *antiqua*, lleva la rúbrica siguiente: *Ne valeat violenter facta venditio*.- El contenido completo de la citada *antiqua* véase en la nota 91.

<sup>70</sup> R. FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa en el Derecho medieval español» en *AHDE*, 25 (1955), p. 335, establece que hay una marcada tendencia probablemente por influencia helenística a celebrar la venta por escrito.

<sup>71</sup> La disposición citada del CE 286,3 ha pasado casi literalmente a la *Lex Baiuvariorum* 16,2. Así, el título 16 de la citada ley, que lleva la rúbrica *De venditionibus*, en el lugar mencionado, segundo párrafo contiene lo siguiente: *Venditio si fuit violenter extorta, id est aut metu mortis aut per custodiam, nulla ratione firma est*.

Por todo lo que se viene diciendo, es evidente la importancia que el derecho de la ley visigoda reconoce a los actos escritos y más concretamente al uso de la escritura en los negocios jurídicos, sin perjuicio de que se trate, normalmente, de formas probatorias que tienen su alternativa en los testigos (así por ejemplo, CE 286 = LV 5,4,3, disposiciones a las que nos estamos refiriendo en el presente apartado). Además, analizando algunas Fórmulas Visigodas<sup>72</sup>, son frecuentes las indicaciones que se hacen en los documentos en el sentido de que el acto se perfecciona por la escritura<sup>73</sup>.

Por otro lado, desde el punto de vista procesal, la prueba se ha convertido en el centro de atracción de la época y ello explica el triunfo del documento<sup>74</sup> y justifica la regulación por la ley de la falsedad de documentos castigando esa conducta con ostensible dureza<sup>75</sup>.

En definitiva, «la mayor libertad y consiguiente facilidad en la redacción del documento a la vez que la mayor perdurabilidad de este al sustituirse las tablillas de cera por hojas de papiro o pergamino, con lo que su valor testimonial se prolonga más allá de la vida de los testigos del acto, contribuyen a generalizar cada vez más la utilización de los documentos»<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Fórmulas Visigodas, se trata de una colección compuesta por un total de 46 formularios jurídicos, que están clasificados por temas; la mayor parte de ellos son de derecho privado. Sobre las citadas Fórmulas Visigodas, cf., entre otros, A. GARCÍA GALLO, «Los documentos y los formularios jurídicos en España hasta el s. XII» en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo 22, vol. I (Homenaje a R. NÚÑEZ LAGOS), pp. 134 ss. Más recientemente, E. CÓRCOLES OLAITZ, «El contrato de compraventa a la luz de las Fórmulas Visigodas», en *Revista Internacional de Derecho Romano*, <www.ridrom.uclm.es> (Octubre, 2008) y la bibliografía allí citada.

<sup>73</sup> Entre otras, cf, FV 6: *Quod per huius confectae libertatis paginam habeatis [...] FV 36: per huius precariae meae textum spondeo [...]*; cf. asimismo, FV 45, que lleva el siguiente título: *Placitum*, y en la que se establece, entre otras cosas lo siguiente: *Unde mihi placuit hunc spontanea voluntate emittere placitum, per cuius texti formam sincerissima promito devotione [...] In quo placito, stipulatione subnixa, manu mea subscripsi et testibus a me rogitis pro firmitate tradidi roborandum*. Se cita por la edición de K. ZEUMER, *Formulae Visigothicae en Monumenta Germaniae Historica. Legum Sectio V. Formulae*, Hannover, 1886, pp. 571-595.

<sup>74</sup> Cf. E. LEVY, *Weströmische Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, ob. cit., p. 46; también, A. IGLESIA FERREIRÓS, *Las garantías reales en el derecho histórico español. La prenda contractual: desde sus orígenes hasta la recepción del derecho común*, Santiago de Compostela, 1977, p. 89.

<sup>75</sup> Cf. R. GIBERT, «Prenotariado visigótico» ob. cit., pp. 38 ss. J. A. ALEJANDRE GARCÍA, «Estudio histórico del delito de falsedad documental», en *AHDE*, 42 (1972), pp. 117-187. En el mismo sentido, P. D. KING, *Derecho y sociedad en el reino visigodo*. Versión española de M. Rodríguez Alonso, Madrid, 1972, p. 132, considera que «dado el importante papel de los documentos se comprende la severidad con que debió castigarse su falsificación». En realidad, el delito concreto de falsificación de documentos fue subsumido en el crimen general de falsificación, *ibídem*.

<sup>76</sup> A. GARCÍA GALLO, «Los documentos y los formularios jurídicos en España hasta el s. XII», ob. cit., p. 142.

### 3.3. Ámbitos concretos de los actos documentados a los que se refiere la ‘Lex Visigothorum’

Como se ha venido diciendo estaba muy extendido entre los visigodos el uso de la escritura y ello se evidencia, en primer lugar, en la redacción de determinados negocios jurídicos muy frecuentes en la realidad social visigoda. De esta manera, en las disposiciones de la ley visigoda que aquí se van a mencionar, vamos a destacar fundamentalmente el aspecto de la escritura, requisito esencial en unos casos, y no esencial en otros.

#### 3.3.1. *Negocios jurídicos*

A) La promesa de matrimonio hecha entre los futuros contrayentes se regula en algunas disposiciones contenidas en la LV 3,1, que lleva la rúbrica, *De dispositionibus nuptiarum*. Concretamente, en la LV 3,1,3<sup>77</sup>, se establece que la promesa de matrimonio, hecha ante ciertos testigos, habiendo dado o aceptado el anillo en concepto de arras, aunque no se haya hecho en escritura, no se puede quebrantar; está admitiendo, por lo tanto, la posibilidad de que la citada promesa se haya redactado en un escrito.

B) Otro acto jurídico tiene relación con la dote, y a ella se refiere la disposición recogida en LV 3,1,9, que tiene la rúbrica siguiente: *Ut de quibuscumque rebus dos conscripta fuerit, firmitatem obtineat*. En el citado texto, vemos que Recesvinto aconseja que la constitución de la dote se haga por escrito: *dos conscripta*; no obstante, como se desprende de la citada disposición, la escritura no era esencial. Ervigio<sup>78</sup> hizo un añadido a la citada disposición<sup>79</sup> y en él establece que la dignidad de las nupcias descansa en la escritura dotal y equipara la *dos data* a la *dos conscripta* en esa función.

Por otro lado, conviene destacar que el encuentro de la dote germánica con la *donatio ante nuptias*<sup>80</sup> de procedencia romana dio lugar a la práctica a la que se refieren las Fórmulas Visigodas 14.<sup>a</sup>-20.<sup>a</sup><sup>81</sup>.

<sup>77</sup> LV 3,1,3, establece entre otras cosas que *qui disposandi sunt, sive inter eorum parentes aut fortasse propinquos pro filiorum nuptiis coram testibus precesserit definitio, et anulus arrarum nomine datus fuerit vel acceptus, quamvis scripture non intercurrent, nullatenus promissio violetur*.

<sup>78</sup> La LV 3,1,9, en la edición de Ervigio tiene la rúbrica siguiente: *Ne sine dote coniugium fiat, et ut de quibuscumque rebus dos conscripta fuerit, firmitatem obtineat*.

<sup>79</sup> En la LV 3,1,9 (Ervigio), se lee lo siguiente: *Nam ubi dos nec data est nec conscripta, quod testimonium esse poterit in coniugii dignitate futura, quando nec coniunctionem celebratam publica roborat dignitas, nec dotalium tabularum hanc comitatur honestas?*

<sup>80</sup> Considera P. MEREJA, *Estudios de Derecho Visigótico*, ob. cit., p. 23, que «la dote en las fuentes visigóticas es el producto de la confluencia de la dote *ex marito* (*wittum*), propio del derecho germánico y, como tal, practicado tradicionalmente por los pueblos visigodos, con la *donatio ante nuptias*, difundida ampliamente en la sociedad del Bajo Imperio y a la que a veces se daba también la designación de dote (*dos*)».

<sup>81</sup> Se cita por la edición de K. ZEUMER, *Formulae Visigothicae*, ob. cit., pp. 581-585.

C) Del mismo modo, las donaciones están contempladas en los textos visigodos: concretamente, partiendo del capítulo 307 del *Código de Eurico*, Chindasvinto dictó una disposición en la que se trata de forma extensa el régimen de la escritura; nos referimos a la disposición contenida en la LV 5,2,6 que lleva la siguiente rúbrica: *De rebus traditis vel per scripturam donatis*<sup>82</sup>. A la citada ley, Ervigio le añadió tres pasajes en los términos a los que nos vamos a referir en las siguientes líneas.

Hay que destacar, en primer lugar, que la citada ley de Chindasvinto, a pesar de algunas dudas de interpretación que presenta, tiene el gran mérito de fijar el régimen jurídico de las donaciones de una forma bastante perfecta<sup>83</sup>; vamos a destacar a continuación la importancia del escrito de donación para su validez.

Más concretamente, en la redacción originaria, se establece en la disposición mencionada la equivalencia de la *traditio* con la entrega al donatario del escrito correspondiente, sin necesidad de una entrega directa de la cosa objeto de la donación<sup>84</sup>. Por lo tanto, no tiene ningún valor si el donatario no está en posesión de la cosa o del escrito de donación; no obstante, la ley no exige la entrega de la carta en mano, es suficiente con que el donante haga llegar la carta a poder del donatario o que este último esté en posesión del escrito por voluntad del donante.

De tal manera que si el donante demuestra que ni entregó ni envió la escritura, sino que le fue robada, todavía al donatario se le da la posibilidad de probar, mediante un testigo, que el escrito le fue entregado o puesto en su poder por voluntad del donante, según establece la ley: [...] *tunc ille, cui res donate sunt, per testem convincat, ab ipso donatore eandem aut traditam sibi aut directam vel ex eius voluntate in potestate sua redactam, et dum probaverit, stabilis habeatur.*

---

<sup>82</sup> LV 5,2,6 (Recesvinto [Ervigio]) *De rebus traditis vel scripturam donati.*- *Res donate, si in presenti tradite sunt, nullo modo repetantur a donatore. Quod si etiam provenierit, ut quod donatur longe, sit positum, pro id donatio evacuari non poterit; quia tunc videtur vera esse traditio, quando iam apud illum scriptura donatoris habetur, in cuius nomine conscripta dinoscitur. Hoc tantum observandum est, ut, si donator dixerit, nec dedisse nec direxisse scripturam, sed sublatam sibi fuisse, tunc ille, cui res donate sunt, per testem convincat, ab ipso donatore eandem aut traditam sibi aut directam vel eius voluntate in potestate sua redactam, et dum probaverit, stabilis habeatur [...].*

<sup>83</sup> Cf. P. MERA, *Estudios de Derecho Visigótico*, ob. cit., p. 75.

<sup>84</sup> En el Fuero Juzgo 5,2,6, lleva la rúbrica: *De las cosas que son dadas por escrito y establece a continuación lo siguiente: Las cosas que son dadas luego de mano, en ninguna manera non las deve demandar aquel que las dió. E si avinier por aventura que la cosa que es dada sea luenne, si es dada por escrito, non deve por ende ménos valer, que estonz semeia la donacion perfecta [...].*

En este lugar Ervigio<sup>85</sup> ha insertado un primer añadido en el que se dice que, si no tiene lugar la citada prueba, se ha de exigir al autor del escrito que jure que no entregó ni envió el citado escrito ni tampoco por su voluntad llegó a poder del donatario. Con el citado juramento la pretendida donación quedaba sin efecto.

En la edición recesvindiana de la ley se dispone además que el donatario que no recibió la carta en vida del donante tiene la facultad de reclamar a sus herederos lo que le fue donado, ya que habiendo conservado el donante el escrito ello indica su voluntad de realizar la donación: [...] *Quoniam iustum omnino est, ut talis scriptura robor plenitudinis habeat, quam vivens donator ita salvabit, ut nequaquam videatur aliquatenus inmutata.*

Ahora bien, a continuación, en otro añadido de Ervigio<sup>86</sup> a la citada ley, se establece que si el autor del escrito no entregó en vida ni el escrito, ni la cosa, sino que la retuvo, y posteriormente modificó su voluntad, es esta última la que prevalece: [...] *Nam si scripturam ipsam vel rem conditor, dum viveret, nullo modo tradidit* [...]. Además, sigue diciendo la disposición citada que el donatario puede reclamar la donación cuya carta no le fue entregada ni tampoco modificada por el donante; si el donatario muere antes de recibir la cosa donada o la carta, en ese caso, la cosa pertenece al donante o a sus herederos.

Finalmente, Ervigio añadió a la ley a la que nos estamos refiriendo una última consideración: establece que si el donatario que recibió la cosa, por *traditio* o por escritura, está conforme con su retención por el donante y fallece antes que el donante, en ese supuesto podrá disponer de la cosa por testamento; si no hizo testamento, pasará a los herederos *ab intestato*: [...] *Quod si intestatus discesserit, non ad donatorem, sed ad heredes eius, qui rem donatam percepit, res eadem sine dubio pertinebit.*

En definitiva, la idea de la *traditio*, ya existente en el Bajo Imperio, continúa en las leyes visigodas, especialmente en la *Lex Visigothorum*, como se acaba de ver en las anteriores líneas; de esta manera, al lado de la entrega de la cosa, se admite, en especial para los bienes inmuebles, la donación *per cartam*. No se exige que se haga una *traditio* solemne (*traditio cartae*), sino que es suficiente para que el donatario adquiera la propiedad sobre la cosa

---

<sup>85</sup> El añadido de Ervigio se manifiesta de la siguiente manera: *tunc ille, qui scripturam fecit, iuraturus est, quia eandem scripturam neque per se dedisset neque direxisset, nec per voluntatem suam factum esse, ut eadem scriptura in manus eius veniret, a quo eam videtur repetere, et sic invalida remanebit.*

<sup>86</sup> Los párrafos que proceden del añadido de Ervigio aparecen en los siguientes términos: *Nam si scripturam ipsam vel rem conditor, dum viveret, nullo modo tradidit, sed aput se retinuit, et voluntatem suam in postmodum inmutavit, illud potius firmissimum erit, quod post testationem non tradite scripture definisse cognoscitur*[...].

que esté en posesión del escrito de donación con el consentimiento del donante<sup>87</sup>.

D) Las donaciones entre cónyuges están reguladas en la LV 5,2,7<sup>88</sup> = CE 307 y en ella se exige que se formalicen en un escrito<sup>89</sup>. La citada disposición está tomada en su integridad del capítulo euriciano mencionado; por lo tanto, como ya se ha visto en el apartado correspondiente, también la ley visigoda hace alusión a la exigencia de la forma escrita de la donación nupcial; no obstante, en caso de necesidad la donación puede tener lugar oralmente ante dos o tres testigos.

E) Otro de los negocios jurídicos documentados a los que se refiere la ley de los visigodos tiene relación con la compraventa<sup>90</sup>: la disposición contenida en LV 5,4,3, *antiqua*<sup>91</sup>, lleva la siguiente rúbrica: *Ne valeat violenter facta venditio*. En ella se establece que la venta se perfecciona *per scripturam*<sup>92</sup> o por el *praetium datum* ante testigos. En cuanto a la venta *per scripturam*, conviene destacar que «las escrituras serían redactadas una vez entregado el precio, por lo que estas serían el reflejo del negocio ya realizado y que generaría la obligación de entregar la cosa»<sup>93</sup>; por otro lado, el texto legal establece a continuación: *ceterum, si etiam scriptura facta non fuerit, et datum pretium presentibus testibus comprobetur et plenam habeat emptio roborem*; por lo tanto, se está refiriendo a la venta sin escritura que es igualmente válida<sup>94</sup>.

<sup>87</sup> Sobre el particular, P. MEREÁ, *Estudios de Direito Visigótico*, ob. cit., p. 79.

<sup>88</sup> Véase la nota 29.

<sup>89</sup> Solo en el caso particular de las donaciones entre cónyuges se exigía una escritura de donación. Considera al respecto P. D. KING, *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, ob. cit., p. 129 que en ellas «el legislador tenía tal vez interés en proteger a los esposos contra las consecuencias de una generosidad espontánea pero desmedida».

<sup>90</sup> De las 46 fórmulas que componen la colección de las llamadas Fórmulas Visigodas, tres de ellas tienen relación con la compraventa, de la 11 a la 13; es un número escaso de fórmulas el que se recoge en la citada colección, habida cuenta de que se trata de un negocio jurídico cuya realización es muy habitual en cualquier sociedad. Sobre el particular, véase, E. CÓRCOLES OLAITZ, «El contrato de compraventa a la luz de las fórmulas visigodas», ob. cit., p. 3.

<sup>91</sup> LV 5,4,3 (Recc. Erv.), *antiqua. Ne valeat violenter facta venditio. - Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. Ceterum, si etiam scriptura facta non fuerit, et datum pretium presentibus testibus comprobetur, et plenum habeat emptio roborem. Venditio vero, si fuerit violenter et per metum extorta, nulla valeat ratione*. Es la misma idea que se puede leer en la *Interpretatio* de las Sentencias de Paulo; concretamente en 2,18,13(14), se establece: *In contractibus emti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnoscí*.

<sup>92</sup> Según E. LEVY, *West Roman vulgar law. The law of property*, ob. cit., p. 131, la importancia de la forma escrita empieza a hacerse notar a partir del siglo III, época en la que la compraventa, debido a la influencia helenística, adopta esta forma.

<sup>93</sup> Cf. *Ídem*, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (Weimer, 1956), p. 208.

<sup>94</sup> Por otro lado, una vez efectuado el pago, no podía impugnarse la validez de la venta alegando como motivo que el precio era demasiado bajo, cf. LV 5,4,7, *antiqua: Si dicat quis, rem suma vili pretio vindidisse*.

Además, como ya se dijo anteriormente, la ley visigoda se refiere seguidamente a la nulidad de la venta en la que ha intervenido *vis* o *metus*, independientemente de que se haya realizado el contrato de compraventa *per scripturam* o se haya realizado de forma verbal ante testigos.

F) Por lo que respecta al testamento, como negocio jurídico *mortis causa*, es evidente que a la vista de las disposiciones que en la ley de los visigodos se refieren al testamento no existe en ella una exposición sistemática del citado acto jurídico. Las disposiciones que se refieren a él se encuentran dispersas en diferentes sedes del texto legal visigodo, a diferencia de la regulación de la sucesión *ab intestato* que está contenida en la LV 4,2, bajo la rúbrica *De successioneibus*<sup>95</sup>. Vamos a tener ocasión de ver en las siguientes líneas que los autores de las disposiciones acerca del citado negocio *mortis causa* se inspiran en modelos romanos, pero procuran adaptar el testamento romano a las necesidades de su tiempo<sup>96</sup>.

Son varias las disposiciones de la ley visigoda que aluden al testamento y están recogidas en diferentes sedes del citado texto legal: fundamentalmente, en LV 2,5, bajo la rúbrica *De scripturis valituris et infirmandis hac defunctorum voluntatibus conscribendis*; del mismo modo, las disposiciones contenidas en LV 4,5, *De naturalibus bonis*; por otro lado, en la LV 7,5, que lleva la rúbrica: *De falsariis scripturarum*, se sancionan con rigor la falsedad de los documentos, entre los que alude claramente a la falsificación, encubrimiento, etc. de los actos *mortis causa* contenidos en un escrito. También en la disposición que se encuentra recogida en la LV 5,5,10<sup>97</sup> se hace mención al testamento.

<sup>95</sup> Con frecuencia, las disposiciones contenidas en LV 4,2, aparecen precedidas de la conjunción condicional: si, «lo que parece indicar un estado jurídico en el que la práctica testamentaria sería el supuesto normal», cf. M. M. PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico*, ob. cit., p. 81.

<sup>96</sup> P. MEREJA, *Estudos de Direito Visigótico*, ob. cit., p. 119; en el mismo sentido, M. ALONSO Y LAMBAN, «Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón», ob. cit., pp. 53 ss. considera que a partir del contenido de algunos capítulos del *Código de Eurico* (cf. 318, 319, 320 y 336), «resulta evidente que el citado Código presupone la aceptación del testamento romano por parte de los visigodos, sin que pueda decir con certeza las formas que fueron acogidas, dado el estado fragmentario del *Código de Eurico*, pero se trataba en todo caso de un testamento en tal estado de disgregación, que podía ser asimilado a cualquier acto de última voluntad».

<sup>97</sup> LV 5,5,10 tiene la siguiente rúbrica: *Cui debeant testamenta vel scripturae commendate restitui*. Por lo que respecta a la terminología acerca de este tipo de negocios *mortis causa* en la LV, considera M. M.<sup>a</sup> PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico*, ob. cit., p. 82 que «puede afirmarse que la terminología de la legislación visigótica hasta Ervigio sigue una línea paralela a la observada en el derecho romano postclásico, y que a partir de él empieza a producirse una confusión e inexactitud en el empleo de las palabras adecuadas».

En primer lugar, la disposición contenida en LV 2,5,12, lleva la siguiente rúbrica: *Qualiter confici vel firmari conveniat ultimas hominum voluntates*<sup>98</sup>. La citada ley recesvindiciana, al inicio hace alusión a la escritura (suscrita por el otorgante y los testigos, o bien garantizada por sus signos); a continuación, se refiere a otra posibilidad: la voluntad del testador manifestada verbalmente ante testigos, que debe ser consignada por estos dentro del plazo de seis meses por juramento ante el juez<sup>99</sup>.

Más concretamente, por lo que respecta al testamento escrito<sup>100</sup>, la disposición a la que nos estamos refiriendo presenta dos formas de testamento: el suscrito por el testador y los testigos<sup>101</sup> y el que solo es signado por ambas partes. El añadido a la citada ley por parte de Ervigio<sup>102</sup> va a hacer alusión a otra posibilidad: es el supuesto en que el otorgante no pueda firmar ni poner el signo, en cuyo caso podrá suscribirlo o poner el signo un tercero junto con los testigos correspondientes.

Por otro lado, las dos primeras formas indicadas son completadas en otro añadido que hace Ervigio a la citada ley, en el que establece entre otras cosas que los testigos están obligados a publicarlo dentro de los seis meses siguientes ante el *sacerdos*<sup>103</sup>. Además, en el caso de que el testador no haya suscrito el documento, sino que solo haya puesto su signo, uno de los testigos que lo suscribió deberá jurar que el citado signo fue puesto por el testador<sup>104</sup>. Establece también la ley que el citado escrito no se considera firme hasta que

<sup>98</sup> LV 2,5,12 (Recesvinto): *Morientium extrema voluntas, sive sit autoris et testium manu suscripta, sive utrarumque partium signis extiterit roborata, sive tantummodo verbis coram probationem patuerit promulgata, omni pereniter valere subsistat [...]*.

<sup>99</sup> La disposición recesvindiciana citada en la nota anterior se encuentra recogida en el Furo Juzgo, concretamente, en FJ 2,5,11, que lleva la rúbrica *De las mandas de los muertos, cuemo deven ser escriptas é firmadas*, y en la que se hace mención a cuatro posibilidades válidas de testar en los términos siguientes: *si algun omne faze manda de sus cosas por escripto, é si el escripto fuere confirmado de la mano del qui lo fizo é de las testimonias, ó de aquel que la faze; ó si aquel que faze la manda non sabe escrevir por su mano, é diere otro omne que escriba por él, ó que lo sennale el escripto; ó si algun omne faze su manda ante testigos sin escripto; cada una de estas quatro maneras de fazer manda deve valer [...]*.

<sup>100</sup> La práctica del testamento cerrado y sellado debe de haber desaparecido en esta época, cf. MEREÁ, *Estudios de Direito Visigótico*, ob. cit., p. 118.

<sup>101</sup> La ley no hace mención al número de testigos; una constitución de Justiniano del año 534, en CJ 6,23,31, se refiere a la *antiqua consuetudo rusticianorum*, según la cual, si no era posible reunir siete testigos *litteratae*, el testamento era válido con menor número de testigos, incluso analfabetos.

<sup>102</sup> El añadido de Ervigio a la LV 2,5,12 se presenta en los siguiente términos: *Seu etiam, etsi auctor suscribere vel signum facere non prevaleat, alium tamen cum legitimis testibus suscriptorum vel signatorem ordinationis sue instituat*.

<sup>103</sup> [...] *infra sex menses iuxta legem aliam sacerdoti pateant publicande*.

<sup>104</sup> *Et si forsitan contigerit, ut in huismodi scripturas auctor, qui suscribere debuit, signum impressit, hoc ipsud testis, qui in eadem scriptura suscriptor accessit, iurare curabit, quia signum ipsud a conditore factum extiterit*.

el que suscribió en lugar del testador y los testigos por él rogados afirmen ante el juez que contiene la voluntad del testador<sup>105</sup>.

Hay que destacar asimismo que la mencionada voluntad por parte de quien realiza testamento ha de estar libre de violencia y miedo, tal como se deduce de la disposición LV 2,5,9, *antiqua*, citada ya anteriormente, que, al referirse a *omnis scriptura vel definitio*, hay que entender que alude también al documento en el que se contiene el testamento.

Además, fallecido el testador, su voluntad ha de ser corroborada ante los testigos o la autoridad eclesiástica, así lo establece la disposición contenida en LV 2,5,14: *Ut defuncti voluntas ante sex menses sacerdoti vel testibus publicetur*.

Al testamento ológrafo<sup>106</sup> se refiere expresamente la disposición contenida en LV 2,5,16<sup>107</sup>, bajo la rúbrica *De olografis scripturis*. Reconoce la propia ley, como se puede observar en el contenido del texto, que existen ocasiones en las que es difícil encontrar los testigos que son precisos y en atención a ello se dicta la norma en la que se van a establecer una serie de requisitos para la validez del testamento ológrafo.

De esta forma, además del escrito de puño y letra del testador, al que se refiere la mencionada ley *–manu propria scribat ea, que hordinare desiderat*<sup>108</sup>–, se han de tener en cuenta otras exigencias establecidas con carácter general en otras disposiciones: que conste con toda claridad el día y el año (*dies et annus*)<sup>109</sup> para su validez; se exige del mismo modo, la presen-

<sup>105</sup> El añadido de Ervigio a la citada LV 2,5,12 se expresa en los siguientes términos: *Ille vero scripture, que sub tertii ordinis alligatione sunt edite, id est, in quibus advocatus a conditore legitimus testis suscripsit, tunc omni habebuntur stabiles firmitate, quando infra sex menses et ille, qui in eadem scriptura ad vicem morientis suscriptor accessit, et reliqui testes, qui ab eo rogati sunt, coram iudice condicionibus factis iuraverint, quod in eadem scriptura a se suscripta nulla sit fraus impressa [...]*.

<sup>106</sup> Considera P. MEREÁ, *Estudos de Direito Visigótico*, ob. cit., p.118 que el testamento ológrafo debía de ser poco frecuente.

<sup>107</sup> LV 2,5,16, que lleva la rúbrica *De olografis scripturis*, establece a continuación lo siguiente: *Qui interdum necessitas ita sepe concurrat, ut sollempnitatis legum libere compleri non possit, adeo, ubi qualitas locorum ita constiterit, ut non inveniantur testes, per quos iuxta legum ordinem unusquisque suam adliget voluntatem, manu propria scribat ea, que hordinare desiderat [...]*.

<sup>108</sup> La disposición citada en la nota anterior, se recoge en el Fuero Juzgo, concretamente, en FJ 2,5,15 y se manifiesta en los siguientes términos: [...] *cada uno omne debe escribir su manda con su mano*.

<sup>109</sup> Cf. LV 2,5,1, así como también la disposición contenida en LV 2,5,2. Del mismo modo, la *Lex Baiuvariorum* 16,16, recoge los mismos requisitos de forma que se han visto en la *Lex Visigothorum*. En la disposición citada, FJ 2,5,15, hace necesario asimismo la datación del escrito: *é notar y el día y el año en que faze la manda*, según se manifiesta en la ley.

tación del escrito en el plazo de seis meses después de fallecido el testador, ante el *sacerdos* o los testigos<sup>110</sup>.

Por otro lado, en el caso de circunstancias especiales, admite la ley de los visigodos otras formas de testamento. Una disposición de Chindasvinto alude al testamento redactado en viaje o *in expeditione publica* y está recogido en LV 2,5,13<sup>111</sup>, bajo la siguiente rúbrica: *Qualiter firmentur volumtates eorum, qui in itinere moriuntur*<sup>112</sup>.

De esta manera, como dice la ley, el viajero que va de camino y el soldado que está en la campaña, estando en peligro de muerte, pueden hacer testamento ológrafo si no es posible contar con testigos ingenuos: [...] *voluntatem, suam propria manu conscribat*; dispone asimismo la ley que si no saben escribir o no pueden hacerlo por enfermedad, pueden manifestar su voluntad ante siervos, cuya lealtad deben comprobar posteriormente el obispo y el juez.

También podría decirse que en las leyes visigodas no se prescribe nada respecto a la forma interna del testamento: «el interés de los legisladores se centró exclusivamente en el problema de establecer la autenticidad de la escritura como expresión genuina de la voluntad del difunto»<sup>113</sup>. De esta manera, las disposiciones de la *Lex Visigothorum* no se refieren a la exigencia de determinados requisitos para la validez de los testamentos; los requisitos que son necesarios son comunes a todo tipo de documentos. No obstante lo anterior, «la práctica jurídica recogida por las fórmulas demuestra la existencia de ciertos elementos presentes en todos los testamentos, indicio de que, con toda probabilidad, en la práctica sí que puede ser intuida la existencia de cierto rigor formal»<sup>114</sup>.

G) Otro acto jurídico documentado tiene relación con la manumisión de esclavos. La ley de los visigodos a la que nos estamos refiriendo dedica el título contenido en la LV 5,7 al citado tema y lleva la siguiente rúbrica: *De libertatibus et libertis*<sup>115</sup>; la primera disposición del título mencionado, la

<sup>110</sup> Cf. LV 2,5,14, citada anteriormente, que exige con carácter general la presentación de la *scripta voluntas defuncti ante sex menses*.

<sup>111</sup> La LV 2,5,13 manifiesta lo siguiente: *In itinere pergens aut in expeditione publica moriens, si ingenuos secum non habeat, voluntatem suam propria manu conscribat. Quod si litteras nescierit aut pre langore scribere non potuerit, eandem voluntatem servis insinuet, quorum fidem episcopus adque iudex probare debebunt* [...].

<sup>112</sup> Algunos textos en el Derecho romano se refieren al *testamentum militis*, cf., entre otros: D. 29,1,1 pr., así como una constitución de Justiniano, en C. 6,21,17.

<sup>113</sup> Cf. P. D. KING, *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, ob. cit., pp. 130-131.

<sup>114</sup> Cf. E. CÓRCOLES OLAITZ, «Un ejemplo de testamento visigótico a la luz de los formularios jurídicos (FORMULAE WISIGOTHICAE. FORMULA 21)», *Studia Iuridica*, 88. *O Direito das successoes: do Direito romano ao Direito actual*, (Coimbra, 2006), p. 1195.

<sup>115</sup> Se trata de un título extenso ya que contiene dieciocho disposiciones.

LV 5,7,1<sup>116</sup>, establece que es válida la manumisión cuando quien está en peligro de muerte lleva a cabo el citado acto liberatorio por medio de un escrito o ante testigos.

Terminamos el presente apartado haciendo alusión seguidamente a algunos otros aspectos relativos a los documentos escritos a los que se refieren las disposiciones visigodas. Por una parte, se requiere la capacidad jurídica necesaria para realizar documentos escritos, cf. LV 2,5,11<sup>117</sup>, en la que se establece que no pueden realizar un documento escrito los menores de edad. Además, vemos que en la disposición contenida en LV 4,3,4<sup>118</sup> declara nulos los documentos escritos por personas que tienen limitada su capacidad, así como los escritos que recogen los actos realizados por los pupilos en favor de su tutor<sup>119</sup>.

Destacamos asimismo la disposición de la LV 2,5,3, que prohíbe suscribir un documento como testigo a quien antes no lo hubiere leído ni hubiere oído leerlo ante él, según se establece en el texto: [...] *si non aut per se antea legerit, aut coram se legentem audierit*. Se exige por tanto que el testigo conozca el negocio documentado, aunque no se dice que tenga que identificar a sus sujetos.

Finalmente, al depósito de documentos se refiere también la ley de los visigodos. Concretamente, la LV 5,5 lleva la rúbrica *De commendatis et commodatis*. Consta de diez disposiciones: las ocho primeras siguen el mismo orden de los correspondientes capítulos euricianos; posteriormente, Leovigildo añadió otras dos leyes y precisamente la última del capítulo, en LV 5,5,10<sup>120</sup>, versa sobre el depósito de documentos, según se establece en la ley: *testamenta, iudicia, pacta, donationes vel cetera alia*.

### 3.3.2. *Documentos forenses*

En el presente apartado se pretende destacar el empleo y la importancia de los documentos escritos en el ámbito de los procesos. Como se va a tener ocasión de ver en los siguientes epígrafes, en la ley de los visigodos se encuentran aplicaciones concretas del principio de escritura en el mencionado ámbito: citaciones, *declarationes in iudicio*, prueba de testigos, tortura,

<sup>116</sup> LV 5,7,1, la rúbrica de la citada disposición se expresa en los siguientes términos: *Si mancipia sive per scripturam seu per testem manumittantur*.

<sup>117</sup> LV 2,5,11 se manifiesta en los siguientes términos: *Que scripture valere poterunt, si ab his facte fuerint, qui sunt in annis minoribus constituti*.

<sup>118</sup> LV 4,3,4 tiene la siguiente rúbrica: *Ne tutores ab eis, quos in tuitione habent, quas-cumque scripturas extorquere presumant*.

<sup>119</sup> En términos parecidos se manifiesta el texto contenido en FJ 4,3,4, que lleva la rúbrica siguiente: *De los que defienden los huérfanos non les fagan fazer nengun escripto*.

<sup>120</sup> LV 5,5,10, *antiqua*: *Cui debeant testamenta vel scripture commendate restitui*.

redacción del fallo, etc., en los términos a los que vamos a hacer alusión a continuación.

Muchas de estas disposiciones se encuentran en el libro 2 de la *Lex Visigothorum*, que tiene la rúbrica *De negotiis causarum* y contiene cinco títulos, todos ellos referentes, en mayor o menor medida, al proceso<sup>121</sup>. Con los diversos tipos de documentos relativos a cuestiones en el ámbito procesal pueden hacerse, a su vez, tres grupos diferentes; en primer lugar, documentos emitidos por el juez, a los que vamos a referirnos seguidamente; documentos emitidos por los litigantes y, además, otro grupo heterogéneo de documentos forenses.

### 1) DOCUMENTOS EMITIDOS POR EL JUEZ

Son varias las disposiciones visigodas que nos informan acerca de este tipo de documentos judiciales. Hay que tener en cuenta que «el juez del rey, al igual que el rey mismo cuando juzga, interviene activamente en el desarrollo de la controversia»<sup>122</sup>.

#### A) Citación a juicio<sup>123</sup>

En primer lugar, se refiere a ella una ley de Chindasvinto, contenida en LV 2,1,19, que lleva la siguiente rúbrica *De his, qui admoniti iudicis epistula vel sigillo ad iudicium venire contemnunt*. Se trata de una ley extensa<sup>124</sup>, en la que su autor reglamenta con detalle un principio procesal –la convocatoria del demandado por orden del juez–.

Conviene destacar, asimismo, que las reclamaciones serían normalmente orales, y la citación judicial cursada al demandado –una *epistula*– constituiría el primer medio a disposición de este para conocer los términos de la controversia. Más concretamente, tras ser interpelado el juez por el demandante, procedía a enviar al acusado la pertinente citación a juicio (*ad iudicium venire conpellat*, según establece la ley), bajo la forma de una *epistula* sella-

<sup>121</sup> La base euriciana de estas disposiciones es muy reducida; los aspectos procesales ocupan poco la atención del legislador euriciano. Considera D'ORS al respecto que «toda esta materia seguía regida por el derecho romano y Eurico no tenía ninguna necesidad de legislar sobre ella», cf. «El Código de Eurico», ob. cit., p. 57.

<sup>122</sup> Cf. C. PETIT, «*De negotiis causarum*» (II), *AHDE*, 56 (1986), pp. 85-86.

<sup>123</sup> El proceso visigodo es un proceso del rey, no hay apenas margen (legal) para la actuación parajudicial de los litigantes. El juez real lleva su dirección y una vez que el *petitor* o *querellans* presenta la demanda o la acusación, comienza por citar al demandado, forzándolo a la comparecencia, cf. C. PETIT, «*De negotiis causarum*» (II), ob. cit., p. 20.

<sup>124</sup> Un análisis pormenorizado de la ley del monarca Chindasvinto puede verse en C. PETIT «*De negotiis causarum*» (II), ob. cit., pp. 37 ss. La citada ley se recoge en el Fuero Juzgo, concretamente, en FJ 2,1,17, con la siguiente rúbrica: *De los que son llamados por letras del iuez, ó por seyelos, é non quieren venir*.

da<sup>125</sup>, donde posiblemente quedaban recogidos los términos de la reclamación y la fecha prevista para la comparecencia<sup>126</sup>. La entrega de la *epistula*, a cargo del sayón normalmente<sup>127</sup>, se realizaría, según el mismo texto legal, *coram ingenuis personis*, esto es, con la publicidad necesaria para constituir al demandado en condición de tal ante la comunidad<sup>128</sup>.

Del mismo modo, en cuanto a otra disposición de Chindasvinto, en LV 2,2,4<sup>129</sup>, que tiene la siguiente rúbrica *Ut ambe partes causantium a iudice vel saione placito distringantur, quo possint ad prosequendum negotium pariter convenire*, el contenido del texto se refiere a la apertura del procedimiento. Cuando las partes se obligan a comparecer ante el juez el día seña-

<sup>125</sup> Así lo interpreta P. D. KING, *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, ob. cit., p. 115, nota 61, cuando considera que «el hecho de que no varíe la frase *epistula vel sigillum*, que aparece cuatro veces en la ley, sugiere por su parte, que se trataba de una expresión técnica equivalente a *epistula sigillata*».

<sup>126</sup> Cf. C. PETIT, «*De negotiis causarum*», ob. cit., p. 39.

<sup>127</sup> Según establece la LV 2,1,19, *qui a iudice missus extierit*, entregaba la citación; el mensajero ordinario era sin duda el *saio* judicial, pero algunas veces, tal vez, lo hacía el demandante, cf. P. D. KING, *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, ob. cit., p. 115. Además, como vemos en la disposición siguiente, en la LV 2,1,20: *Si iudex interpellantem audire contemnnnat, vel utrum fraudulenter au ignoranter iudicium promat*, se sanciona a los jueces que se negaban a cumplir los trámites de citación o demoraban injustificadamente la resolución del juicio.

<sup>128</sup> Sobre el particular, entre otros, C. PETIT, «*De negotiis causarum*», (II), ob. cit., pp. 37 ss; P. D. KING, *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, ob. cit., pp. 114 ss.

<sup>129</sup> El texto completo de la disposición de Chindasvinto contenida en la LV 2,2,4 es el siguiente: *Ut ambe partes causantium a iudice vel saione placito distringantur, quo possint ad prosequendum negotium pariter convenire.- Sepe negligentia iudicum vel saionum, dum duarum partium sponsio non exigitur, una pars superflue convexatur. Nam occurrente uno ad placitum et alio differente, non parvum dispendium uni parti concutitur. Statuimus ergo cunctosque iudices, vem quibuscumque iudicandi potestas est, commonemus, ut, quotiens pro quocumque negotioper sponsonem placiti constituendum est tempus, quando aut ubi causa dicatur vel debitum frotase reddatur, pars utraque, hoc est tam petentis quam petiti, ita placito distringantur, ut in constituto die aut per se aut per mandatarios suos presti sint in iudicio, qualiter aut propositum negotium finiatur aut debitum reformetur, et pars, que distulerit hac sese a prefnito dic suspenderit, aut si infirmitas eum vel itineris necessitas impedierit, hoc ipsut iudici aut causídico suo non intimaverit neque ad peragendum negotium infra tempus alia lege constitutum occurrerit, stante negotio penam placiti sui illi cogatur exolvere, quem iuxta suma promissionem iudicio adesse constiterit. Quod si iudex hec aut saio adimplere neglexerit et unam partem placito distringens alteram pretermisserit, penam illa, quam illum damnare voluit, quem solum sub placito misit, de suo adimpleat, cui placitum visus est exegisse. Certe si in damno partis alterius placitum, quod ab altero exigit, alteri parti iudex vel saio reddiderit aut frotase ruperit vel absconderit, penam quidem, que in placito inserta fuerat, de suo illi persolvat, pro cuius causa conscriptum placitum esse constabat; actionem tamen ille, cuiu competit, peragendam insistat. Damnum sane, quod per placitum in nomine iudicis vel saionis institutum esse dinoscitur, non ad saionem vel iudicem ex ómnibus pertinebit; sed, salvo negotio veritatem habentis, medietatem sibi exinde iudex vel saio et medietatem pars petentis per omnia vindicabit.*

lado mediante un *placitum sponsionis* –un compromiso escrito que incorpora la cláusula estipulatoria<sup>130</sup>–, los jueces y sayones deberán vigilar por el exacto cumplimiento de ese compromiso ordenando el pago de la pena prevista en el *placitum* a favor del contendiente que comparece y no puede seguir el pleito por la ausencia injustificada de la otra parte en el proceso<sup>131</sup>.

## B) ‘Mandata iudicis’

De nuevo, otra disposición de Chindasvinto en la LV 10,2,6, bajo la rúbrica *De interruptione tricennii*, tiene relación con la interrupción de la prescripción y la existencia de un litigio sobre la propiedad correspondiente. «No es difícil suponer que la ley pretende evitar violencias por parte del reclamante, y así ordena la intervención del sayón»<sup>132</sup>. Este ha de ser informado mediante el correspondiente escrito del juez suscrito por él mismo. Según se dispone en la ley: [...] *ita ut, si iudex rem ipsam petenti saionis instantia preceperit consignari, per epistulam manu sua subscriptam eundem saionem iuxta modum subterius comprehensum informet*<sup>133</sup>.

Otro ejemplo de documento emitido por el juez, en la modalidad de *mandatum iudicis*, lo recoge la ley visigoda en una disposición de Ervigio (1), concretamente en la LV 9,1,9: *De susceptione fugitivorum, si dominus vel servus suscipiat alterius fugitivum*<sup>134</sup>. El contenido de la ley ervigiana tiene relación con la denuncia que realiza el vecino al juez de haber recogido en su casa al esclavo fugitivo<sup>135</sup>. En definitiva, el juez debe suscribir el escrito que contenga todo lo que se haya averiguado al efecto<sup>136</sup>.

<sup>130</sup> Sobre la relación entre la *stipulatio* y el *pactum*, véase A. IGLESIA FERREIRÓS, *Las garantías reales en el Derecho histórico español. La prenda contractual: desde sus orígenes hasta la recepción del derecho común*. Tomo I, Santiago de Compostela, 1977, pp. 91 ss.

<sup>131</sup> En el FJ 2,2,4, se establece: *Que el iuez ó el sayon deven constreñir ámbas las partes por recabdo, que vengan al pleito el dia del plazo*.

<sup>132</sup> Vid., *ibidem*, p. 63.

<sup>133</sup> En cuanto al escrito del juez para este supuesto, transcribimos lo que se dispone en la disposición del F J 10,2,6, cuando dice: [...] *assique el iuez debe mandar al sayon ó al mayordomo por unas letras fechas de su mano, segundo cuemo es contenido en fondo desta ley, que la faga guardar por sí*.

<sup>134</sup> La LV 9,1,9: *De susceptione fugitivorum, si dominus vel servus suscipiat alterius fugitivum*. Establece a continuación: *Ad cuius domum transiens advenerit fugitivus, si accepta ex incognito elemosina confestim alibi pertransierit, calumnia illi [...]*.

<sup>135</sup> «Resulta comprometido traducir sin más *servus* por esclavo en la época y las fuentes que consideramos; los cambios institucionales que acompañaron la aparición del feudalismo pasaban por la transformación del estatuto servil y la consiguiente atribución a los *servi* de cuotas de capacidad que hubiera considerado aberrantes un jurista clásico», *vid.* C. PETIT, «*De negotiis causarum*» (II), *ob. cit.*, p. 201 y la bibliografía que cita el autor en la nota 100 de la mencionada página.

<sup>136</sup> *Sicque tota in unum collecta adque conscripta, iudex vel alii, qui adfuerint, manu sua hoc, quod perquisitum fuerit vel inventum, suscribere debeant*.

### C) ‘Declaratio in iudicio’

En relación con este tipo de declaración, también aquí, una disposición de Chindasvinto, recogida tanto en la edición recesvindiciana, como en la ervigiana de la ley de los visigodos, concretamente en LV 2,1,25, tiene relación con la confesión en juicio: si el demandado reconoce ante el juez lo que le piden no es necesario seguir el procedimiento ya que, según se establece en la mencionada disposición: [...] *conscribendum est a iudice suaque manu iudicium roborandum*.

### D) ‘Conditiones sacramentorum’

Algunas disposiciones de la ley visigoda establecían que el juez determinase qué declaraciones habían de ser recibidas como pruebas (cf. las disposiciones contenidas en LV 2,2,5 y 2,4,2, entre otras). Estas declaraciones eran recogidas por escrito, adornadas de cláusulas juratorias y suscritas –tal vez– por el deponente. La documentación del testimonio que era prueba realizaba precisamente tal condición, disponiéndose en ciertos casos –*si de rebus modicis mota fuerit actio*– que su redacción y entrega a las partes desplazase el *iudicium* mismo<sup>137</sup>; puede verse al respecto la disposición contenida en LV 2,1,25<sup>138</sup>, citada *supra*.

En otros casos, la imposibilidad de testimoniar personalmente conducía al apoderamiento de un tercero, el cual portaba la declaración bajo forma de *conditiones* juradas en su presencia, cf. LV 2,4,5; el citado portador deberá después jurar en el juicio que las *conditiones* que presenta han sido juradas por el testigo en su presencia. Precisamente, en el formulario visigótico al que ya se ha aludido anteriormente, la FV 39, *Conditiones sacramentorum*<sup>139</sup>, presenta el modelo para la redacción de las *conditiones* testificales.

### E) ‘Sententiae’

La redacción por escrito de las sentencias es herencia romana aceptada por los hispano-visigodos<sup>140</sup>. La información sobre este tipo de acto procesal

<sup>137</sup> Sobre el particular, cf. C. PETIT, «*De negotiis causarum*», (II), ob. cit., p. 114.

<sup>138</sup> LV 2,1,25: *Iudex, qualiter faciat iudicatum*. La disposición equivalente en el Fuero Juzgo, está contenida en FJ 2,1,23: *Del iuex cuemo debe iutgar*. Entresacamos el siguiente apartado: *E si aquel que es lamado que responda, manifestare antel iudex lo que demandan, non es menester que dé otra prueba el que demanda, aunque sea la demanda grand ó pquenna, y el iuex devéla faser escribir é robrar con so mano, que ninguna duda venga después sobre aquella cosa*.

<sup>139</sup> Ed. K. ZEUMER, *Monumenta Germaniae Historica*, ob. cit., p. 592.

<sup>140</sup> Según K. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*, ob. cit., p. 174, se trataría de una práctica romana, aceptada por la legislación visigoda y anterior a la disposición de Chindasvinto en LV 2,1,25; cf. CE 277; asimismo, LV 2,3,2, *antiqua* y LV 5,5,10, *antiqua*.

documentado la proporciona la disposición de Chindasvinto contenida en la LV 2,1,25<sup>141</sup>, citada ya anteriormente. La mencionada disposición, bajo la rúbrica *Iudex, qualiter faciat iudicatum*, establece, en primer lugar, que la finalización del litigio tenía lugar normalmente por la sentencia del juez (*iudicium*) que debía recogerse por escrito *presentibus utrisque partibus*, y el texto de la sentencia debía ser entregado a cada uno de los litigantes suscrita por aquel<sup>142</sup>.

Contempla asimismo la citada disposición la posibilidad de que el demandado a quien se le exige el derecho que reclamaba el otro litigante, admitiera la reclamación: *Quod si pars, que pro negotio quocumque compellitur, professa fuerit apud iudicem [...]*, según se establece en el texto legal. En este caso, el *iudex* redactaba y firmaba el escrito correspondiente que sustituía al *iudicium* o a las *conditiones*.

Otro aspecto de interés a destacar de la mencionada disposición es cuando establece que la documentación del fallo o similar había de servir para evitar nuevas reclamaciones de idéntico objeto, así cuando dispone que *ne fortasse quelibet ad futurum ex hoc intentio moveatur*.

<sup>141</sup> LV 2,1,25, bajo la rúbrica, *Iudex, qualiter faciat iudicatum*, se manifiesta en los siguientes términos: *Si de facultatibus vel de rebus maximis aut etiam dignis negotium agitetur, iudex, presentibus utrisque partibus, duo iudicia de re discussa conscribat, que simili texto et subscriptione roborata litigantium partes accipiant. Certe si de rebus modicis mota fuerit actio, sole condiciones, ad quas iuratur, apud eum, qui victor exiterit, pro ordine iudicii habeantur. De quibus tamen condicionibus et ille, qui victus est, ab eisdem testibus roboratum exemplar habeat. Quod si pars, que pro negotio quocumque compellitur, professa fuerit apud iudicem, non esse necessarium a petitore dari probationem, quamlibet parve rei sit actio, conscribendum est a iudice suaque manu iudicium roborandum, ne frotase quelibet ad furtum ex hoc intentio moveatur. Si vero, hordinante iudice, una pars testes adduxerit, et dum oportuerit eorum testimonium debere recipi, pars altera de iudicio se absque iudicis consulum subtraxerit, liceat iudici prolatos testes accipere, et quod ipsi testimonio suo firmaverint, illi, qui eos protulit, sua instantia consignare Nam ei, qui fraudulenter se de iudicio sustulit, producere testem alium omnino erit illicitum; qui scilicet hoc sibi tantum noverit esse concessum, ut antequam testes illi, qui testimonium deerant, moriantur, si habuerit quod rationabiliter in eis accuset, patienter audiat a iudice; et si accusatus testis fuerit evidenter convictus, eius testimonium pro nihilo habeatur. Unde et si duo testes non remanserint, qui digni in eodem testimonio maneant, ille, qui primum testem obtulerat, infra trium mensium spatium testes alios, qui ceptum negotium firment, inquireret non desistat. Quod si invenire nequiverit, rem universam ille recipiat, qui eam ante visus fuerat possedisse. Iudex sane de omnibus causis, que iudicaverit, exemplar penes se pro compendendis controversiis reservare curabit.*

<sup>142</sup> Según establece la LV 2,1,25, los *iudicia* tenían que ser firmados por el juez; en FV 40: *Diudicatio* (edic. de K. ZEUMER, en *Monumenta Germaniae Historica*, ob. cit., pp. 593-594) firman otros personajes; además del juez se refiere a la firma de otras personas.

## 2) DOCUMENTOS EMITIDOS POR LOS LITIGANTES

## A) ‘Libellus accusatorius’

Salvo algunas referencias concretas, todo hace pensar que el proceso del *Liber Iudiciorum* no llegó a conocer el libelo acusatorio, forma escrita de demanda característica del derecho procesal romano tardío y presente en el Breviario<sup>143</sup>; las reclamaciones serían normalmente orales, y la citación judicial cursada al demandado –una *epistula*– constituiría el primer medio a disposición de este para conocer los términos de la controversia. No obstante lo anterior, podemos referirnos a dos testimonios en contra de la generalización aludida<sup>144</sup>.

En primer lugar, hay que aludir a las noticias ofrecidas por FV 35<sup>145</sup>, correspondiente a una reclamación patrimonial motivada por la ocupación antijurídica de una cosa (probablemente inmuebles o ganados, pues salen a relucir los frutos), con el *nomen iuris de libellum*<sup>146</sup>.

Por otro lado, la ley de Chindasvinto recogida en la LV 6,1,6<sup>147</sup>, tiene un marcado carácter penal (está inserta en el título *De accusationibus criminum*) y hace asimismo referencias a la forma de las acusaciones dirigidas al rey –una *epistula*, con suscripciones de testigos– para el caso en que no fue-

<sup>143</sup> Cf. M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Múnich, 1966, pp. 460 ss., y la bibliografía allí citada.

<sup>144</sup> Sobre el particular, véase C. PETIT, «*De negotiis causarum*», ob. cit., (II), pp. 25 ss.

<sup>145</sup> Fórmulas Visigóticas, ed. K. ZEUMER, en *Monumenta Germaniae Historica*, ob. cit., pp. 590-591.

<sup>146</sup> El contenido de FV 35: [...] *quia rem iuris mei debitam, quam ille suo vitio extra discussionem iudicantis violentius usurpatione de meo dominio abstulit, nullos in eodem loco profligat labores, certe nec quicquam inibi augmentat, dum interim, manente iustitia, per legem statuta appetendo iudiciariam potestatem inter partes de veritate silentium imponatur; quod si transcens hanc coniurationem nostram, hoc quod in iure nostro pertinet in aliquod augmentaverit, sciat, se per iustitia, dum nostro dominio hoc ipsum probaverimus, debere secundum legum instituta de invasiones vel singulis annis frugum collectione ac sumptus per litis expensas nobis satisfacere et hoc, quod inibi profligavit, amittere. Factum libellum.* Ed. de K. ZEUMER, *Formulae Visigothicae*, ob. cit., pp. 590-591.

<sup>147</sup> El texto de la disposición de Chindasvinto en la LV 6,1,6, bajo la rúbrica: *Qualiter ad regem accusatio deferatur*, establece, entre otras cosas, lo siguiente: *Si quis principi contra quemlibet falsa suggesserit, ita ut dicat eum adversus regem, gentem vel patriam aliquid nequiter meditatam fuisse aut agere vel egisse, seu in autoritabus vel preceptis regie potestatis aut eorum, qui iudiciaria ordinatione funguntur, fraudelenter quippiam immutasse, adque etiam scripturam falsam fecisse vel recitasse falsamque monetam ferisse, sed et si veneficium vel maleficium aut adulterium uxoris aliene frotase prodiderit, horum vel similibus criminum accusator, que ad capitis periculum vel rerum amissionem pertinere videntur, si vera repperiantur que dixerit, nullam omnino calumniam sustinebit [...].*

se posible acceder directamente al monarca<sup>148</sup>. Es evidente que «los dos textos son favorables a la escritura en relación a querellas y demandas, a cuya redacción habría de contribuir precisamente el primero (FV35), pero no es difícil reducir la información a su restringido marco de procedencia»<sup>149</sup>.

## B) Petición de tortura por el litigante

La regulación de la tortura se trata en dos disposiciones de Chindasvinto, luego modificadas en parte por Ervigio, y se encuentran recogidas en la LV 6,1,2, en la que se refiere a hombres libres, y en la disposición contenida en LV 6,1,5<sup>150</sup>, que se refiere a la tortura de siervos.

Por lo que respecta a la primera ley mencionada, lleva la rúbrica siguiente *Pro quibus rebus et qualiter ingenuorum persone subdende sunt questio-ni*. Nos interesa destacar la exigencia de la ley en que la solicitud de tortura se formalice en un escrito. De esta manera, previo juramento del actor de no obrar con fraude o malicia, la petición de tortura se realizaba por *inscriptio*<sup>151</sup>, documento de acusación con firma de tres testigos donde era descrito el delito imputado al reo y el acusador asumía la responsabilidad por una acusación no demostrada<sup>152</sup>.

Otro aspecto que destacamos de la citada ley tiene relación con lo siguiente: la regla general era que el acusador que instaba la tortura debía ser de *status* social igual o superior al del acusado; los nobles y dignatarios palatinos serían acusados por sus iguales, establece la ley: *equalem sibi nobilitate vel dignitate palatini officii quicumque accusatum crediderit*<sup>153</sup>.

<sup>148</sup> Considera C. PETIT, «*De negotiis causarum*», (II), ob. cit., p. 36 que «la información que da esta ley es valiosa, pues permite considerar que los delitos en ella recogidos –la traición, las falsedades de escritura y moneda, el envenenamiento, la hechicería y el adulterio uxorio, así como en general, aquellas acciones que *ad capitis periculum vel rerum amissione pertinere videntur*– eran los que llegaban a oídos del monarca, que actuaría en su condición de supremo».

<sup>149</sup> Vid., *ibídem*, pp. 25-26.

<sup>150</sup> LV 6,1,5: *Pro quantis rebus et qualiter servus aut libertus tormenta portabunt*. Por lo que respecta a los *servi*, la citada disposición admitía siempre la tortura para probar cualquier tipo de delitos.

<sup>151</sup> Según el texto: [...] *Quod si probare non potuerit, coram principe vel his, quos sua princeps auctoritate preceperit, trium testium suscriptione roborata inscriptio fiat et sic questionis examen incipiat*.

<sup>152</sup> Cuando se carecía de pruebas y no se autorizaba la tortura o no procedía, existía la posibilidad de recurrir al juramento. Como es sabido, el uso del juramento estuvo muy extendido en la sociedad visigoda. En definitiva, a base pruebas directas de la tortura, o por medio del juramento se llegaba por fin a una decisión judicial.

<sup>153</sup> Conviene destacar, además, lo siguiente: los ingenuos no potentes podían ser acusados y sometidos a tortura, siempre por otros ingenuos o por algún *potentior*, en los mismos casos capitales y también en el supuesto de *furtum* o demás actos delictivos castigados con una composición de trescientos, o más, sueldos, elevados más tarde en la edición ervigiana de la ley citada a quinientos sueldos. El inferior no podía hacer torturar a un *potentior*, quien,

### C) ‘Procuraciones’

En primer lugar hay que decir que la representación procesal es objeto de una regulación muy detallada en la ley de los visigodos, que dedica diez leyes en el título de la LV 2,3, *De mandatoribus et mandatis*. Además, la mayoría de ellas son *antiquae*, seguramente introducidas por Leovigildo en su revisión del código euriciano<sup>154</sup>. A continuación, se mencionan algunas disposiciones del citado título.

El representante en los litigios aparece designado con distintos nombres en una serie de disposiciones: así, es designado como *adsertor* en LV 2,3,2 y 3<sup>155</sup> (se trata de dos disposiciones *antiquae*) y *mandatarius* en LV 2,2,4, en la ley de Chindasvinto; *prosecutor* en LV 2,3,7; por lo que respecta a la parte representada es siempre designado con el nombre de *mandator*.

El mandato otorgado al representante<sup>156</sup> se documentaba mediante un escrito especial firmado por el *dominus litis* y por testigos<sup>157</sup>; esta exigencia legal encuentra una correspondencia exacta en algunos modelos de *cartulae procurationis* que con el nombre de *iniuncto* se refieren al poder dado por escrito y que ha transmitido el formulario visigótico<sup>158</sup>.

### 3) OTRO TIPO DE DOCUMENTOS FORENSES

#### A) Documentos de prueba<sup>159</sup>

«El auge de la contratación escrita hubo de tener, como es comprensible, profunda repercusión en el régimen de la prueba judicial<sup>160</sup>». La declaración

---

acusado sin pruebas, se libraba por juramento purgatorio. Pero lo que interesa aquí destacar es que el acusador que pide la tortura podía intervenir mediante representante, exigiéndose de este condición similar a la del acusado. Además, la *iniunctio* o apoderamiento, suscrita por tres testigos, había de contener la facultad de solicitud del tormento, de modo expreso, en todo caso.

<sup>154</sup> Cf. C. PETIT, «*De negotiis causarum*, (I), ob. cit., p. 224. A. D’ORS, «El Código de Eurico», ob. cit., pp. 56-57, considera el título *de mandatoribus*, entre los que son totalmente nuevos, respecto al derecho euriciano.

<sup>155</sup> LV 2,3,3: *Ut, qui per se causam non dicit, scriptis adsertorem informet.*

<sup>156</sup> Los honorarios del mandatario se fijaban de antemano y se pagaban independientemente del resultado de la causa; si dejaba transcurrir más de tres meses sin entregar lo que correspondía al que le había encargado del caso, perdía todo derecho a ser remunerado, cf. LV 2,3,7.

<sup>157</sup> LV 2,3,3, *antiqua*. Lleva la siguiente rúbrica: *Ut, qui per se causam non dicit, scriptis adsertorem informet.* A continuación establece, entre otras cosas, lo siguiente: *Si quis per se causam dicere non potuerit aut forte noluerit, adsertorem per scripturam, sue manus vel testium signis aut suscriptionibus roboratam, dare debebit; [...].*

<sup>158</sup> Cf. FV 41, 42 y 43, ed. K. ZEUMER, en *Monumenta Germaniae Historica*, ob. cit., p. 594.

<sup>159</sup> Al lado de la prueba documental existía la testifical e, incluso, el juramento, cf. LV 2,1 23.

<sup>160</sup> A. D’ORS, «Documentos y notarios en el derecho romano postclásico», ob. cit., p. 109.

oral de los testigos<sup>161</sup> constituiría el grueso de las pruebas en las causas criminales, en tanto que en los asuntos civiles habría que disponer con frecuencia de pruebas documentales<sup>162</sup>. De este modo, el examen de testigos y consulta de documentos son las pruebas principales que permiten al juez real la resolución del proceso; a falta de estas, el juramento de la parte aparece como último instrumento de determinación de unos hechos que constituyen la base material del *iudicium*<sup>163</sup>. El triunfo de lo escrito supone forzosamente el de la prueba documental. En la LV 2,1,23, *antiqua*<sup>164</sup>, el juez solicita a los litigantes la presentación de las escrituras que son la base de sus declaraciones. En definitiva, «en la medida en que la controversia versara sobre la legalidad o el alcance de los actos documentados, el examen judicial de la escritura otorgada había de ser prueba decisiva para resolver el pleito»<sup>165</sup>.

### B) Pacto de elección de juez

En la LV 2,1,15<sup>166</sup> de Recesvinto se prevé la citada disposición la elección de juez por consenso entre los litigantes; el *pactum electionis* debía tener lugar ante la presencia de tres testigos que lo confirmaban con sus signos o suscripciones en pacto escrito.

### C) Remisión de causa a otro juez

Se contempla esta posibilidad en la ley de Chindasvinto recogida en la 2,2,7, que establece lo siguiente en esta rúbrica: *Si quilibet ex alterius iudi-*

<sup>161</sup> En cuanto a la capacidad legal para poder ser testigos, algunas leyes nos informan al respecto, estableciendo que cualquier persona libre podía testificar, con tal de que tuviera más de catorce años y estuviese en posesión de las facultades mentales cf. LV 2,4,12: *De quibus annis poterunt testificare minores*.

<sup>162</sup> Cf. P. D. KING, *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, ob. cit., p. 126.

<sup>163</sup> Son numerosas las disposiciones que mencionan el juramento. Concretamente, la disposición de Ervigio, en la LV 2,1,23, concedió al juez la facultad de exigir el juramento a cualquiera de las partes, faltando la prueba; se establece lo siguiente: [...] *In quibus tamen causis et a quo iuramentum detur pro sola investigatione iustitiae, in iudicis potestate consistat*.

<sup>164</sup> LV 2,1,23: *Quid primo iudex observare debeat, ut causam bene cognoscat*. Establece a continuación lo siguiente: *Iudex, ut bene causa agnoscat, primum testes interroget, deinde scripturas requirat, ut veritas possit certius inveniri, ne ad sacramentum facile veniatur. Hoc enim iustitiae potius indagatio vera commendat, ut scripture ex omnibus intercurrent et iurandi necessitas ses omnino suspendat. In his vero causis sacramenta prestantur, in quibus nullam scripturam vel probationem seu certa iudicia veritatis discussio iudicantis invenerit*.

<sup>165</sup> Cf. C. PETIT, «*De negotiis causarum*», (II), ob. cit., pp. 116- 117.

<sup>166</sup> LV 2,1,15: *Quod nulli liceat dirimere causas, nisi quibus aut princeps aut consensio voluntatis potestatem dederit iudicandi*.

*cis potestate in alterius iudicis territorio habeat causam*<sup>167</sup>. Más concretamente, se refiere la citada ley al supuesto de que la reclamación fuera presentada ante juez que no era el del demandado. La disposición de Chindasvinto establecía que si un hombre ingenuo o de condición servil tuviere que litigar en otro territorio, una vez presentada la demanda ante el juez, este habría de requerir a su colega de demarcación diferente, mediante *epistula* suscrita de su mano y signada <sup>168</sup>, para que atendiera sin demora la reclamación, según establece el texto legal: *ut negotium querellantis audire et ordinare non differat*; la citada *epistula* contendría los términos de la demanda y la identidad del demandado.

Además, hay que destacar de la mencionada disposición que la negativa a la orden del primer juez daba paso a la toma de prendas en los bienes del juez requerido, hasta el momento necesario para satisfacer al demandante.

### 3.4. Falsedad de los documentos

En los apartados anteriores nos hemos referido a una serie de disposiciones contenidas en la ley de los visigodos en las que se pone de relieve la utilización frecuente de la escritura en los más diversos campos jurídicos. La importancia de los documentos escritos se evidencia, además, en la existencia en la ley de un título dedicado expresamente a su falsificación y las sanciones previstas para los autores de acciones dolosas relacionadas con los documentos.

Concretamente, es en el Título contenido en LV 7,5, que lleva la rúbrica *De falsariis scripturarum*, donde se regulan los aspectos que se refieren a la falsificación de las escrituras; en el título siguiente, en LV 7,6, *De falsariis metallorum*<sup>169</sup>, se refiere a la falsificación de los metales preciosos en general, incluidas las monedas.

<sup>167</sup> Véase la disposición contenida en la LV 2,2, 7, de la que transcribimos, a continuación, los primeros párrafos de la misma disposición: *Si quisquam ingenuorum adque servorum extra territorium, in quo conmanent, in alterius territorio iudicis causationem habuerint, iudex, ad cuius ordinationem idem petitor pertinet, epistula sua manu suscripta adque signata eidem iudici dirigat, in qua premoneat, ut negotium querellantis audire et ordinare non differat [...].*

<sup>168</sup> Nos interesa destacar de la disposición mencionada el aspecto relativo al escrito que hace el juez comunicando la existencia de una reclamación al juez competente por razón del territorio. Para otros aspectos de interés que contiene la ley de Chindasvinto, véase, PETIT, C., «*De negotiis causarum*», (II), ob. cit., pp. 76 ss.

<sup>169</sup> En relación con los dos Títulos citados, conjetura D'ORS, A., «El Código de Eurico», ob. cit., p. 71, que pueden haber sucedido a un único título simplemente *de falsariis*, contenido en el *Código de Eurico*.

No se pretende hacer en las siguientes líneas un estudio exhaustivo<sup>170</sup> de la falsificación de los documentos regulada en la ley visigoda, sino que nos vamos a centrar en algunas disposiciones del citado título, representativas de acciones dolosas relacionadas con los documentos. Concretamente, la primera ley del título, la LV 7,5,1<sup>171</sup>, es una *antiqua* de Leovigildo que lleva la siguiente rúbrica: *De his, qui regias auctoritates et preceptiones falsare presumserint*. La citada disposición castiga determinados actos relacionados con los documentos regios, reunidos en una serie de apartados: *mutare, diluere, substrahere, interponere*. Otra serie de actos, como alteración de los datos cronológicos del documento (*tempus aut diem mutare sive designare*), son también castigados en la ley; además, otro tipo de actuaciones dolosas tienen relación con *sculpere vel imprimere* sello falso. Por otro lado, la ley leovigildiana establece una serie de sanciones que son distintas, según la condición social y jurídica del autor que ha causado los citados actos dolosos.

Si la primera disposición del título tiene relación, como se ha dicho, con los documentos regios, la siguiente disposición se refiere a determinados actos relativos a cualquier tipo de escritura. Se trata de la ley de Chindasvinto, en LV 7,5,2, bajo la siguiente rúbrica: *De his, qui scripturas falsa fecerint vel falsare temtaverint*, en la que se establece una serie de sanciones, también en este caso sanciones diferentes según la condición social y jurídica del autor, cuando este realice determinadas conductas dolosas relacionadas con los documentos. En primer lugar, distingue la ley: *facere, recitare, suppressere, proferre in iudico scripturam falsam*; o actuaciones como *suppressere, substrahere, dirumpere, designare, diluere scripturam veram, o sculpere, facer, imprimere signum adulterinum*.

<sup>170</sup> Un estudio más pormenorizado del título de la LV 7,5, puede verse en O. MARLASCA MARTÍNEZ, «La regulación de la falsificación de los documentos en el Derecho romano y en la Ley de los Visigodos», en *Estudios de Deusto*. Vol. 47/1 Enero-Junio 1999. Sobre falsificación de documentos cf. asimismo los autores citados en la nota 75.

<sup>171</sup> LV 7,5,1, *antiqua*: *De his, qui regias auctoritates et preceptione falsare presumserint*. Seguidamente se manifiesta la citada disposición en los siguientes términos: *Hi, qui in auctoritatibus nostris vel preceptionibus aliquid mutaverint, diluerint, subtraxerint aut interposuerint, vel tempus aut diem mutaverint sive designaverint, et qui signum adulterinum sculperint vel inpresserint: honestior persona mediam partem suarum facultatum amittat, fisci commodis profuturam; minor vero persona manum perdat, per quam tantum crimen admisit. Quod si contingat illos auditores vel iudices mori, ad quos audientia vel iussio destinata fuerat, aut episcopo loci aut alio episcopo vel iudicibus vicinis territorio illius, ubi iussum fuerat negotium terminare, liceat et datam preceptionem offerre et eosdem iudices negotium legaliter hac iustissime ordinare.*



# La prohibición de discriminación por orientación sexual<sup>1</sup>

María Martín Sánchez

Profesora doctora de Derecho constitucional  
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 21.06.2010

Aceptado: 30.06.2010

---

**Resumen:** La Constitución Española, en su mandato de igualdad, realiza una prohibición expresa de discriminación en virtud de determinadas causas por recaer sobre ellas una fuerte sospecha de discriminación justificada en fuertes razones históricas de índole social, política, legal e incluso cultural. El devenir social constata que en la actualidad existen nuevas causas equiparables a aquellas, tales como la *orientación sexual*, rasgo inherente a la persona, tal y como se expresa ya en diversos textos europeos y así como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

**Palabras clave:** Orientación sexual, condición personal, igualdad, discriminación, interpretación constitucional, protección constitucional.

**Abstract:** *The Spanish Constitution, in its article devoted to gender equality, executes the express prohibition of any discrimination based on specific reasons for being these reasons suspicious of a kind of discrimination that can be justified by means of historical facts of social, political, legal or, even, cultural nature. The social development ascertains that nowadays there are a series of reasons comparable to those aforementioned, such as sexual orientation, a characteristic which is inherent in human beings, as it has already been depicted in some European Texts and mentioned by the European Court of Human Rights (ECHR).*

**Key words:** *Sexual orientation, human condition, equality, discrimination, constitutional interpretation, constitutional protection.*

---

**Sumario:** I. Sobre la prohibición de discriminación en la Constitución Española.— II. Protección constitucional de las causas sospechosas de discriminación y apertura a nuevas causas.— III. La orientación sexual como causa prohibida de discriminación.— IV. La protección de la orientación sexual en tratados internacionales sobre derechos fundamentales.— V. La interpretación constitucional de la orientación sexual como causa prohibida de discriminación. Efectos jurídicos.— VI. Referencias bibliográficas, normativas y jurisprudenciales.

---

<sup>1</sup> Véase la monografía de la misma autora: *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

## I. Sobre la prohibición de discriminación en la Constitución Española

El principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución Española (CE) consta de un principio genérico de igualdad y de una prohibición de discriminación traducida en una lista de causas —«... nacimiento, raza, sexo, religión, opinión...»— sobre las que pesa una fuerte presunción de discriminación, en el caso de ser utilizadas como causas de distinción entre dos supuestos de hecho. Estas causas vedadas son básicamente de dos tipos: o bien se trata de características inmanentes al ser humano, con las que nace; o bien se trata de características que el individuo adquiere a lo largo de su formación personal, en las que pueden influir multitud de factores como el componente hereditario o las propias decisiones que adopte, en las que además de la igualdad entra en juego el ejercicio de derechos y libertades. Se trata, en este último caso, de derechos y libertades ya reconocidos y protegidos constitucionalmente pero cuya protección se refuerza al estar incluidos en el artículo 14 CE, impidiendo de esta forma que se restrinjan hasta límites que, aunque pudieran parecer compatibles con los específicos derechos que los protegen, deben considerarse ilícitos por la irrazonabilidad del criterio utilizado en la distinción realizada<sup>2</sup>. El elenco de causas prohibidas de manera expresa no tiene carácter cerrado sino meramente enumerativo, tal y como quiso precisar el constituyente. Esta intención del constituyente se desprende de su propia redacción, al finalizar el artículo 14 CE de esta forma: «... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»; es, por lo tanto, una lista abierta a la inclusión de nuevas causas, introducidas en virtud de dicha cláusula abierta.

Esta fórmula de cerrar el listado de causas de discriminación prohibidas mediante una cláusula de este tipo no es original de nuestra Constitución. En efecto, la denominada fórmula de las «cláusulas genéricas» es utilizada por numerosos tratados internacionales y constituciones, aunque quizá el ejemplo más claro, que ha servido de modelo a diversos tratados y constituciones posteriores ha sido la Declaración Universal de Derechos del Hombre, la cual ya utilizó este tipo de fórmula en sus trabajos preparatorios. Es fácil justificar la existencia y el empleo de este tipo de cláusulas genéricas; la noción «discriminación» no tiene unos parámetros exactos e inamovibles en virtud de los cuales considerar si por razón de una circunstancia se está o no discriminando; se trata de un concepto evolutivo que cambia con la sociedad, ya que algo que hace cincuenta años podía ser considerado causa de discriminación, puede no serlo ahora por el cambio de ideología y de modo de vida de la sociedad. Además, no es posible que los constituyentes agotasen en una

---

<sup>2</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.<sup>a</sup> F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, en *Igualdad y discriminación*, Colección «Temas Clave de la Constitución Española», Tecnos, Madrid, 1986, págs. 179 y ss.

lista todas las causas de discriminación en el momento de redacción del texto y, aún menos, las que pudieran venir en tiempos futuros, con lo que este tipo de cláusulas permiten ampliar el listado a posibles causas de discriminación surgidas en un momento posterior a la redacción del texto. Con todo, es preciso limitar la posibilidad de inclusión de causas en las cláusulas genéricas –en nuestro caso en la «cláusula abierta»–, a través del establecimiento de una serie de requisitos o parámetros que habrá de superar la supuesta causa de discriminación para ser considerada como tal –como tendremos ocasión de estudiar más adelante–, ya que no podría admitirse su apertura a cualquier causa, pues entonces perderían su virtuosidad las causas expresamente previstas en el artículo 14 CE.

Muchas son las lecturas que se han dado a la llamada «cláusula abierta» o «de apertura» del principio de igualdad. Hay quienes interpretan que no existe separación alguna entre las causas expresas de no discriminación y las basadas en «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» –cláusula abierta–; de esta forma, las especificaciones podrían quedar reducidas a meros títulos enunciativos. Por otro lado, puede interpretarse que las causas expresamente protegidas frente a la discriminación en el Texto Constitucional gozan de una naturaleza diferenciada, en el sentido de que son circunstancias que implican un juicio más estricto de igualdad que las distinciones basadas en otros fundamentos cualesquiera. Ahora bien, entendiendo que la lista enumerada expresamente no es un «*numerus clausus*», sino que con la cláusula abierta se da un margen al Tribunal Constitucional para engrosar el listado de criterios cuya utilización en contra de determinados colectivos ha de ser objeto de un juicio más estricto.

Teniendo en cuenta el reconocimiento del principio de igualdad y de no discriminación previsto por nuestra Constitución, la denominada cláusula abierta ha adquirido en nuestro ordenamiento una gran importancia. Desde nuestra posición, optamos por la protección más estricta. Además, entendemos que si el constituyente quiso incluir la cláusula abierta para permitir la protección de nuevas causas de no discriminación, estas deben ser protegidas del mismo modo que las que se recogieron de forma expresa, siempre y cuando superen determinados parámetros que las conviertan en criterios especialmente sospechosos. En este sentido, para mantener la razón de ser del listado de las causas expresas, debe fijarse una serie de requisitos que actúen a modo de barrera para determinar la inclusión de nuevas causas en la cláusula abierta –esta es la línea seguida por la Jurisprudencia Constitucional<sup>3</sup>–. Siguiendo esta argumentación, se sostendría la posibilidad de que a ciertas causas incluidas como causas prohibidas de discriminación a través de la cláusula abierta, pueda aplicárseles un juicio estricto de igualdad

---

<sup>3</sup> STC 269/1994, de 3 de octubre, «caso cuota para discapacitados en la Comunidad Canaria».

—siempre y cuando superen unos determinados parámetros—, al igual que a las causas expresamente previstas por la enumeración del artículo 14 CE. En particular nos referimos a causas que afecten a la dignidad y los derechos de la persona —como la orientación sexual—, en especial si como consecuencia de dicho rasgo dan lugar a un colectivo minoritario, como es el caso del colectivo homosexual.

El Tribunal Constitucional, en su función suprema de garante de la Constitución, aplica el principio de igualdad de distinta forma según se trate de supuestos en los que entre en juego alguna de las causas prohibidas de discriminación expresamente previstas en el artículo 14 o no. Así, podemos advertir la existencia de dos gradaciones en la intensidad de su juicio de igualdad, al existir: un *juicio de mínimos*, en el juicio ordinario de igualdad, aplicado sobre toda discriminación normativa; y un *juicio estricto*, o juicio agravado de igualdad, aplicado sobre discriminaciones derivadas de las cláusulas específicas de no discriminación y de la afectación de derechos fundamentales. Ambos juicios tienen la misma estructura, y se dividen en dos fases: juicio de la razonabilidad de la clasificación legislativa y juicio de la proporcionalidad de la diferencia de trato. El esquema seguido en ambos test de igualdad es el mismo, con la salvedad de que el juicio estricto se regirá por técnicas propias, siguiendo determinados parámetros que endurecen la perspectiva del juicio.

Analizaremos a continuación el *juicio estricto de igualdad* que, como ya hemos explicado, se trata de un juicio mucho más exhaustivo de los parámetros de igualdad, para estudiar luego su aplicación a nuestro objeto de estudio. Es cierto que en un Estado como el nuestro, definido en nuestra Carta Magna como un Estado Social y Democrático de Derecho, prima como elemento esencial el respeto a la voluntad soberana del legislador y a su escala de valores. En toda democracia son las mayorías quienes imponen sus opciones políticas al colectivo social. Sin embargo, en las democracias actuales se hace necesario establecer determinados límites a la voluntad de la mayoría, límites que se verán reflejados en la labor del legislador y, sobre todo, en la propia Constitución, al reconocer una serie de derechos a la persona —«para todos»— en cuyo contenido esencial ninguna ley podrá limitar; en consecuencia, la Constitución es protectora de las minorías —políticamente más débiles— frente a la voluntad política de las mayorías. Estos límites tienen varios objetivos, entre los que destacan el respeto al individuo, a las minorías y, en última instancia, el aseguramiento de la efectividad del principio de igualdad. La cuestión es que para alcanzar dicha efectividad frente a las mayorías no es suficiente con el juicio de mínimos anteriormente expuesto, razón por la que el Tribunal Constitucional utiliza el juicio estricto de igualdad para aquellos supuestos en los que, o bien se afecta a alguna de las causas expresas de no discriminación contenidas en el segundo inciso del precepto —«... sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión...»—, o bien se limitan derechos fundamenta-

les. Por este motivo, consideramos que la única fórmula para que las minorías sometidas a tratos desiguales por alguna causa encuadrable en la cláusula abierta, que supere una serie de parámetros, alcancen la plena igualdad, es aplicar a dicha causa un juicio más estricto.

Tal y como apuntamos, la estructura del juicio estricto es exactamente la misma que la del juicio de mínimos, ya que, en realidad, se trata del mismo test de igualdad, con la diferencia de que el juicio estricto se rige por técnicas propias que lo endurecen. Los puntos en que el juicio de igualdad se hace más riguroso en el juicio estricto son, fundamentalmente, la exigencia de vinculación de las diferentes situaciones jurídicas a la razón de ser de la norma; y la determinación de la constitucionalidad de la finalidad legislativa.

1) En cuanto al primer requisito, se refiere a determinar si los supuestos de hecho son similares y, por ello, equiparables, y como consecuencia dilucidar si la diferencia de trato aplicada es o no inconstitucional. La búsqueda de la diferencia entre supuestos de hecho no ha de realizarse mediante una comparación entre las diferencias fácticas entre ambos supuestos, sino a través del *fundamento de la norma*, es decir, mediante la comprobación de si los distintos supuestos aparecen jurídicamente diferentes o no respecto a dicho fundamento.

2) El segundo requisito en que se manifiesta el juicio estricto es la *determinación de la constitucionalidad de la finalidad legislativa*. Este extremo tiene especial relevancia ya que, mientras el juicio estricto se centra en la legitimidad de la finalidad de la diferencia de trato, en el juicio de mínimos se realiza una simple comprobación de que la finalidad de la norma no sea manifiestamente contraria a la Constitución. En este punto desaparece la presunción de legitimidad del legislador de que goza en el juicio de mínimos, en el sentido de que debe argumentarse la constitucionalidad de la medida diferenciadora adoptada por el legislador, ya que aquí el elemento más importante del juicio estricto es el análisis de la finalidad de la diferencia de trato. El propio Tribunal Constitucional exige de forma implícita otorgar esta especial relevancia a la finalidad de la norma a través de la aplicación del juicio estricto de proporcionalidad, endureciendo los términos. Dependiendo de si la norma encarna un valor constitucional, o no tendrá mayor o menor trascendencia su finalidad. Esto supone la necesidad de analizar qué valores encierra cada norma constitucional además de interpretar las leyes sometidas al control de constitucionalidad en atención a dichos valores. Igualmente, si de valores se trata, cuando se produzca una colisión entre ellos, habrá que acudir a la ponderación para determinar cuál prevalecerá atendiendo a las circunstancias del caso en concreto. En suma, se considerará que las leyes que tengan como finalidad alguno de estos valores constitucionales tendrán una finalidad constitucional especialmente importante. Tan solo hace falta una cierta relación objetiva entre la norma y ese valor constitucional para que el Tribunal objetive mediante dicho valor la finalidad de la ley.

El gran problema es la búsqueda de la finalidad auténtica de la norma, ya que en muchas ocasiones esta está encubierta, apareciendo lo que se denomina discriminación encubierta o discriminación indirecta, en las que a veces es difícil descubrir o justificar la auténtica finalidad encubierta.

## II. Protección constitucional de las causas sospechosas de discriminación y apertura a nuevas causas

Una vez admitida la posibilidad de aplicar el juicio estricto a determinadas clasificaciones legislativas que perjudican a ciertos grupos o colectivos, tras la catalogación de la causa origen de su discriminación como perteneciente a la cláusula abierta, se presenta un grave problema: fijar los *parámetros* en virtud de los que el Tribunal Constitucional habrá de determinar a qué grupos, en virtud de cuya causa incluida en la cláusula abierta, puede aplicárseles un test de igualdad más estricto y a cuáles no. Así, mientras otras jurisdicciones constitucionales han resuelto el problema fijando los rasgos diferenciadores del grupo necesarios para aplicarle dicho test, no ha ocurrido lo mismo en la nuestra, en la que la cuestión sigue sin resolverse.

Ciertamente, no es fácil determinar la pertenencia de una causa –caracterizadora de un colectivo o grupo minoritario– a la cláusula abierta del artículo 14 CE. El Tribunal Supremo Americano es el que más ha esclarecido la cuestión, puesto que recordemos que en la Constitución de EE. UU. tan solo se recoge una cláusula genérica de igualdad y es el Tribunal Supremo el que ha tenido que delimitar jurisprudencialmente las causas especialmente protegidas. Así, el Tribunal Supremo fijó una serie de parámetros que debe superar el colectivo o grupo minoritario para poder acogerse al juicio estricto. Sin embargo, no podríamos trasladar directamente la doctrina del Tribunal Supremo Americano a nuestro ordenamiento jurídico debido a la disparidad existente entre ambas realidades jurídicas.

El Tribunal Constitucional español no se ha pronunciado al respecto dando los requisitos necesarios para proteger a un colectivo bajo la cláusula abierta, ni ha establecido los parámetros en función de los cuales ampliar la protección reforzada garantizada a las causas expresamente prohibidas en el artículo 14 CE, a través del juicio estricto de igualdad. Con todo, solo así adquiriría pleno sentido el carácter abierto y no taxativo de la lista de causas de no discriminación expresamente previstas en el artículo 14 CE.

Por ello, recurriremos a una serie de parámetros sacados de Derecho Comparado –en la medida en que se ajusten al nuestro– y de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. De este modo, planteamos como requisitos los siguientes: compartir un rasgo en común que los identifique como grupo, existencia de una historia de discriminación, disminución de la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo en el proceso polí-

tico que condujo a la creación de la norma en cuestión, y existencia de prejuicios sociales negativos contra dichos colectivos susceptibles de ser reforzados con la distinción normativa<sup>4</sup>.

- En cuanto al primero de los rasgos compartir un rasgo común que los identifique como grupo, supone que el rasgo los identifique como grupo y constituya la razón por la que han padecido una historia de discriminación y se les ha marginado tanto política como socialmente.
- El segundo de los rasgos es la historia de discriminación sufrida por el grupo, tanto social como jurídicamente.
- El tercer rasgo consiste en la disminución de la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo minoritario en el proceso político mediante el cual se creó la norma. Este es un rasgo tomado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Americano, no utilizado por la española<sup>5</sup>. La tesis en que radica este parámetro es la necesidad de aplicar el juicio estricto de igualdad sobre clasificaciones normativas que perjudican a determinados colectivos que tienen razones históricas para desconfiar del legislador.

Cuando un colectivo no está incluido entre las causas expresamente prohibidas del artículo 14 CE, sino que se puede incluir en la cláusula abierta, una razón básica para evitar el juicio de mínimos es demostrar que algo no ha funcionado en el proceso legislativo, que ha habido un rechazo hacia ellos por parte de quienes elaboraron la norma, o bien que han estado subrepresentados en dicho proceso, causas perjudiciales para sus intereses y que llevarían a sospechar, pues la diferencia de trato a la que han quedado sometidos y por la que resultarían perjudicados es contraria al principio de igualdad del grupo minoritario. Este análisis parece muy eficaz, ya que consideramos que este es un parámetro que no puede desconocerse, no tanto por la subrepresentación política de los grupos desfavorecidos en la toma de decisiones de las normas legislativas, sino en cuanto al rechazo social hacia ellos por parte de quienes las toman, lo cual hace que en muchos casos la mayoría domine a minorías que la mayoría de las veces no son oídas y alguna vez parecen no existir.

• Finalmente, el cuarto y último de los rasgos necesarios para la inclusión en la cláusula abierta es la existencia de prejuicios sociales contra dicho

<sup>4</sup> El autor de estos rasgos ha sido GIMÉNEZ GLUCK, tomando como referencia la doctrina del Tribunal Supremo Americano y la práctica de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Véase su tesis doctoral: *La cláusula de igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; así como *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant Monografías, Madrid, 1998, págs. 33 y ss.

<sup>5</sup> Rasgo utilizado por autores como GIMÉNEZ GLUCK, como rasgo o parámetro innovador.

grupo, susceptibles de ser reforzados con la diferenciación normativa. Se presume que existen prejuicios sociales cuando hay una situación de inferioridad social o legal de ciertos colectivos. Ahora bien, cuando existe un colectivo con un rasgo común respecto al que existen prejuicios, las normas que hagan clasificaciones legislativas basadas en el rasgo que caracteriza a dicho colectivo pueden perjudicar a los miembros del colectivo y son sospechosas de inconstitucionalidad. Por este motivo habría que aplicarles el juicio estricto de igualdad.

### III. La orientación sexual como causa prohibida de discriminación

En relación con la orientación sexual, existen diversos ámbitos en los que se ha obviado el carácter de esta como «condición o circunstancia personal o social» del individuo, permitiéndose así el establecimiento de medidas diferenciadoras en virtud de ella.

En concreto, en el ámbito de las relaciones personales y familiares, encontramos que, hasta la fecha, solo se ha tenido en cuenta a las uniones de hecho, presuponiéndolas heterosexuales<sup>6</sup> –puesto que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre su equiparación a las homosexuales–, catalogándolas a la hora de emitir un juicio de igualdad sobre su situación en comparación con los matrimonios como una excepción al juicio de mínimos por irracionalidad de la norma, pero sin poder incluirlas en el juicio estricto de igualdad por no cumplir con los requisitos exigidos para ello. Sin embargo, aún queda por dilucidar cuál es el juicio de igualdad más oportuno para juzgar la situación de las uniones de homosexuales –como colectivo minoritario y desfavorecido, tal y como se ha argumentado en la parte histórica–. Parece claro que no cabe para este grupo de personas un juicio tan superficial como es el de mínimos, ya no solo por la directa convalidación de las normas que presumimos discriminatorias que supondría la aplicación de dicho juicio de mínimos, dejándolos en una situación de clara desventaja respecto al resto de la sociedad –mayoritariamente heterosexual–, sino sobre todo por un elemento importantísimo que entra en juego al hablar de unión homosexual, como es, la «orientación sexual».

No es discutible que la orientación sexual no se encuentra entre la lista de causas expresas de no discriminación del artículo 14 CE; sin embargo, tampoco lo es que esta no es una lista cerrada sino abierta por el constituyente a otras posibilidades, gracias a la cláusula abierta: «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». En nuestro país han sido varios los colectivos que han luchado por el reconocimiento de su causa de discrimina-

---

<sup>6</sup> En las SSTC, el Tribunal Constitucional se ha referido siempre a parejas heterosexuales sin equipararlas a las homosexuales.

ción<sup>7</sup> como causa asimilable a las causas expresas del artículo 14 CE –criterios especialmente sospechosos–, a pesar de que finalmente el Tribunal Constitucional solo ha reconocido la de discapacidad. Una de estas causas ha sido la «orientación sexual».

En principio, no haría falta ahondar mucho en su estudio para admitir que, si existe una condición o circunstancia que pueda afectar directamente a alguien personal o socialmente, es su orientación sexual; pueden existir otras, pero quizá esa es la condición personal o social que marca de modo más radical a cada persona y, precisamente por ello, debe excluirse de todo tipo de discriminación con base en dicha causa. Así pues, trataremos de argumentar que esta causa supera todos los parámetros exigibles para su inclusión en la cláusula abierta y así poder ser enjuiciada desde el prisma del test estricto de igualdad.

El motivo de esta falta de reconocimiento expreso de la orientación sexual en el artículo 14 del Texto Constitucional está muy relacionado con el hecho de que la concienciación y preocupación de la discriminación sufrida por los homosexuales es algo reciente, surgido en las sociedades más actuales, que no había previsto el constituyente en la época en que se redactó la Constitución. Es necesario por tanto realizar una labor de interpretación constitucional, ya que solo a través de ella pueden adaptarse las normas constitucionales a la época de su aplicación, ajustándose a la evolución y a las nuevas exigencias apremiantes desde la sociedad. Esta labor de interpretación constitucional conforme a la evolución social es posible gracias al carácter abierto y flexible del texto, que apuesta por hacer de la Constitución una interpretación acorde a la nueva realidad social<sup>8</sup>. En la misma línea, la doctrina española<sup>9</sup> defiende el carácter abierto de la Constitución, sosteniendo no solo la posibilidad de interpretarla flexiblemente conforme a las necesidades surgidas con los cambios sociales, sino incluso la posibilidad de crear nuevos derechos constitucionales, también surgidos por necesidades propias de la nueva realidad<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Las causas pretendidas como causas prohibidas de discriminación incluidas en la cláusula abierta del artículo 14 CE, con la finalidad de proteger a ciertos colectivos, han sido las siguientes: edad, parentesco, clase social, lengua, orientación sexual y discapacidad. Sin embargo, tan solo la **discapacidad** ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como causa incluida en la cláusula abierta, totalmente asimilable a efectos de no discriminación a las causas expresas en el artículo 14 CE.

<sup>8</sup> Véase K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón, II edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

<sup>9</sup> Véase F. J. DÍAZ REVORIO, en *La Constitución como orden abierto*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997; en especial págs. 181 y ss.

<sup>10</sup> Tesis defendida por F. J. DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 451-455 y 529 y ss.

Podría pensarse que es más sencillo incluir la orientación sexual entre las causas expresas a través de una reconducción de la prohibición de discriminación por sexo o «discriminación por género»<sup>11</sup>. Sin embargo, la causa de discriminación no es la misma en la orientación sexual que en el sexo; no es lo mismo ser discriminado por ser de sexo diferente que por tener una orientación sexual distinta<sup>12</sup>. Por ello, nos reiteramos en que la solución es entender la «orientación sexual» como causa asimilada a las expresamente prohibidas de discriminación en el artículo 14 CE, una vez reconocida su inclusión en la cláusula abierta y habiendo superado determinados parámetros.

En España la «orientación sexual» no ha sido objeto de gran atención por la doctrina jurídica. Tal vez es su falta de interés y estudio la que propicia que quizá no exista hasta el momento suficiente base doctrinal ni jurisprudencial para aplicarle el juicio estricto de igualdad, lo cual no significa que carezca de fundamentos para ello. Al contrario, creemos que se ajusta plenamente a la característica de «condición personal o social». Además, apostamos por su inclusión en la cláusula abierta, teniendo en cuenta la interpretación conjunta con ciertos textos internacionales sobre derechos fundamentales, especialmente en el ámbito comunitario, donde ya se empieza a prohibir específicamente la orientación sexual como causa expresamente tasada<sup>13</sup>. Para ello, nos corresponde ahora justificar que, efectivamente, la orientación sexual se ajusta a los parámetros<sup>14</sup> anteriormente enunciados como criterios utilizados para su asimilación a las causas expresamente prohibidas y así poder aplicarle un test estricto de igualdad<sup>15</sup>:

---

<sup>11</sup> En este sentido, véase también F. REY MARTÍNEZ, en *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, págs. 57 y ss. Este autor, siguiendo la misma línea, es defensor de la igualdad de trato entre ambos sexos, apostando por la paridad y por las acciones positivas para alcanzar tal igualdad. Sin embargo limita el uso de las acciones positivas a las causas expresamente enumeradas en el artículo 14 de la Constitución Española, por lo que no incluye de ningún modo la «tendencia sexual» en la categoría «sexo», sino que esta quedaría fuera de tal elenco –no descartando su inclusión en la «cláusula abierta»–.

<sup>12</sup> Al respecto véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.<sup>a</sup> F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y...*, ob. cit.

<sup>13</sup> El epígrafe siguiente está dedicado a esta cuestión: «La interpretación de la orientación sexual a la luz de los Tratados Internacionales sobre derechos fundamentales, en conformidad con el artículo 10.2 CE».

<sup>14</sup> Recordemos que se tratan de parámetros sacados del Derecho Comparado –acordes con nuestro ordenamiento jurídico– y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estos eran los siguientes: compartir un rasgo común que los identifique como grupo, por el cual son discriminados; historia de discriminación común; disminución de la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo en el proceso político que conduja a la creación de la norma; prejuicios sociales contra el colectivo que les haga susceptibles de ser reforzados con la diferenciación normativa.

<sup>15</sup> Parámetros propuestos por Giménez Gluck, aportados en su tesis doctoral: *La cláusula de igualdad en la...*, ob. cit. en la que analiza la «homosexualidad» como causa con cabida en la «cláusula abierta» del artículo 14 CE, por darse en ella los parámetros requeridos.

### 1. *Compartir un rasgo común que los identifique como grupo*

En el caso de la «orientación sexual», esta tiene una base hormonal y genética, común en todo el colectivo homosexual que es discriminado por esta causa. La homosexualidad no se ve ni se toca, es innato a cada uno, del mismo modo que la heterosexualidad es simplemente una condición sexual diferente, pero no existe un rasgo externo que la denote. Cada cual lo lleva en sus genes, en la cantidad de hormonas, y ese es el rasgo común identificador del colectivo homosexual.

Muchas veces, desde el principio de los tiempos, se ha hablado de «antinatural», «contra naturaleza», al referirse a la homosexualidad, pero ¿qué significan realmente los términos «naturaleza» o «antinatural»? Una primera idea de lo «antinatural», radica en la falta de reproducción, según la cual se ha intentado argumentar que el comportamiento sexual en sí mismo no reproductivo es «antinatural». No parece justificar, sin embargo, la intolerancia hacia este tipo de relaciones en ninguna de las épocas en que así ha ocurrido. Basta para ello recordar que en todas las sociedades, desde las más antiguas hasta las más modernas, se han permitido como naturales comportamientos sexuales –según la época– que tampoco son en sí mismos reproductivos, sino que «tienen consecuencias reproductivas idénticas a las de la actividad homosexual»<sup>16</sup>, es decir, nulas.

Otro argumento histórico para apoyar la «antinaturalidad» del comportamiento homosexual ha sido la idea de que la homosexualidad solo se da en la especie humana pero no en ningún otro animal. Esta teoría intenta justificar que es un comportamiento antinatural porque, al no darse naturalmente entre animales, se trata de un comportamiento antinatural. No hay mucho que explicar para demostrar el error de esta teoría. Está comprobado que existen comportamientos homosexuales prácticamente en todas las especies animales y claro es que nadie dirá que estos comportamientos son antinaturales, sino parte de la naturaleza.

Por último, existe una idea para explicar la antinaturalidad que se aparta completamente de la dicotomía «natural-antinatural», para centrarse en la llamada naturaleza ideal. Esta teoría parte de una naturaleza perfecta, frente a lo predeterminado lo diferente se califica como vicioso, perverso o malo y, por tanto, «antinatural», ya que la naturaleza no puede en ningún caso generar el mal. Así las cosas, una conducta como la homosexualidad, calificable como viciosa o perversa y repudiada por la sociedad, no puede haberla creado o generado la naturaleza, porque es una conducta mala. Por ello se

---

<sup>16</sup> J. BOSWELL, *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad*, Biblioteca Atajos, Barcelona, 1998, pág. 34, refiriéndose en este caso a prácticas sexuales como el celibato o la masturbación, a las que podríamos añadir otras como las prácticas heterosexuales estériles o la impotencia.

considera antinatural, independientemente de que la practiquen los animales o los seres humanos. Sin embargo, esta idea preconcebida de una naturaleza perfecta e ideal no es sostenible, como tampoco lo es una catalogación de la homosexualidad como perversa y mala. Estas nociones no tienen fundamento ni científico ni moral; más bien son el resultado de la fusión entre prejuicios históricos e ideas erróneas sobre la naturaleza.

## 2. *Historia de discriminación*

La historia del prejuicio contra la homosexualidad no es, pues, sino la historia de la intolerancia social. En efecto, son muy pocas las épocas en las que se les ha respetado, en comparación con la cantidad de siglos y en la multitud de sociedades en las que se les ha reprimido, fruto de la intolerancia. Como hemos observado, examinando cada una de las épocas, sociedades y culturas que nos han precedido, desde los pueblos prehistóricos hasta la sociedad democrática española, el tratamiento que se ha dado siempre a la homosexualidad no ha dependido tanto de leyes u otras cuestiones, sino de tolerancia y, en función de esta, ha girado todo lo demás<sup>17</sup>.

Si observamos detenidamente la historia del prejuicio contra los homosexuales, como minoría, es fácil descubrir que nunca son un grupo aislado en su tratamiento hostil o tolerado, en cualquier sociedad en la que se realice el estudio. Junto a los homosexuales, aparecen otros grupos minoritarios –minorías religiosas– que, a lo largo de la historia, han sufrido el mismo tratamiento que ellos, fruto de la intolerancia/tolerancia social. De este modo, la mayoría de las sociedades que admitían la diversidad religiosa, admitían también la variedad de orientación sexual. En la misma línea, las sociedades que oprimieron a las minorías religiosas oprimían a los homosexuales –recordemos que los mismos grupos que oprimían y exterminaban a los judíos en campos de concentración, trataron de hacer lo mismo con los homosexuales–.

En España, y como ya hemos tenido oportunidad de analizar en el capítulo I, la homosexualidad tiene una historia ampliamente justificada de discriminación social y legal que ha continuado manteniéndose hasta la promulgación de nuestra Constitución de 1978. Incluso tras la entrada en vigor de nuestra Carta Magna aún parecen mantenerse vestigios a través de restricciones de derechos, sobre todo en ciertos campos que parecen estarles vetados a quienes tienen una opción sexual diferente a la mayoría, precisamente por esta causa.

Con la llegada de la democracia, llegó la tolerancia hacia los homosexuales –como ya explicamos en páginas anteriores– y empezaron a ser reconocidos públicamente, constituyéndose como grupo, minoritario respecto a

---

<sup>17</sup> La catalogación de la homosexualidad: pecado, delito, enfermedad...

la sociedad mayoritariamente heterosexual; es decir, se conformaron como «minoría», manteniéndose respecto a ellos discriminaciones normativas al negárseles derechos solo reconocidos para heterosexuales en el ámbito de las relaciones de pareja. Estas restricciones de derechos –restricción del derecho al matrimonio, e incluso del reconocimiento de los derechos concedidos a las uniones de hecho heterosexuales– siguieron vigentes hasta fechas recientes en que mediante la aprobación de leyes autonómicas se empezaron a reconocer jurídicamente este tipo de parejas, concediéndoseles ciertos derechos de pareja y, finalmente, mediante la ley 13/2005, de 1 de julio, para la modificación del Código Civil en materia de derecho al matrimonio, con la que el Gobierno de la nación terminó definitivamente con todo tipo de restricciones para parejas por razón de su orientación sexual

### *3. Disminución de la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo minoritario en el proceso político mediante el cuál se creó la norma*

En el caso que nos ocupa –orientación sexual–, esta es sin duda una de las causas más susceptibles de haber provocado en las mayorías políticas actitudes de rechazo social hacia ellas. Además, es evidente la influencia y presión ejercidas por la sociedad –mediatizada también por leyes y políticas represivas hasta muy recientemente– para dañar la imagen pública de los homosexuales, obstaculizando así su inclusión en el plano político. Esto es debido a su ya analizada «posición no dominante», que caracteriza al grupo minoritario como minoría; posición que se hace especialmente relevante en el plano político a la hora de tomar decisiones. Consecuentemente, este colectivo no cuenta con una defensa política objetiva de sus intereses.

Debido a la intolerancia social que han sufrido, los homosexuales casi siempre han permanecido ocultos, en el anonimato. Tan solo en las culturas más tolerantes se han dado a conocer, formando una especie de subculturas, algo así como grupos para hacerse visibles. La intolerancia social, causa de este ocultismo, ha obstaculizado la actuación de la minoría homosexual en el plano público, al no confesar públicamente su condición homosexual. Por esta causa, se les ha imposibilitado ejercer una presencia política equilibrada.

### *4. Existencia de prejuicios sociales contra dicho grupo, susceptibles de ser reforzados con la diferenciación normativa*

La orientación sexual no solo ha sufrido prejuicios sociales en el pasado, sino que sigue siendo objeto de ellos en la actualidad, tras treinta años de democracia, aunque con distinta intensidad. Como ya se explicó en el capítulo I, tras la llegada de la democracia y con la Constitución Española en vigor, el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias en las que calificó a la homosexualidad como «viciosa o perversa», «nociva y peligrosa para la

sociedad», «aberración», «temible y digna de castigo», etc. Incluso en el año 1991, la seguía calificando como un «acto contra natura»<sup>18</sup>. En el plano de la Administración, RENFE equiparó a los homosexuales con los drogadictos y prostitutas, catalogándolos como «grupo de riesgo». Actualmente, la sociedad cada vez está más concienciada con la causa, reconoce sus derechos y empieza a ser más tolerante, aunque persisten aún ciertos prejuicios hacia dicho colectivo.

En conclusión, la «orientación sexual» cumple con los cuatro parámetros caracterizadores de las causas especialmente sospechosas de discriminación, esto es, resulta susceptible de la aplicación de un juicio estricto de igualdad, por lo que debería aplicársele tal juicio. El problema es que ni el Tribunal Constitucional ha asumido como propios dichos parámetros, ni tampoco ha admitido expresamente la inclusión de la orientación sexual en la cláusula abierta, evitando así su asimilación a las causas expresas y la aplicación del test estricto de igualdad<sup>19</sup>.

#### IV. La protección de la orientación sexual en tratados internacionales sobre derechos fundamentales

No podemos olvidar el mandato constitucional de interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades de acuerdo con los tratados internacionales sobre la materia firmados por España<sup>20</sup>. En consecuencia, habrá de interpretarse el artículo 14 CE, tratándose de una de las normas constitucionales más directamente relacionadas con la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales y libertades, de conformidad con dicha previsión constitucional.

<sup>18</sup> STS, de 15 de noviembre de 1991.

<sup>19</sup> La primera ocasión en que el Tribunal Constitucional se enfrentó a una discriminación directa contra el colectivo homosexual convalidó la norma como constitucional. Esto fue mediante Auto 446/1984, de 11 de julio, de «declaración de constitucionalidad del artículo 352 del Código de Justicia Militar» (ya derogado). Dicho artículo 352 C.J.Militar imponía una pena «al militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo». En este caso en Tribunal Constitucional aplicó el **juicio de mínimos**, según el cual el Tribunal estimó que no existía una posible similitud entre las relaciones homosexuales y el término de comparación propuesto –las relaciones heterosexuales– por lo que niega que se pueda entrar a juzgar el asunto.

Esta postura fue ratificada después por el Tribunal Constitucional en su STC 33/1985, de 7 de marzo, ya que para el Tribunal la homosexualidad –orientación sexual–, no suponía un rasgo «sospechoso» de discriminación.

<sup>20</sup> Artículo 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Así las cosas, si bien los parámetros a los que nos hemos referido anteriormente, procedentes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano no han sido por ahora asumidos ni aplicados por el Tribunal Constitucional, encontramos aquí otra vía interpretativa.

Teniendo en cuenta el carácter abierto que da a la lista la cláusula abierta, así como el mandato dado por el artículo 10.2 CE, encontraríamos una nueva vía para argumentar la equiparación de la «orientación sexual» al resto de causas expresamente prohibidas de discriminación. Desde esta argumentación, se defiende la adecuación de nuestra Carta Magna a ciertos tratados internacionales sobre la materia –derechos fundamentales– que, en su tratamiento de la igualdad, hacen prohibición expresa de la discriminación basada en la orientación sexual de la misma manera que el resto de causas tradicionalmente prohibidas. Así ocurre con la Constitución Europea –ratificada por España, aunque sin efectos por su falta de entrada en vigor–. Como es sabido, el proyecto de Constitución Europea contiene una parte dedicada a derechos fundamentales, que no es sino una transcripción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, entre los que se encuentra el artículo II-81, dedicado a la prohibición de discriminación (reproducción del artículo 21 de la Carta).

La diferencia entre ambos textos –Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Constitución Europea– es importante, ya que mientras el primero es una mera declaración de derechos, el segundo, por tratarse de un tratado internacional, tendría, en su caso, plenos efectos jurídicos, vinculantes para las partes firmantes. Por este motivo, el precepto que recoge la igualdad y el derecho a no ser discriminados, aunque mantiene la misma redacción en los dos textos, adquiere eficacia jurídica.

Se trata del artículo II-81 (Tratado para la Constitución Europea) –no discriminación–: 1. «se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual»; 2. «se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados».

Así las cosas, en la Constitución Europea la «orientación sexual» constituirá una de las causas expresamente prohibidas de discriminación, por lo que cualquier medida fundada en dicha causa deberá superar un juicio estricto que justifique el trato diferenciado, argumentando así su constitucionalidad.

El nuestro será, en su momento, uno de los Estados firmantes de la Constitución Europea –de hecho ya la ratificó–, lo cual plantea ciertos interrogantes respecto a la cuestión que abordamos. Una vez ratificado el texto europeo se hará necesaria una interpretación conforme con el Texto ratificado.

Este prohíbe expresamente la discriminación por «orientación sexual», mientras que la Constitución Española no lo prevé en su listado de causas prohibidas de discriminación; en consecuencia, habría que considerarla incluida en la cláusula abierta prevista por el constituyente, con lo que debería recibir el mismo tratamiento que las causas expresamente prohibidas, esto es, juicio estricto.

La requerida equiparación de la orientación sexual al resto de causas expresas se viene a convertir finalmente en exigencia jurídica, consecuencia del deber de acomodarnos al derecho comunitario.

Esta argumentación no obstante, se construye esencialmente sobre la redacción de un Texto comunitario aún no aprobado. Sin embargo, existen otros argumentos en el Derecho Comunitario para sustentarlo, en tanto dicho texto vea la luz. Dichos argumentos evidencian el cambio jurídico que el panorama internacional está experimentando en la materia concerniente a nuestro objeto de estudio, y que compelen en cierta forma a nuestro ordenamiento jurídico interno a acomodarse a la nueva situación.

Así, en algunos textos<sup>21</sup>, se otorgó a la orientación sexual la categoría de causa sospechosa de discriminación, expresamente prevista como tal, con la finalidad de promover la igualdad en su sentido más amplio –Tratado de Ámsterdam y ciertas Resoluciones del Parlamento Europeo–; otros en cambio no la prevén expresamente, aunque sí explicitan la igualdad de trato en general<sup>22</sup> y su claro propósito de lucha contra la discriminación.

Por todo ello, insistimos en la importancia de las exigencias internacionales sobre nuestro orden constitucional interno en materia de derechos humanos, tal y como afirma L. M. Díez PicaZO: «los límites internacionales más intensos y frecuentes al poder constituyente vienen dados, (...), por los tratados internacionales sobre derechos humanos (...)»<sup>23</sup>. Por otra parte, las

<sup>21</sup> Artículo 13 del Tratado de Ámsterdam: «el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u **orientación sexual**». También es destacable por su contenido la **Resolución del Parlamento Europeo de 1994**, elaborada para la **Igualdad de homosexuales y lesbianas...**, con la deficiencia de que no tiene fuerza vinculante; en esencia «reitera su convicción de que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a un trato idéntico, con independencia de su orientación sexual». Sobre esta Resolución, véase capítulo I.

<sup>22</sup> Directiva 2000/78/CE, del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la **igualdad de trato** en el empleo y la ocupación. También podemos destacar la Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para **luchar contra la discriminación** (2000-2006).

<sup>23</sup> L. M.<sup>a</sup> Díez PicaZO, «Límites internacionales al poder constituyente», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006, págs. 9-31, en pág. 17.

normas de los Tratados internacionales sobre derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no deben ser tenidas solo en cuanto a su literalidad, sino que además, y por exigencia jurídica, deberá atenderse también al cuerpo jurisprudencial dictado en relación con los derechos en ellos recogidos. En el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, será el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el encargado de interpretar el significado y el contenido de los derechos proclamados por el Convenio<sup>24</sup>.

Por todo ello, nuestro ordenamiento constitucional, por mandato del artículo 10.2 CE, no está limitado solamente por el Convenio Europeo de Derechos Humanos o por la Declaración Universal de Derechos en su literalidad, sino fundamentalmente por la interpretación que de los derechos aquí recogidos haya hecho el Tribunal de Estrasburgo a través de su jurisprudencia.

A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho una interpretación extensiva<sup>25</sup> del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>26</sup> –precepto que recoge el principio de no discriminación– y, aun no previendo expresamente la «orientación sexual» como una de las causas expresas de no discriminación, ha entendido que la protección de esta causa queda cubierta por él, ya que la lista de causas que enumera no tiene carácter taxativo sino meramente indicativo.

En definitiva, el objetivo que se desprende de la lectura de estos textos comunitarios y del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>27</sup> no es sino el objetivo europeo de adoptar la prohibición de discriminación por orientación sexual a su acervo jurídico. Por analogía, y teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento debe acomodarse al ordenamiento comunitario, del mismo modo debería interpretarse nuestro artículo 14 CE.

---

<sup>24</sup> Véase L. M.<sup>a</sup> Díez PICAZO, en «*Límites...*», ob. cit., págs. 18 y ss.

<sup>25</sup> **Caso Salgueiro da Silva Monta vs. Portugal, de 21 de diciembre de 1999.** En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el Tribunal Portugués había vulnerado el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al no haber interpretado como incluida en él la causa de orientación sexual.

<sup>26</sup> Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –**Prohibición de discriminación**–: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

<sup>27</sup> No obstante hay que tener en cuenta que una cosa es el interés comunitario por incluir la prohibición por orientación sexual y algo diferente el llevar hasta sus últimas consecuencias esta consideración. Esto es, a pesar de su interpretación extensiva, son varios los pronunciamientos en los que el Tribunal no ha reconocido plenamente la eficacia de la prohibición de discriminación por orientación sexual, reconociendo a las uniones homosexuales derechos que se les concederían si su opción sexual fuera heterosexual. Bastan para poner algún ejemplo los representativos: STEDH de 22 de octubre de 1981, *caso Dudgeon*, y STEDH de 26 de octubre de 1988, *caso Norris*.

## V. La interpretación constitucional de la orientación sexual como causa prohibida de discriminación. Efectos jurídicos

El objetivo pretendido no es otro que asimilar la orientación sexual a las causas enumeradas en el artículo 14 CE, sobre las que recae expresamente la prohibición de discriminación por tratarse de categorías sospechosas. Como se ha explicado, este objetivo bien podría alcanzarse por la vía jurisprudencial, haciendo propios los parámetros aplicados por el Tribunal Supremo Americano, plenamente aplicables al grupo o categoría homosexual. No obstante y teniendo en cuenta la falta de adopción de dichos parámetros por nuestro Tribunal Constitucional para la ampliación de la prohibición de discriminación a nuevas causas mediante su inclusión a través de la cláusula abierta de la «condición o circunstancia personal o social», entendemos que el mandato constitucional de interpretación conforme con los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales hace necesario interpretar el artículo 14 CE a la luz de recientes textos europeos –Tratado para la Constitución Europea, aún no en vigor, o Carta Europea de Derechos Fundamentales–, que sitúan la orientación sexual al mismo nivel que el resto de causas históricamente prohibidas, prohibiéndose expresamente la discriminación por orientación sexual. De esta manera se otorgará a la orientación sexual el reconocimiento expreso que debe tener, o al menos, interpretar extensivamente el listado de causas prohibidas, entendiendo que dicha causa está implícita entre ellas y que debe concedérsele el mismo tratamiento jurídico que al resto.

Una vez sentada la inclusión de la orientación sexual dentro del elenco de causas prohibidas del artículo 14 CE, tendría la misma posición jurídica que el resto de causas tradicional y expresamente prohibidas por este. En consecuencia, las medidas diferenciadoras en razón a la orientación sexual no superarían su constitucionalidad con un mero examen de mínimos. Tengamos en cuenta que, si se reconoce su equiparación al resto de causas expresamente prohibidas por el artículo 14 CE, el legislador deberá superar un juicio muy estricto en sus parámetros para demostrar que la medida diferenciadora no rompe la igualdad y salvar así la constitucionalidad de la norma.

El resultado de la aplicación de un juicio estricto de igualdad a las diferenciaciones normativas a las que se vean sometidas las uniones homosexuales en cualquier ámbito traería como consecuencia el tener que argumentar la razonabilidad de la medida diferenciadora adoptada justificando así su plena constitucionalidad. De no ser así, la medida sería inconstitucional, por discriminatoria.

Así las cosas y trasladando esto al supuesto que nos ocupa, podemos hacer el siguiente planteamiento. En la práctica, y en tanto no se equipare la orientación sexual al resto de causas del artículo 14 CE, al legislador no le resulta difícil establecer medidas diferenciadoras con razón en la orientación sexual. Por poner un ejemplo, el legislador podría aprobar una ley de parejas –heterosexuales y homosexuales– en la que se estipule distinto régimen

y contenido –tal y como ya pasó en algunas comunidades autónomas–, diferenciando a las parejas en razón de su orientación sexual. Obviamente, se trata de una medida diferenciadora, que sin embargo resulta fácilmente superable puesto que tan solo habría que argumentar que no se contraponen directamente con ningún precepto constitucional y que no es abiertamente arbitraria, ya que el legislador siempre podría justificar la diferenciación por alguna razón que salvase su arbitrariedad.

Sin embargo, no resultaría tan fácil la superación de un test más estricto. En tal caso, sobre la orientación sexual –causa diferenciadora de la medida en cuestión– recaería una fuerte sospecha de discriminación que el legislador debería salvar superando el control de finalidad, congruencia y proporcionalidad. Para ello, tendría que argumentarse que la distinción establecida por la norma responde a una finalidad constitucional, además de existir adecuación y proporcionalidad entre la distinción establecida por la norma y su finalidad. Evidentemente, resultaría complicado para el legislador, en este caso como en tantos otros, justificar que la diferenciación entre parejas heterosexuales y homosexuales ante la aplicación de una misma ley de parejas responde a una finalidad prevista constitucionalmente, por lo que menos aún podrían superarse la adecuación de la medida ni su proporcionalidad a la finalidad perseguida.

Quizá podría pensarse que el bien constitucional protegido podría ser la familia, pero en este caso no deberían quedar excluidas las parejas homosexuales, tal y como tendremos ocasión de analizar detenidamente en capítulos posteriores. Tampoco podría argumentarse como finalidad protegida la heterosexualidad, porque la Constitución no protege un tipo específico de desarrollo de la personalidad en su faceta sexual, excluyendo otras; sería tanto como admitir que la Constitución protege a un prototipo de personas por sí misma.

En suma, es interesante tener en cuenta los efectos que podrían generarse si llegara a incluirse definitivamente la orientación sexual dentro del elenco de causas prohibidas, tanto por la discriminación ejercida sobre el colectivo homosexual en general en el ámbito de sus derechos civiles y laborales, como en concreto, en el ámbito de la discriminación ejercida en la esfera de sus derechos personales y familiares como pareja –omitidos, limitados o restringidos históricamente–.

## VI. Referencias bibliográficas, normativas y jurisprudenciales

### *Referencias bibliográficas*

- BOSWELL, J., *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad*, Biblioteca Atajos, Barcelona, 1998.
- DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

- DÍAZ REVORIO, F. J., *La Constitución como orden abierto*, Mc Graw Gill, Madrid, 1997.
- DÍEZ PICAZO, L. M., «Límites internacionales al poder constituyente», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 76, 2006, págs. 9-31.
- GIMÉNEZ GLUCK, D., *La cláusula de igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Tesis Doctoral).
- *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant Monografías, Madrid, 1998.
- HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional* (Traducción y selección de Pedro Cruz Villalón), II Edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M., *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw Gill, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1986.

#### *Referencias normativa europea:*

- Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950.  
Tratado de Ámsterdam.
- Resolución del Parlamento Europeo de 1994, elaborada para la *Igualdad de homosexuales y lesbianas*.
- Directiva 2000/78/CE, del Consejo de 27 de noviembre de 2000.
- Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para *luchar contra la discriminación* (2000-2006).

#### *Referencias jurisprudenciales españolas:*

- STC 269/1994, de 3 de octubre.
- STC 33/1985, de 7 de marzo.
- STS, de 15 de noviembre de 1991.

#### *Referencias jurisprudenciales europeas:*

- STEDH de 22 de octubre de 1981, «asunto Dugeon».
- STEDH de 26 de octubre de 1988, «asunto Norris».
- STEDH de 21 de diciembre de 1999, «asunto Salgueiro da Silva Monta vs. Portugal»

# Desde el Gobierno Corporativo a la responsabilidad de los administradores (y II)

Ramón Múgica Alcorta

Profesor de Derecho Administrativo y de Derecho Mercantil  
Universidad de Deusto

Recibido: 11.06.2010

Aceptado: 30.06.2010

---

**Resumen:** En esta segunda parte del trabajo analizamos con brevedad el régimen legal español relativo a los deberes generales o fiduciarios (diligencia, fidelidad y lealtad) de los administradores societarios. Completamos dicha aproximación con unas referencias particulares a la legislación del mercado de valores y a la legislación concursal y, teniendo con ello una idea elemental de las normas aplicables, pasamos a estudiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en vista de los casos concretos sobre los que este ha tenido que pronunciarse en los últimos años, para tratar de descubrir si la doctrina del Alto Tribunal ha acabado por producir unos principios consistentes, esto es, unas pautas de enjuiciamiento dotadas de estabilidad y certeza, o si, por el contrario, los pronunciamientos están presididos por la idea de la oportunidad y las particulares circunstancias del caso (sentencias-veleta); si el cuerpo de doctrina jurisprudencial es receptivo a planteamientos de las cortes más progresistas de otros países; y en función de qué elementos el tribunal gradúa, elevándola o relajándola, la exigencia de responsabilidad de los administradores.

**Palabras clave:** Administradores societarios; interés social; deberes fiduciarios; diligencia, fidelidad, lealtad; conflictos de interés y oportunidad de negocio; responsabilidad; acción social y acción individual de responsabilidad.

**Abstract:** *In this second part of the assignment we briefly analyze the Spanish legal regime relative to corporate directors and officers' general or fiduciary duties (diligence, faithfulness and loyalty). We complete this approximation with some particular references to the stock market legislation and bankruptcy law, and having with it a basic idea of the applicable rules, we advance on the study of the Supreme Court's common law, considering the specific cases on which this one has had to rule over the last few years, in an attempt to disclose if the high court's doctrine has resulted in some consistent principles, to wit, some prosecution lines endowed with stability and certainty, or if contrarily the pronouncements are chaired by the idea of the opportunity and the particular circumstances of the lawsuit (vane-dictum); if the jurisprudential doctrine corps is receptive to other countries' more progressive courts' approaches; and according to which factors does the judicature calibrates, lifting it or loosing it, the directors and officers' demand of citizenship.*

**Key words:** *Corporate directors and officers; social pursuit; fiduciary duties; diligence; faithfulness; loyalty; conflicts of interests and business opportunity; liability; socially responsible and individual responsible action.*

---

**Sumario:** I. Segunda Parte. Enlace.—II. Naturaleza de la relación administrador-sociedad mercantil.—III. Precisiones adicionales sobre el propósito y el ámbito del estudio.—IV. Los deberes generales del administrador: diligencia, fidelidad y lealtad.—V. Referencia a la responsabilidad de los administradores.—VI. Supuestos de responsabilidad en la legislación del mercado de valores.—VII. Responsabilidad de los administradores en el procedimiento concursal. La sección de calificación del concurso.—VIII. Análisis de la jurisprudencia reciente relativa a la responsabilidad de los administradores sociales.—IX. Conclusiones.

## I. Segunda Parte. Enlace

Completamos con este capítulo el estudio que emprendíamos en el número anterior de la Revista<sup>1</sup> sobre la responsabilidad de los administradores de las compañías mercantiles en el ámbito del Gobierno Corporativo. En aquella ocasión enmarcábamos nuestro análisis con las reglas de Gobierno Corporativo y con la jurisprudencia más progresista de la justicia americana, en concreto de la Corte de Delaware. Planteábamos entonces la necesidad de dar una dimensión o tratamiento global para el régimen de la responsabilidad de los administradores, pues el ámbito del Derecho de sociedades, por la propia materia sobre que recae (el negocio, la empresa) presenta una vocación indiscutible a la internacionalización, que exige respuestas normativas uniformes. La fractura regulatoria, a la postre, daña el principio de unidad económica, que ya se demanda a escala planetaria, y los *déficits* reguladores constituyen una forma de *dumping* que puede producir efectos perversos sobre la inversión<sup>2</sup>.

El reto que dejábamos anunciado para esta segunda parte consiste en analizar hasta qué punto en nuestra práctica judicial han sido recibidos los principios que inspiran a la jurisprudencia americana. Esta jurisprudencia está caracterizada por su vitalidad, su atención a la realidad y por la incorporación de una sensibilidad hacia los problemas y dificultades específicos de la administración de las compañías, que se trata de cohonestar con la defensa de los legítimos intereses de los accionistas y de los socios en gene-

<sup>1</sup> R. MÚGICA, *Desde el Gobierno Corporativo a la responsabilidad de los administradores (I)*, en Estudios Deusto, vol. 57/2, julio-diciembre 2009, pp. 193-254.

<sup>2</sup> En la primera parte de este trabajo hacíamos una referencia expresa a la Gobernanza global también en el ámbito de la ética y el régimen jurídico de las sociedades mercantiles y, muy particularmente, en la regulación de la responsabilidad de los administradores. Jean-Claude TRICHET, el Presidente del Banco Central Europeo, recientemente ha insistido en esta idea. Hace un mes, según informaban los diarios, en un discurso ante el Council on Foreign Relations en Nueva York, el presidente del Banco Central Europeo, Jean-Claude Trichet, pidió la instauración de gobernanza global, comandada por el G20 y el Banco de Pagos Internacionales (BIS) en nombre de salvaguardar la economía global.

ral. Por el contrario, se reprocha con frecuencia a nuestra judicatura que aborda las cuestiones de responsabilidad de los administradores con criterios excesivamente formalistas, poco adaptados a la realidad empresarial y a la *sustancia económica* de las cosas, cuya importancia tiende a exacerbarse en tiempos de crisis generalizada como los que ahora tocan.

El análisis que emprendemos en este segundo capítulo consistirá en un estudio esencialmente jurisprudencial, pues se centrará en el examen de las sentencias que en materia de responsabilidad de los administradores ha dictado en los últimos cinco años nuestro Tribunal Supremo. Nos proponemos investigar si existe una doctrina uniforme, consolidada y válida para el pronóstico, que constituya, además, una verdadera y útil pauta de conducta para los administradores; esto es, si puede deducirse un «estas son las consecuencias» para atenerse a ellas. En otros términos: si es identificable una línea jurisprudencial consistente que permita hacer pronósticos fiables a los letrados sobre el sentido de los fallos judiciales y realizar verdadera pedagogía para los administradores societarios. Y más allá de este primer objetivo, y en el caso de verificarse la existencia de una tal doctrina, cuáles son sus rasgos y hasta qué punto se reciben en ella las aportaciones más recientes de los autores y de los tribunales de otros países que están a la vanguardia en este campo.

Por qué limitaremos nuestra muestra a los pronunciamientos del Tribunal Supremo es algo que se puede responder con sencillez: primero, porque es el órgano jurisdiccional con mayor autoridad en la materia; y, segundo, porque abrir el foco para examinar las sentencias de otros tribunales y de los juzgados competentes desbordaría las posibilidades de un trabajo como el que ahora acometemos. La reducción de la muestra de decisiones judiciales al último lustro se justifica también por razones de abordabilidad y por la pretensión de ofrecer la fotografía más actual del estado de nuestra jurisprudencia.

En todo caso, antes de pasar a la exposición de la doctrina judicial, se hace imprescindible analizar la naturaleza de la relación administrador-sociedad y recordar, aunque sea someramente, el instrumental legal con que jueces y tribunales se enfrentan a la cuestión de la responsabilidad de los administradores.

## II. Naturaleza de la relación administrador-sociedad mercantil

¿Qué características presenta el vínculo entre el administrador y la sociedad en/para la que desempeña sus funciones? ¿La relación se establece propiamente entre el administrador y la sociedad o entre el administrador y los socios? La respuesta que se dé a estas preguntas va a condicionar, qué duda cabe, la naturaleza del vínculo y el contenido de la relación jurídica que se trabe por los administradores. Interesa examinar este asunto porque de ello depende cómo se modelen los derechos, obligaciones y responsabilidades de

los administradores frente a los socios y el grado de exigencia de aquellos deberes.

### 1. Elementos subjetivos de la relación

Parece pacífico que la relación se establece entre el administrador y la sociedad y solo mediatamente o de manera indirecta entre aquel y los socios. A estos efectos cabe decir que la personalidad de los socios se difumina y pasa a volcarse en el esquema societario, en el de la institución o persona jurídica sociedad mercantil. Esta constatación no es irrelevante, pues va a orientar la actuación y obligaciones de los administradores: los administradores son, ante todo, **servidores del interés social**, entendido como interés de la compañía. Su misión consistirá, entonces, en promoverlo y protegerlo.

No obstante, la personalidad de los socios y sus intereses no se eclipsan del todo. Las decisiones fundamentales, las «estructurales», siguen confiadas a la voluntad mayoritaria de los socios, constituida y expresada a través de las juntas en el ejercicio del derecho de voto. Ciertamente, las minorías no contribuyen a formar la decisión societaria y las eventuales previsiones estatutarias que rompen la ecuación una acción-un voto<sup>3</sup> representan excepciones a la proporcionalidad o relación directa entre participación en el capital (apuesta inversora) y participación en la formación de la voluntad. Pero fuera de estos casos, que se puede convenir en que resultan marginales, vale la conclusión de que los socios contribuyen a formular las grandes decisiones societarias de acuerdo con la medida de su participación en el capital.

### 2. Sobre el origen de la relación administrador-sociedad

Puede recordarse la vieja polémica acerca del **carácter contractual o no** del vínculo entre los administradores y la compañía, pero en este momento no parece útil detenerse en su exposición detallada. Cuando se niega la naturaleza contractual de esta relación es porque se hace hincapié en la idea de que su contenido se encuentra predeterminado por la ley, con carácter general, y por los estatutos de la sociedad, en particular. Es decir, la situación del administrador es «reglamentaria» o de adhesión a un estatuto previamente determinado. En puridad, se añade, la relación del administrador es **orgánica**, el administrador se incorpora a la organización de la sociedad y desempeña sus funciones en un régimen de adhesión a lo que hay, sin que pueda encontrarse atisbo de que se le reconozca capacidad configuradora del contenido del vínculo. De la misma manera que el funcionario o la autoridad administrativa ha de cumplir una misión y desempeñar las funciones del cargo en el régimen previa y objetivamente establecido, el administrador quedaría sujeto a un régimen de prestación de actividad que no contribuye a definir.

<sup>3</sup> Véase en la revista *El Notario del siglo XXI*, número 30, marzo-abril 2010, los enjundiosos artículos de LEÓN SANZ, «La prohibición de las limitaciones al derecho de voto», pp. 15 y ss.; VICENT CHULIÁ, *One share onee vote en España*, pp. 19 y ss.; y J. GARCÍA DE ENTERRÍA, «¿Deben prohibirse las limitaciones de voto de los accionistas?», pp. 26 y ss.

Sin perjuicio de que esta concepción resulte dogmáticamente muy atractiva, no puede negarse que en el vínculo hay algún aspecto contractual. Ello se revela no solo en la necesidad de contar con la voluntad del administrador para que su designación o nombramiento resulten jurídicamente eficaces (y, por descontado, el peso de esa voluntad no siempre puede compararse con la que se requiere para llevar a efecto la provisión de cargos públicos), sino en la circunstancia, que no puede ignorarse, de que esa voluntad no sólo despliega una influencia en la generación del vínculo, sino en su futura conformación, es decir, en su reglamentación duradera. Sería ingenuo desconocer que en la práctica, en no pocas ocasiones, la persona a la que se hace el ofrecimiento del cargo de administrador pone sus condiciones, las cuales, de aceptarse, podrían resolverse en una reforma de las previsiones de los estatutos sociales que le afectarán o, incluso, en una «derogación» indirecta de las previsiones legales (por ejemplo, a través de concertar pólizas de seguro que le pongan a cubierto de responsabilidades legales derivadas del ejercicio del cargo, o mediante la previsión de indemnizaciones de cese que «frenen» el ejercicio del derecho de separación por los socios o «diluyan» en términos económicos los efectos de las responsabilidades que recaen sobre ellos). Por lo tanto, el esquema nombramiento-aceptación, en el que el peso de la vinculación se hace recaer enteramente en el acto unilateral del nombramiento y siendo la aceptación una mera condición, necesaria sí, pero puramente adhesiva, no deja de ser, si lo comparamos con el derecho vivido, una simplificación sobre el origen del vínculo, pues son muchas las veces que las cosas suceden de modo distinto a como sugiere tal mecanismo, bien porque la iniciativa del nombramiento parta del propio aspirante, bien porque las condiciones del vínculo se regulen, al menos en parte, para la ocasión, etc.

Entonces, la tesis ecléctica, que hace del vínculo administrador-sociedad una **relación mixta orgánica-contractual**, parece más ajustada a la realidad. Y parece más ajustada desde dos puntos de vista: primero, porque recoge en toda su amplitud las características del fenómeno, a saber: la inserción del designado administrador en una organización (aspecto institucional), lo que conecta con la atribución de una misión específica (y, por vía de consecuencia, de definición de competencias, derechos, obligaciones, responsabilidades, etc.), junto a la eficacia no solo para la incorporación, sino también reglamentado la relación, del designado administrador; y segundo, porque acierta a distinguir en el vínculo dos aspectos que, sin ser compartimentos estancos, dan una cabal y completa idea de las relaciones resultantes, y que son la relación existente entre la persona jurídica y el órgano formal, en primer término, y la que se refiere a la persona física o jurídica administradora y el complejo sociedad-órgano de administración. Indisociables una y otra en la realidad vital, pero no en un plano conceptual, y es esta posibilidad de discernimiento intelectual lo que puede ayudar a establecer con mayor finura y atención el régimen jurídico aplicable a la relación. El administrador es «absorbido» (¿abducido?) por la organización societaria a unos efectos; pero

a otros mantiene su individualidad y su posición jurídica diferenciada «en» y también «frente» a la sociedad.

### 3. El administrador **gestiona intereses ajenos**

La relación jurídica administrador-sociedad pertenece al tronco de las denominadas de colaboración y dentro de estas a las de gestión de intereses ajenos. También gestionan intereses ajenos el mandatario (art. 1.709 del Código Civil), el comisionista (art. 244 del Código de Comercio), el agente (Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia), el gestor en el caso de la gestión de negocios ajenos (arts. 1888 y ss. del Código Civil). En ninguno de estos casos se establece una relación orgánica entre el *dominus negotii* y el gestor, una incorporación de este al tejido orgánico de aquel. Tampoco se produce tal integración en las llamadas relaciones de fiducia, que, lejos de ser una figura marginal, experimenta una cierta revitalización merced a la extensión de la influencia del modelo norteamericano, a través de la relevancia que el concepto de los «deberes fiduciarios» asociados a los administradores societarios tiene en los Estados Unidos.

Conviene hacer alguna referencia a la fiducia. Entre las posiciones que tratan de explicar su verdadera naturaleza es predominante la tesis del doble efecto<sup>4</sup> que, como es bien conocido, ve en el negocio fiduciario la yuxtaposición de dos negocios de diferente naturaleza y de distinto signo o sentido: un negocio real, traslativo y abierto, con eficacia externa, en virtud del cual se opera la transmisión de un bien a un tercero; y junto con él un negocio obligacional, de eficacia relativa (que solo vincula al *tradens* y al *accipiens*), reservado, que impone al adquirente la obligación de proceder, con relación

<sup>4</sup> DE CASTRO y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pp. 379 y ss.

La elaboración de la teoría y del régimen de la relación fiduciaria (*fiduciary relationship*) ha tenido su mejor exponente en el Derecho norteamericano. Para nosotros tiene interés esa relación en la medida en que en su seno se desenvuelven los «deberes fiduciarios», que son los característicos deberes del administrador societario: cuidado o diligencia, fidelidad y lealtad. Inicialmente la relación fiduciaria estaba constituida por la categoría de los *trustees*, pero se expandió para abrazar a las relaciones de agencia (*agency relationship*) y, con posterioridad, al vínculo entre los administradores sociales y la compañía, aunque en ocasiones esta tercera especie se presenta, no como un tipo independiente, sino como una derivación o subcategoría de las relaciones de agencia. En el caso del *trustee* hay posesión por una persona de bienes que pertenecen a otros o que han de palicarse en beneficio de este segundo (así, la fundación estaría próxima a la figura); en las relaciones de agencia se constata una actuación de un sujeto (el agente) en representación de otro, pero bajo el control de otra persona, siendo este dato del control la nota que caracteriza a la categoría. Cuando se trata de subrayar las diferencias entre la agencia y la relación del administrador se pone el énfasis en la idea de que el administrador no está sujeto al *contro directo* ni sobre él pesa la obligación de responder a la voluntad de los socios. Más clara aún resulta la diferencia con el *trustee*: el administrador no tiene derecho alguno sobre los bienes de la sociedad.

Véase COOTER/FRIEDMAN, *The Fiduciary Relationship*, New Cork University Law Review (1991) 1046. También V. RIBAS FERRER, op. cit., pp. 72-73.

al bien transmitido, según instrucciones reservadas del transmitente, instrucciones que con frecuencia consisten en la restitución del bien a este para cuando se cumplan determinadas condiciones. Este segundo negocio obligatorio, en las relaciones entre partes, restringe la eficacia plenamente traslativa del primer negocio, el de naturaleza real, al limitar la posibilidad de libre disposición del bien por el *accipiens*. Como resultado final del negocio fiduciario cabe decir que «las cosas no son lo que parecen», pues la transmisión era solo aparente.

La base del negocio fiduciario es la confianza (de ahí la denominación de «fiduciario», como relativo a la *fides* o *fiducia*): confianza puesta en el adquirente por el transmitente; confianza de que no traicionará las instrucciones reservadas que le imparte y que son las que expresan que el verdadero poder de disposición, de señalar el destino final del bien o del interés, permanece bajo el gobierno de aquel transmitente.

Hay otras relaciones de gestión distintas de las arriba enumeradas. Se trata del grupo de gestores incorporados a las personas jurídicas. Entonces, como ya queda dicho, la relación adquiere una dimensión orgánica u organizativa. Nos encontramos aquí con el grupo de administradores de asociaciones, fundaciones y sociedades.

4. La relación del administrador societario es de **tracto sucesivo**, pues tiene vocación de continuidad o de permanencia en el tiempo.

5. Es una **relación fiduciaria**, como ha quedado señalado. Pero al resultar la confianza una nota esencial en ella y constituir un vínculo vocacionalmente duradero, algunos autores elevan la confianza a la condición de **causa** de la relación. De tal forma se refuerzan y relacionan el binomio relación fiduciaria-relación de tracto sucesivo. El resultado, en el plano jurídico, de esa sinergia, se traduce en la configuración del elemento causal. Y en cuanto causa no se limita a impulsar el nacimiento del vínculo, sino que también despliega una influencia permanente a lo largo de todo el ciclo vital de la relación. Por eso, los administradores están sujetos al poder de revocación de los socios o mandantes, a su moción de censura, que pueden ejercer libremente o *ad nutum* (así, en el art. 131 de la Ley de Sociedades Anónimas: «La separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la junta general»).

6. Como actividad gestora que es la del administrador, consiste en **servir intereses ajenos**. No temamos en demorarnos acerca de este dato, y en dar algunas vueltas a su alrededor. El interés a servir se constituye en el eje de la figura y razón o fundamento de los deberes del gestor, esto es, del administrador en nuestro caso. Tratándose del administrador hay unos intereses nucleares y otros más periféricos. ¿A cuáles está obligado? Entre los intereses nucleares, claramente localizamos el propio interés personal del administrador, el de la sociedad y el de los socios. Más alejados de ese «centro» de intereses están los de «terceros»: trabajadores, Hacienda Pública, proveedores, acreedores, etc. La protección de estos últimos no la abandona el legis-

lador; en el ánimo de defenderlos encuentran su razón de ser la legislación concursal, laboral, tributaria, etc. Pero los intereses próximos, inmediatos a la función del administrador, son los que primeramente hemos enunciado. No debe negarse la existencia de un interés personal. Tampoco se le escapa al legislador, que ha erigido el deber de lealtad como principio que viene a jerarquizar ese interés frente a los otros intereses en caso de conflicto entre ellos. Pero lo que debe precisarse es cuál es el interés (si el social o el de los socios) que ha de orientar y presidir la misión del administrador. El administrador público (esto es, la Administración Pública) sirve, por imperativo constitucional, los intereses generales (art. 103.1 C.E.), pero la indeterminación del concepto de interés general es más aparente que real, pues son las leyes y los tratados los que acaban definiendo, en un grado que hace asequible el concepto las más de las veces, en qué consiste el interés general para hacerlo una guía, una meta, razonablemente operativa y orientadora. En cuanto al interés al que deben servir los administradores, al menos en la letra de la ley queda claro cuál es: es el interés social, «*entendido como interés de la sociedad*» (art. 127 bis *in fine* de la LSA). Creo que con esta referencia literal la norma ha pretendido expresar una idea también en negativo: el interés de la sociedad no es el interés de los socios. No obstante, esta conclusión podría resultar artificiosa si nos atenemos a la realidad de los procesos, pues, desde un punto de vista vital (que no desde posiciones de abstracción), no se ve dónde pueda radicar la diferencia entre los intereses de la sociedad y los intereses de los socios... que constituyen la mayoría, pues al final (y salvo mecanismos correctores que rompan la idea de la asignación del poder de voto en proporción a la participación en el capital), es esa mayoría la que define, fundamentalmente, el interés de la sociedad y dispone del poder de revocación (precisamos, de separación) de los administradores. ¿En qué consiste el «interés social» en su acepción del interés de la sociedad? ¿En servir a los intereses de la mayoría, tal como se expresan en la junta de socios? ¿En perseguir la realización del objeto social, en la forma en que aparece definido en los estatutos, de la manera más eficiente –y si quiere añadirse, más ética y dentro, en todo caso, del marco del ordenamiento– de una manera sostenible? ¿En servir a la totalidad del cuerpo social, integrando como una variable más en el sistema del desempeño de la función la defensa de la posición de los socios minoritarios? La respuesta más integradora, la que sea capaz de incorporar todos los compromisos que se expresan en estas preguntas que acaban de ser formuladas, se presenta como la más adecuada. Por lo tanto, en la gestión de los intereses ajenos (los sociales) los administradores han de ser capaces de afrontar los siguientes retos: a) dar respuesta a las exigencias objetivas del desarrollo de la empresa que constituye la actividad u objeto social de la compañía; b) atender a los intereses de los socios, tal como se expresan en las decisiones adoptadas por mayoría de ellos, pero siempre salvaguardando los derechos esenciales de los minoritarios. Constituye una quiebra del derecho de estos últimos la presentación de reiteradas

propuestas de no distribuir el beneficio que se produce recurrentemente pretextando necesidades de reforzar la estructura financiera de la compañía, porque ello es contrario a la esencia misma de la sociedad, cuya finalidad es no solo la de obtener beneficio o lucro (art. 116 del Código de Comercio), sino la de obtener lucro partible (art. 1.665 del Código Civil); constituye igualmente una lesión al derecho de los socios desarrollar una línea de negocio secundaria, dispensándole mayor atención y recursos que los que se aplican al ejercicio de la actividad que constituye el objeto principal de la compañía, al menos sin haber realizado antes los ajustes correspondientes en la definición estatutaria de la sociedad, a cuyo efecto la ley ya contempla una serie de cautelas o salvaguardas para proteger la posición del socio minoritario.

La pregunta que cabe añadir es si el administrador, en cuanto gestor de intereses de la sociedad (y, en segunda instancia, de manera derivativa, también de los intereses o inversión de los socios) es un gestor de carteras o, en algún grado, el principio rector de su actividad ha de asimilarse a la de un gestor de carteras o inversiones. ¿O es únicamente un gestor de empresa? Dejando de lado que con frecuencia convergirá interés de la empresa e interés de los socios (o, al menos, de la mayoría de estos), el «caso duro» se presenta cuando no hay tal coincidencia<sup>5</sup>, lo cual puede deberse al efecto del factor tiempo, pues no es la misma la paciencia del socio (a quien pueden interesar revalorizaciones rápidas de su cartera para liquidar en corto plazo) que la escala temporal que requiere un crecimiento y fortalecimiento sostenible de la empresa. Puede ocurrir que el accionista (sobre todo en el caso de tratarse de un inversor bursátil que aspire a ganancias inmediatas) prefiera matar la gallina para comer carne que dedicarla a ponedora. En estos casos, el dilema se resuelve de una manera clara: ha de primar el interés de la sociedad-empresa. Pero en la práctica sucede muchas veces lo contrario, pues acaba prevaleciendo el interés de los socios mayoritarios (que, a fin de cuentas, ejercen la presión de esa «espada de Damocles» en que consiste el poder de

---

<sup>5</sup> Sobre la posibilidad de la existencia de divergencia entre los intereses los socios que conforman la mayoría y el interés social (o de la sociedad) puede atisbarse una clara pista en el art. 115.1 de la L.S.A., relativo a los acuerdos impugnables adoptados en junta general, cuando establece que la pretensión podrá fundarse en que los acuerdos son contrarios a la Ley, se oponen a los estatutos o «lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad». En este inciso entrecomillado se halla la clave: si los acuerdos se han producido es porque cuentan con la adhesión de la mayoría necesaria de los socios (que puede alcanzar, según los casos, el umbral de la mayoría absoluta o uno más elevado todavía), pero aún entonces pueden resultar contrarios al interés social. Por lo tanto, se verifica que interés de la sociedad no es igual a interés de la mayoría de los socios. Claro que el texto de la norma exige una condición adicional para este motivo de impugnación del acuerdo: que, además de la lesión del interés de la sociedad, dicha lesión se produzca en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros (¿qué pasa entonces cuando solo se produzca en beneficio de los administradores?, ¿cabe considerarlos «terceros» a estos efectos?).

remoción o separación frente al administrador no complaciente, sin desconocer, por otra parte, que son los propios administradores los que a través de diversos mecanismos son los que tienen el poder de conformar las mayorías que los sostienen), porque a la postre, en darles satisfacción encuentra el propio administrador la forma de preservar sus propios intereses personales<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> De forma apasionada, como corresponde a una vivencia personal y a un largo itinerario de reivindicación de sus derechos como accionista, cabe recordar que solía asistir a las Juntas Generales de distintas sociedades cotizadas un socio que emprendió una cruzada personal frente a lo que él consideraba abusos de los administradores. Hace más de cinco años me hizo llegar un exhaustivo trabajo con la indicación de que no había encontrado editorial para publicarlo. Tiempo después había superado esta dificultad, según pude comprobar al ver el libro a la venta. El trabajo es notable y, como propio de un ingeniero industrial, que no rehúye ningún campo (tampoco el legal) para la exploración y hasta para el combate, era minucioso y preciso. Puede uno cuestionar el manejo que hace de los conceptos generales que han de enmarcar la aplicación e interpretación de las reglas de detalle. Ese «chasis» principal es imprescindible para la correcta comprensión del ordenamiento, como no se escapa a ningún jurista. Fuera de eso el estudio de don J. M. Trevijano es muy interesante y, ¡qué duda cabe!, está inspirado por la mejor buena fe. Da pie a la reflexión y, si alguien pudiera achacarle ocasionales excesos, ofrece una imagen veraz y auténtica de las reales preocupaciones de un accionista monoritario en desigual lucha con las grandes plataformas societarias. La Introducción de la obra comienza así: «El presente trabajo tiene por objeto explicar cómo los administradores de unas pocas pero muy importantes sociedades anónimas que cotizan en Bolsa, proponen y aprueban en las Juntas generales de sus sociedades operaciones innecesarias para beneficiar a las sociedades que administran, pero que permite, si las ejecutan, su propio beneficio o el de terceros, con perjuicio para una parte, muy importante en número pero minoritaria en participación, de los accionistas a los que representan. Recurren además a prácticas contables incorrectas, que inflan los beneficios y perjudican a los inversores, en beneficio de aquellos a los que han otorgado *stock options* o retribuciones variables en función de los resultados, así como a los que han permitido suscribir emisiones en las que se han suprimido a gran número de accionistas de su derecho de suscripción. / Procuran generalizarlos, para que parezcan prácticas habituales correctas, en otras grandes sociedades cotizadas en las que tienen influencia. Se sirven del enorme poder económico de que disponen las empresas que administran, del prestigio personal que les proporciona la propaganda de unos medios de comunicación que o pertenecen a las mismas o necesitan de su cuantiosa inversión en publicidad, y de la falta de asociación e ignorancia excusable de los accionistas, puesto que por lo expuesto, los citados medios solo tienen libertad para informar en el sentido que a esos administradores interesa. Se han producido, tanto en la radio como en la prensa, hechos que lo prueban. Es cierto que en España tenemos libertad de expresión, pero el informar a los centenares de miles de accionistas que resultan perjudicados tiene un coste prohibitivo. Lo que no ocurre en el caso de los administradores, puesto que lo que les conviene comunicar se hace a costa de la empresa. / Lo verdaderamente grave es que con su enorme poder parece ser que controlan nuestras Instituciones y que si han incurrido en procedimientos, que vulneran la Directiva comunitaria, establecida para proteger los derechos de los socios, han tenido además influencia suficiente para que se modifique la Ley de S.A., a finales de 1998, de un modo que incurre en tentativa de vulnerar nuestro derecho constitucional y la declaración de Derechos y Libertades fundamentales del Parlamento Europeo, puesto que nunca puede haber interés de la sociedad que lo exija. Se ha originado un gran escándalo en el extranjero por los perjuicios que

O acaso habría que replantear el enfoque y, aplicando también aquí el método del «levantamiento del velo», concluir que la sociedad no es otra cosa que una pantalla interpuesta y que no hay más interés real que el de los socios o inversores finales, pues el recurso a la constitución de la sociedad es un expediente puramente instrumental. No parece que sea así en nuestro ordenamiento, una vez que se ha institucionalizado el valor empresa, la defensa de su productividad y de la participación en ella (arts. 38 y 129.2 C.E.) que, por trascender los intereses inversores de los socios o accionistas, aparece vinculado en el caso que analizamos primariamente a la sociedad titular antes que a los socios, y «por encima» de estos. De algún modo es como si la empresa se institucionalizara y se colocará un peldaño más arriba que los intereses individuales de los socios.

En fin, aunque no solo, el verdadero *dominus*, el dueño principal del negocio en la relación de gestión que vincula al administrador, lo es la sociedad.

7. La función de administración que corresponde a los administradores constituye un **área reservada** a ellos, en la que no se admiten injerencias de la junta de socios<sup>7</sup>, fuera del control que se realiza a través de la acción de responsabilidad; del escrutinio, apoyando o rechazando en Junta las propues-

---

algunos administradores han originado a los pequeños accionistas. Pero es mucho más grave lo que en España está sucediendo de que esos perjuicios se efectúen ante la inhibición y en algún caso cooperación de las Instituciones que debieran protegerles». Véase J. M. TRUVIANO ETCHEVERRIA, *Contra la corrupción en la administración: defensa de los accionistas minoritarios frente a las grandes corporaciones*, ed. Libroslibres, Madrid, 2007.

<sup>7</sup> Sin embargo, tratándose de la sociedad limitada, la reserva queda debilitada, aunque este decaimiento queda abierto a la disposición de los estatutos. El art. 44 LSRL, después de relacionar en su punto 1 los asuntos competencia de la Junta General (por cierto, con una cláusula abierta en su último apartado o letra h), según el cual la competencia se extiende por fin a «cualesquiera otros asuntos que determine la ley o los estatutos» –lo que lleva al ánimo la idea de que solo la atribución expresa y positiva dota de competencia a la Junta, por lo que, a falta de ulteriores matizaciones y excepciones, la competencia residual o implícita ha de residenciarse en el órgano de administración en cierta medida abierta a la disposición de los estatutos; el artículo 44 LSRL, proseguimos, añade. «Además, y salvo disposición contraria de los estatutos, la Junta General podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción de por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión», sin perjuicio de reconocer que la representación orgánica (y típica o inderogable frente a terceros por su ámbito objetivo) corresponde a los administradores. Apunta así el precepto a la posibilidad de una gestión compartida o bicéfala (aunque no tal vez en condiciones de estricta paridad). No acota el ámbito material en el que esa concurrencia gestora puede operar; no hay límite, salvo los que acaso se deduzcan del esquema orgánico esencial que el legislador tenga en mente y cuya ruptura desnaturalizaría el mismo concepto de sociedad. Las únicas exigencias al respecto son de tipo formal: que la delimitación de materias sea conforme al principio de especialidad o determinación (pero no se pone coto a la *quantum*) y que tal especificación se haga en los estatutos sociales.

tas de acuerdo presentadas por los administradores; y del poder de separación o remoción. Existe aquí por lo tanto también una expresión del principio de separación de poderes: la gestión para los administradores. Lo que es cierto en el ámbito interno (o de la administración propiamente) se refleja también hacia el exterior, en las relaciones de representación o actuación frente a terceros: la representación (orgánica) de la sociedad, «en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos» (art. 128 de la L.S.A.). Como la esfera interna exclusiva del administrador alcanza a todo el ámbito de la gestión, lo mismo sucede en el caso de las relaciones de representación: por eso únicamente los administradores pueden nombrar apoderados o representantes voluntarios. Porque solo el que tiene puede dar.

El ámbito reservado a los socios que constituyan mayoría queda pues delimitado por la función de control del órgano de administración y por los aspectos estructurales del contrato de sociedad, pues para la modificación de sus términos fundamentales se requiere de su participación.

8. El contenido de la relación del administrador se resuelve en una **obligación de medios**. Es la actividad, no el resultado, lo que moldea el contenido de dicha relación, si bien conviene llamar inmediatamente la atención sobre una circunstancia por lo demás obvia: que la falta de resultados presupuestos se puede sancionar por la mayoría social en el ejercicio del poder de separación.

9. Lo que acaba de afirmarse conduce a analizar otro rasgo caracterizador de la relación del administrador. Este se encuentra sometido a escrutinio permanente de la mayoría social. Es esta mayoría la que designa a los administradores<sup>8</sup> (para la sociedad anónima, la regla general está contenida en el art. 123.1 L.S.A.) y los separa libremente en cualquier momento (art. 131 L.S.A.). La posibilidad de **revocación incondicionada** es propia de las relaciones de confianza (es así que el art. 1732.1.º del Código Civil establezca como primera causa de extinción del mandato la revocación, revocación que puede adoptar el mandante «a su voluntad», según precisa, quizás redundantemente, el siguiente artículo 1732).

Por lo tanto, el administrador está expuesto de manera constante al voto de censura de la mayoría y, en este sentido formal, su posición es precaria.

10. Conviene detenerse ahora en las **características de la actividad** llamada a desempeñar el administrador. No basta decir que es una actividad de medios, que consiste en la gestión de intereses ajenos (principal y específicamente los de la sociedad; derivativamente, los de todos los socios), que se realiza bajo el examen de la mayoría social, etc. ¿Cuál es el contenido pro-

---

<sup>8</sup> Las excepciones, tratándose de sociedades anónimas, vienen constituidas por la posibilidad de representación proporcional (art. 137 L.S.A.) y, en menor medida en razón del carácter provisional del nombramiento, por el sistema de cooptación (art. 138 L.S.A.).

pio de la función administradora y en qué condiciones se realiza? ¿Cuáles son sus límites? Vayamos por partes.

a) El estatuto delimitador de la actividad del administrador está constituido por las leyes (especialmente las reguladoras del tipo social correspondiente, pero no solo ellas), por los estatutos y por las del «contrato» que subyace a su nombramiento. Así, de la ley se derivan los deberes generales, ya conocidos, de diligencia, fidelidad y lealtad, y una multitud de deberes particulares concretos, bien de índole material, bien formales. Pero los estatutos (y eventualmente las disposiciones de origen societario que los desarrollan, como el reglamento del consejo u otras similares) suelen contener profusión de previsiones que se refieren al régimen de actuación del administrador y no es la menos importante la definición del objeto social, en cuanto delimitadora del campo de actividad empresarial.

No obstante, el régimen escrito no es suficiente. Aquí también resulta de aplicación el uso o la costumbre (art. 2 Código de Comercio) que ayuda definitivamente a discernir las buenas de las malas prácticas de administración, a precisar el grado de lo exigible en función de circunstancias o casos particulares que no ha contemplado la ley y a integrar las fórmulas vagas que en ocasiones figuran en el texto de la norma. Los grandes fines a que ha de encaminarse el gobierno que desempeñan los administradores resultan de los estatutos y se actualizan en la junta general de los socios. Esta voluntad mayoritaria social constituye, pues, un nuevo elemento que enmarca la actuación gestora. Y la resultante de la acumulación de todos los vectores expresados se identifica con el interés social, en definitiva.

11. Interesa ahora hacer algunas consideraciones sobre los **aspectos materiales de la función de administrar**. Sabemos que el administrador gestiona y, además, que le corresponde en régimen de reserva la representación orgánica de la sociedad. Pero ¿qué es administrar más allá de ocuparse o gestionar los intereses ajenos? Hay un contenido mínimo o consustancial a la función de administrar y que consiste en contribuir a definir, dentro del marco del objeto social definido estatutariamente, las grandes líneas estratégicas de la actividad empresarial; las líneas gruesas de la financiación; desarrollar la vigilancia y supervisión del funcionamiento de las áreas de la empresa; la política general de cumplimiento de la legalidad; el aseguramiento de la relación entre la empresa y los socios, que encuentra su ocasión culminante en la celebración de la junta. Y también la administración obliga a promover el pronunciamiento de la junta en asuntos de su competencia cuando ello convenga a la realización de los planes estratégicos. Dentro de estos cometidos, y ya ahora desde un punto de vista funcional, las anteriores tareas se canalizan a través de la supervisión o vigilancia, con su secuela de solicitar información; el nombramiento de altos cargos o personal directivo y seguimiento de su desempeño; la atención continuada a la marcha de la empresa; la relación con los socios o accionistas.

Lo que no queda definido en las fórmulas anteriores es cuál es el grado de cumplimiento que en las distintas tareas y ejercicio de las funciones encomendadas es exigible a los administradores; esto es, el *quantum* o nivel de responsabilidad. La respuesta no puede ser aritméticamente exacta, pero sí es posible señalar unas pautas que hacen al menos determinable esa medida de la responsabilidad. Por lo tanto, el relativismo no es absoluto, los factores de graduación de la responsabilidad pueden objetivarse. Estos serían los siguientes según entiendo: a) la dimensión de la empresa, pues lógicamente el grado de exigencia de responsabilidad del administrador ha de diluirse cuanto mayor sea su complejidad (no se le puede exigir, cuando se trate de una macroempresa, un conocimiento exhaustivo de los pormenores o detalles más ínfimos o coyunturales de la marcha de la sociedad); b) el diseño del órgano de administración, pues no es igual que sea colegiado y cuente con un reparto de funciones, con una división de trabajo, en definitiva, que haga más racional y asequible el desempeño de la administración, que concentre en un solo administrador único todo el peso de la función; c) el carácter retribuido o no del cargo (ver a este respecto el artículo 130 de la L.S.A.), pues el vínculo beneficio-exigencia debe traducirse en mayor responsabilidad del administrador remunerado, al contribuir la retribución a profesionalizar el desempeño de la función, generando así una responsabilidad agravada.

En cuanto al diseño del órgano de administración, además del margen que la ley deja a la libre disposición estatutaria, e incluso al órgano de administración para autorregularse (si bien, tratándose de sociedades cotizadas, es obligado que el consejo de administración, con informe a la junta general, dicte un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del propio consejo, «que contendrá las medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad»<sup>9</sup>, según reza el art. 115 LMV), existen previsiones imperativas que vienen a reforzar la estructura organizativa prevista en el régimen común de las sociedades anónimas. Así, las sociedades bursátiles o cotizadas (y no solo ellas, sino todas las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores), han de constituir un Comité de Auditoría (Disposición Adicional 18.<sup>a</sup> de la LMV). A todo ello han de añadirse las previsiones de organización más oficiosas –menos formalizadas–, como pueden ser la distribución de facto de áreas de responsabilidad entre los distintos miembros del consejo de administración.

En todo caso, la imagen resultaría incompleta si no añadiéramos una variable decisiva. No toda la responsabilidad de la administración es de los administradores, porque es la junta de socios la que los nombra y los separa (poderes que, respectivamente identifican una responsabilidad *in eligendo* e

---

<sup>9</sup> Repárese en la «carga» dispositiva de este precepto: medidas tendentes a «garantizar la mejor administración de la sociedad» y, además, ¡medidas que sean «concretas»!

*in vigilando*), también pesa sobre ellos una responsabilidad. Ocurre simplemente que la sanción por el desfallecimiento en el ejercicio de sus responsabilidades no es de tipo formal sino económico y se traduce en la pérdida de valor de su inversión o participación social. La responsabilidad de los gestores se actúa, como después veremos, a través de otros mecanismos.

Adquiere así la designación o nombramiento de los administradores una relevancia extraordinaria, lo que no deja de ser una constatación obvia. Fuera de los casos de autonombramiento (porque el interesado cuenta por sí o en combinación con alianzas y apoyos de otros socios, con la mayoría suficiente), los conocimientos, experiencia, carácter y otras cualidades personales han de presidir la elección de administrador. Los socios han de pechar con las consecuencias adversas de un nombramiento desafortunado o negligente, sin perjuicio de la posibilidad de rectificarlo por la expeditiva vía del ejercicio del poder de separación.

Por último, la nota que más arriba dejábamos apuntada sobre el ámbito de actuación de los administradores que les queda reservado y que resulta inmune a la intervención de los socios está apelando directamente a la idea de una actividad especializada y que reclama un cierto ámbito de libre decisión. Aquí también podría utilizarse la idea de **discrecionalidad técnica** (algunos autores se refieren indistintamente a *discrecionalidad* o *autonomía*), que en el Derecho Administrativo sirve para definir un ámbito de actuación exento de la intervención o control judicial, por ser lo más específico de la función separada de administrar. En ese ámbito no cabe reproche jurídico, salvo sea de nuevo el poder de separación de la mayoría societaria, que puede ser ejercido, legalmente, de manera objetivamente arbitraria o caprichosa.

### III. Precisiones adicionales sobre el propósito y el ámbito del estudio

Ceñiremos nuestro estudio al régimen legal de las grandes sociedades, las sociedades anónimas cotizadas. No obstante, cabe hacer desde este mismo comienzo dos precisiones al respecto: a) que el régimen fundamental de la responsabilidad es coincidente, en su formulación abstracta, para las grandes y para las sociedades anónimas menores; b) que, como revelará el posterior examen de la jurisprudencia acotada, la litigiosidad se produce con una frecuencia relativa realmente insignificante cuando se trata de las grandes sociedades. Esto último puede deberse a que hay menos motivos para exigir responsabilidades al administrador de la gran sociedad, o a que en esta escala de sociedades juegan elementos o factores disuasorios, de carácter meta-jurídico, que dificultan la presentación de demandas de responsabilidad. Aún podría imaginarse sobre que el complejo sociedad-administrador se defiende mejor, con más contundencia, ante las exigencias judiciales de responsabilidad en sociedades de este tamaño, por lo que el «salto» hasta la instancia casacional queda más desincentivado que en sociedades de otra dimensión.

En todo caso, la corroboración de esta hipótesis nos llevaría a realizar un análisis de la estadística de juzgados y tribunales en las distintas instancias que por el momento no estamos en condiciones de iniciar y que, además, nos distraería del objetivo que nos hemos propuesto para el presente trabajo.

La responsabilidad es el reverso, la cruz de la moneda cuya cara está representada por el deber u obligación. El incumplimiento del deber, salvo en el caso de la norma imperfecta, constituye la causa de la responsabilidad. Sabido es que la llamada *ley de transparencia*, la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Sociedades Anónimas con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, multiplica el originario artículo 127 en los 127, sobre el deber de diligente administración; 127 bis, sobre deberes de fidelidad; 127 ter, deberes de lealtad; y 127 quáter, sobre deber de secreto. Los dos últimos preceptos, señaladamente el 127 ter, tienen considerable extensión.

En la primera parte de nuestro trabajo hemos apuntado algunas ideas para la interpretación de los artículos reseñados. Interesa retener ahora que estos deberes contenidos en la familia de los artículos 127 establecen más la «forma» en que los administradores deben actuar que el contenido concreto de esos deberes. Efectivamente, el «qué» hay que buscarlo en las legislación –no solo en las normas societarias ni tan siquiera en las mercantiles; también en las tributarias, en las laborales, en las administrativas, etc.– y en los estatutos sociales, como bien resulta del art. 127 bis de la Ley de Sociedades Anónimas: «*los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos...*»<sup>10</sup>.

#### IV. Los deberes generales del administrador: diligencia, fidelidad y lealtad<sup>11</sup>

Con la reforma de la LSA por la llamada «ley de transparencia» de 2003, los deberes generales (relativos, según ha quedado ya indicado al «cómo»

<sup>10</sup> La doctrina ha analizado la tríada de deberes de diligencia, fidelidad y lealtad del administrador societario con una doble metodología: a) la de la visión conjunta, que suele resolverse en una visión equilibrada de los tres que, además, señala las conexiones entre ellos y sus recíprocas relaciones, resultando de esta forma de aproximación una visión sistemática e integradora; b) focalizando la atención en uno de esos tres deberes, lo que con frecuencia produce la perversión que denominaré del «triángulo giratorio». Según cuál sea el deber objeto de consideración separada (diligencia, fidelidad, etc.), una especie de inercia intelectual acaba haciendo de él la base y soporte de todos los demás, el centro del sistema, y ese deber en cuestión «satelitiza» o fagotiza a los otros dos. No sucede así, sin embargo, en V. RIBAS FERRER, *El Deber de Lealtad del Administrador de Sociedades*, ed. La Ley, Madrid, 2010. Utilizaremos en el presente trabajo abundantemente algunas de las aportaciones que contiene esa obra.

<sup>11</sup> La bibliografía sobre el tema es muy abundante. La obra de referencia, que realiza el estudio sistemático de estos deberes generales, es J. I. FONT GALÁN, *El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales* Rds 25

deben actuar, no al «qué» deben hacer) de los administradores quedaron formulados en el tríptico diligencia, fidelidad, lealtad<sup>12</sup>. Ahora bien, no es cosa simple establecer el cuadro sistemático de estos deberes, es decir, el conjunto de sus relaciones recíprocas. En la exposición de la doctrina nos encontramos explicaciones que no satisfacen la propiedad transitiva, pues llega a decirse que la lealtad es madre de la diligencia y esta de la fidelidad, pero a la vez la fidelidad es el tronco del que deriva de lealtad. Y ya es una familia revuelta aquella en que la abuela es a la vez hija de su nieta. Dejando de lado estos problemas de genealogía y de causalidad (qué es causa y qué es efecto), acaso una vía útil para aproximarnos al concepto y aplicación de los tres dichos deberes consista en atender a qué interés se trata de proteger con cada uno de ellos y de qué manera actúa cada deber en relación con el interés a que aparece asociado. Con pretensión nada más que exploratoria creo que se pueden establecer las siguientes aproximaciones: I) los tres deberes coadyuvan a la defensa y promoción del interés social; II) el deber de fidelidad tiene como vocación la promoción y defensa del interés social de manera absoluta, en todo caso, y no solo en situaciones de conflicto con otros intereses, pero su caracterización cabe completarla con una nota adicional: su proyección negativa, en cuanto que se resuelve en un no realizar lo que dañe al interés social; b) el deber de diligencia tiene una clara dimensión positiva, que se traduce en un «hacer» o conducta positiva, y en hacerlo con cuidado, oportunidad, información, previsión. No basta pues con evitar el mal o el daño a la sociedad (deber de lealtad); hay además que hacer el bien o lo mejor posible en pro del interés de la sociedad<sup>13</sup>; c) en fin, el deber de leal-

---

(1005) 86, pp. 71 y ss., ya citado en la Parte I de este trabajo. Entre los estudios recientes, además, V. RIBAS FERRER, op. cit. y E. BELTRÁN y otros, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 26 y ss.

<sup>12</sup> La «Ley de transparencia» se refiere a un cuarto deber general en su artículo 127 quéter: el deber de secreto. No ponemos en cuestión su trascendencia, pero nos parece «menos general» que los otros tres y, además, subsidiario del de diligencia. Porque si la diligencia obliga a cada uno de los administradores a informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad (art. 127.2 L.S.A.), ello significa que constituye el de información un derecho-deber que permitirá, ordinariamente, al administrador acceder a información sensible, esto es, conocer datos que, mal utilizados, pueden ocasionar perjuicio al interés social. Por eso, más parece que el deber de secreto sea una cautela o contrapeso al poder-deber de información.

<sup>13</sup> En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua no encontramos ayuda para sustantivar el deber de fidelidad frente al de lealtad, ya que para la definir la voz «infiel» utiliza el adjetivo «desleal». En el evangelio de San Lucas, en el pasaje del administrador infiel, sin embargo, podríamos hallar una clave para el deslinde entre los dos conceptos y así, si la lealtad consiste en dar prioridad al interés del principal cuando entra en conflicto con el interés personal del gestor, la fidelidad podría referirse a otro conflicto de intereses, aquel que enfrenta al interés del principal, no con el del gestor, sino con el de terceros, conflicto que ha de resolverse concediendo preferencia y sirviendo mejor, por ende, al interés del principal (de la sociedad, en nuestro caso). En Lucas 16, leemos: «Y dijo también a sus discípulos:

tad plantea una situación de conflicto o de balance entre el interés social y el personal del administrador, y se resuelve en la fórmula de que en la actuación del administrador ha de pesar siempre más el primero que el segundo y, además, no debe poner en peligro el interés social por razón del particular.

Las dificultades de deslindar entre los deberes de lealtad y de fidelidad han llevado a algunos autores a elidir, simplemente, uno de los dos<sup>14</sup>. En todo caso, la «asimilación» intelectual de esta compleja trinidad diligencia-fidelidad-lealtad no es cosa sencilla. Las implicaciones y conexiones, incluso a nivel de texto legal, entre unos y otros deberes, es manifiesta (así, la diligencia exigible al administrador por el art. 127 de la L.S.A. es, además de la que corresponde al ordenado empresario, al representante «leal»), pero lo que debe preocuparnos muy particularmente es si resulta operativa o distorsionadora la concatenación de los tres conceptos. Es decir, si posee sentido o la fórmula es puramente reiterativa (o, al menos, parcialmente repetitiva), una superposición de reglas de conducta que se solapan sin más lógica que la que sea capaz de asignarle el intérprete (racionalidad en destino, no en la fuente). Por eso se hacía necesario ensayar una fórmula de racionalización.

a) *El deber de cuidado o diligencia.* El contenido y el grado de exigencia de este deber quedan moldeados por el interés al que sirve, pero no solo. También por el «qué», esto es, por el deber material concreto de que en cada caso estemos hablando y por las circunstancias particulares que concurren. La ley, inevitablemente, no puede llegar más lejos en la cuantificación del deber exigible que lo que permite el recurso a imaginarios o arquetipos de conducta que, presumiblemente, cuentan con la legitimación que les proporciona una cierta tipificación social. Así, el buen padre de familia (art. 1.104

---

“un hacendado tenía un administrador y este fue denunciado como malversador de sus bienes. Lo llamó y le dijo: ‘¿Qué es lo que oigo de ti? Dame cuenta de tu administración, porque ya no puedes seguir de administrador’: ‘¿Qué haré si mi amo me quita la administración? Cavar, ya no puedo; mendigar me da vergüenza. Ya sé qué haré para que me reciban en sus casas cuando no tenga la administración’. Llamó a todos los deudores de su amo y dijo al primero: ‘¿Cuánto debes a mi amo?’. Él contestó: ‘Cien batos de aceite’. ‘Toma, le dijo, tu recibo, siéntate y escribe enseguida cincuenta’. Y luego dijo a otro: ‘¿Y tú cuánto debes?’. Él respondió: ‘cien coros de trigo’. ‘Toma, le dijo, tu recibo y escribe ochenta’”. El amo alabó al mayordomo infiel, porque había obrado sagazmente. Pues los hijos del mundo son más sagaces para sus cosas que los hijos de la luz...». Siempre quedará la duda de la causa por la que se tiene al administrador por infiel: si se encuentra en el origen de la reprimenda, esto es, en la malversación de los bienes del hacendado, o si en la estrategia de «salida» que se procura el administrador: servir mejor a terceros (y de paso a sí mismo) que a su amo. Parece que en lo primero, pero en lo segundo, en traicionar los intereses del principal que ha confiado en él, por los de terceros, creo que puede estar la esencia de la infidelidad. ¡Y no solo en el ámbito de las relaciones económicas!

<sup>14</sup> Véase en E. BELTRÁN y A. ROJO (directores), op. cit., J. ORIOL LLEBOT, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, pp. 26 y ss.

del Código Civil), la diligencia profesional y, en lo que ahora nos concierne, las de un ordenado empresario (¿es el administrador el empresario?) y la de un representante leal (art. 127 L.S.A.). Repárese de paso en que el deber de diligencia es uno, los de fidelidad y lealtad se escriben en plural en la rúbrica de sus respectivos artículos (127 bis y 127 ter).

Para concluir esta referencia al deber de diligencia parece preciso subrayar la importancia que las técnicas organizativas pueden desempeñar en observancia o cumplimiento. Además de las ya previstas en la ley –para las sociedades cotizadas, tales como la necesidad de contar con una comisión de auditoría, otra de nombramientos, una proporción de consejeros independientes, elaborar el informe Anual de Gobierno Corporativo (con un contenido mínimo y típico), siempre se pueden arbitrar métodos adicionales, y ente ellos parecen muy indicados los sistemas de evaluación periódica de los administradores.

b) *El deber de fidelidad.* Como emanación del deber general de buena fe (que el art. 7.1 del Código Civil refiere al ejercicio de los derechos), con una manifestación amplia en el campo de la contratación y el cumplimiento de las obligaciones (art. 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio), se proyecta sobre las funciones del administrador el deber de fidelidad: no hacer daño al interés del principal, cuidar del negocio, del interés ajeno, como si fuera propio.

Este deber de fidelidad, en el caso de la sociedad mercantil, no es exclusivamente deber del administrador. Sujeta primeramente al socio; cualificadamente al socio de control; y, aún con mayor intensidad, y expresamente recogido en la letra de la ley, al administrador.

c) El deber de lealtad. RIBAS FERRER define el deber de lealtad como «la obligación de todo gestor de actuar en interés del principal en caso de conflicto de intereses, subordinando los propios intereses a favor de los intereses a favor de los intereses del principal, salvo que, previo *disclosure* del gestor, el principal autorice su actuación interesada»<sup>15</sup>.

Una visión comparatista nos muestra las grandes diferencias que existen entre los ordenamientos nacionales en la regulación de las obligaciones de lealtad. Nos encontramos algún país que codifica en cuanto tal el deber general de lealtad, pero esto es la excepción. Lo más frecuente es que se adopte el sistema de ir describiendo posibles supuestos de conflicto, que no coinciden necesariamente de un país a otro. También se indica que al día de hoy el Derecho de la Unión Europea no constituye, a diferencia de lo que sucede con otras materias, una referencia cuya aportación tenga especial significado<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> V. RIBAS FERRER, op. cit., p. 218.

<sup>16</sup> V. RIBAS FERRER, op. cit.

Ya hemos dejado más arriba señalado que el ámbito propio del deber de lealtad es el de la tensión o conflicto entre el interés personal del administrador y el interés social, si bien en algunos ordenamientos se ha matizado más el supuesto y la idea de «dualidad» de intereses ha venido a sustituir a la del «conflicto» o contraposición<sup>17</sup>. El contenido concreto del deber de lealtad suele exponerse a través de una serie de conductas concretas prohibidas u obligadas. Así, la prohibición de realizar ciertas operaciones con la sociedad (autocontratación, obtener préstamos o garantías de la compañía), la de concurrir o competir con la sociedad en el desarrollo de su actividad propia, la de aprovechar ciertas oportunidades de negocio prevaliéndose de su condición de administrador. En este plano concreto también las legislaciones suelen prestar especial atención al régimen de los contratos que celebra el administrador con la sociedad. Además, establecen una serie de mecanismos (preventivos o subsiguientes) que ayudan a controlar las situaciones que constituyen una amenaza objetiva para la observancia del deber de lealtad. Así, la necesidad de manifestar el administrador la posición que le afecta y que puede comprometer la defensa del interés social porque se enfrenta al suyo propio (*disclosure*); la necesidad de obtener autorización (ordinariamente de la junta de socios) con carácter previo a realizar determinadas operaciones; la abstención de votar en asuntos que afecten a su interés; la responsabilidad por el daño causado y la restitución del beneficio indebidamente obtenido. Y a ello se añade la previsión de la protección del tercero de buena fe o desconocedor de que en el contrato con él celebrado por el administrador en representación de la sociedad concurría un interés espurio que afectaba a la validez del negocio.

La Sociología Jurídica ha identificado y clasificado las situaciones de conflicto de interés. La tipología resulta de lo más variada. Los conflictos pueden ser actuales o potenciales; directos o indirectos; permanentes u ocasionales; relativos a relaciones jurídicas o a situaciones de hecho. También ha realizado el inventario de los posibles supuestos de conflicto de interés: uso indebido de información (especialmente con incidencia en los mercados de valores); uso interesado de bienes y servicios de la sociedad; aprovechamiento de bienes y servicios de la compañía; competencia o concurrencia con la sociedad; y, de muy destacada trascendencia, el caso de la contratación, con su variedad de autocontratación (autoentrada y aplicaciones bursátiles incluidas), contrato de remuneración de los administradores, de seguros, indemnizaciones por cese anticipado, pensiones, etc.

Ha sido en Norteamérica donde el análisis y construcción del régimen de la desviación de poder ha experimentado un mayor desarrollo. Allí el deber

---

<sup>17</sup> Art. 2391.I del Codice Civile, según redacción introducida por el Decreto Legislativo de 17 gennaio 2003, número 6, de Reforma Orgánica de la Disciplina de la Sociedad de capital y de la sociedad cooperativa, en ejecución de la ley de 3 de octubre de 2001.

de lealtad se enmarca en la teoría de los deberes fiduciarios, deberes estos que se localizan en el seno de una relación de delegación de poderes realizada en el mejor interés de otra persona y los poderes objeto de delegación lo son para influir y modificar la esfera correspondiente a ese «otro». Inmediatamente se plantea entonces la posibilidad del riesgo de abuso del poder.

Los deberes fiduciarios son el deber de cuidado y el deber de lealtad. El contenido de este último presenta una doble vertiente: a) por una parte, la prohibición de actuar en situaciones de conflicto de interés; y b) por otra, el gestor no puede colocarse en una posición que le permita obtener beneficios ocultos o ventajas personales no autorizadas («secret profits»), salvo información previa a los socios (*disclosure*) y autorización de ellos. El Derecho norteamericano se sirve fundamentalmente de dos mecanismos para controlar el riesgo de deslealtad:

I) en primer lugar, la regulación de la contratación interesada del administrador con la sociedad. Esta regulación presenta una clara evolución, pues desde la prohibición absoluta de contratación en una primera fase, se pasa después al principio del *fairness test* (son válidos los contratos equitativos que resulten de interés para la sociedad);

II) en segundo lugar, ahora en el campo de los conflictos de carácter no negocial (*corporate opportunities*), el régimen, de construcción jurisprudencial, no resulta del todo claro y preciso. Según este cuerpo de decisiones judiciales es preciso, como paso previo, establecer cuáles son los presupuestos necesarios para poder definir lo que es una oportunidad de negocio. Los presupuestos son básicamente tres: uno, el del *interest, expectancy or necessity test*, según el cual una oportunidad social es una oportunidad de negocio en que la sociedad tiene un interés actual o potencial o es una oportunidad necesaria para el desarrollo del objeto social; dos, *line of business*, según el cual una oportunidad social o de negocio es no solo la que forma parte del objeto social, sino aquella que atiende a los medios realmente disponibles para saber si con ellos se satisfacen los fines societarios (así, no habría deslealtad ni oportunidad de negocio desleal si, a pesar de que la actividad acometida por el administrador en su propio interés forma parte del objeto social tal como este es canónicamente definido por los estatutos, los medios de hecho disponibles por la sociedad impiden a esta acometer la oportunidad del negocio en cuestión); por último, el *fair test*, que constituye esencialmente un criterio ético, de suerte que no es oportunidad de negocio desleal aquella iniciativa que, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, resulta justa y equitativa.

El administrador puede oponerse frente a las acciones contra él promovidas por aprovechamiento indebido de oportunidad de negocio (sanciones que consistirán en la exigencia de responsabilidad por daños y en la restitución de la ganancia) alegando autorización de la sociedad, incapacidad económica o imposibilidad de la sociedad para aprovechar la oportunidad y abandono o rechazo de la oportunidad por la sociedad.

Entre nosotros, con la reforma operada por la Ley 26/2003, de 17 de julio, la denominada «ley de transparencia», se introdujo en la L.S.A. el artículo 127 ter que, en plural, regula los «deberes de lealtad». No existe propiamente en el texto legal una caracterización abstracta de este deber (una cláusula general), pero sí un inventario de su contenido. En este inventario identificamos elementos a los que nos acabamos de referir: 1) los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de esta para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas; 2) ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones<sup>18</sup> o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del servicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador; 3) los administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad; en caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera; y 4) los administradores deberán comunicar la participación que tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, y también la realización por cuenta propia o ajena del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social. Y el artículo se detiene después en enumerar qué personas tienen la consideración de personas vinculadas a los administradores personas físicas y a los administradores personas jurídicas.

Hay una obligación en que parecen fundirse el «qué» y el «cómo» del deber: «cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad», dice el art. 127, segundo párrafo, de la L.S.A. La información es una obligación material, pero se insiste en que esta

---

<sup>18</sup> En relación con esta prohibición, y ya en el campo específico del Mercado de Valores, véase el régimen del *insider* o persona que dispone de información privilegiada, art. 81 LMV. Dice así el 81.1: «Se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, o a uno o varios emisores de los citados valores negociables o instrumentos financieros, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación». El poseedor de información privilegiada se halla sujeto a las conseguidas prohibiciones deberes de abstención; no puede aprovechar la información para su beneficio. No puede comunicarla a un tercero (salvo en el ejercicio normal de su trabajo, profesión o cargo); y no puede recomendar a otro cesión o adquisición de los valores e instrumentos financieros.

obligación ha de cumplirse diligentemente, quizás para destacar su esencialidad para la observancia del deber de diligencia.

El deber de diligencia o de cuidado se compone de un haz obligaciones más concretas: deber de atención; de promover el negocio, dirigiendo los recursos y tomando las iniciativas de acuerdo con el objeto y el interés social; el deber de profesionalidad; el deber de conocer el estatuto aplicable al propio administrador (funciones y conjunto de sus derechos y obligaciones); deber de prudencia, que impone una atención y una actitud ante los riesgos<sup>19</sup>; deber de vigilancia o supervisión; deber-derecho de estar informado; límites a la autonomía o discrecionalidad de su gestión (límites que vienen representados, además de por el marco legal, por el objeto social, las instrucciones recibidas<sup>20</sup> de la junta, la señalada prudencia, etc.).

## V. Referencia a la responsabilidad de los administradores

La exposición del régimen legal de la responsabilidad de los administradores en el Derecho español suele atenerse a un patrón común<sup>21</sup>. Cabe recordarlo aquí, a modo de hoja de ruta, de una manera muy sucinta:

<sup>19</sup> En cuanto a los riesgos, en relación con las sociedades cotizadas, recordar que en el obligatorio Informe Anual de Gobierno Corporativo que han de comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, entre los contenidos mínimos que dicho documento ha de cumplir, está el relativo a los sistemas de control del riesgo (art. 116.4 d) de la Ley del Mercado de Valores).

<sup>20</sup> El régimen de las instrucciones y de su fuerza vinculante en cada caso se podría construir, con todas las reservas que el recurso a la analogía aconseja, sobre la base de los artículos 254 y 255 del Código de Comercio, en sede de Comisión Mercantil. Dice el art. 255: «En lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio [esta solución de la consulta no es, evidentemente, aplicable al administrador, dada la naturaleza de su función y el fin de su nombramiento]./ Mas si estuviere autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta [esta hipótesis ya se encuentra más próxima al desempeño del administrador, aunque en el caso del administrador no se trate de un supuesto de dificultad, sino que es precisamente lo connatural a su misión y al sentido de su existencia], *hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando el negocio como propio...*» Continúa el precepto añadiendo algo que no ofrece el mismo interés para nosotros: «... En el caso de que un accidente no previsto, hiciera, a juicio del comisionista, arriesgada o perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, podrá suspender el cumplimiento de la comisión. Comunicando al comitente, por el medio más rápido posible, las causas que hayan motivado su conducta».

Cabe recordar, a este respecto, la clasificación del mandato o comisión en función del grado de vinculación de las instrucciones impartidas por el mandante, en comisión imperativa, comisión indicativa y comisión facultativa. Véase L. ANGULO RODRÍGUEZ, «El Contrato de Comisión», en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil*, 2.º volumen, ed. Ariel, 7.ª ed., p. 267, Barcelona, 2002.

<sup>21</sup> Por todos, en cuanto manifestación de ese sistema común, véase E. BELTRÁN y A. ROJO, op. cit.

a) En una primera a modo de parte general se recuerdan los deberes generales o fiduciarios y las obligaciones materiales concretas (entre las muchísimas que relacionábamos en la primera parte de este trabajo recordamos ahora la obligación de convocar junta general; de formular las cuentas anuales dentro del plazo legal) de solicitar, mediando causa legal, la disolución o el concurso de los administradores y se añade el cuadro de sanciones, consistentes en la separación del cargo, la exclusión del socio-administrador (esta sanción no opera en la sociedad anónima; sí, por el contrario, en la limitada, respecto al socio administrador que infrinja la prohibición de competencia –art. 98.1 LSRL–), la acción de cesación, la acción indemnizatoria y, empieza a abrirse paso –de momento en el plano doctrinal– la acción de enriquecimiento injusto contra el administrador.

b) Se examina después el ámbito subjetivo de la responsabilidad. La responsabilidad alcanza primariamente al administrador actual que lo es de derecho. No obstante, la tendencia es expansiva y por eso se estudian las condiciones bajo las cuales el régimen de la responsabilidad del administrador propio se puede extender a las siguientes otras categorías: el administrador de hecho (133.2 L.S.A.), al administrador oculto, el administrador de la sociedad dominante, el director general y los apoderados, el representante del administrador-persona jurídica y el administrador cesado. No me consta en cambio la existencia de estudios sobre cómo se modula la responsabilidad del administrador meramente aparente. Si en el caso de existir la duplicidad administrador de derecho (administrador puramente aparente)-administrador de hecho, se extiende la responsabilidad a este último, ¿significa ello que la responsabilidad se transfiere o se acumula?

c) En una tercera parte se analizan las acciones generales frente al administrador. Primero, la acción social de responsabilidad. Legitimada activamente para ejercitarla está la propia sociedad, y corresponde a la junta general de manera exclusiva la competencia para adoptar el acuerdo de presentar la demanda, aunque el punto no conste en el orden del día (art. 134.1 L.S.A.). Por de pronto, la adopción del acuerdo de emprender la acción social de responsabilidad, incluso aunque se haya tomado por sorpresa, produce un efecto fulminante: «el acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados» (art. 134.2). La mayoría de los autores se inclina por que la destitución no es un efecto esencial, sino natural y, en consecuencia, la junta, al acordar el ejercicio de la acción social de responsabilidad, puede excluirlo. Sin embargo, la jurisprudencia mantiene el automatismo de la destitución, sin posibilidad de excepción en este caso.

La L.S.A., en defensa de los intereses de los socios minoritarios, prevé en el art. 134.3, para el caso de que no haya acuerdo de la junta de exigencia de responsabilidad a los administradores, cualquiera que sea la causa de ello (falta de convocatoria de la junta por los administradores solicitada con el fin de deliberar sobre la propuesta de ejercicio de la acción, falta de pre-

sentación de la acción en el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo favorable a su ejercicio o acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad), que los accionistas que representen al menos el 5% del capital puedan promover la demanda (acción de responsabilidad subsidiaria de primer grado). No debe confundirse esta legitimación con la que corresponde a la acción individual de responsabilidad, que se contempla en el siguiente artículo 135.

Aún contempla la L.S.A. una legitimación subsidiaria de segundo grado para el caso de que falten el impulso de la sociedad o de los socios minoritarios para presentar la demanda. Entonces se abre la posibilidad de hacerlo a los acreedores. Para este caso el art. 134.5 exige una condición adicional: «que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción» de los créditos de los acreedores.

Distinta de la acción social de responsabilidad es la acción individual, cuyo objeto es proteger, no el patrimonio de la sociedad (como cabalmente acontece de manera principal en el caso de la acción social), sino los patrimonios particulares de socios o de terceros que se relacionan con la sociedad. Es el artículo 135 L.S.A. el que se refiere a la acción individual, en los siguientes términos: «No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de administración que lesionen directamente los intereses de aquellos».

Los presupuestos del acción individual de responsabilidad son los siguientes: I) conducta (acción u omisión) del administrador culpablemente antijurídica (ilícita), esto es, la antijurídica ha de ser culpable, o reprochable al administrador a título de dolo o de culpa; II) producción de un daño efectivo; y III) relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño.

ESTEBAN VELASCO<sup>22</sup> ha sistematizado en los grupos siguientes los supuestos reconducibles al ámbito de la acción individual: a) lesión de intereses de terceros que no están en previa relación jurídica con la sociedad («ilícitos de empresa»), donde cabe incluir los daños al medio ambiente, no retirada del mercado de productos defectuosos, actos de competencia desleal, agresiones a los derechos de propiedad industrial, etc.; b) lesión de intereses de socios por intromisión ilícita en las relaciones societarias del socio con la sociedad, donde cabe incluir la prohibición de acceso a la junta general, impedimento del ejercicio del derecho de voto, infracción del derecho de información, desconocimiento del derecho de suscripción preferente, amortización indebida de acciones, lesión del derecho de representación proporcional en el consejo, etc.; c) supuestos de intromisión lesiva en el proceso de formación de la voluntad del tercero-acreedor o del socio, que comprenden

---

<sup>22</sup> G. ESTEBAN VELASCO, en E. BELTRÁN y A. ROJO (directores). op. cit. pp 155 y ss.

la inducción a realizar operaciones de inversión o desinversión contrarias al interés del inversor, la omisión de promover la disolución de la sociedad cuando existe causa legal que la impone (artículos 260 a 262 L.S.A.), la omisión de los deberes previstos en la Ley Concursal en caso de situación de insolvencia de la compañía.; la responsabilidad por informaciones falsas o incorrectas, especialmente de las que resultan de las cuentas y que inducen a terceros a adoptar una actitud inversora en el aumento de capital, emisión de obligaciones, etc.; y d) los supuestos de intromisión lesiva en la fase de ejecución de las relaciones existentes entre la sociedad y los terceros acreedores, donde se incluyen los vasos de contratación en situación de dificultades económicas y en caso de insolvencia (crisis ya irreversible) de la sociedad, con daño en ambos casos para los terceros acreedores que contratan con la compañía.

d) Un cuarto capítulo en el estudio de la responsabilidad de los administradores suele dedicarse al análisis de la responsabilidad en relación con ciertos sectores del ordenamiento o en determinadas situaciones especiales. Constituiría propiamente este capítulo la parte especial, donde sucesivamente se acostumbra a tratarse de la responsabilidad en caso de concurso de la compañía; la responsabilidad penal de los administradores; la responsabilidad de Derecho Administrativo y tributario (con especial atención, aunque con ello no se agota, ni mucho menos, la materia) a la responsabilidad en el ordenamiento medioambiental, en la legislación del mercado de valores (para las sociedades cotizadas, fundamentalmente) y en la legislación tributaria. Estos y otros subsectores del ordenamiento administrativo contienen enorme profusión de previsiones sobre responsabilidad de los administradores, desde las de carácter más general a las más especiales y pormenorizadas.

Algunos tratadistas de la responsabilidad de los administradores complementan su estudio con unas referencias complementarias al seguro de responsabilidad civil de los administradores y al régimen del ejercicio de las acciones de responsabilidad, donde ocupa un lugar de preferencia la cuestión de la prescripción, su plazo y su cómputo y la determinación del término inicial.

Expuesto muy sucintamente el régimen general o parte común de la responsabilidad (el derivado de la legislación societaria, en puridad), no tenemos el propósito de abordar, ni siquiera de forma embrionaria, el análisis completo de las distintas responsabilidades sectoriales arriba apuntadas. No obstante, y por pertenecer al ramo mercantil, algo añadiremos a continuación sobre la responsabilidad en la legislación del mercado de valores y en la legislación concursal.

## VI. Supuestos de responsabilidad en la legislación del mercado de valores

Las sociedades cotizadas, además de dirigirse a la consecución del propio interés social, han de respetar el interés del Mercado de Valores. Este

interés se define según una agregación de elementos que constituyen obligaciones de conducta (fundamentalmente, comunicación de información relevante a los mercados, abstención de ciertas operaciones que produzcan ganancias diferenciales basadas en el aprovechamiento de posiciones de privilegio o movimientos artificiales de los precios, sumisión al poder de supervisión del organismo rector, etc.), cuyo cumplimiento queda garantizado, *in extremis*, por un régimen sancionador.

Para las sociedades cotizadas existe un régimen de responsabilidad y sanciones sectorial constituido por la legislación del Mercado de Valores. La norma de cabecera de este grupo es la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. En su vigente redacción establece un densísimo régimen de supervisión, inspección y sanción, a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, al que quedan sujetas, según resulta de su artículo 84, dejando al margen otros supuestos más marginales, dos grandes categorías de entidades y personas: I) las específicamente reguladas por dicha ley (profesionales o especializados en distintas actividades y servicios propios del mercado de valores), como son las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales; la Sociedad de Sistemas, las entidades de contrapartida central, la Sociedad de Bolsas y las sociedades que tengan la titularidad de todas las acciones de las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales, así como otros sistemas de compensación y liquidación de los mercados que se creen al amparo de la propia LMV; las empresas de servicios de inversión españolas, incluidas sus oficinas o centros tanto dentro como fuera del territorio nacional; las empresas de servicios de inversión no comunitarias que operen en España; los agentes de las entidades que presten servicios de inversión; las sociedades gestoras de los fondos de garantía de inversiones; y, por fin, quienes no estando incluidos en los casos precedentes, ostenten la condición de miembro de algún mercado secundario oficial, o de la entidad que compense y liquide sus operaciones; y II) las personas y entidades que, no siendo profesionales o especialistas de las actividades propias de los Mercados de Valores, mantengan algún tipo de relación significativa a él vinculada (emisores, financiadores, inversores...). Se encuadran aquí los emisores de valores, las entidades de crédito y sus agentes, las empresas de servicios de inversión y las sucursales en España de entidades de crédito que operen en nuestro territorio y que estén autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea («pasaporte comunitario») y, cajón de sastre amplísimo, «las restantes personas físicas o jurídicas, en cuanto puedan verse afectadas por las normas de esta Ley y de sus disposiciones de desarrollo» (art. 84.2.d).

Ya al referirse la Ley del Mercado de Valores a las Infracciones y Sanciones (artículos 95 y siguientes) contiene una serie de disposiciones de gran interés para nuestros efectos:

a) El régimen sancionador se extiende no solo a las personas físicas y entidades a las que resulten de aplicación los preceptos de la presente Ley, sino también a «quienes ostenten de hecho o de derecho cargos de adminis-

tración o dirección de estas últimas, que infrinjan normas de ordenación o disciplina del Mercado de Valores (art. 95, primer párrafo). Y añade que a los efectos de aplicación de las disposiciones sobre infracciones y sanciones «ostentan cargos de administración o dirección... sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, así como sus Directores Generales o asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que, de hecho o de derecho, desarrollan en la entidad funciones de alta dirección».

El art. 99, en una larguísima relación, que concluye en el apartado «z quáter», tipifica las infracciones que se califican de muy graves; el art. 100 hace lo propio con las graves; y el breve 101 se refiere a las infracciones leves, que compendia en una fórmula general de carácter residual o negativo.

El sistema seguido para calificar las infracciones muy graves y graves es «discriminatorio». No todas las personas o entidades pueden cometer todo tipo de infracción. Hay infracciones solo al alcance de los «especialistas» (y aún dentro de estos, hay que discernir por subcategorías; así, las infracciones de las sociedades rectoras –p. ej, art. 100 a), b), c)–; las de las empresas de servicios de inversión –art. 99 e), e bis), e ter)–; de los miembros de los mercados secundarios oficiales o de los sistemas multilaterales de negociación –99 f)–, etc.). Pero también están (y son las que interesan ahora) las infracciones establecidas para la categoría de personas y entidades no especialistas o no cualificados. Así, para las entidades emisoras: la colocación de ciertas emisiones sin cumplir el requisito de intervención de entidad autorizada, sin atenerse a las condiciones básicas publicitadas, omitiendo datos relevantes o incluyendo inexactitudes, falsedades o datos que induzcan a engaño en la citada actividad publicitaria (art. 99 II bis); el suministro a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la información financiera regulada con datos inexactos o no veraces, o de información engañosa o que omita maliciosamente aspectos o datos relevantes (art. 99 m) *in fine*); la realización de ofertas públicas de venta o suscripción o la admisión a negociación sin cumplir los requisitos legales sustanciales, la colocación de la emisión sin atenerse a las condiciones básicas establecidas en el folleto, en caso de que deba elaborarse dicho documento (art. 99 n); la inobservancia del deber de información legal cuando exista un interés de ocultación o negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido (art. 99 p); la realización de actos fraudulentos o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas con la finalidad de conseguir un resultado cuya obtención directa implicaría, al menos, la comisión de una infracción grave, así como la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de las transferencias de la titularidad de estos (99 s); la adquisición de una participación significativa o su aumento o reducción incumpliendo las condiciones exigidas por la LMV (art. 99 u). Si las hasta ahora referidas son algunas de las

infracciones muy graves, entre las simplemente graves seleccionamos una breve muestra: falta de comunicación de hecho relevante (100 a bis); la falta de remisión en plazo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de cuantos documentos o informaciones deba remitírsele o esta requiera en el ejercicio de sus funciones, siempre que la citada Comisión hubiera recordado por escrito la obligación o reiterado el requerimiento (100 b); la falta de elaboración o de publicación del **informe anual de gobierno corporativo** a que se refiere el art. 116 de la LMV, o la existencia en dicho informe de omisiones o datos falsos o engañosos; el incumplimiento... y el carecer las entidades emisoras de valores admitidos a cotización en mercados secundarios oficiales de un Comité de Auditoría, en los términos establecidos en la disposición adicional decimoctava de la LMV (100 b bis); la inexistencia de la página web prevista en el apartado 2 del artículo 117 LMV o la falta de publicación en ella de la información señalada en dicho artículo y en otros preceptos de la Ley o de su normas de desarrollo (100 m); el incumplimiento por las entidades emisoras con valores admitidos a negociación en los mercados secundarios de valores de sus obligaciones respecto del sistema de registro de dichos valores (100 u); añade el art. 100 x bis) el incumplimiento de la obligación de comunicación a la CNMV de operaciones sospechosas de constituir abuso de mercado, establecida en el artículo 83 quáter de esta Ley (y cabe recordar aquí que este último artículo, en su apartado 1, recoge la obligación de comunicar operaciones sospechosas en los siguientes términos: «Las entidades que efectúen operaciones con instrumentos financieros deberán avisar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, con la mayor celeridad posible, cuando consideren que existen indicios razonables para sospechar que una operación utiliza información privilegiada o constituye una práctica que falsea la libre formación de los precios»); la falta de publicación o de remisión a la CNMV de la información y documentación que haya de publicarse o enviarse a aquella, como consecuencia de actuaciones que obliguen a la presentación de una oferta pública de adquisición de valores, en el transcurso de esta o una vez finalizada, cuando no constituya infracción muy grave (100 z); la publicación o el suministro de información o documentación relativas a una oferta pública de adquisición con omisión de datos o con inclusión de inexactitudes, falsedades o datos que induzcan a engaño, cuando no fuera infracción muy grave (100 z bis); la falta de inclusión en el informe de gestión de las sociedades cotizadas de la información exigida por el artículo 116 de esta Ley o la existencia de omisiones o datos falsos o engañosos).

Hay una infracción que, aunque se refiera a la categoría que hemos denominado de las entidades cualificadas o especialistas, interesa retener, por hacer referencia particularmente al ejercicio de las funciones de administración. Dice así el art. 100 s que constituye infracción grave «la efectiva administración o dirección de las entidades a que se refieren las letras a, b, c y e del artículo 84.1 de esta Ley por personas que no ejerzan de derecho en las

mismas un cargo de dicha naturaleza». Obviamente, se está refiriendo aquí la norma no tanto a un caso de intrusismo o usurpación de funciones cuanto al supuesto consentido de «administrador en la sombra».

## VII. Responsabilidad de los administradores en el procedimiento concursal. La sección de calificación del concurso

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal dedica los artículos 163 a 173 a la calificación del concurso. La calificación del concurso constituye, como es sabido, la sección sexta de la tramitación del procedimiento, sección que no es de existencia necesaria en todo caso, pues solo procederá su formación o apertura cuando (art. 163.1) concorra alguna de estas dos circunstancias: I) que se apruebe judicialmente un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años; y II) que se abra la fase de liquidación.

Las calificaciones hoy posibles, de acuerdo con la citada Ley Concursal, se han reducido a dos: culpable y fortuito. Se abandona la posibilidad de la «quiebra fraudulenta» que figuraba en el Código de Comercio de 1885: «el concurso se calificará como fortuito o como culpable. La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito» (163.2). La calificación se hace en sentencia (art. 172) y en el procedimiento seguido para efectuar tal declaración judicial tiene especial importancia el informe de la administración concursal, que ha de presentarse al juez, y que ha de ser razonado, documentado, versar sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso y contener una propuesta de resolución (169.1)<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2010, que es la primera sobre calificación concursal, utiliza la vía de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva y declara, entre otras cuestiones, que se habrán de aportar con el informe los documentos en que se funda la propuesta de resolución, pero ello no es necesario en cuanto a los documentos que obran en las restantes Secciones del Concurso, respecto de los que no se requiere la aportación física, bastando que en el informe se haga la oportuna remisión: «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- En los autos de concurso voluntario número 158 de 2005 del Juzgado de 1 Instancia número 1 de Murcia, en los que figura como concursada la entidad mercantil BIO-FERMA MURCIA, S.A., CIF A- 73039752, dedicada a la fabricación de productos farmacéuticos y con domicilio en el Polígono Industrial Las Salinas, Parcela 10, C.P. 30.840 de Alhama de Murcia, se dictó auto el 7 de junio de 2006 en el que, al no haberse aprobado en la Junta de acreedores celebrada el día 6 anterior la propuesta de convenio, se acordaba entre otros pronunciamientos, la apertura de la fase de liquidación, y como consecuencia legal –art. 163.1.2.º de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio–, también la de la Sección de Calificación. En esta Sección se emitió Informe por los administradores concursales el 20 de septiembre de 2006 en el que solicitan del Juzgado que se declare: 1. El concurso de la entidad

Cuando la propuesta fuera de calificación culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y de las que hayan de ser consideradas cómplices (el art. 166 especifica quiénes merecen

Bioferma Murcia, S.A. como culpable; 2. Que las personas afectadas por la calificación se refiere a los miembros del consejo de administración D..., en su calidad de consejero apoderado. Y se condene: a) A estar y pasar por las anteriores declaraciones, b) A los miembros del consejo de administración mencionados a la inhabilitación a que se refiere el apartado 2.º del número 2 del art. 172 de la Ley Concursal. C) A satisfacer a los acreedores en las cantidades expresadas en el hecho segundo del informe y en relación con lo preceptuado en el apartado 3.º del art. 172 de la Ley Concursal; y, d) Al pago de las costas del incidente en caso de oposición. El 28 de septiembre de 2006 el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el sentido de que aceptaba y compartía todas las razones que avalan el informe de la administración concursal, calificando por ello el concurso de culpable. El Juzgado, en cumplimiento de lo establecido en el art. 170.2 LC, dio audiencia a la entidad deudora Bioferma por plazo de diez días, la cual presentó el 3 de noviembre de 2006 escrito de «oposición a la calificación de culpable solicitada, oposición que se articula en la persona de sus administradores Dn... y Dn..., contra quienes se dirige esta pieza de calificación, debiendo entenderse realizadas las manifestaciones en interés de la deudora, y en su propio interés» (f. 382 de la Sección Sexta). Por providencia de 9 de noviembre de 2006, el Juzgado acordó formar la pieza separada de incidente concursal que se registró con el número 340 de 2006.

El incidente se resolvió en primera instancia por Sentencia del Juzgado de 19 de febrero de 2007 en cuyo fallo acuerda que “estimando parcialmente la demanda de oposición a la calificación del concurso voluntario de BIOFERMA MURCIA, S.A., seguida con el número 340/06: -Declaro CULPABLE el concurso voluntario de BIOFERMA MURCIA, S.A. admitido con el n.º 158/05. - Declaro afectados por la declaración del concurso como culpable a los administradores sociales Don... [sic], (consejero delegado ejecutivo) y Don... (consejero apoderado). - Condeno a los Sres... un período de inhabilitación para administrar bienes ajenos así como para representar o administrar a cualquier persona durante un período de dos años desde la firmeza de la presente sentencia. – Debo condenar y condeno a los Srs... a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores del concurso o de la masa y a devolver los bienes que hubieran recibido de la masa activa. – Y que además, condeno al Sr... [sic] a que pague totalmente el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa los acreedores concursales”.

La anterior resolución fue confirmada por la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia el 31 de julio de 2008, en el Rollo número 230 de 2007, en la que se desestima el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. Rentero Jover en nombre y representación de la mercantil BIOFERMA MURCIA, S.A.

Contra dicha Sentencia se interpuso por BIOFERMA MURCIA S.A. recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación que fueron admitidos por Auto de esta Sala Primera de 8 de septiembre de 2009.

#### RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

Se articula en seis motivos que se examinan seguidamente.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso, al amparo del art. 469.1.3.º LEC, se denuncia infracción de los artículos 170, 171 y 194 de la Ley Concursal.

En el motivo se sostiene, en síntesis, que en la tramitación del incidente concursal no se observó la normativa legal de los arts. 170 y 171 de la Ley Concursal, toda vez que el Juzgado, tras tener por presentada la oposición de la entidad concursada, dio nuevo traslado a la Administración concursal para que en el plazo de diez «la contestase, cuya infracción se

tal consideración). Justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores (169.1, *in fine*). Una vez presentado el informe de la administración

---

denunció estérilmente por la parte mediante recurso de reposición y en el acto de la vista celebrada el 13 de febrero de 2007, y, en contra de lo que argumenta la resolución aquí recurrida, se tradujo en indefensión en los aspectos relativos a la carga de la prueba e inversión de posiciones procesales en el acto de juicio, al dársele a la entidad concursada opositora un trato de demandante, teniendo que actuar en primer lugar, mientras que la Administración concursal tuvo la oportunidad de cerrar con sus alegaciones, y lo que es peor, dándole la oportunidad de interrogar en último lugar, de practicar su prueba en último lugar, en definitiva de ser demandados de la calificación que ellos mismos solicitan».

Con carácter prioritario debe señalarse que en los autos del incidente concursal no hay constancia de haberse cumplido el requisito del recurso de reposición contra la providencia de 9 de noviembre de 2006 a que se alude en el motivo, si bien debe tenerse por acreditada, a los efectos de la exigencia formal de los arts. 459, *in fine*, y 469.2 LEC, la denuncia oportuna de la infracción, por haberse reconocido la realidad de la misma, sin contradicción alguna, por la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Se denuncia en el motivo que la sentencia impugnada conculca el contenido de los artículos 170 y 171 de la Ley Concursal, y ello no es así porque dicha resolución explícitamente reconoce que la tramitación de la Sección de Calificación seguida en primera instancia no fue correcta al haberse dado a la Administración Concursal un trámite de contestación al escrito de oposición de la entidad concursada que no está previsto en la ley, y, a lo que cabe añadir, no exigible por el principio de contradicción.

Y si bien no atribuye al defecto procesal consecuencia anulatoria, ello responde, por un lado, a que no le da ningún valor a la “contestación” –“en modo alguno es determinante, ni tiene incidencia relevante para resolver las cuestiones planteadas”– y resuelve el asunto exclusivamente con base en el Informe de los Administradores Concursales y oposición de la entidad concursada, y, por otro lado, a que estima que dicho defecto no ha causado indefensión material a la parte recurrente por lo que no procede la nulidad de actuaciones.

En cuanto al primer aspecto resulta evidente que si la sentencia recurrida priva de valor o eficacia a una actuación procesal ningún perjuicio se puede derivar de ello para la parte que solicitó la invalidez.

Declarar la nulidad de actuaciones para reponerlas a un momento procesal anterior no supondría ningún efecto útil para el proceso, afectaría a la regla de la economía procesal, no sería conforme al principio de conservación de actos procesales (arts. 230 LEC y 243.1 LOPJ), e incluso resultaría contraria a la propia conducta endoprosesal de la parte recurrente, la cual, en el escrito de fecha 3 de enero de 2007 (f. 313 de los autos del incidente concursal), claramente solicitaba que no se admitiera a trámite el escrito de contestación de la Administración concursal, pero «sin necesidad de modificar la fecha de la vista oral para el próximo 23 de enero de 2007, habida cuenta de que no existe ningún ánimo dilatorio por esta parte, y de que la correcta tramitación de la pieza de calificación prevé que tras el escrito de alegaciones presentado por la concursada, se convoque a dicha vista».

Por otro lado, por lo que atañe al segundo aspecto relativo a la actuación de las partes en el acto de la vista no se ha producido indefensión, tal y como sienta la resolución recurrida. Para que una irregularidad o defecto procesal determine la nulidad precisa de una declaración explícita de la ley o ha de producir indefensión (arts. 225. 3.º, en cuanto a las normas del procedimiento; 459 y 469 1.3.º y 2, LEC y 238.3.º y 240.1 LOPJ), la cual habrá de ser real y efectiva –indefensión material-. En el caso no ha habido indefensión material. No la hay

concurzal, se concederá plazo de diez días al Ministerio Fiscal para que emita dictamen sobre lo mismo. Pero este dictamen no es imprescindible, pues la ley contempla el caso de que no se emita, en cuyo caso seguirá el proce-

---

en la perspectiva de la carga de la prueba, pues no consta apreciación alguna en la sentencia recurrida de la que quepa deducir que la actuación de las partes en el acto de la vista del incidente concurzal ha incidido en la distribución de la carga de la prueba, ni, lo que es más relevante, en la atribución de las consecuencias desfavorables de la falta de prueba, cuya apreciación debe entenderse sin perjuicio de lo que se razonará más adelante sobre la adecuada aplicación del art. 217 LEC con abstracción de si se actuó en una u otra postura o del momento procesal. Tampoco hay asomo de indefensión en relación con la práctica de las pruebas, ni en cuanto al orden de los informes, porque no hay la mínima constancia de que se le privara a la entidad concursada de contradecir las alegaciones y planteamientos de la Administración concurzal, habiendo podido alegar y probar sus causas de oposición con cabal plenitud y sin afectación alguna al ejercicio de su derecho de defensa.

Por todo ello se desestima el motivo.

TERCERO.- En el motivo segundo, al amparo de lo establecido en el art. 469.1.3.º LEC, se alega infracción de las normas reguladoras de la sentencia por infracción del art. 270 LEC.

El motivo se resume en que se admitió como prueba documental el contenido de las actuaciones de las demás Secciones del Concurso.

El motivo se desestima, con independencia de la deficiente indicación del enunciado, por las razones siguientes.

El art. 169 de la Ley Concursal dispone en relación con el informe de la administración concurzal que habrá de ser razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso. La disposición legal debe entenderse en el sentido de que se habrán de aportar con el informe los documentos en que se funda la propuesta de resolución, pero ello no es necesario en cuanto a los documentos que obran en las restantes Secciones del Concurso, respecto de los que no se requiere la aportación física, bastando que en el informe se haga la oportuna remisión. Por lo demás, la prueba documental fue admitida, la parte recurrente no podía desconocerla dado que obraba en las actuaciones, y es de absoluta lógica que la Audiencia Provincial reclame las restantes actuaciones en que obran documentos para cumplir la función de valoración probatoria en segunda instancia. La exigencia de que se deban reproducir, para acompañar con el informe de los administradores, documentos que obran en otras secciones no es razonable, ni es conforme a la economía procesal al suponer un derroche de tiempo y coste económico absolutamente innecesario, sin que resulte afectado en modo alguno el derecho de defensa.

CUARTO.- En el motivo tercero (por error se repite como segundo) se acusa, al amparo del art. 469. 1. 2.º de la LEC, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. En el cuerpo del motivo se alega incongruencia por contradicción entre los fundamentos de derecho segundo y cuarto de la resolución recurrida, e incongruencia *extra petita* porque no hubo petición de la causa de culpabilidad del art. 164.1 –cláusula general– LC, ni tal petición se incluía de forma tácita en el informe de los administradores.

El motivo se desestima porque carece de consistencia.

En cuanto al primer aspecto ni concurre el defecto, ni de concurrir sería de incongruencia, sino de motivación deficiente por incoherencia formal. Y no concurre porque lo que la Sentencia dice (pgs. 5 y 10 a 12) es que existen unos pronunciamientos que no pueden ser adoptados si no hay petición de la Administración Concursal o del Ministerio Fiscal, y otros que son de apreciación de oficio y aplicación automática por el Juez del Concurso, y en esto

dimiento su curso y se entenderá que no hay oposición a la propuesta de calificación formulada por la administración concursal.

no hay ninguna contradicción, sin perjuicio de señalar, aunque no hay cuestión en el presente recurso, que la adopción de oficio de las medidas requiere inexcusablemente la previa audiencia de las personas afectadas por respeto al principio constitucional de contradicción procesal.

En cuanto al segundo aspecto, relativo a la alegación de incongruencia *extra petita* por alteración de la *causa petendi*, debe señalarse, por un lado, que evidentemente se aprecia una inclusión tácita (*rectius* implícita) en el Informe de la Administración Concursal que se revela singularmente en el apartado F), en cuanto se refiere al hecho de la disposición de la cantidad de 1.750.000 euros [que se extrajeron de la tesorería de la empresa sin contrapartida] como «determinante de la agravación» de la insolvencia, lo que encaja plenamente en el precepto del art. 164.1 LC; y debe resaltarse, por otro lado, que para la concurrencia del supuesto genérico de culpabilidad del concurso no resulta ineludible, otra cosa es que sea conveniente, que la calificación del Informe de la Administración Concursal o del dictamen del Ministerio Fiscal contenga una mención explícita y formal del concreto precepto legal que cobija el supuesto normativo, siendo suficiente que en la fundamentación consten los hechos relevantes para la adecuada calificación y que claramente resulten expresivos de la causa correspondiente, como sucede en el caso.

QUINTO.- En el motivo cuarto se denuncia, al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC, infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba.

Se impugna la valoración de las pruebas pericial y documental fundamentalmente en relación con la apreciación de la resolución recurrida de que las transferencias realizadas por importe de 1.500.000 euros y 250.000 euros no tienen contraprestación alguna. Asimismo se denuncia la infracción de los arts. 335, 343 y 348 LEC al atribuir parcialidad al perito Dn..., por el mero hecho de haber sido aportada la pericial por la parte.

El motivo se desestima por tres razones.

La primera razón consiste en que la valoración probatoria es una función que corresponde a los Tribunales que conocen en primera y segunda instancia, a los de esta en la misma medida que a los de aquélla dentro del ámbito devolutivo, y queda fuera del conocimiento de este Tribunal en los recursos extraordinarios.

La segunda razón reside en que si bien excepcionalmente cabe un control por este Tribunal de la alegación de un error en la valoración probatoria, para tal verificación se requiere que pueda existir un error fáctico patente, arbitrariedad o irracionalidad, con conculcación del art. 24 CE, y se plantee la denuncia por el cauce del art. 469.1.4.º LEC. Y nada de ello sucede en el caso, pues ni siquiera las normas probatorias aludidas contienen reglas de prueba legal o tasada que hubieran podido determinar una posible arbitrariedad.

Y finalmente, el Tribunal no atribuye al perito que haya sido parcial, sino que, en ejercicio de su función soberana de valoración de la prueba, considera más convincente, y con mayor objetividad, el informe de los administradores concursales que el pericial aportado por la parte, sin que quepa desconocer, además, que el informe de los administradores no es un elenco de meras manifestaciones, sino que tiene soporte en la documental que explícitamente reseña.

SEXTO.- Los motivos quinto y sexto se alegan conjuntamente, y en los mismos se denuncia, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y concretamente del art. 218.2 LEC que establece que las sentencias deberán estar motivadas.

La calificación del concurso como culpable no se deja al buen criterio del juez, ni a la mera opinión de los administradores concursales. Pero tampoco lo contrario. La ley define los supuestos de concurso culpable, pero en ocasiones lo hace en términos tan abiertos que deja un amplio margen de apreciación al informe de los administradores concursales y a la decisión final del juzgador. El sistema de definición del concurso culpable (el del fortuito es menos problemática, pues es fortuito el concurso no culpable) se

---

En el cuerpo del motivo se acumulan diversas alegaciones relativas a: (a) que no se han valorado las pruebas pericial, testifical y documental; (b) falta de prueba de que la disposición de 1.750.000 euros fue la causa de la insolvencia de la sociedad; y (c) que la insolvencia anterior a la posición de D... y D... como administradores de la sociedad simplemente se menciona pero no se valora y, sin embargo, es una alegación esencial en la medida en que por sí misma es relevante para verificar la causa del concurso, y la gradación en su caso de la responsabilidad.

Los motivos deben desestimarse por las razones siguientes:

La primera alegación (a) carece de base alguna pues la valoración de la prueba se motiva con amplitud y claridad en el fundamento tercero de la resolución recurrida, el cual no se limita a aceptar los razonamientos segundo y tercero de la resolución de primera instancia (válida como motivación por remisión), sino que incluso expone diversas razones en orden a la apreciación de los datos fácticos relevantes que explican la raíz causal del fallo *–ratio decidendi–*. Otra cosa diferente es que la parte no esté de acuerdo con la valoración de la prueba que se efectúa en dicha resolución, pero ello no tiene nada que ver con la motivación. Por otro lado debe señalarse que la motivación no exige al Tribunal explicar el porqué de atribuir una mayor o menor convicción a cada uno de los elementos de prueba obrantes en las actuaciones.

La segunda alegación (b) no se ajusta a lo que dice la resolución recurrida, dado que el último párrafo del fundamento de derecho tercero de la misma claramente se refiere a que la disposición de tesorería por importe de 1.750.000 euros «agravó» el estado de insolvencia de la entidad, y, por otro lado, lo que es más relevante, no resulta incardinable en los motivos, porque referida la denuncia formulada en los mismos a la motivación, el hipotético error en la valoración probatoria no supone falta de argumentación, sino otro tipo defecto, para cuya verificación por este Tribunal procedería un planteamiento procesal diferente.

Finalmente, en cuanto a la tercera alegación (c) carece de trascendencia para el pleito. Los hechos relevantes para la calificación del concurso como culpable (causas del art. 164.1 y 2. 1.º y 2.º LC) se produjeron bajo la administración social de D... y D..., y no resulta cuestionable, sin hacer supuesto de la cuestión, que la salida de la tesorería sin contrapartida en los meses de enero y febrero de 2005 de cantidades por importe total de 1.750.000 euros produjo el estrangulamiento económico de la empresa. Por último, entrar aquí ahora a discutir sobre responsabilidades no resulta oportuno dada la naturaleza y función del recurso que se examina, y tanto más que los administradores afectados no han recurrido». D. Jesús Corbal Fernández.

Una vez unido el informe de la administración concursal, se dará traslado del contenido de la sección sexta al Ministerio Fiscal para que emita dictamen en el plazo de diez días. El juez, atendidas las circunstancias, podrá acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de diez días más. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen en ese plazo, seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación (art. 169.2).

construye sobre la base de dos fórmulas<sup>24</sup>: a) por una parte, se considera culpable el concurso en que medie dolo o culpa grave del deudor (art. 164.1), añadiendo el art. 165 tres supuestos de presunción *iuris tantum* de la existencia de dolo o culpa grave (lo que no impide que estos, el dolo y la negligencia grave) puedan revestir otras formas, pero entonces deberán acreditarse. Y junto con la anterior fórmula general se añade una relación de supuestos concretos (lista de casos) de concurso culpable. Analizaremos seguidamente, de manera sumaria, estas dos fórmulas y, en vista de que se pronuncian con frecuencia con términos laxos, anotaremos algunas resoluciones judiciales<sup>25</sup> que, como precedentes de autoridad, pueden ayudar en la tarea de precisar el significado de las fórmulas legales.

a) Fórmula abstracta de definición del supuesto general. Dispone el art. 164.1 que «el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho». Se presume la existencia de dolo o culpa grave, añade el art. 165, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, se encontraran en alguno de los tres siguientes supuestos: I) hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso; II) hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores; y III) si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no

<sup>24</sup> Declara la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de marzo de 2007 (Ponente D. Ignacio Sancho Gargallo): «FUNDAMENTOS DE DERECHO. Séptimo... Para juzgar sobre la calificación culpable o fortuita del concurso, la Ley centra su atención en determinar cuándo puede calificarse culpable el concurso, para lo que atiende a un triple criterio: en primer lugar, a una definición legal, que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor, o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume *iuris tantum* el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC)...».

<sup>25</sup> Las resoluciones judiciales las hemos obtenido de F. GÓMEZ, MARTÍN, *Calificación del Concurso de Acreedores*. El autor amablemente nos ha cedido este trabajo, del que no me consta edición, Sevilla, 2009, revisado en mayo 2010. Su consulta resulta imprescindible. Pueden verse también A. BARÓ CASALS, *Jurisprudencia Concursal Sistematizada (2006, 2007, 2008 y 2009)*, accesible en Internet, donde aparece ordenada, artículo a artículo de la Ley Concursal, los pronunciamientos judiciales más significativos, y J. A. GARCÍA-CRUCES, «El problema de la represión de la conducta del deudor», *La Reforma de la Legislación Concursal*, Jornadas, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002, ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2003.

hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado<sup>26</sup> en el

<sup>26</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Madrid, de fecha 16 de enero de 2007, que volveremos a citar «FUNDAMENTOS DE DERECHO. OCTAVO.- 1. Por último, alude la Administración concursal a la falta de depósito de las Cuentas Anuales de Núcleos de Organización y Administración, S.A. durante los ejercicios 2002 y 2003. No se pone en duda por ninguno de los intervinientes que las cosas fueron así desde 1999. La evidencia de tal hecho resulta del cierre de la hoja registral acordada por el Registrador Mercantil en aplicación del artículo 378 RRM. De acuerdo con el artículo 165.3.º LC «se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario (...):(...) 3.º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso». Como hemos puesto de relieve desde el año 1999 hasta el año 2003 las Cuentas Anuales de la entidad Núcleos de Organización y Administración, S.A. no fueron ni confeccionadas ni depositadas. La Administración concursal ciñe dicha responsabilidad a los tres años anteriores a la declaración de concurso (artículo 165.3.º LC). Debemos partir de que el artículo 165 LC presume dolo o culpa grave en la causación o agravación de la insolvencia cuando concurren algunos de los comportamientos en el mismo relacionados, presunción que lo es salvo prueba en contrario. Ello supone una suerte de inversión en la carga de la prueba, esto es, que aquel a quien se imputa la conducta presuntiva puede destruirla mediante su actividad probatoria. Caso de no realizar actividad probatoria al respecto o no tener virtualidad para destruir la presunción deberá considerarse que la conducta tipificada conlleva la declaración del concurso como culpable.

2. La conducta tipificada en el artículo 165.3.º LC consiste en que el deudor obligado a ello bien no haya formulado las Cuentas Anuales, bien no las haya sometido a auditoría, debiendo hacerlo, bien no las haya depositado en el Registro Mercantil una vez aprobadas. Y ello con alcance a los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso. No hay duda que la responsabilidad de confeccionar y depositar en el Registro Mercantil las Cuentas Anuales de una sociedad corresponde a los administradores sociales (artículos 171 LSA y 84 LSRL). El administrador social en los ejercicios en que debieron ser confeccionadas y depositadas las Cuentas Anuales de Núcleos de Organización y Administración, S.A. correspondientes a los ejercicios 2002 y 2003 fue la entidad ACUMEN BV. Esta fue designada administradora desde el día 13 de julio de 2001 hasta el mes de marzo de 2004 (interrogatorio de D. Narciso). Durante tal período, ACUMEN BV designó, ex artículo 143 RR, a D. Luis Andrés como apoderado en España y en su virtud gestionaba la entidad Núcleos de Organización y Administración, S.A. Precisamente dicho demandado afirmó en el acto de la vista que era consciente de que las Cuentas Anuales no se confeccionaban, y atribuyó tal falta a problemas de auditoría, aunque no concreto cuáles. En el escrito de oposición a la calificación del concurso como culpable, tanto D. Luis Andrés como ACUMEN BV afirman en relación con dicha causa que lo relevante no es que durante el período aludido se dejaran de confeccionar y depositar las Cuentas Anuales –lo que, como hemos dicho, se reconoce– sino que en el momento de declararse el concurso tal defecto había sido subsanado –lo que tampoco nadie discute–. No puede admitirse tal tesis. Habida cuenta del fin que la Ley atribuye a las Cuentas Anuales tanto por la información interna que proporcionan como la externa, es obvio que en la causación o agravamiento de la insolvencia tiene importancia relevante la omisión de la confección y depósito de las Cuentas Anuales en el momento en que debió llevarse a cabo. Por un lado, porque su conocimiento pudo alertar al órgano de administración y aconsejar la adopción de ciertas decisiones (vid. p.e. artícu-

Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

b) Fórmula complementaria de relación o listado de casos singulares de concurso culpable (art. 164.2). En todo caso el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: I) cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera «sustancialmente» esta obligación<sup>27</sup>, llevara doble contabili-

---

los 262 LSA y 105 LSRL); y por otro, porque los proveedores y los clientes hubieran podido a su vista adoptar determinadas conductas que la ignorancia de tales Cuentas no les permitió. De ahí que la conducta relevante sea la omisión de la confección y depósito tempestivo de las Cuentas Anuales, y sea irrelevante el que, en el momento de la declaración del concurso se hubiera subsanado el defecto. Sin embargo, no podemos olvidar que nos encontramos ante una presunción iuris tantum de culpabilidad. Si el administrador que omitió su obligación de confeccionar y depositar las Cuentas Anuales acreditase debidamente que tal omisión ha sido irrelevante a los efectos de generar o agravar el estado de insolvencia de la concursada, tal omisión debería considerarse irrelevante a los efectos de la declaración de culpabilidad. Pero este no ha sido el caso, por lo que el concurso merece el calificativo de culpable por tal causa». D. Antoni Frigola i Riera.

<sup>27</sup> La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Alicante, de fecha 31 de julio de dos mil ocho, califica de culpable el concurso por incumplimiento sustancial de la llevanza contable: «FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Primero.- Planteamiento.

1. Por la administración concursal se solicita la calificación como culpable del concurso de la entidad JOSIMASA SL, que se tramita coordinadamente con el de la sociedades TRUDO SL y DISEÑO Y LOGISTICA DEL CALZADO SL (con igual numero de autos pero bis y ter, respectivamente, con el que comparten gran parte de la problemática, por lo que idéntica ha de ser la respuesta) por estar incurso en los supuestos del art. 164.2.1 LC, indicando como persona afectada por la calificación al que fue su administrador D... la inhabilitación de 4 años.

2. El Ministerio Fiscal en su informe se adhiere a los mismos motivos y peticiones indicados por la administración concursal.

3. La mercantil concursada y la persona afectada se oponen, en extracto, negando la concurrencia de las causas aducidas por la admón. concursal y Ministerio Fiscal.

4. Las alegaciones fácticas y pretensiones de las partes delimitan el alcance del pronunciamiento judicial, sin que pueda el Juzgador apreciar ex officio supuestos de culpabilidad no invocados y cuyo sustrato fáctico no haya sido debatido, por exigencia del principio de defensa y de contradicción (Art. 24 CE y 218 LEC) precisando la sentencia de calificación una previa petición fundada de la admón. concursal o del Ministerio Fiscal, que constriñen los pronunciamientos condenatorios, a salvo el de inhabilitación, en el que solo viene limitada su extensión al considerarse pena civil ex lege en caso de calificación culpable (así, STC 174/2003 en caso de pena de inhabilitación no solicitada por la acusación).

Segundo.- El sistema legal de la calificación concursal.

5. El Art. 164.1 dice que “El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho”».

dad<sup>28</sup> o hubiera cometido irregularidad «relevante»<sup>29</sup> para la comprensión de

Son, pues, requisitos esenciales para la declaración del concurso culpable los siguientes: I) comportamiento activo o pasivo del deudor o de sus representantes legales, y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho; II) que ese comportamiento tenga una carga de antijuridicidad elevada, ya que ha de ser a título de dolo o culpa grave, no bastando ningún otro tipo de negligencia; III) un resultado: la generación o agravación del estado de insolvencia y IV) la relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto afectado por la calificación y el resultado, es decir, que la generación o agravación del estado de insolvencia se deba a la actuación del declarado como culpable.

6. Junto a la cláusula general del Art. 164.1 LC, hay una serie de supuestos legales que aparecen en el artículo 164.2 y en el artículo 165 que tienen distinta naturaleza y alcance.

7. Los previstos en el artículo 164, son catalogados por algunos autores como presunciones *iuris et iure*, por lo que no admiten prueba en contrario y de la expresión empleada por la ley (“En todo caso, el concurso se calificará como culpable...”) se infiere que abarca a todos los elementos exigidos para la declaración del concurso culpable. En palabras de la AP de Barcelona, Sección 15.<sup>a</sup> (Pte. Sancho Gargallo) “el Art. 164.2 tipifica una serie de conductas, cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y que si en su realización el deudor ha incurrido en dolo o culpa grave” (sentencia de 19 de marzo del 2007) que en la sentencia de 27/4/2007 añade que “Esta expresión ‘en todo caso’ no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que cuando menos constituye una negligencia grave del administrador”.

8. En cambio, los supuestos del Art. 165 se califican como presunciones *iuris tantum*, y por tanto admiten prueba para desvirtuarlo, y solo se refieren al elemento subjetivo del comportamiento del sujeto pasivo, es decir, se presume la existencia de dolo o culpa grave en el sujeto pasivo, pero no se presumen el resto de los requisitos antes enumerados, que deberán ser acreditados por la parte que insta la declaración (la generación o agravamiento de insolvencia y la relación causal con el comportamiento del sujeto pasivo). Como dice la Audiencia Provincial de Córdoba de 28 de marzo 2008 aunque tienen la misma finalidad, sin embargo no tienen la misma amplitud aplicativa las presunciones *iuris tantum* del Art. 165 que las presunciones *iuris et iure* del Art. 164.2» indicando que “las presunciones de artículo 165 solo cubren el elemento subjetivo del dolo o culpa grave y no el resto de los requisitos que deberán ser cumplidamente acreditados”, cosa que no ocurre con las del Art. 164.2.

Tercero.- El supuesto del Art. 164.2.1 LC.

9. Conforme al Art. 164.2.1.º el concurso se califica como culpable cuando “el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara”. Son, pues, tres las hipótesis legales equiparadas a efectos de declarar culpable en todo caso el concurso: a) no llevanza de contabilidad; b) llevanza de doble contabilidad y c) llevanza de contabilidad con irregularidades relevantes, que remarca la importancia que el legislador otorga a la contabilidad, que en el Art. 165.3 contempla como presunciones *iuris tantum* la del deudor que obligado legalmente a la llevanza de contabilidad “no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso”, que vienen a catalogarse como conductas indebidas de menor intensidad.

su situación patrimonial o financiera de quien la llevara; II) cuando el deu-

10. Conviene recordar que conforme a la regulación contenida en el CCo en la redacción anterior a 1/1/2008 (aplicable a los presentes autos) la mercantil concursada debe llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Por tanto, no basta solo el resumen anual sino que debe la contabilidad ofrecer la información cronológica de la vida económica de la sociedad y por eso dice el Art. 25 que se llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario. En tanto que el primero se abrirá con el balance inicial detallado de la empresa, transcribiéndose al menos trimestralmente con sumas y saldos los balances de comprobación y contendrá el inventario de cierre del ejercicio y las cuentas anuales, en el libro Diario se registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa, admitiéndose la anotación conjunta de los totales de las operaciones por períodos no superiores al mes, a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que se trate. Libros que deben presentarse al Registro Mercantil para su legalización, bien antes de su utilización (poniendo en el primer folio de cada uno diligencia de los que tuviere el libro y, en todas las hojas de cada libro, el sello del Registro), bien a posteriori (al ser válida la realización de asientos y anotaciones, por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas que después se encuadernan correlativamente para formar los libros obligatorios) pero siempre antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio, con la posibilidad de legalización a través de procedimientos telemáticos (Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 1999) y que deben ser llevados, cualquiera que sea el procedimiento utilizado, con claridad, por orden de fechas, sin espacios en blanco, interpolaciones, tachaduras ni raspaduras, salvándose a continuación, inmediatamente que se adviertan, los errores u omisiones padecidos en las anotaciones contables y sin que puedan utilizarse abreviaturas o símbolos cuyo significado no sea preciso con arreglo a la ley, el reglamento o la práctica mercantil de general aplicación y cuya conservación, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, le corresponde al empresario

11. En el caso presente son datos fácticos relevantes los siguientes:

I) el concurso de JOSIMASA SL se interesa el 18 de octubre de 2006 y tras trámite de subsanaciones en dos ocasiones por la deficitaria solicitud formulada, se declara por auto de 28 de noviembre de 2006 y en fecha 19 de noviembre de 2007 se apertura la fase de liquidación.

II) los Libros de contabilidad de Josimasa SL de los ejercicios 2004 y 2005 están legalizados el 1/6/2006 y 5/10/2006, respectivamente, por ende fuera de plazo del Art. 27.2 CCo vigente en el momento de los hechos, que prevé un plazo máximo de 4 meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio, que es a 31 de diciembre, según se aprecia de las cuentas anuales aportadas (hecho no controvertido y consta en el informe del Art. 75 LC), sin que consten legalizados los del ejercicio 2006.

III) constan depositadas las cuentas anuales de la concursada de los ejercicios 2003, 2004 y 2005 (hecho no controvertido y consta en el informe del Art. 75 LC).

IV) no consta que se facilitase a la admón. concursal los libros contables de la ejercicios 2004 y siguientes, ni consta la pérdida, sustracción o extravío.

V) interesada por la admón. concursal la contabilidad de los años 2004, 2005 y 2006 en soporte informático, se facilitó soporte informático por la concursada de la que manifiesta que obra en su poder (según escrito de la misma y resoluciones obrantes en autos), sin que conste que reúnan las características técnicas impuestas para la legalización de libros en los

dor hubiera cometido «inexactitud grave» en cualquiera de los documentos

Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos ni que su contenido responda a las exigencias de integridad de los libros contables obligatorios.

12. Al margen de lo hechos no controvertidos, no aporta ningún dato ni prueba la concursada ni el administrador societario (Art. 217 LEC, principio de facilidad probatoria) acerca de que efectivamente los libros contables de preceptiva llevanza (Libros de Inventarios y Cuentas anuales y Libro Diario), fuesen facilitados a la admón. concursal, sin que haya razón alguna para dudar de la aseveración expuesta por este órgano independiente, de configuración legal plural y profesionalizado. No hay constancia ni documento alguno que advere que los libros de los ejercicios 2004 y 2005 legalizados en fechas inmediatamente anteriores a la solicitud de concurso (en un caso tres meses y medio y en otro escasos 13 días) hayan sido previamente entregados a la admón. concursal.

13. Libros que, conforme al Art. 30 CCo., su custodia le corresponde al empresario, e inclusive considerando (lo cual es ciertamente discutible) aplicable la prevención de los liquidadores a los administradores concursales, lo que no hay duda es que hasta la apertura de la fase de liquidación (aquí, en fecha 19/11/2007) tal custodia era carga del administrador societario, que desconoce todo lo relativo a su llevanza y control, y que aclara que no hay denuncia formulada por pérdida, sustracción o extravío.

14. En definitiva, se ignora qué contenían los libros legalizados de 2004 y 2005, en tanto que los del año 2006 ni siquiera se legalizan y se desconoce absolutamente su contenido, sin que los soportes informáticos facilitados permitan suplir su falta.

15. Ello es así por cuanto no son de aquellos que reúnen las notas y características técnicas que impone la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 1999 para la legalización de libros en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos, que en su Art. 5. 1 preceptúa que “La información presentada en soporte informático relativa a cada libro dispondrá de un sistema de protección con el objeto de garantizar la no manipulación desde la creación del soporte por la entidad o sujeto presentante y hasta que éste se incorpore al Libro-fichero de legalizaciones en el Registro Mercantil correspondiente. La protección se realizará mediante la utilización de claves de autenticación por medio del algoritmo estándar MD5”, por lo que no reúnen los requisitos de fiabilidad, claridad y exactitud precisos, sin que conste que su contenido responda a las exigencias de integridad de los libros contables obligatorios (Diario e Inventario y Cuentas Anuales de 2004, 2005 y 2006), por lo que no aportan la información para poder discernir si existen irregularidades contables o doble contabilidad. Al no existir garantías de integridad no se puede determinar si ha habido ocultación de asientos o errónea contabilización de operaciones y su alcance.

16. Conviene traer a colación la reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en el anterior derecho de quiebras (SSTS 27-3-87, 17- 4-90, 17-12-91, 22-11-1995, que cita otras más antiguas, como las de 24-4-1901, 17-6-1902, 5-11-1956, 7-2-1964, 6-12-1966 y 13-10-1969, seguidas además por nuestras Audiencias, como muestran las SSAP Valencia, sec. 8.ª, de 1-3-2004, AP Palencia de 22-3-2002, AP Vizcaya, sec. 4.ª, de 25-2-2002, o de esta misma Sala, AP Barcelona, sec. 15.ª, de 14-3-2005 y 8-7-2004), que declaraba que es la falta de llevanza de libros de contabilidad oficiales la que determinaba que la conducta se calificase como presunción *iuris et de iure* de quiebra fraudulenta, indicando la SAP de Madrid de 19/10/2006 (Sección 28.ª) que a los efectos de interpretar el derogado Art. 890 del Código de Comercio de 1885: «Estos libros de comercio para que sean considerados como libros, a tales efectos, tienen que reunir los requisitos materiales (encuadernación, foliación y existencia de algún asiento) y formales (legalización en el Registro Mercantil, artículo 27 del Código de Comercio y artículos 296 a 298 del Reglamento del Registro Mercantil». De manera concreta, en un caso de aportación de soportes contables bajo la legislación derogada, que no impide la calificación de fraudulenta, la SAP de Madrid de 4 de julio de 2005.

acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados duran-

17. Por todo lo expuesto hay que concluir que los hechos descritos tienen su encaje en el Art. 164.1.2 LC (incumplimiento sustancial de la llevanza de la contabilidad), sin que el solo hecho de formular y depositar las cuentas de los años 2005 y anteriores y el facilitar un soporte informático en las condiciones descritas no lo excluye, como pretende la concursada y el administrador societario, ya que:

I) no hay constancia de contabilidad fehaciente correspondiente al ejercicio 2006 antes de la declaración de concurso ni después, recordando que cuando al concursado se le suspendieron sus facultades de admón. y disposición ello solo acaeció a partir del 19/11/2007, por lo que hasta ese momento no podía desligarse en ningún caso de sus obligaciones contables, aclarando el Art. 47.2 que durante la tramitación del concurso la formulación de las cuentas anuales corresponderá al deudor bajo la supervisión de los administradores concursales. Precisamente la contabilidad de ese año era esencial para averiguar la regularidad del comportamiento del deudor y determinar si se han producido pagos anticipados, extracciones sin justificar, trasposos indebidos o cualesquiera otras prácticas indebidas que no han podido ser objeto de análisis, como expone la admón. Concursal.

II) las cuentas anuales depositadas de los años 2005 y anteriores en todo caso no son bastantes, pues solo ofrecen un resumen anual de las magnitudes económicas globales de la empresa, pero la contabilidad debe además aportar la información diaria de la vida económica de la sociedad. Aquí se ignora ese movimiento diario (en los términos dichos) e individualizado, que es esencial, por otra parte, para conocer si la información global se ajusta o no a la realidad. La falta denunciada implica incumplimiento sustancial de la llevanza de la contabilidad, pues no se puede tildar su omisión como accesorio o auxiliar sino que es una pieza clave integrante de un solo todo o de un sistema de contabilidad preestablecido, de manera que su falta afecta a todo el sistema, que deja de ser lo que la Ley quiere, habiendo dicho la jurisprudencia (SAP de Madrid de 19/10/2006 bajo la legislación anterior, trasladable a la vigente) que “las cuentas anuales del ejercicio X hayan sido depositadas en el Registro Mercantil no suple la falta de los libros de comercio correspondientes a tal ejercicio”...

III) Se priva con ello de la información indispensable para conocer la situación patrimonial de la concursada y su evolución en los años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, de tanta trascendencia por ejemplo a efectos de declarar ineficaces actos perjudiciales (Art. 71 y ss).

18. El supuesto legal enjuiciado permite la declaración de culpable del concurso, bastante por sí para tal declaración, ya que este artículo 164.2 abarca a todos los elementos exigidos para la declaración del concurso culpable (SAP de Barcelona, Sección 15.<sup>a</sup> de 19 de marzo del 2007) o como dice la SAP de Córdoba de 28 de marzo de 2008 “que en este supuestos de calificación del concurso, la tipificación de ilícitos civiles resuelve el problema de una relación de causalidad concreta, así como hace innecesaria la discusión de si la conducta es dolosa o la culpa es no grave” con apoyo en la doctrina jurisprudencial recaída sobre el Art. 890 CCo (STS 22/11/1985 según la cual “lo que alberga son normas de calificación de conducta y comportamiento, que al concurrir determinan necesariamente la calificación fraudulenta de la actuación del comerciante”), sin que sea preciso para su estimación perjuicio a los acreedores, pues no es exigencia legal (así, en la doctrina, entre otros, Machado).

Cuarto.- Las consecuencias de la calificación culpable.

19. Con arreglo al artículo 172, y dado que concurre el supuesto del Art. 164.2.1.º LC (que hace innecesario el análisis del otro supuesto legal invocado) procede declarar el concurso como culpable, siendo D... de administrador de la persona jurídica deudora, sin que pueda servir de excusa el que carezca de conocimientos contables, pues es el administrador societario el responsable, sin que ello signifique que deba elaborar material o directamente

te la tramitación del procedimiento<sup>30</sup>, o hubiera acompañado o presentado

el mismo. Si se encarga a tercero, responde en todo caso (Art. 25 CCo) al serle imputable la llevanza y custodia de los libros contables, sin que concurra causa eximente, que no puede ni el mero cese de actividad

20. Al citado D... se le impone la sanción de inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un período de cuatro años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, que se considera ajustada a la entidad de los deberes contables incumplidos y su extensión temporal, pues esencial aparece en las sociedades capitalistas la contabilidad, dado que en un sistema de responsabilidad limitada son los únicos datos con los que cuentan los terceros a la hora de apreciar la solvencia de aquel con quien se relacionan o para comprobar que su actuación ha sido la correcta

21. En cuanto a los efectos patrimoniales, a la vista de que no han sido peticionados en los escritos de los legitimados activamente, no procede declaración alguna (Art. 218 LEC y 24 CE)

Quinto.- La innecesidad de convocatoria social para cese.

22. Dado que el administrador de la persona jurídica concursada inhabilitado ya ha sido cesado en su cargo por imperativo del Art. 145.3 LC, deviene innecesario que la administración concursal convoque junta o asamblea de socios para el nombramiento de otro que haya de cubrir la vacante, prevista en el Art. 173.

Sexto.-Costas.

23. Al no existir una jurisprudencia consolidada por tratarse de una materia novedosa, no se efectúa imposición de costas (art. 394 de la L.E.C.).

Vistos los preceptos legales y demás de general aplicación al caso,

FALLO: Que estimado parcialmente las pretensiones formuladas por la Admón. concursal y el Ministerio Fiscal debo declarar y declarar:

que el concurso de JOSIMASA SL es culpable.

que el administrador de JOSIMASA SL, D... tiene la condición de persona afectada por la calificación.

<sup>28</sup> En cuanto al supuesto de llevanza de doble contabilidad, interesa la STS (Sala de lo Penal), de 30.01.1991: «Segundo. El juez civil calificó de fraudulenta por él declarada, por concurrir las circunstancias previstas en el artículo 891 del Código de Comercio... según los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, en los que asienta la información cardinal de que la quebrada llevaba constantemente una doble contabilidad sistematizada que, por completo, afectaba a todo el montante comercial de la empresa, de manera que un gran número de operaciones comerciales quedaban solo reflejadas en la contabilidad oculta, llamada en la empresa Caja B, y detraídas al juego y resultado de la contabilidad transparente asentada en los libros oficiales que, por la razón dicha, no reflejaban la situación real de la empresa, y esa doble contabilidad que permitía al procesado ocultar en el balance cantidades en dinero, que procedía de las operaciones comerciales realizadas por la empresa, y del que en parte se lucraba, pone de manifiesto el ánimo de defraudar a los acreedores sociales, pues toda doble contabilidad tiene por finalidad ánimo defraudatorio, y el perjuicio real causado a estos al detraer del patrimonio alguna cantidad es causa, o al menos con causa determinante de la quiebra económica acaecida...».

<sup>29</sup> Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, de fecha 16 de febrero de 2006: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. CUARTO.- La primera de las presunciones de concurso culpable invocadas es la contemplada en el tercer inciso del artículo 164.2.1.º de la Ley Concursal, según el cual, el concurso se calificará como culpable, cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de la contabilidad, hubiere cometido, en la que llevaré, *irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera*.

documentos falsos; III) cuando la apertura de la liquidación haya sido acor-

Como se deduce del tenor literal del precepto, no basta la prueba de cualquier irregularidad en la llevanza de la contabilidad para tener amparo en la presunción sino que tiene que ser relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor, esto es, tendrá que ser de la suficiente entidad como para incidir en la comprensión de su real situación patrimonial o financiera, precisamente porque esa irregularidad contable la desvirtúe.

En el informe de la administración concursal, y tampoco en el dictamen del Ministerio Fiscal, se concretan cuáles de los hechos invocados como relevantes para la calificación podrían integrar, a su juicio, la presunción ahora analizada, pero solo pueden tener encaje los señalados en los números 1, 2, 3, 4, 6 y 9 del fundamento anterior, al ser ajenos a la contabilidad el resto de los hechos reseñados.

#### 1) Pago de cheques innominados y anticipos de remuneraciones.

Desde luego, no parece que puedan calificarse como irregularidad relevante que incida en la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad deudora, los hechos descritos bajo esta rúbrica.

En la contabilidad figura un saldo acreedor por importe de 15.506,12 euros en la “cuenta corriente con administradores”. Dicho saldo tiene origen en el pago de dos cheques por importe de 7.753,06 euros, sin que exista documento que justifique o soporte su pago, lo que constituye una irregularidad contable hasta el punto de que se discute, porque no resulta de la contabilidad, el concepto y la causa del pago, afirmando los propios administradores, don Miguel y don José, que están mal contabilizados en la cuenta corriente con administradores porque se trata de cantidades destinadas al pago de nóminas atrasadas, anticipos u otros gastos corrientes. Sin embargo, de las copias de los referidos cheques remitidas por las entidades bancarias, resulta que el cheque n.º 9.206.583 de la entidad Santander Central Hispano por importe de 7.753,06 euros, de fecha 1 de diciembre de 2003, fue cobrado por don Miguel (folio 1.315), y el cheque n.º 6.827.856 de la entidad BBVA, por idéntico importe, de fecha 29 de marzo de 2004, fue cobrado, cuando ya no era administrador, por don José (folios 1.291 y 1.292), estando estampada su firma en el reverso de los respectivos cheques bajo la expresiva rúbrica de “recibí”.

Ahora bien, que dos de los administradores, de los cuales uno ya no lo era al emitirse el cheque, hayan percibido una cantidad sin estar justificado el pago y sin que estos hayan probado que materialmente los cheques fueran cobrados por empleados para su ingreso en caja con el objeto de atender necesidades de la empresa, lo único que determina es una deuda de los administradores con la sociedad, que es lo que refleja la contabilidad, por lo que la irregularidad contable antes señalada (pago sin documento o soporte contable que lo justifique) no incide en la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad, sin perjuicio de las consecuencias del cobro de esas cantidades.

De igual forma la existencia sin saldar de la cuenta denominada anticipos de remuneraciones por importe de 3.540.000 ptas., como consecuencia de anticipos en los años 1994, 1995, 1996 y 1997, puede considerarse una irregularidad contable en la medida en que no existe soporte documental del gasto ni, en consecuencia, la persona beneficiaria de dichos anticipos, debiendo haberse cancelado en los ejercicios correspondientes, pero carece de relevancia para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.

#### 2) Cancelación de saldos de contabilidad

No se discute que con fecha 30 de octubre de 2002, se cancelaron, mediante un apunte contable denominado “asiento asesoría”, los saldos de determinadas cuentas por un importe total de 426.678,93 euros, concretamente las cuentas denominadas Caja Torre, Caja Suchil, Caja Alcocer y Caja Nave, correspondientes a los distintos establecimientos de la deudora y la denominada cuenta Copy.

## dada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al

La cancelación de dichos saldos no implica irregularidad contable, sino la necesaria regularización de una situación que no refleja la imagen fiel del patrimonio de la sociedad que, además, es consecuencia del informe de auditoría del ejercicio 2001. En dicho informe (folios 1.017 y 1.018) ya se pone de manifiesto que en el saldo de caja se incluyen efectivo, pagarés y recibos pendientes de ingresar en bancos a la fecha de vencimiento o de descontar, por un importe de 19.506.712 pesetas y no consta que el desfase entre las cuentas contables de caja y la tesorería obedezca a circunstancia distinta de la manifestada por la administradores, esto es, la práctica errónea anterior de contabilizar en caja, tanto efectivo como pagarés, que luego eran descontados, sin que se reflejase el menor valor percibido como consecuencia de las operaciones de descuento, lo que arrastraba saldos ficticios acumulados de muchos años.

Por otra parte, en el informe de auditoría también se indica la salvedad derivada de no cancelar saldos de difícil realización derivados de ventas a clientes y prestaciones de servicio, precisamente por el importe que refleja la denominada cuenta Copy (54.155.742 pesetas equivalentes a 325.482,56 euros).

En definitiva, podrá imputarse a los administradores la tardía eliminación de unos saldos inexistentes, lo que se analizará en otro apartado, pero no la regularización derivada de su cancelación.

### 3) Irregularidad contable.

En las cuentas del ejercicio 2002 se efectúa un ajuste de reservas contra ingresos extraordinarios en la cuantía de 272.080,83 euros, lo que determina que el resultado del ejercicio antes de impuestos, sea de -249.696,22 euros en lugar de -521.777,05 euros.

En la memoria del ejercicio 2002 (folio 222), se especifica que *“Los gastos y pérdidas de ejercicios anteriores recogen una serie de regularizaciones de cuentas, fundamentalmente saldos deudores de difícil realización y otros ajustes, que han surgido en este año como consecuencia de una depuración de la contabilidad. Debido a que las pérdidas, puestas de manifiesto en este ejercicio, se generaron y provienen de ejercicios anteriores, se han registrado dentro de este epígrafe de ‘gastos y pérdidas de ejercicios anteriores’ ya que no tendría sentido considerarlas como resultados de la explotación del año 2002.*

*Como consecuencia de lo explicado en el párrafo anterior y debido precisamente a que las pérdidas ahora registradas provienen de ejercicios anteriores se ha decidido, y así se propondrá a la Junta General de Accionistas, disminuir las reservas disponibles hasta su cancelación, pues es claro que en ejercicios anteriores se registraron beneficios superiores a los que en realidad correspondían. Por tanto, se ha disminuido el saldo de las reservas mencionadas (ver Nota 9) abonándolas a ingresos y beneficios de otros ejercicios”.*

Con independencia de que la forma en que se afloran las pérdidas de ejercicios anteriores, no contabilizadas en los mismos, pueda ser una irregularidad contable, dicho proceder no afecta a los fondos propios de la sociedad, como reconoce la propia administración concursal, siendo idéntica su situación patrimonial aunque se imputasen todas las pérdidas al ejercicio 2002. Por ello, no cabe entender que la irregularidad contable afecte a la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad, cuando, además, en la memoria, que forma parte de las cuentas anuales (artículo 172 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), se informa y comenta el motivo y la forma en que se van a contabilizar esos menores beneficios de otros ejercicios. Por lo demás, el propio auditor de la cuentas, en la prueba testifical, reconoce que el criterio seguido para contabilizar esas pérdidas no afecta a la imagen fiel de la situación patrimonial de la sociedad.

### 4) Actos encaminados a simular una apariencia de solvencia.

La administración concursal ha acreditado que la concursada ya se encontraba, al menos, en causa de disolución a 31 de diciembre de 2001, sin que las cuentas de ese ejercicio reflejasen

concurrido; IV) cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte

tal situación, al incluir en el activo, de forma incorrecta desde el punto de vista contable, un crédito fiscal por importe de 91.462,23 euros y los saldos de las cuentas de caja y copy a los que antes se ha hecho referencia por importe de 426.678,93 euros.

El propio informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2001 pone de manifiesto estas irregularidades (folios 1.017 y 1.018). Así, respecto de las cuentas de caja el párrafo tercero del informe de auditoría indica que *“De igual modo no opinamos sobre el saldo de caja que incluye efectivo, pagarés y recibos pendientes de ingresar en bancos a la fecha de vencimiento o de descontar, el cual aparece incluido en el epígrafe tesorería del Activo del Balance de Situación por un importe de 19.506.712 pesetas”*.

Por lo que se refiere a la denominada cuenta copy, el párrafo quinto del informe de auditoría señala que *“El epígrafe de clientes por ventas y prestaciones de servicios, incluidos en el activo del balance de situación recoge saldos por un total aproximado de 54.155.742 pesetas que consideramos de difícil realización. Por tanto, los saldos del epígrafe de clientes por ventas y prestaciones de servicios y los del epígrafe de fondos propios deberían disminuirse en el importe mencionado”*.

Como ya quedó expuesto con anterioridad, la sociedad mediante un apunte contable denominado “asiento asesoría” realizado el 30 de octubre de 2002, suprimió parcialmente los saldos de caja (16.837.659 ptas.) y en su totalidad el de la cuenta copy (54.155.742 pesetas), por un importe total de 426.678,93 euros, reflejándose en la cuentas del 2002 como gastos de otros ejercicios.

Es evidente, que si la tesorería de la empresa al 31 de diciembre de 2001, no mantenía los saldos que reflejan las citadas cuentas (al margen de incluir como tesorería lo que no lo era) y si existían saldos por ventas y prestaciones de servicios de dudosa realización, los resultados del ejercicio 2001 debían haberse minorado en el importe de 426.678,93 euros, como reconoce la propia concursada en sus cuentas del 2002, que incluye como gastos de otros ejercicios la citada cuantía. Esto es, la pérdida ya existía a 31 de diciembre de 2001 y lo conocían o debían conocerlo los administradores al formular las cuentas y, en todo caso, al ponerlo de manifiesto el informe de auditoría, sin necesidad de esperar a contabilizarlo en el siguiente ejercicio, porque altera las cuentas del ejercicio 2001 y, en consecuencia, estas no reflejan la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la sociedad.

Por último, en cuanto al crédito fiscal, la auditoría pone de manifiesto que *“La sociedad ha registrado un crédito fiscal en concepto del menor impuesto sobre sociedades que se devengará en ejercicios futuros, cuando consiga beneficios suficientes que compensen la base imponible negativa obtenida en el presente ejercicio. Las normas de contabilidad generalmente aceptadas exigen que el crédito fiscal únicamente se reconozca en el caso de que se cumplan determinadas circunstancias, entre otras, que la pérdida se haya producido como consecuencia de un hecho no habitual en la empresa y que las causas que la originaron hayan desaparecido en la actualidad. Al no cumplirse estos requisitos, pues la pérdida no se ha producido como consecuencia de circunstancias excepcionales, estimamos que las pérdidas del ejercicio deberían aumentarse en 15.866.544 pesetas y el crédito frente a la Hacienda Pública disminuirse en el citado importe. Este menor impuesto sobre sociedades a pagar se debería recoger en el ejercicio en que efectivamente se obtengan bases imponibles positivas suficientes para su compensación”*.

La salvedad del auditor tiene apoyo en la resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) de 9 de octubre de 1997 (BOE de 6 de noviembre de 1997), la cual establece que *“Los créditos derivados de la compensación de bases imponibles negativas sólo serán objeto de registro contable cuando la base imponible negativa se haya producido como consecuencia de un hecho no habitual en la gestión de la empresa, siempre que*

de sus bienes en perjuicio de sus acreedores<sup>31</sup> o hubiera realizado cualquier

---

*razonablemente se considere que las causas que la originaron han desaparecido en la actualidad y que se van a obtener beneficios fiscales que permitan su compensación en un plazo no superior al previsto en la legislación fiscal para la compensación de bases imponibles negativas, es decir, siete años con carácter general, y con el límite máximo de diez años contados desde la fecha de cierre del ejercicio en aquellos casos en los que la legislación tributaria permita compensar en plazos superiores”.*

En el ejercicio 2001, la sociedad sufrió pérdidas de 177.096,86 euros (folio 201), que en realidad eran de 603.775,79 euros (177.096,86 euros más 426.678,93 euros), derivados de su actividad ordinaria, pues en las cuentas solo se reflejan unos gastos extraordinarios de 943,59 euros.

Por otra parte, frente a la opinión del auditor, refrendada por irrefutable realidad de lo acaecido con posterioridad, no cabe oponer el informe pericial aportado por la representación de don Miguel (folios 1019 a 1025), que se asienta sobre las propias manifestaciones de los administradores en el informe de gestión y, en todo caso, si existían dudas, el principio de prudencia contable imponía la no activación del crédito fiscal, sin que se haya acreditado en esta sección que las pérdidas obedecieran a hechos no habituales en la gestión de la empresa y menos aún cabe pretender activar el crédito alegando su futura compensación con las plusvalías derivadas de la realización de los inmuebles de la sociedad, pues ello implica su liquidación y la contabilidad responde al principio de empresa en funcionamiento.

De no haberse computado, como se hizo indebidamente, los saldos antes reseñados y el crédito fiscal, los fondos propios de la sociedad estarían minorados en 518.141,16 euros, de modo que las cuentas del ejercicio 2001 en lugar de fijar unos fondos propios de 489.997,63 euros, debían reflejar unos fondos propios negativos de -28.143,53 euros, todo ello con un capital social de 181.505,66 euros.

Las irregularidades contables reseñadas, son relevantes para la comprensión patrimonial y financiera de la sociedad, hasta el punto de que enmascaran la causa de disolución prevista en el artículo 260.1.4.º de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando no la misma quiebra de sociedad en dicha fecha e integran la presunción de concurso culpable del artículo 164.2.1.º de la Ley Concursal, cuya declaración debe efectuarse en esta resolución.

A mayor abundamiento, se comete la misma irregularidad, respecto a la activación del crédito fiscal, en las cuentas del ejercicio 2002 (folio 229), de las que resultan unos fondos propios de 1.394 euros y en el balance cerrado a 30 de junio de 2003 (folio 296). Este balance se formuló con el objeto de proceder a la reducción del capital y simultánea ampliación mediante compensación de préstamos, resultando a esa fecha unos fondos propios negativos de -34.554,95 euros (folio 745), y tras la adopción de las medidas de reducción y ampliación de capital en la Junta General, éste quedó fijado en 78.088 euros con unos fondos propios de 43.533,05 (según resulta del mismo informe de la administración concursal y, concretamente del folio 745 de esta pieza), por lo que si consideramos que en dicho balance se contabilizó indebidamente en el activo, como crédito fiscal, la cantidad de 19.357,61 euros, cuando debía contabilizarse como pérdida con disminución de los fondos propios, las medidas de reestructuración del capital eran insuficientes al continuar el patrimonio contable (43.533,05-19.357,61) por debajo de la mitad de la cifra de capital social (78.088,2), por lo que, de nuevo, el balance formulado por los administradores cerrado a 30 de junio de 2003, contenía una irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.

acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier

QUINTO.- No habiéndose precisado los hechos que podrían constituir actos jurídicos tendentes a simular una situación patrimonial ficticia y no apreciando que ninguno de los alegados pueda integrar la presunción legal prevista en el artículo 164.1.4 de la Ley Concursal, la misma no es de aplicación al supuesto enjuiciado, lo que es irrelevante a los efectos de la calificación, a la vista del fundamento anterior». D. Alberto Arribas Hernández.

Juzgado de lo Mercantil n.º 1 Donostia - San Sebastián, de fecha 28 de julio de 2006: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. TERCERO.- Por último... queda por determinar si ha habido irregularidad relevante en sus obligaciones contables que REPSOL centra en que, a pesar de haberse hecho una provisión contable de 458.992,78 euros para cubrir la posible indemnización de daños y perjuicios, no consta, atendiendo la masa activa fijada en el informe definitivo de la Administración Concursal que se hubiese dotado por el liquidador dicha provisión con la cuenta de resultados de la sociedad, lo que lleva a REPSOL a suponer que se habrían destinado activos de la sociedad a un fin distinto del establecido en su contabilidad.

Por su parte, el Ministerio Fiscal también incide en que los perjuicios han ido aumentando con el paso del tiempo y con la continuidad de la actividad, no produciéndose un aumento de la provisión por parte del liquidador de la sociedad.

Respecto a lo anterior, el Administrador Concursal considera que la concursada llevaba correctamente su contabilidad, sin que aprecie en ella defecto importante alguno, habiendo formulado las cuentas anuales y realizado su depósito en el Registro Mercantil.

De lo anterior se deduce que el liquidador de la sociedad, Sr. Lecuona provisionó contablemente la deuda líquida generada por la sentencia en primera instancia, con lo que el deber contable quedó cumplido, sin perjuicio de que la provisión era insuficiente, pues no cubriría la deuda pendiente de liquidación; posteriormente, la revocación parcial de la sentencia dictada en primera instancia hace que toda la deuda deba de liquidarse, por lo que no podemos tener constancia cierta de que la provisión contable sea o no capaz de cubrir la deuda.

Cuestión diferente es que tal provisión contable no haya sido objeto de ninguna dotación económica por parte de liquidador de la sociedad, el cual procedió a la disolución y liquidación de la sociedad como consecuencia de la sentencia dictada en primera instancia, pero, sin embargo, no consta que haya realizado actuación alguna para proceder a tal liquidación sino que ha seguido explotando de forma normal la estación de servicio, sin atender a las funciones propias de los liquidadores establecidas en el art. 272 de la L.S.A., entre las que están, como mas principales, las de realizar las operaciones necesarias para proceder a la liquidación de la sociedad, enajenar sus bienes y pagar a los acreedores.

Sin embargo, lo anterior no se puede considerar como una irregularidad contable, causa que ha alegado REPSOL y que nos vincula a la hora de resolver, pues las obligaciones contables fueron correctamente atendidas por el Sr. Lecuona, como indicó la Administración Concursal, sino que, en su caso, tal conducta podría ser encuadrable en otras causas de culpabilidad (por ej. las de los puntos 4.º y 5.º del art. 164.2 de la L.C. por no haberse aplicado los presumibles beneficios derivados de la explotación a cubrir la provisión para atender la indemnización que habría que abonarse a REPSOL).

Sin embargo, tal causa de culpabilidad no ha sido alegada en esta pieza, por lo que no se puede resolver sobre la misma al impedirlo el principio dispositivo.

En consecuencia, solo procede declarar el concurso culpable por las causas contenidas en los arts. 164.1 y 165.1.º». D. Pedro José Malagón Ruiz.

<sup>30</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Bilbao, de fecha 3 de octubre de 2007, afirma: «Además de la recogida en el art. 164.2.5.º L. 22/2003 de 9 Jul. (concursal) —que resulta claramente acreditada, al haber dispuesto injustificadamente el administrador único de importantes cantidades de dinero en favor de sus cuentas personales desde las de la

clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación; V) cuando durante los

concurradas—, se invocan como causas de culpabilidad del concurso las prevenidas en los ordinales 1.º y 2.º del mismo precepto —irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada, e inexactitud grave en documento contable acompañado al procedimiento—. Siendo ello así, es de señalar que consta como probado que los depósitos registrales de cuentas y sus documentos contables mismos se encontraban deficientemente formulados, arrastrándose y acumulándose desde 2002 en los sucesivos ejercicios, de forma que en tales existía un importante monto de fondos propios irreal, y una manifestación de resultados positivos «hinchada» o de los negativos del ejercicio 2004 «desinflada», y que ha sido muy difícil así presentar un resumen de la evolución patrimonial y financiera de la concursada al primer orden de control o aviso de insolvencia de cara al mercado.

De esta manera la verdadera situación de la empresa no podía deducirse de los libros que llevaba y publicaba, cuando se hayan tenido en cuenta, como ciertos y veraces en una regular contabilidad, determinados datos, por lo que ello, que está detrás de la presunción de concurso culpable, opera plenamente. Frente a la calificación del concurso como culpable conforme al art. 164.2.1.º y 2.º L 22/2003 de 9 Jul. (concurral), no son asumibles los argumentos que aducen los afectados en tanto en cuanto la contabilidad no es una abstracción que todo lo permite sino un método para hacer constar de forma real y transparente el estado económico de un comerciante. Se ha alegado que, salvo la revaloración de inmovilizado, el resto son divergencias de criterios contables, las cuales se contemplan desde la perspectiva de la insolvencia, en lugar de hacerlo desde el punto de vista contemporáneo a la aprobación y depósito de cuentas. Ante ello debe aseverarse: a) el prisma de valoración es cabalmente el coherente con la producción del daño y desde que éste se produce —daño que supone la insolvencia como impotencia de satisfacer regularmente a los acreedores—, valorando lo “relevante” en la probabilidad teórica de que se hubiera evitado o mitigado, no en la prueba de una real relevancia para determinadas decisiones comerciales. Si se tratara de situarse en el momento histórico de aparecer la irregularidad, y de causalizarla en concreto, no se estaría ante una presunción *iusris et de iure* que traslada un juicio de prudencia a la conducta, como válvula de escape, sino en el supuesto general del art. 164.1 L 22/2003, y b) siempre es relevante lo que supone conculcar en las cuentas los principios de contabilidad generalmente aceptados, a saber, prudencia, registro, precio de adquisición, devengo, correlación de ingresos y gastos, etc.». D. Edorta Josu Etxarandio Herrera.

<sup>31</sup> Puede servir de referencia en este supuesto la jurisprudencia dedicada al mismo hecho, en el procedimiento de quiebra (art. 890.1 del C. de C.), la Sentencia del TS de 10.12.1985, recogida por Baró Casals: «... ha quedado probado mediante recibos el pago de escrituras de compra de un chalet a nombre de la esposa del administrador de la indicada sociedad quebrada, generando en consecuencia, con independencia del resultado que deparase el examen que pudiera llevarse a cabo de la expresada contabilidad que se dice sustraída, supuestos de fraudulencia comprensibles..., dado que... no puede negarse que de tener un normal destino perceptor contable aquella suma superadora de los veinte millones de pesetas y los seis millones obtenidos, por préstamo personal, del Banco..., fácil sería a la entidad quebrada, de no existir anormalidad alguna que enmarque en la circunstancia quinta de dicho artículo ochocientos noventa, acreditarlo mediante medios probatorios independientes de la contabilidad reflejada en los relacionados libros que se dicen sustraídos, y no lo ha efectuado en tiempo adecuado y oportuno, y de tener una causa normal la relacionada adquisición del expresado chalet, no encajable en consecuencia dentro del ámbito de la precitada circunstancia doce del repetido artículo ochocientos noventa, también fácil hubiera sido destruir la lógica presunción de estarse en presencia de compra puesta a nombre de tercera persona en

dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos; y VI) cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una «situación patrimonial ficticia»<sup>32</sup>.

perjuicio de acreedores, toda vez que no resulta comprensible en el normal actuar humano el que, sin acreditación de causa justificante alguna y estando abocado a un desfase económico perjudicial, que incluso llevó a la solicitud de declaración de quiebra, satisfaga el importe de adquisición que se pretende efectúa con desvinculación patrimonial del quebrado que atiende a abonos a cargo de la adquisición llevada a cabo».

<sup>32</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Madrid, de fecha 16 de enero de 2007: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. TERCERO.- 1. Depurada en el modo como lo ha sido la controversia, procede ahora abordar cuáles son los hechos que, a juicio de la Administración concursal, pueden conducir a que el concurso de la entidad Núcleos de Organización y Administración, S.A. sea calificado como culpable, y a quienes son imputables tales actos en la hipótesis que procediera tal calificación.

2. El primero de los hechos en virtud de los que la Administración concursal pretende la calificación del concurso como culpable consiste en lo que se ha calificado como “simulación de una situación patrimonial ficticia” (artículo 164.2.6.º LC). La Administración concursal sustenta que concurre tal causa de calificación del concurso como culpable porque la entidad concursada aportó con la solicitud de declaración de concurso un “Plan de Liquidación” del que se desprendería la posibilidad de satisfacer la masa pasiva hasta un 60% de sus respectivos créditos cuando en realidad el pago que podrá hacerse a los acreedores concursales será muy inferior. La acusación que formula la Administración concursal no es, en este caso, genérica puesto que en el párrafo segundo del hecho primero del informe de calificación se dice que “del informe de la administración concursal y del escrito proponiendo un plan de realización de los bienes y derechos de la sociedad se deduce que, de no cobrarse el saldo deudor de la sociedad AFA PRESS U.K. el importe a cobrar por los acreedores será meramente simbólico”. Y no le falta razón a la Administración concursal cuando realiza esta afirmación toda vez que del Informe aportado según lo previsto en el artículo 74 LC, en fecha 9 de marzo de 2006, se desprende que el saldo deudor de la entidad AFA PRESS UK Ltd. a favor de la entidad concursada era de 2.714.648 euros (pág. 12 primer párrafo del Inventario) de un total de 4.682.389,28 euros (pág. 1 del Inventario). Esto supone el 57,97% del valor total del activo. Sin embargo, el artículo 164.2 LC recoge la conducta del deudor consistente en cometer «inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento». No parece que el hecho de que la entidad Núcleos de Organización y Administración, S.A. incluyese en el Plan de Liquidación y en el Inventario presentados con la solicitud de declaración de concurso la aludida partida pueda considerarse “inexactitud grave”, puesto que en el informe de calificación presentado por la Administración concursal ésta denota sólo cierta inseguridad en las posibilidades de obtener el pago de dicha cantidad pero no la inexistencia del derecho a percibir dicha partida. Nótese que la Administración concursal dice que “de no cobrarse el saldo deudor de la sociedad AFA PRESS U.K. el importe a cobrar por los acreedores será meramente simbólico”. De lo transcrito se desprende que lo que se denuncia no es inexactitud en el “Plan de Liquidación” presentado por la entidad concursada sino solo que si finalmente no se logra percibir la cantidad adeudada por la entidad AFA PRESS UK Lda. –lo cual en estos manetos se encuentra en manos de la Administración concursal ex artículo 54.1 LC– quedarán frustradas las expectativas de los acreedores. Y dicha circunstancia no derivará de que en el referido Plan de Liquidación se consignaran datos

## VIII. Análisis de la jurisprudencia reciente relativa a la responsabilidad de los administradores sociales<sup>33</sup>

El caudal de jurisprudencia sobre la responsabilidad de los administradores societarios es muy abundante, pero se centra en aspectos que no constituyen la médula de nuestro interés. Podríamos decir que se trata de cuestiones más bien formales las que son objeto de consideración por el Alto Tribunal (carácter casi objetivo de la responsabilidad de instar la disolución en caso de causa legal de disolución, ex art. 262.5 L.S.A.; plazo de prescripción; determinación del término inicial de su cómputo...), pero en lo relativo al contenido material de la función administradora, al nivel de exigencia en su desarrollo y a la existencia de causas que exoneran de responsabilidad, la derandad jurisprudencial es manifiesta. O, al menos, falta la construcción de una «doctrina general» sobre todo ello, pues las declaraciones judiciales atienden a las características del caso particular y a su concreta resolución, advirtiéndose en el proceso de la decisión judicial una especie de «salto»: desde la ley general (construida con conceptos vagos o con patrones estándares de conducta) se pasa a los hechos del caso concreto y, mágicamente (según una «impresión» judicial, posiblemente certera pero no explicitada en un discurso intelectual) se produce la subsunción y se precipita la resolución. Falta, para que todo el «discurso» quede bien trabado o eslabonado, aproxi-

---

falsos tendentes a simular una situación patrimonial ficticia, sino de que uno de los mayores activos no podrá finalmente ser hecho efectivo. Además, téngase en cuenta que la Administración concursal incluyó en el epígrafe II.5 “Deudores” del Inventario de la entidad concursada que el saldo a favor de esta según el Balance aportado al Juzgado era de 4.221.263,90 euros, que según el “Plan de Liquidación” presentado por el deudor al Juzgado de lo Mercantil era de 4.221.263 euros, y que según la Administración concursal era de 4.221.264 euros. Se consigna, además, a propósito de dicho epígrafe que “este saldo de 2.714.648,00 corresponde al cliente AFA PRESS UK Ltd. y figura pues en las tres fuentes que estamos utilizando(...) en nuestra opinión, con los datos e información de que disponemos en la actualidad y condicionando nuestro criterio a que en su momento pueda acreditarse documentalmente lo contrario, hemos de considerar aplicable el art.º 58 de la LC: no existían requisitos necesarios para que por la sociedad se llevara a cabo la compensación de ambos saldos, estimando esta operación impropcedente de conformidad con el citado art.º 58 de la LC y por lo tanto, hemos de mantener el derecho de NOA –de sus acreedores– a recuperar el saldo deudor”. Estas manifestaciones impiden que se pueda considerar que la inclusión de dicha partida tanto en el inventario aportado por la deudora junto con la solicitud como su consignación en el plan de liquidación suponga la simulación de una situación patrimonial ficticia. La condicionalidad con la que se expresa la Administración concursal sobre este extremo es del todo punto incompatible con la inexactitud grave a la que se refiere el precepto más arriba trascrito». D. Antoni Frigola i Riera.

<sup>33</sup> Las sentencias que citaremos a continuación obedecen a una selección propia. Para una reseña jurisprudencial más amplia desde el punto de vista temático, puyes alcanza a todo el ámbito de las sociedades anónimas y limitadas, y no exclusivamente a la responsabilidad de los administradores, ver F. MARÍN CASTÁN, *Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*, La Ley, Madrid, 2007. pp. 81-319 y 576-597.

mando más los dos hitos de los hechos particulares a los principios legales abstractos o los conceptos vagos que esta emplea para caracterizar los deberes del administrador, un «desarrollo» o explicitación del significado de esos principios o normas principales<sup>34</sup>.

A continuación presentamos una muestra que nos parece significativa de las sentencias recientes del Tribunal Supremo recaídas en materia de deberes y responsabilidad de los administradores. La sistematización se ha realizado del siguiente modo: primero se han recogido las sentencias sobre los deberes fiduciarios, donde figuran sucesivamente las que se refieren a la diligencia, a la fidelidad (o buena fe) y a la lealtad de los administradores; y a ellas siguen las sentencias sobre responsabilidad de los administradores, entre las que destacan por su frecuencia las que se refieren a la responsabilidad (casi) objetiva ex art. 262.5 L.S.A. por no promover los administradores la disolución de la compañía cuando concurre causa legal para ello, y después se continúa con las que analizan la prescripción de la acción de responsabilidad contra los administradores (también muy frecuentes); por fin, se incorporan unas sentencias sobre aspectos heterogéneos, pero que todos ellos tienen que ver con elementos nucleares de la responsabilidad de los administradores.

---

<sup>34</sup> El empeño, en cualquier caso, no es fácil. En los países de Common Law la orfandad legislativa de origen propiciaba y propició una mayor activismo judicial. Hoy en día el grado de normativización del Derecho de Sociedades es ya bastante intenso tanto en los Estados Unidos como en el Reino Unido. No obstante, la tradición de la mayor «densidad jurisprudencial» ha ayudado a abordar las cuestiones que caen bajo nuestro análisis (deberes y responsabilidad de los administradores) con un discurso más consistente. Allí, los tribunales han ido elaborando un cuerpo de doctrina que se vertebra sobre la base de unos principios deducidos de categorías más generales pero que, al menos atendiendo a la frecuencia y reiteración con que se aplican por los juzgadores, permiten hablar de un proceso en la aplicación del Derecho que no presenta las soluciones de continuidad o el «salto de página» que encontramos en otros países. Dicho lo cual, sin embargo debe llamarse inmediatamente la atención sobre dos extremos: a) que esos hitos o conceptos que sirven para la argumentación en que se resuelve la aplicación del Derecho por los jueces no son dogmáticos, sino abiertos a mutaciones o adaptaciones; y b) que la panacea no es absoluta. «No es oro todo lo que reluce», o el brillo que parece desde la distancia desprenderse de la realidad judicial anglosajona, a medida que nos acercamos a ella comienza a apagarse. Pues esas categorías, conceptos o hitos que, desprendidos de ideas más abstractas, nos permiten «acercarnos» a la solución del caso, a la comprensión jurídica de los sucesos vitales sometidos a enjuiciamiento, no tienen siempre la consistencia que sería de desear. Estos pilares sobre los que construye el juez su respuesta son, con más frecuencia de la deseable, «pilares de goma», con lo que quiere expresarse que ofrecen la ductilidad suficiente como para que, en función del temperamento del juzgador, depare la aplicación de un mismo hito a dos sucesos similares soluciones judiciales contradictorias. Y de esto es de lo que se trata aquí: de asegurar la previsibilidad de la respuesta judicial, la seguridad jurídica, la que se ve que no queda garantizada en ningún sistema. Pero todo lo expuesto nos retrotrae al inagotable debate del rol que corresponde a legislador y al juez en la construcción del Derecho, y esto es algo que nos sobrepasa en este momento.

Se han reflejado los antecedentes de hecho, tomándolos de la propia sentencia, en los casos en que se ha considerado completamente necesario para la mejor comprensión de su fundamentación jurídica.

La sistematización se ha hecho en función de la cuestión que aparecía como más relevante en la argumentación de cada sentencia, pues se daba con frecuencia el caso de que en una misma sentencia aparecían implicadas diversas cuestiones de las que nos han servido como epígrafes o criterios de ordenación.

## A) SOBRE LOS DEBERES FIDUCIARIOS DEL ADMINISTRADOR

### *1. Falta de diligencia del administrador*

D)<sup>35</sup> «... sobre la base de que en el momento en el que sucedió el accidente en el que resultó lesionado el trabajador de “ABRILLANTADOS, LIMPIEZAS Y SERVICIOS, S.L.”, el administrador único de esta era el demandado Sr. Germán, quien era dueño de 545 de las 550 participaciones de la empresa y fue ratificado en su cargo después del accidente del Sr. José Ignacio, señalando que, obviamente, al tratarse de una pequeña empresa era el Sr. Germán quien daba las pertinentes instrucciones a sus empleados y quien debía dotarles de las medidas de seguridad que resultaran precisas, y que de la prueba practicada resulta que el administrador demandado envió al Sr. José Ignacio, y a otros dos operarios, a efectuar labores de limpieza a una Guardería Infantil, para lo que debían salir al alféizar de la ventana y limpiarla desde el interior, como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1999, en la que se relata que el operario realizaba esta labor sujetándose con una mano al techo del inmueble mientras con otra limpiaba los cristales, no habiendo facilitado la Empresa cinturón de seguridad, pues solo disponía de uno en mal estado de funcionamiento, debiendo destacarse que esas labores se llevaban a cabo a más de cuatro metros de altura, por lo que entrañaban notable riesgo. Añade la Audiencia que esa falta de medidas de seguridad se recoge, asimismo, en la Resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de 30 de octubre de 1991, que impuso a la empresa una sanción de 500.000 pesetas, confirmada por la Dirección General de Trabajo. La conducta del Administrador en el cometido propio de su función se considera por el Tribunal de apelación como un incumplimiento grave de sus obligaciones, por lo que de conformidad con lo establecido en los arts. 69 de la LSRL y 133 y 135 del TRLSA, debe responder del daño causado por la falta de diligencia».

<sup>35</sup> STS de 23 de octubre de 2008, Recurso 286/2004 (ponente ALMAGRO NOSETTE).

II)<sup>36</sup> En esta sentencia se hace una breve referencia al deber de diligencia de los administradores en relación con la aplicación del art. 262.5 y los 127, 133 y 135 L.S.A.

#### «FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre responsabilidad de administradores de una sociedad anónima respecto de los que se ejercita por una entidad acreedora de la entidad las acciones individual de responsabilidad por daño y la de responsabilidad por deuda social.

Por la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA, S.A. (BBV) se dedujo demanda contra Dn. Carlos Alberto, Dn. Gregorio y Dn. Pablo, en concepto de administradores en su día de la sociedad Fricuencia S.A. en reclamación de la cantidad de cuarenta y siete millones seiscientos sesenta mil ochocientas cuarenta pesetas -47.660.840 pts.-, que es la deuda que Fricuencia S.A. tiene con la actora. Se ejercita con carácter principal la acción individual de los arts. 127, 133 y 135 de la *Ley de Sociedades Anónimas TR de 22 de diciembre de 1989*, con base en el grave y negligente incumplimiento de las obligaciones legales inherentes al cargo de administrador de la sociedad deudora declarada en quiebra; y se formula también, con carácter subsidiario de la acción anterior, la de responsabilidad solidaria por incumplimiento por los demandados de la obligación de disolución de la entidad deudora conforme al artículo 260.1,3.º y 4.º en relación con el artículo 262.5, de la misma LSA (...).

Frente a la argumentación de la sentencia recurrida, se formulan en el motivo diversas alegaciones que presentan una objeción insalvable para su examen casacional al incidir en el planteamiento de cuestiones procesales de carga de la prueba y de valoración probatoria, y otras de orden fáctico, que son impropias del recurso de casación, y que ya debieron haber determinado la inadmisión de este, y dan lugar ahora a su desestimación. Aparte de ello, y para agotar la respuesta judicial debe señalarse lo siguiente: a) La existencia del daño es una cuestión de hecho ajena al recurso de casación, sin que al amparo de los preceptos del enunciado quepa debatir acerca del tema relativo al alcance del convenio de la quiebra. b) Resulta incuestionable la existencia en el año 1997 de una situación de insolvencia definitiva de la sociedad, a la que contribuyeron los administradores con actos de descapitalización, y sin adoptar las decisiones legales exigibles, y en concreto la convocatoria de la junta general conforme a lo establecido en los arts. 260.1,4.º y 262.2 de la *Ley de Sociedades Anónimas*. Por otra parte, en la resolución recurrida se recogen varias ilegalidades e irregularidades relativas a la contabilidad y a la llevanza de los libros de la entidad que demuestran la omisión de la diligencia exigible a todo administrador social. Y, c) finalmente, deviene indiscutible la existencia del nexo causal, por cuanto el daño cuya

<sup>36</sup> STS de 29 de julio de 2008, Recurso 1169/2002 (ponente CORBAL FERNÁNDEZ).

indemnización se reclama en la demanda, consistente en el crédito que la entidad actora tenía con la entidad FRICUENCA, S.A., es una consecuencia de la situación de insolvencia de esta sociedad, a la que contribuyeron los administradores demandados y, además, no trataron de dar la salida de disolución del ente social conforme prevé la normativa legal. Por lo expuesto, se desestima el motivo, y el recurso, confirmándose la resolución recurrida y condenando a la parte recurrente al pago de las costas causadas, con arreglo a lo establecido en los *arts.398.1 y 394.1* de la LEC (...).

c) Se argumenta que no existe obligación de los administradores de suscribir las acciones en la ampliación de capital, sin tener en cuenta que a los que se refiere, con toda la razón, la sentencia recurrida es al cumplimiento del acuerdo de ampliación –ejecución–, tanto más si se advierte que eran accionistas principales. d) Se señala que los administradores pueden renunciar cuando lo estimen oportuno, lo que es cierto, empero ello no impide que su marcha se pueda interpretar como un abandono de la empresa para rehuir responsabilidades dada la situación calamitosa de la misma...»

III)<sup>37</sup> «En el presente caso, no admite dudas que APARÁN S.A. ejerció acción individual de responsabilidad contra los administradores de ACISA, amparándose por ende, no en la acción de responsabilidad objetiva de los *artículos 262.5 en relación con el 260 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, sino expresamente (páginas 12 y siguientes del escrito de demanda) en lo dispuesto en los *artículos 135 y 133*, en relación el deber de diligencia a que alude el *artículo 127* del citado texto legal. Y es igualmente incuestionable que en la propia demanda se especifica que el acto indiligente generador de responsabilidad consistía exclusivamente en que las compras hechas por la sociedad se hicieron con la firme intención de no pagar el precio convenido, para lo cual se pactó que el vencimiento de la letra correspondiente a la primera venta tuviera lugar el 13 de febrero de 1993, dos días después del último pedido. En esta tesitura, la Sentencia de la Audiencia, lejos de incurrir en incongruencia, no hace sino responder exactamente a la controversia suscitada, ubicada en sede de responsabilidad por culpa, examinando si el demandante ha logrado acreditar, como le compete, tanto el concreto acto negligente que sirve de apoyo a su pretensión, como además, el vínculo causal entre este y el daño producido, acertando al revocar la sentencia apelada en la medida que, pasando por alto la falta de acreditación del acto indiligente imputado a los administradores, la sentencia de Primera Instancia basa su pronunciamiento estimatorio de la demanda en otros datos de hecho resultantes de la prueba practicada, que sí considera reveladores de una gestión negligente generadora de responsabilidad, hechos, y esto es lo importante, que no pueden sustentar la condena de los

<sup>37</sup> STS de 4 de junio de 2008, Recurso 1101/2001 (ponente ALMAGRO NOSETTE).

demandados en la medida que no fueron aducidos por el demandante como soporte fáctico de la acción ejercitada en su escrito de demanda, momento en que precluyó para él la posibilidad de apuntalar fácticamente la acción ejercitada –*causa petendi*–, dando la posibilidad a los demandados de alegar y probar lo contrario. En consecuencia, la Audiencia, consciente de la vinculación de la *causa petendi*, tal y como resultó configurada en la demanda, se limita a dilucidar si al adquirir las mercancías los gestores eran sabedores de la mala situación económica de la sociedad, decidiendo pese a ello ocultarla, y generar una apariencia de solvencia que determinara a la vendedora a seguir enviando los pedidos como si nada pasase, aun cuando desde octubre de 1992, fecha de la primera venta, se tenía la firme e inequívoca voluntad de no pagar el precio convenido, concluyendo la Sala de instancia, tras valorar la prueba libremente como le corresponde, que tal intención de sobreseer el cumplimiento de sus obligaciones no existió a priori, y por tanto, que no existe la actuación negligente que se reprocha a los demandados. A mayor abundamiento, soslaya la parte recurrente que la mera constatación de la existencia de un comportamiento contrario a la Ley, a los estatutos o la diligencia exigible no es por sí generador de responsabilidad si no se prueba el enlace causal con el quebranto patrimonial sufrido por el acreedor, lo que tampoco ha quedado acreditado».

#### IV)<sup>38</sup> «FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La cuestión litigiosa queda reducida en el recurso de casación objeto de enjuiciamiento a la responsabilidad individual de uno de los administradores sociales demandados –Don José Pedro–, porque los demás, también condenados por la Sentencia de la Audiencia, no formularon recurso.

El 10 de enero de 1996 Don Lucas dedujo demanda contra la sociedad INVERSIONES EDETANAS S.A., y Don José Pedro y tres personas físicas más, componentes todas ellas del Consejo de Administración de dicha entidad, así como también contra Doña Carmen, esposa del demandado Don Donato, a los solos efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en la que interesa la condena solidaria al pago de la cantidad de veintiséis millones cuatrocientas cincuenta y dos mil seiscientos veintinueve pesetas (26.452.629 pts.), más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda. Se aduce como fundamento fáctico el impago de un pagaré librado por la representación de la sociedad demandada el 15 de octubre de 1995 por importe de 26.439.409 pesetas, que produjo gastos de devolución ascendientes a la suma de 13.220 pesetas y el cierre de la empresa con desaparición de hecho de la sociedad de forma irregular e ilegal. Y se alega como fundamentación jurídica la doctrina jurisprudencial del levantamiento del

<sup>38</sup> STS de 30 de noviembre de 2005, Recurso 1117/1999 (ponente JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ).

velo y la normativa recogida en la *Ley de Sociedades Anónimas* en los artículos 127, 133 y 135 (acción de responsabilidad individual de los administradores sociales por lesión de los intereses de terceros) y 260.1,4.º y 262.5 (acción de responsabilidad solidaria de los administradores por obligaciones sociales).

(...)

TERCERO. En el segundo motivo se alega infracción de los artículos 127, 133, 134 y 135 de la *Ley de Sociedades Anónimas*, en relación con lo dispuesto en los artículos 260 y 262 de la misma *Ley*. En el cuerpo del motivo se alega: 1.º: Ausencia de la condición de administrador de la sociedad demandada por parte del recurrente Don José Pedro; 2.º: Ausencia de conducta activa u omisiva individualizada en la persona de Don José Pedro; 3.º: Ausencia de daño efectivo evaluable en la persona del actor Don Lucas; y, 4.º: Ausencia de nexo o relación causal entre el daño causado al actor y la actuación de Don José Pedro, de acuerdo con el módulo establecido en el artículo 127 de la *Ley de Sociedades Anónimas*.

El motivo se desestima por las razones que se exponen a continuación y que se corresponden con el mismo orden expositivo del recurrente.

Mediante la alegación que constituye el primer punto del enunciado pretende el recurrente excluir su responsabilidad con el argumento de que si bien entró a formar parte del Consejo de Administración de la Sociedad en el mes de julio de 1991, sin embargo, un año después vendió las acciones y solicitó la baja del Consejo, de tal modo que su actuación fue absolutamente pasajera y testimonial, sin que tuviera en ningún momento capacidad alguna de decisión, no habiendo probado la actora que a la fecha de expedirse el pagaré continuara ostentando de forma efectiva el cargo de Secretario. La alegación carece de fundamento para poder tener eficacia exculpatoria porque el Sr. José Pedro fue designado Secretario del Consejo de Administración en Junta Universal celebrada el 14 de marzo de 1991, cuyos acuerdos se formalizaron en la escritura pública del 2 de mayo, inscrita en el Registro Mercantil el 26 de julio, y tal cargo continúa vigente. Si el Sr. José Pedro hubiera querido renunciar lo habría hecho como lo hizo otro Consejero según consta en la inscripción quinta (folio 69 vuelto de autos), el cual no fue demandado. Por otro lado debe resaltarse que en la resolución recurrida no hay base probatoria alguna que permita sustentar que el Sr. José Pedro se había desconectado de las actuaciones del Consejo, y era a él a quien le correspondía acreditar tal afirmación de conformidad con la normativa general del *onus probandi* y lo establecido en el artículo 133.2. de la *Ley de Sociedades Anónimas*. Y finalmente no es conforme al normal discurrir de las cosas, ni propio de un comportamiento diligente, en relación en concreto con el ámbito societario mercantil, y concurriendo circunstancias como las de la Sociedad de que se trata y un evento de la entidad del contemplado en autos –expedición a cargo de la entidad de un pagaré de más de veintiséis millones de pesetas–, permanecer pasivo, cuando legalmente se ostenta el

cargo de Secretario del Consejo de Administración, por lo que resulta lógico entender que el libramiento del efecto respondió –como además declara probado la Sentencia recurrida– al cumplimiento de una deuda contraída en beneficio de la Sociedad.

En el segundo punto del enunciado se argumenta que desde que vendió las acciones, el recurrente, abandonó “de facto” la sociedad y estaba convenido de que había sido sustituido en el cargo de Consejero, añadiendo que no conocía al actor, ni la existencia del pagaré, ni la relación subyacente que, al menos en teoría, debió dar lugar al mismo. La alegación resulta fácticamente inconsistente porque en la resolución impugnada no hay base que permita sustentarla, ni es posible configurarla en casación con fundamento en los preceptos del enunciado. Por otro lado, debe señalarse que no hay nada de extraño en que el pagaré haya sido librado por la persona del Consejo que tenía poder para ello; y no resulta explicable “la confianza” a que alude el recurrente habida cuenta las circunstancias concurrentes en la sociedad, las cuales se exponen ampliamente en el párrafo tercero del fundamento tercero de la resolución recurrida, y de las que se deduce la existencia de dificultades económicas, que condujeron posteriormente a la venta de los bienes inmuebles a terceras personas, y el cese de la actividad económica con abandono del domicilio social.

En el punto tercero del enunciado se alega ausencia de daño efectivo evaluable en la persona del actor. El planteamiento se rechaza porque incurre en el defecto casacional de hacer supuesto de la cuestión, es decir, prescinde de la apreciación fáctica de la resolución recurrida sin haberla desvirtuado por el cauce adecuado. Claramente se estima por el juzgador *a quo* que el pagaré tenía por objeto devolver al demandante la suma de dinero que este había entregado a la mercantil en concepto de préstamo o de sociedad, y asimismo se razona acerca del impago del efecto y la imposibilidad de realizarlo por desaparición de la empresa y la inexistencia de bienes.

Y por lo que respecta al punto cuarto, en el que se niega el nexo causal entre el daño causado y la actuación de Don José Pedro, de acuerdo con el módulo establecido en el artículo 127 de la *Ley de Sociedades Anónimas*, argumentando que el recurrente no firmó el pagaré, sino que lo hizo la única persona apoderada por la sociedad demandada –Don Donato–, que es quien, en exclusiva –se añade– debería responder de su suscripción, por ser ella la que conoce las razones que le impulsaron a la expedición, también se rechaza. Y ello es así porque si, por un lado, se vuelve a hacer hincapié en apreciaciones fácticas contrarias a las de la resolución recurrida, sin tener en cuenta que devinieron incólumes y vinculantes en casación, como la relativa a la realidad del contrato subyacente y el destino del pagaré (para cancelar una deuda existente), por otro lado resulta asimismo incuestionable que el Sr. Donato estaba legalmente facultado para librar el título mercantil en nombre de la sociedad. Finalmente, y como respuesta a todos los puntos del enunciado debe resaltarse que, aun cuando el Sr. José Pedro vendió las accio-

nes de la sociedad INVERSIONES EDETANAS S.A. el 3 de mayo de 1992, no por ello dejó de ser Consejero y Secretario del Consejo de Administración, pero es que, además, la deuda con el Sr. Lucas se generó en el año 1991 en virtud de una inversión realizada por este, tal y como declara probada la resolución recurrida en relación con los folios 204, 634 y 635 de autos.

Por todo ello, es innegable que concurren los requisitos para que prospere la acción individual de responsabilidad del *artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas*, consistente, en el caso, en un comportamiento, cuando menos omisivo, contrario a la ley y sin la diligencia de un ordenado comerciante, causante de una lesión concreta a los intereses de un tercero (acreedor de la sociedad), existiendo una relación causal directa entre tal comportamiento y el daño (Sentencias, entre otras, 27 de octubre y 7 de diciembre de 2004 y 25 de abril, 26 de mayo y 20 de junio de 2005); aparte de que la resolución recurrida condena también a los codemandados personas físicas con base en los *artículos 260.1, 4.ª y 262. 5 de Ley de Sociedades Anónimas*, sobre responsabilidad solidaria por obligaciones sociales –cuya acción se ejerció acumuladamente en la demanda–, razonando de modo acertado en el último párrafo del fundamento cuarto acerca de la concurrencia de los presupuestos que condicionan el pronunciamiento, los cuales se ajustan al supuesto normativo y a la doctrina de este Tribunal (Sentencias de 16 diciembre de 2004 y 23 de septiembre y 17 de octubre de 2005, entre las más recientes), pues resulta incuestionable que la sociedad INVERSIONES EDETANAS S.A. cesó en su actividad en el tráfico mercantil abandonando el inmueble en que tenía radicada la sede social, carece de patrimonio conocido para hacer frente al crédito del actor, y procedió a desprenderse de sus bienes inmuebles sin observar ningún procedimiento para la correcta liquidación de los mismos y atender a las obligaciones contraídas, lo que supone un cierre de la empresa, o desaparición de hecho, irregular e ilegal, que acarrea la consecuencia económica negativa para los administradores sociales prevista en el *artículo 262.1 y 5 en relación con el 260 1, 4.º de la Ley de Sociedades Anónimas*».

V)<sup>39</sup> *El administrador no está exonerado en ninguna circunstancia de las responsabilidades anejas a las funciones esenciales del cargo.*

«FUNDAMENTOS DE DERECHO (...).

TERCERO.- Dedicar el último motivo (quinto) a aportar aplicación de los *artículos 113, 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas*, para plantear la cuestión de la acción social de responsabilidad, la que no se integró expresamente en el suplico de la demanda, pero la sen-

<sup>39</sup> STS de 24 de noviembre de 2005, Recurso 966/1999 (ponente ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL).

tencia de apelación la consideró y resolvió para decretar su improcedencia en base al hecho que declara probado que había desaparecido el capital social, pues el lugar donde la sociedad realizaba su actividad de comercialización de flores y plantas –artículo 2.º de los Estatutos–, sufrió intensas inundaciones en el año 1986, que ocasionaron perjuicios por importe de 14.898.365 pesetas y la desaparición prácticamente de la compañía como operativa.

Se atribuye actuación responsable al administrador en relación a las indemnizaciones que la empresa pudo percibir por dicho siniestro, pretensión que el Tribunal de Apelación no acogió, ya que, por una parte, no resultó probado que los daños causados se debieran a actuación negligente de persona alguna que pudiera responder de los mismos y menos del demandado, así como tampoco resultó demostrado que el ejercicio de las posibles acciones hubiera podido generar alguna clase de ingreso económico a favor de la sociedad, estableciendo la sentencia recurrida las actuaciones iniciales llevadas a cabo, lo que disipa la concurrencia de situación de pasividad e inactividad total.

El artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas contempla la acción social de responsabilidad –de aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada, conforme al artículo 11 de la Ley de 25 de Julio de 1989– y su ejercicio requiere el presupuesto previo y básico de que los administradores hubieran causado daño a la sociedad por haber llevado a cabo actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o sin la diligencia necesaria con la que deben desempeñar el cargo (art. 133), lo que no se acreditó. A su vez resulta preciso que en Junta General se decide el ejercicio de la referida acción y aquí sucede que en la Junta Universal celebrada el 15 de marzo de 1995, con intervención del socio don Óscar (representado) y el liquidador, se acordó en el apartado B) que el liquidador estaba igualmente y expresamente autorizado a formular reclamación de daños y reivindicación de bienes contra el mencionado administrador, así como formular denuncia o querrela contra el mismo (apartado A). En ningún momento en dicha Junta se hizo constar acuerdo expreso sobre el ejercicio de la responsabilidad social estudiada en cuanto a la pasividad plena que se atribuye al demandado, o por cualquier otra conducta generadora de posible responsabilidad frente a la sociedad.

El motivo se rechaza. En todo caso la sentencia recurrida es terminante al declarar que no existe ninguna prueba de que el administrador con la pasividad que se le imputa quisiera perjudicar a la compañía o que hubiera incumplimiento determinante por su parte, no dándose nexo causal entre la conducta de aquel y la omisión en el ejercicio de sus derechos frente a terceros para poder ser declarado responsable.

CUARTO.- Se lleva a cabo en el motivo primero aportación de aplicación del artículo 171 y de los siguientes del Código de Comercio (defectuosa técnica casacional), ya que en el suplico de la demanda se integró la petición de que el demandado (apartado A) debía rendir cuentas de su gestión

como administrador de la Sociedad actora desde su nombramiento. La sentencia recurrida desestimó tal petición con la escueta declaración que dice: “Pero ya en la fase de liquidación no se puede pedir que rinda cuentas de su gestión como administrador de los bienes de la sociedad desde el nombramiento en el acto constitutivo, máxime cuando nunca se hizo desde que nació la sociedad de capital”.

Tal conclusión decisoria no se puede aceptar por conculcar la legalidad de aplicación y así el *artículo 267 de la Ley de Sociedades Anónimas* declara que desde el momento en que las sociedades se declaran en liquidación, cesará la representación de los administrados, los que deberán prestar su colaboración para las operaciones liquidatorias si fueran requeridos al efecto. El administrador en ningún momento queda liberado de dar rendición de las cuentas anteriores a la apertura de la liquidación y así lo disponen los *artículos 171 y 172 de la Ley de Sociedades Anónimas*, en relación al *artículo 34 y concordantes del Código de Comercio*, así como *17 y 18 de los Estatutos Sociales y artículos 13 y 26 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, según redacción de la *Ley 19/1989*.

El motivo ha de ser estimado. La rendición de cuentas y gestión administradora se integra en el área competencial propia de los administradores sociales válidamente nombrados, tratándose de funciones de las que son exclusivos depositarios e inherentes al cargo, siendo actividad de su propia iniciativa por acatamiento de lo dispuesto en la Ley, de la que no les exonera y menos puede justificar el que la sociedad no hubiera exigido la referida rendición, como bien pudo hacerlo, como tampoco el hecho posterior de entrar en liquidación (Junta Universal de 15 de marzo de 1995).

No cabe atender la alegación impugnatoria que presenta el recurrido de que el demandado era solo administrador nominal, ya que la contabilidad y documentación de la compañía era llevada por otra persona de la confianza del otro socio señor Óscar. Efectivamente en el ámbito societario puede aparecer la figura del administrador de hecho, que actúa como verdadero gestor social, requiriéndose para poder apreciar estas situaciones irregulares y ocultas, a efectos de establecer las consecuentes responsabilidades en aras de los principios de la buena fe mercantil o de protección de las apariencias, la necesaria prueba, si bien es cierto que la directa en la mayoría de los casos resultará imposible, por lo que el camino procesal mas apto es la prueba indiciaria, a la que para nada se refiere la sentencia de apelación.

Al acogerse el motivo corresponde a esta Sala por aplicación del *artículo 1715-1-3.º de la Ley Procesal Civil*, resolver lo que corresponda, dentro de los términos del debate procesal promovido, lo que nos lleva a decidir que la sentencia de apelación ha de anularse, en cuanto se estima la petición de la recurrente de que el demandado don Ángel Daniel debe rendir cuentas de su gestión como administrador de la compañía, desde que fue nombrado para el cargo en la escritura fundacional de 15 de octubre de 1989 (cláusula tercera) hasta el cese en su condición de socio, por exclusión de la sociedad,

que decretó la sentencia firme de la Audiencia Provincial de Granada el 31 de Mayo de 1994 (Sección cuarta, rollo de apelación 516/93)».

V) <sup>40</sup> *Diligencia del administrador y condiciones para la prosperabilidad de la acción de responsabilidad individual que se dirija contra él.*

«FUNDAMENTOS DE DERECHO.

QUINTO.- Finalmente, los motivos segundo y cuarto (*artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* expresada) se examinan conjuntamente, dada la estrecha relación que entre ellos existen, pues ambos se refieren a la responsabilidad individual del administrador social Don Ricardo, uno, mediante la invocación, como infringidos, de los *artículos 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas*; y, otro, al aducir que, en todo caso, por aplicación del artículo 1.968-2.º, la hipotética responsabilidad habría prescrito. En lo que concierne a la cuestión de la responsabilidad individual o personal del administrador, ha de estimarse que este tipo de responsabilidad *ex lege*, procede por la conducta del administrador en el ejercicio de su cargo, cuando la misma se manifiesta en actos u omisiones negligentes o culposos productores de daños, según un razonable nexo causal. Esto es, los datos fácticos tienen que producir la verificación de una lesión concreta, la determinación precisa de unos actos u omisiones que conduzcan a considerar que la actuación del administrador no fue adecuada con la diligencia ordenada de un comerciante, y, por ello culposa, todo ello en correlación causal con el daño habido. Los elementos fácticos que se establecen, como probados, en ambas sentencias de instancia, no permiten construir, por insuficiencia, el supuesto de hecho normativo imputable al administrador para exigir la responsabilidad. En efecto, la sentencia recurrida se limita a consignar que “si el propio administrador reconoce en confesión que a lo largo de estos años no se ha pagado cantidad alguna de la deuda contraída, el calificativo más benévolo es el de negligente, lo que desencadena su responsabilidad como nos recuerda, entre otras análogas, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990”. Tal sentencia, sin embargo, no se refiere a un caso similar o idéntico al presente. Tampoco, la sentencia de primera instancia, en la que la de segunda se apoya es muy explícita sobre el particular al consignar que “el administrador deberá ser igualmente condenado, por cuanto al encontrarse al frente de la sociedad y corresponderle supervisar el giro o tráfico de la misma, evitando eventuales daños a terceros que pudieran derivarse de la actividad de la mercantil, asume la responsabilidad de dicha gestión. La cuestión relativa a la prescripción ya fue examinada en sentido desestimatorio. En consecuencia, procede acoger el motivo, sin que el otro motivo citado tenga utilidad en función de la estimación del indicado (...)”».

<sup>40</sup> STS de 25 de abril de 2005, Recurso 4197/1998 (ponente ALMAGRO NOSETTE).

## 2.<sup>41</sup> Buena fe (fidelidad) y retribución del administrador

«El debate estuvo motivado por el significado que atribuye al silencio de los estatutos sociales, sobre si el cargo de administrador es o no retribuido, el artículo 66.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, a cuyo tenor es gratuito a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución.

En la demanda un socio, D. Luis Antonio, negó que el administrador demandado tuviera derecho a la retribución contractual que durante años, había percibido y, mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad, que regulan los artículos 69 de la Ley 2/1995 y 134 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Anónimas –*Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre*–, pretendió que fuera condenado a indemnizar a la sociedad por el daño causado en medida igual al sueldo recibido con causa en un contrato de febrero de mil novecientos noventa y uno. Y, como la fuente de las retribuciones había sido el mencionado contrato, el socio demandante consideró que debía obtener previamente, y así lo pretendió, la declaración judicial de su nulidad por contravenir lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 2/1995, a cuyo tenor el establecimiento de cualquier clase de relación de prestación de servicios entre la sociedad y el administrador requiere acuerdo de la junta general.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación que había interpuesto el demandado. (...)

OCTAVO. Los demás motivos del recurso se refieren, directa o indirectamente, a la compatibilidad de la retribución percibida, como personal de alta dirección, por el administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada, con el carácter gratuito de este cargo social –a la vista de los estatutos y del artículo 66 de la Ley 2/1995– y a la significación jurídica que corresponda atribuir al comportamiento del demandante, que toleró durante años que el administrador demandado percibiera la remuneración sin protesta conocida.

Sobre la primera cuestión, la jurisprudencia ha ido perfilando en los últimos tiempos una doctrina contraria a la posibilidad de que la retribución del administrador de las sociedades de capital se sustraiga a la transparencia exigida en los artículos 130 del *Real Decreto legislativo 1.564/1989* y 66 de la Ley 2/1995, por el expediente de crear un título contractual de servicios de alta dirección con causa onerosa, en tanto no sea posible deslindar esa prestación de la debida a la sociedad por el administrador en el funcionamiento de la relación societaria. Para admitir la dualidad de regímenes jurídicos de la retribución, uno contractual y otro estatutario, esto es, para no aplicar el

---

<sup>41</sup> STS de 29 de mayo de 2008, Recurso 322/2002 (ponente FERRÁNDIZ GABRIEL).

establecido en la legislación de las sociedades de capital a la retribución convenida a favor del administrador como alto cargo, las sentencias de 5 de marzo de 2004 y 21 de abril de 2005 exigieron la concurrencia de un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa.

La sentencia de 24 de abril de 2007 precisó que, para que el régimen estatutario de la retribución de los administradores pueda ser eludido con un contrato, es necesario que las facultades y funciones atribuidas en él al administrador rebasen las propias de los administradores, ya que “admitir otra cosa significaría la burla del mandato contenido en el *artículo 130*, mediante el rodeo propio del *fraus legis*”.

Lo mismo declaró la sentencia de 31 de octubre de 2007, con el argumento de que, “de otro modo, el contrato de alta dirección no sería más que una forma de encubrir la remuneración como consejero, sin estar prevista en los estatutos”.

Esa doctrina, favorable al tratamiento unitario de lo que constituye un aspecto esencial de la administración social y del funcionamiento de la sociedad, se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella –incluidos los contratos de empleo suscritos por los mismos con la sociedad– y responde, además, a los términos del *artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores –Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo–*, que excluye de su ámbito la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.

Tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, como es el caso, la referida doctrina no es contraria a los términos del *artículo 67 de la Ley 2/1995*, que considera bastante el acuerdo de la junta general para el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre sociedad y administrador, ya que dicho precepto ha de ser interpretado en relación con los antes indicados.

Por lo expuesto, no cabe más que desestimar el motivo sexto del recurso, en que el demandado señala como infringidos los *artículos 133 y 134 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas –se entiende, en relación con el artículo 69 de la Ley 2/1995–*, con el argumento de que no causó daño a la sociedad por haber percibido la retribución como contraprestación por los servicios a ella prestados efectivamente. Y la razón de la desestimación no es otra que la resultante de que la actividad retribuida como laboral especial fuera la misma debida por el recurrente, como administrador, sin derecho a ser remunerado. De manera que el daño causado a la sociedad fue, justamente, la retribución obtenida sin causa.

NOVENO. En el motivo octavo plantea el recurrente la segunda cuestión que quedó al principio apuntada. Afirma que la sentencia recurrida había

desconocido la jurisprudencia sobre la inadmisibilidad de un comportamiento contrario a los llamados actos propios, por no haber tomado en consideración que la sociedad por él administrada estaba integrada solo por dos socios –él y el demandante–, así como que había percibido la retribución como gerente casi desde el comienzo de las operaciones sociales y que el actor, con pleno conocimiento, había votado a favor de la aprobación de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios de cinco años, antes de reclamarle la devolución de lo que, en tal concepto, había recibido.

Este motivo, tal como ha sido formulado, no permite examinar si, realmente, demandante y demandado alcanzaron un acuerdo, expresa o tácitamente, para que el segundo percibiera de la sociedad un sueldo –lo que posiblemente sería lógico suponer–. Pero, en todo caso, tiene una base fáctica constituida por unos datos examinados en la instancia –el demandado sostuvo la validez del contrato de alta dirección, en último término por haber caducado la acción de nulidad–, que se relacionan directamente con la verdadera razón que justifica la doctrina que antes quedó expuesta, esto es, la conveniencia de proporcionar a los socios la oportunidad de analizar la política de retribuciones a partir de una información completa.

Dos circunstancias ofrecen las actuaciones verdaderamente significativas y determinantes de la estimación del motivo.

Por un lado, el que los socios integrantes de la sociedad fueran solo dos, el demandante y el administrador demandado, convierte en difícil de imaginar un desconocimiento por el primero de los detalles importantes de la gestión social dirigida por el segundo, entre ellos, el relativo a la política de retribuciones –un dato similar fue tomado en consideración en la sentencia de 31 de octubre de 2007–.

Por otro lado, el demandante, como se ha dicho, conector –cuanto menos, al aprobar las cuentas de los respectivos ejercicios– de que el administrador social percibía un sueldo como gerente, respondió ante esa evidencia con un comportamiento tolerante, no en una ocasión, sino durante varios ejercicios: los correspondientes a los años mil novecientos noventa y uno a mil novecientos noventa y cinco –supuesto distinto, por esa continuidad, al contemplado en la sentencia de 24 de abril de 2007–.

Con tales antecedentes la mencionada conducta merece ser calificada como apta para generar fundadamente en el otro socio la confianza en una coherencia futura sobre tal cuestión y, por ello, en que podía seguir percibiendo la remuneración por haber sido admitida por quien era titular de la otra mitad de las participaciones sociales. Es decir que, además de que la sociedad estaba de acuerdo al estarlo todos los integrantes de la junta general, el otro socio no le iba a reclamar devoluciones. Y aunque en la demanda solo se reclaman las cantidades percibidas por el demandado, como sueldo, en los ejercicios siguientes, el comportamiento descrito, en cuanto significativo, prolongado y contradictorio con la pretensión deducida en la demanda, convierte a esta en inadmisibile, en aplicación del principio gene-

ral de buena fe, en el sentido de modelo de conducta, que actúa en su función de límite del ejercicio de los derechos subjetivos –*adversus factum suum quis venire non potest*–, como la jurisprudencia ha reiterado –sentencias de 1 y 20 de diciembre de 2006 y 17 de julio de 2007, entre otras–. No se oponen a la aplicación de ese límite los *artículos 133.3 y 134.3 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas* –en relación con el *artículo 69 de la Ley 2/1995*–, porque no se atribuye eficacia exoneradora a los acuerdos sociales de aprobación de las cuentas anuales, sino que se valora el comportamiento del socio demandante, reiterado durante varios ejercicios, como generador de confianza en el demandado sobre la regularidad de la percepción de su sueldo».

### 3. Sobre competencia desleal del administrador

D)<sup>42</sup> En la sentencia que se reproduce seguidamente se analiza el deber de lealtad del administrador. Además, concluye estableciendo doctrina legal sobre la prohibición de competencia desleal.

#### «FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO. Resumen de antecedentes.

1. Un socio interpuso demanda solicitando que se declarase la nulidad del acuerdo de 25 de junio de 1999, en el que se acordaba la continuidad de dos personas en su condición de administradores de la sociedad limitada, por haber incurrido en competencia desleal.

2. Los demandados alegaron que no concurren en el presente caso las causas legales de cese en la condición de administrador previstas en el *artículo 65 LSRL* («1. Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta General. 2. Cualquier socio podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior»), ya que, si bien reconocían que habían llevado a cabo la creación de una sociedad con el mismo objeto que la codemandada, de la que eran administradores, esta sociedad no llegó a realizar actividad alguna.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda por considerar que no es preciso que se acredite que se ha producido un perjuicio efectivo a la sociedad, sino que basta con que se dé un eventual conflicto de intereses; y que la situación prevista en el *artículo 65 LSRL* debe darse en el momento en el que se adopte el acuerdo social, por lo que resulta indiferente que la sociedad fuera disuelta el 22 de julio de 1999, es decir, poco después de la adopción del acuerdo social impugnado.

<sup>42</sup> STS de 5 de diciembre de 2008, Recurso 1353/2003 (ponente XIOL Ríos).

4. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y desestimó la demanda por considerar, en síntesis, que la falta de actividad, a excepción de la constitución de la sociedad, impide la consideración de que en el momento de la demanda los demandados se encontraran incurso en la prohibición; que la sociedad estaba liquidada a la fecha de la demanda y que la parte demandante no accionó con anterioridad conforme le faculta el *artículo 65.2 LSRL*, por lo que resulta indiferente la solicitud judicial de Junta.

5. Contra esta sentencia interpone recurso de casación la parte demandante, cuyo único motivo ha sido admitido por interés casacional (...).

El recurso debe ser estimado (...).

**TERCERO.** La infracción de la prohibición de competencia desleal a los socios-administradores en las sociedades de responsabilidad limitada por constitución de una sociedad con idéntico objeto.

El *artículo 65 LSRL*, que exige la lealtad en el ejercicio del cargo de administrador (reforzado por la llamada Ley de Transparencia: Ley 26/2003, de 17 de julio, y STS 21 de julio de 2006, rec. 4654/1999) impone a los administradores, como obligación negativa, la prohibición de concurrencia, que solo cesará cuando la Junta general, conociendo las actividades competitivas del administrador, autorice expresamente a ejercerlas, por lo que incurre en su vulneración el administrador que sin tener la autorización requerida vulnera la prohibición; y se ajusta a esta regla el acuerdo de la junta general que ordena su cese (STS 11 de abril de 2007, rec. 2172/2000).

La prohibición del *artículo 65 LSRL*, fundada en la existencia de una incompatibilidad, tiene su fundamento en el sustrato ético que debe presidir las relaciones económicas, por lo que se impone una interpretación rigurosa del precepto (STS 9 de septiembre de 1998, rec. 549/1994), pues la Ley ha querido revestir de un especial rigor a esta prohibición, de manera que su infracción autoriza la expulsión del socio-administrador (STS de 6 de marzo de 2000). La normativa legal se inspira en el daño que pueda sufrir la sociedad, el cual ha de tratarse de un riesgo serio y consistente que puede ser actual o potencial y no exige la demostración de un beneficio efectivo en otras empresas o en otras personas (STS 12 de junio de 2008, rec. 1136/2001). En consecuencia con esta doctrina, este tribunal tiene declarado que el hecho de que al tiempo de acordarse la exclusión de la sociedad no fuera la administradora la recurrente no excluye la aplicación del precepto, pues no exige la actualidad en el cargo (STS 26 de enero de 2006, rec. 2230/1999) y se registran ejemplos en nuestra jurisprudencia que estiman acreditada una actuación de deslealtad cifrada en la prohibición de concurrencia por la constitución de una sociedad con idéntico objeto (SSTS 1 de octubre de 1986, 7 de noviembre de 1986, 19 de abril de 2004, rec. 1769/1998), considerada como acto de efectiva concurrencia «aun cuando desafortunadamente, la sociedad constituida no pudo adjudicarse proyecto alguno» (STS 6 de marzo de 2000, rec. 1515/1995), de donde se infiere que el daño que origina la actividad competitiva no se funda en su carácter actual y efectivo,

sino en que sea real y consistente y se origine por una contraposición de intereses, valorada a tenor de las circunstancias del caso (STS de 28 de junio de 1982). Hay que estimar que la doctrina recogida en estas sentencias, que responden a la línea jurisprudencial de la que son reflejo las citadas como contradichas por la parte recurrente, está en contradicción con la posición de la sentencia recurrida, en cuanto estima que la mera constitución de una sociedad con idéntico objeto no implica una actitud competitiva si no se demuestra que esta desarrolla una actividad efectiva y se ha disuelto con anterioridad a la presentación de la demanda, y no niega la existencia de la contraposición de intereses que el Juzgado de Primera Instancia estima probada. En resolución, procede fijar como doctrina jurisprudencial que la prohibición de competencia desleal que impone a los administradores el *artículo 65 LSRL* se infringe mediante la creación por parte de estos, sin la autorización expresa de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias, que no existe contraposición de intereses (...).

**4. Se fija como doctrina jurisprudencial** que la prohibición de competencia desleal que impone a los administradores el *artículo 65 LSRL* se infringe mediante la creación por parte de estos, sin la autorización de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias, que no existe contraposición de intereses».

B. SOBRE RESPONSABILIDAD OBJETIVA (O “CUASI” OBJETIVA) DE LOS ADMINISTRADORES POR LA SOBLIGACIONES CONTRAIDAS CON POSTERIORIDAD AL ACAECIMIENTO DE LA CAUSA LEGAL DE DISOLUCIÓN, PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 262.5 DE LA L.S.A. Y 105.5 L.S.R.L. POR NO PROMOVER LA DISOLUCIÓN DE LA COMPAÑÍA EN EL PLAZO QUE LA LEY ESTABLECE

Constituyen estas sentencias el grupo más numeroso.

D)<sup>43</sup> *El art. 262.5 de la L.S.A. tiene la finalidad de proteger a los acreedores de la sociedad, evitando la desaparición total de su patrimonio.*

«FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- El presente recurso trae causa de la demanda formulada por “Sociedad Anónima El Águila” contra “H. BOSCH, S.A.”, en reclamación de la suma de 41.544.762 pts., y contra D. Juan María, a quien, en su calidad de administrador de “H. Bosch”, interesaba fuera condenado solidariamente al pago de la citada cantidad y de otras que habían sido exigidas a la mencionada mercantil en otros procesos, totalizando 128.003.514 pts.

<sup>43</sup> STS de 23 de septiembre de 2005, Recurso 1210/1999 (ponente ANTONIO ROMERO LORENZO).

Los demandados mostraron oposición a las pretensiones deducidas y “H. Bosch” formuló además reconvencción, solicitando se declarase que la actora le había causado daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de distribución exclusiva de cerveza en botella y lata, en determinadas localidades de la provincia de Valencia, celebrado entre ambas sociedades el 5 de mayo de 1981, por un plazo de diez años, por lo que debía ser condenada al pago de la cantidad que en tal concepto se determinase. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y declaró la responsabilidad solidaria del Sr. Juan María por las deudas que “H. Bosch” mantenía con la actora, que ascendían a 128.003.514 pts., condenando solidariamente a ambos demandados, con imposición de costas a abonar a aquella 41.544.762 pts. más los intereses legales devengados desde la presentación de la demanda, en cuanto a “H. Bosch”. Por otra parte, absolvió a “S.A. El Águila” de las peticiones de la demanda reconvenccional. En fase de apelación, la Audiencia Provincial absolvió al Sr. Juan María del pedimento relativo a su responsabilidad por la suma de 86.458.752 pts. y mantuvo los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida, salvo el relativo a las costas de la demanda, de las que no hizo condena, manteniendo la imposición a “H. Bosch” de las de la reconvencción, y sin hacer especial declaración respecto a las de la alzada.

(...)

Aparte de ello, ha de afirmarse, ante todo, que la posición que un administrador social ocupa en la entidad cuya gestión y representación le ha sido encomendada y que debe desempeñar con la diligencia que establece el *artículo 127,1 de la L.S.A.*, determina que el mismo haya de conocer puntualmente cuando la evolución económica de aquella impone llevar a cabo la reducción de su capital, por haber descendido por debajo del nivel que fija el *artículo 163.1 del citado texto legal*, o, incluso, promover la liquidación de la sociedad, conducta esta última que según la Audiencia era la procedente en el caso que nos ocupa, y cuya omisión es lo que ha motivado el parcial acogimiento de la pretensión deducida contra el recurrente.

En tal contexto, ha de observarse que para llegar a su decisión, la Audiencia Provincial ha ponderado que en 1992 las cuentas anuales presentadas al Registro Mercantil por la entidad demandada ya reflejaban una cifra negativa de 85.171.473 pts. cantidad que en el ejercicio siguiente se elevó a 107.603.104 pts., dando lugar a una situación que la propia entidad demandada en un dossier elaborado a finales de 1993 calificaba de caótica, teniendo en cuenta que el capital social era únicamente de 17.000.000 de pesetas, sin que en dicho documento se hiciese referencia alguna que en dicha realidad contable hubiese influido la actuación de “El Águila”.

A ello añade el Tribunal de instancia que no puede hablarse de abuso de derecho imputable a la actora, por cuanto, a pesar de todo, se continuó por la misma el suministro de mercancías, hasta finales del año 1994.

De cuanto acaba de exponerse se desprende que necesariamente ha de calificarse de correcta la conclusión a que se llega en la sentencia recurrida

respecto a que en el supuesto de litis indudablemente concurría la causa legal de disolución del *artículo 260.4 L.S.A.*, que obligaba al administrador a convocar Junta General en plazo de dos meses para la adopción del correspondiente acuerdo, lo que comporta la declaración de responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales, según consolidada doctrina de esta Sala (sentencias de 20 de febrero, 1 de marzo, 7 y 14 de mayo y 5 y 6 de octubre de 2004, por citar únicamente las más recientes.»

I bis)<sup>44</sup> *De nuevo sobre la finalidad de la responsabilidad ex art. 262.5 L.S.A.*

«4.<sup>a</sup>- Lo que se desprende de los hechos probados es que a finales de 1993 se decidió poner fin a la empresa y desguazar sus dos únicos buques para obtener la correspondiente subvención oficial, cuyo importe se dedicó a aquello que se consideró más oportuno para, finalmente, acabar desapareciendo de hecho la sociedad. Por tanto, se produjo aquello que precisamente los *arts. 260 y 265 LSA* tratan de evitar cuando imponen a los administradores unos deberes orientados a una extinción de la sociedad ordenada por etapas y que preserve adecuadamente los derechos tanto de los socios como de los terceros, sin que los administradores puedan decidir por su cuenta qué terceros verán total o parcialmente satisfechos sus créditos y cuáles no.

5.<sup>a</sup>- Por último, el motivo desconoce que la demanda se fundaba también en el *ordinal 3.º del art. 260.1 LSA*, y *evidente resulta que la decisión de desguazar los dos únicos buques de la empresa, sin previsión de sustitución alguna, implicaba una imposibilidad de realizar el fin social tan manifiesta que los hechos posteriores no vinieron sino a corroborarla por completo».*

*I ter)*<sup>45</sup> *Sentencia igualmente relativa a la finalidad del art. 262.5 L.S.A.*  
«PRIMERO.

1) El Juzgado condenó a los demandados, D.<sup>a</sup> Celestina y D. Federico, en aplicación del *artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas [LSA]*, como administradores de Construcciones y Contratas Melsio, S. A., al pago de 9.210.260 ptas., e intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, importe del débito originado por una subcontrata a favor de Marmolería Lemona, S. L. de aportación de materiales de marmolería y trabajos en la construcción de un parque de bomberos (...).

3) La Audiencia revocó la sentencia y absolvió a los administradores (...).

<sup>44</sup> STS de 4 de julio de 2007, Recurso 4503/2000 (ponente MARÍN CASTÁN).

<sup>45</sup> STS de 20 de febrero de 2007, Recurso 3609/1999 (ponente XIOL RÍOS) en recurso de apelación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao de fecha de 17 de junio de 1999 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Bilbao.

A) El *art. 262.5 LSA*, en la redacción aplicable por razones temporales al supuesto contemplado en este proceso, establece que, cuando concurren causas de disolución de la sociedad, «[r] esponderán solidariamente de las obligaciones sociales los socios administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses, a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando esta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución».

Entre las causas de disolución a que este precepto se refiere figuran las «pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente» y la «reducción del capital social por debajo del mínimo legal» (causas 4 y 5 del *art. 260.1 LSA*).

En suma, la ley prevé, cuando concurren estas causas, un mecanismo preconcursal que consiste en que se obliga a la sociedad –antes de que sus pérdidas lo hagan imposible– a evitar el concurso, bien sea liquidándose, bien adoptando otro acuerdo alternativo tendente a reconstruir el patrimonio social y la efectividad de dicho mecanismo se garantiza imponiendo una responsabilidad solidaria a los administradores por las deudas sociales en caso de incumplimiento de la obligación de promoverlo.

B) La acción para reclamar la responsabilidad solidaria de los administradores por incumplimiento de la obligación de instar la disolución de la sociedad es, según la calificación jurisprudencial más reciente, una acción de responsabilidad extracontractual (SSTS de 4 de abril de 2006 y 24 de abril de 2006) dotada de singularidad en cuanto al requisito general de la relación de causalidad (STS 27 de octubre de 2006), pues la jurisprudencia ha venido declarando que esta responsabilidad no depende de la existencia de un nexo causal con el daño originado a los acreedores reclamantes, ni siquiera de la existencia del daño mismo, pues constituye una responsabilidad formal de carácter solidario respecto de las deudas sociales, que ha sido frecuentemente descrita como objetiva o cuasi objetiva, pues nace de la omisión del deber de promover la disolución en los supuestos legalmente previstos (SSTS de 3 de abril de 1998, 20 de abril de 1999, 22 de diciembre de 1999, de 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002 y 14 de noviembre de 2002, entre otras).

A ello no obsta que en supuestos excepcionales la jurisprudencia haya considerado inexistente la responsabilidad de los administradores por no existir un interés digno de protección que justifique la responsabilidad (en expresión *obiter dicta* [ocasionalmente emitida] de las SSTS de 28 de abril de 2006 y 28 de noviembre de 2006), y haya reconocido, en consecuencia, límites al ejercicio de la acción fundados en principios generales, como ocurre en las SSTS de 20 de julio de 2001, 12 de febrero de 2003 y 16 de febrero de 2006.

C) La responsabilidad que deriva del *artículo 262.5 LSA* exige no solamente que se produzca objetivamente una causa de disolución de la sociedad prevista en la ley, sino también que concurra la negligencia que contemplan los propios preceptos que establecen esta responsabilidad (SSTS de 20 de diciembre de 2000, 1 de marzo de 2001, 25 de abril de 2001, 20 de julio de 2001, 14 de noviembre de 2002, 12 de febrero de 2003, 16 de octubre de 2003, 26 de marzo de 2004, 16 de febrero de 2006, 6 de abril de 2006 y 28 de abril de 2006, recurso número 4187/2000, 26 de junio de 2006), de tal suerte que se registran supuestos en los que incluso el desconocimiento absoluto por el administrador de la marcha de la sociedad o la imposibilidad, entendida en términos de razonabilidad, de promover la disolución de la sociedad por parte del administrador se estiman como causas de exclusión de su responsabilidad.

D) En la precisión de la concurrencia de los supuestos que determinan la procedencia de la disolución de la sociedad y en la determinación de la conducta omisiva de los administradores este Tribunal debe atenerse a los hechos que el tribunal de instancia, en el ejercicio de sus facultades de valoración probatoria, solo revisable en casación en supuestos excepcionales, considere probados».

## II)<sup>46</sup> QUINTO. *Responsabilidad de los administradores derivada del artículo 262.5 LSA.*

«En relación con el sistema de responsabilidad que dimana del *artículo 262.5 LSA*, y los presupuestos que han de concurrir para que se dé el supuesto de hecho previsto por la norma al que se liga el efecto de hacer al administrador solidariamente responsable de las deudas contraídas por la sociedad, esta Sala se ha pronunciado en el sentido de que la acción, y por ende, la responsabilidad que prevé el *artículo 262.5 LSA*, es distinta en sus presupuestos y en su regulación de la contemplada en los *artículos 135 y 133 LSA*. Mientras la acción individual requiere que concurran los requisitos de acción u omisión culposa, daño y prueba de la relación de causalidad (STS de 11 de

<sup>46</sup> STS 12 de marzo de 2010, Recurso 1535/2005 (ponente XIOL RIUS).

Otras muchas sentencias del Tribunal Supremo se centran en la aplicación del art. 262.5 L.S.A.; 4 de febrero de 2009, Recurso 794/2003 (ponente MARÍN CASTÁN); STS de 27 de noviembre de 2008, Recurso 1050/2003 (ponente ALMAGRO NOSETE). Donde, además, se examina el caso de cese de los administradores con anterioridad a producirse el hecho que constituye la causa de disolución; STS de 6 de noviembre de 2008, Recurso 1307/2003 (ponente CORBAL FERNÁNDEZ), donde se declara que es doctrina de la Sala «que la solicitud de suspensión de pagos no suple la omisión de promover la disolución de la sociedad» en caso de que concurra la causa legal de pérdidas económicas cualificadas y, por lo tanto, tal actividad no exonera de responsabilidad a los administradores; STS de 10 de julio de 2008, Recurso 710/2008 (ponente ALMAGRO NOSETE), aunque referida a la sociedad limitada y, por tanto, aplica el art. 105.5 L.S.R.L.; STS de 24 de marzo de 2008, Recurso 226/2008 (ponente MONTES PENADÉS).

julio de 2008, RC n.º 3675/2001), la acción del 262 LSA tiene un carácter abstracto o formal (STS de 26 de junio de 2006), cosa que se expresa en algunas sentencias atribuyéndole una naturaleza objetiva o cuasi objetiva (SSTS de 25 de abril de 2002, 14 de noviembre de 2002, 6 de abril de 2006 [Pleno], 28 de abril de 2006 y 26 de mayo de 2006, entre otras). De esto se sigue que su declaración no exige la concurrencia de más negligencia que la consistente en omitir el deber de promover la liquidación de la sociedad mediante convocatoria de la Junta o solicitando que se convoque judicialmente cuando sea el caso –y ahora también mediante solicitud de la declaración de concurso, cuando concorra su presupuesto objetivo–. No se exige, pues, una negligencia distinta de la prevista en la LSA (STSS de 20 y 23 de febrero de 2004 y de 28 de abril de 2006). Tampoco es menester que se demuestre la existencia de una relación de causalidad entre el daño y el comportamiento del administrador, sino que la imputación objetiva a este de la responsabilidad por las deudas de la sociedad se realiza *ope legis* [por ministerio de la ley] (SSTS de 28 de abril de 2006, 31 de enero de 2007, 10 de julio de 2008, RC n.º 4059/2001, y 11 de julio de 2008, RC n.º 3675/2001)».

### III)<sup>47</sup> «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- El *objeto del proceso* versa sobre la exigencia de responsabilidad de unos administradores sociales por deuda de la entidad con base en no haber convocado Junta para disolver la sociedad de responsabilidad limitada cuando el patrimonio contable social se había reducido a menos de la mitad del capital social, todo ello de conformidad con los *arts. 104.1,e) y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/1995, de 23 de marzo*. La Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de Móstoles el 14 de diciembre de 2004, en los autos de juicio ordinario número 420 de 2004, estimó la demanda formulada por el Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra Dn. Baltasar y Dn. Fulgencio, y, después de declarar que los demandados han incumplido como administradores de la entidad mercantil Embutidos Simón, S.L. las obligaciones inherentes a su cargo, les condena a que, solidariamente, abonen a la actora la cantidad de trescientas ochenta y ocho mil, seiscientos cincuenta y siete euros con setenta y un céntimos –388.657,71 euros–, y al pago de las costas procesales causadas.

La Sentencia dictada por la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 10 de octubre de 2005, en el Rollo número 273 de 2005, estima el recurso de apelación de los demandados, revoca la resolución de primera instancia, y desestima la demanda, absolviendo a los codemandados. Además, impone las costas de la primera instancia a la parte actora y no hace especial pronunciamiento respecto de las de la alzada.

<sup>47</sup> STS 12 de febrero de 2010, Recurso 279/2006 (ponente CORBAL FERNÁNDEZ).

Por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. se interpuso *recurso de casación* articulado en un único motivo en el que denuncia infracción de los arts. 104,e) y 105 LSRL, que fue admitido por Auto de esta Sala de 8 de julio de 2008.

El argumento de la resolución recurrida desconoce la doctrina jurisprudencial reiterada de que no se requiere la concurrencia del reproche culpabilístico (SS., entre otras, 28 de abril y 26 de mayo de 2006, 20 de noviembre de 2008, 1 de junio de 2009), lo que debe entenderse sin perjuicio de que determinadas conductas en determinadas circunstancias, como se expuso, pueden dar lugar a una exoneración de responsabilidad, paliando los efectos de lo que se ha llegado a calificar como modalidad de responsabilidad objetiva o “cuasi objetiva”. Se menciona también por la resolución recurrida como causa para desestimar la pretensión actora que en la Junta de la Sociedad celebrada en marzo de 2001 se acordó solicitar la declaración de quiebra voluntaria, la que fue admitida a trámite por Auto de 26 de marzo, y se añade que el día 27 de marzo el Banco actor cerró las cuentas [cancelación anticipada de las pólizas] si bien no se certificó el saldo deudor hasta el día 7 de mayo de 2001.

La presentación de la solicitud de quiebra voluntaria, al tiempo de los hechos, no era por sí sola suficiente para excluir la responsabilidad de los administradores (S. 29 de mayo de 2009), y aun cuando pudiera haberse hecho ciertas matizaciones, estas resultan estériles ante dos hechos relevantes: la gravedad de la situación financiera y la tardanza de más de año y medio en solicitar la declaración de quiebra, sin que excuse la alegación de haberse intentado medidas de reflote, pues las indicadas al respecto no revestían visos de éxito para lograr el reequilibrio patrimonial. Y por otro lado nada obsta a que por el Banco actor se cancelaran las pólizas al producirse la declaración de quiebra, pues los créditos existían y nada consta que impidiera el legítimo ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado».

IV)<sup>48</sup> *Esta sentencia que sigue tiene el interés de graduar la responsabilidad del administrador frente a terceros en función de la buena fe o conocimiento por esos terceros de la situación de dificultad económica que atravesaba la compañía con los que contrataron.*

«FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- 1.- El conflicto.-

1.1.- STIL GARDEN S.p.A. demanda a D. David en reclamación de la cantidad de 235.302,82 €, a consecuencia del impago de determinada deuda por la sociedad STIL GARDEN PLASTIC, S.A., de la que era Administrador Único. Ejercita la acción individual de responsabilidad de los artículos 133 y 135, y la acción de responsabilidad de los artículos 260 y 262.5 de

<sup>48</sup> STS de 114 de mayo de 2009, Recurso 1926/2004 (ponente MONTES PENADÉS).

*la Ley de Sociedades Anónimas*. 1.2.- El demandado, que reconoce la existencia de la deuda y el estado de insolvencia de la sociedad que administraba, así como el hecho de no haber convocado la Junta a que se refiere el *artículo 262.2 LSA*, opone que la actora, socia de la compañía demandada y ex administradora, conocía la situación de insolvencia y, ello no obstante, aceptó el suministro de materiales. Este hecho es aceptado por la actora. El demandado opone también la actitud pasiva de la actora, que, siendo accionista, no instó la convocatoria de la Junta General ni la remoción del Administrador.

1.3.- El demandado fue nombrado administrador en 1966 cuando la sociedad ya estaba en estado de insolvencia, que se había producido durante la etapa en que la sociedad había sido regida por un Consejo de Administración del que formaba parte la entidad ahora demandante. En 2 de febrero de 1996 se firma un documento (folio 75 de los autos) en el que se conviene (entre los ahora litigantes y una sociedad denominada PINTVAL SERVICIOS S.L. –dominada por el demandado–) que se pagarían las deudas de STIL GARDEN PLASTIC, S.A. con STIL GARDEN, S.p.A. en dos vencimientos, el 30 de mayo y el 30 de junio siguientes, y se establece: “... después del 1 de julio de 1996 la sociedad STIL GARDEN PLASTIC, S.A. en cualquier caso tendrá que ser puesta en liquidación; en caso de que por cualquier causa no pudiera ser liquidada los socios se comprometen ya desde ahora a variar su denominación social...”.

El demandado reconoce en su declaración durante el juicio oral la existencia del pacto, la situación de infracapitalización de la sociedad, y el hecho de que no la puso en liquidación.

[El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, y la Sala de Apelación confirma su sentencia].

*SEGUNDO*.- El Recurso de casación presenta tres motivos, que se resumen a continuación.

En el primero se denuncia la infracción de los *artículos 262.5 y 260 LSA* en relación con los *artículos 7 y 1258 CC y 57 CCom*. El motivo se fundamenta en la jurisprudencia de esta Sala, especialmente contenida en las SSTs 20 de julio de 2001, 12 de febrero de 2003 y 16 de octubre de 2003, en el sentido de que en la aplicación de la *regla del artículo 262.5 LSA* debe ponderarse el principio de buena fe, de modo que cuando el tercero que contrata con la sociedad conocía la situación patrimonial de la sociedad no puede dirigirse posteriormente contra los administradores, pues el conocimiento de la situación por los socios o el conocimiento de la infracapitalización por el acreedor en el momento de contratar no les autoriza para dirigirse luego contra los administradores. El *artículo 262.5 LSA* exigiría, además de la situación de infracapitalización y la ausencia de convocatoria de Junta, que el acreedor que reclama no fuera consciente al tiempo de convenir su crédito, a la postre incumplido, de la situación de crisis patrimonial que atravesaba la entidad y el riesgo que por ello asumía. Lo que en el caso está proba-

do, y no puede ser obviado por la existencia del *Convenio de 2 de febrero de 1996* puesto que, incluso si se aceptara el carácter de pacto liquidatorio que le da la sentencia recurrida, revela que la deuda que en dicho pacto se liquida no fue asumida de forma ingenua y sin conocimiento por la actora, sino siendo conocedora de la situación de déficit patrimonial. La actora era accionista y había sido administradora desde la constitución de STIL GARDEN PLASTIC, S.A. y consta en Autos su participación y aceptación en las cuentas anuales que reflejaban desde el inicio de la actividad la deficiente situación patrimonial y financiera de dicha sociedad, por lo que la deuda que liquida el pacto de 2 de febrero de 1996 fue asumida con pleno conocimiento de la situación de infracapitalización. Además de que la deuda origen de esta reclamación no era anterior al convenio de 2 de febrero de 1996, sino posterior a esta y fruto del suministro de materiales que en el mismo se pacta. El motivo segundo denuncia la infracción de los *artículos 262.5 y 260 LSA* en relación con los *artículos 133 y 135 de la misma Ley*.

Dice el recurrente que la Sala de instancia sale del ámbito del 262.5 LSA “para invadir el presupuesto de hecho de las acciones previstas en los *artículos 133 y 135 de la propia LSA*”. Para poder estimar una pretensión basada en los *artículos 133 y 135 LSA* es indispensable probar la existencia de la conducta negligente o el acto contrario a ley o los estatutos, el daño y la relación causal entre el acto ilícito y el daño acreditado, como entre otras puede leerse en la STS 28 de junio de 2000. Se ataca sobre todo la conexión causal entre un acto del administrador y la situación deficitaria de la sociedad que le impide pagar la deuda.

No es suficiente invocar la falta de presentación de las cuentas en el RM (STS 27 de mayo de 2004). Invoca el recurrente las SSTS de 21 de septiembre de 1999, 27 de mayo de 2004, que cita muchas otras, y las de 16 de febrero de 2000, y 3 de julio de 1998.

Finalmente, en el motivo tercero se denuncia la infracción de los *artículos 126 LSA y 125 RRM*. La actora ha invocado –dice el recurso– como causa de infracapitalización la condena al pago de 235.302,82 € impuesta por la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia en 19 de junio de 2002, fecha posterior a la caducidad del mandato como administrador y a su prórroga legal, pues la condena en primera instancia, anterior, no era firme.

**TERCERO.**– La cuestión central gira en torno de una elección entre sancionar a un Administrador contumaz que, obligado por la Ley y por un pacto especial convenido con sus socios, no verifica la convocatoria de la Junta prevista en el *artículo 262.2 LSA*, con lo que se le impone la responsabilidad consistente en asumir la deuda de la sociedad que administraba, o bien imponer a la sociedad actora, que conocía perfectamente la situación de insolvencia de la sociedad con la que contrata un nuevo suministro, las consecuencias de una operación mercantil asumida a riesgo y ventura, cuya frustración le conduce, después de haber obtenido la condena de la sociedad deudora en otro procedimiento, a reclamar del Administrador, lo que parece contrario a

la buena fe, que se ha de tener en cuenta según la jurisprudencia de esta Sala, que está bien citada en el recurso.

El eje de la solución se encuentra en el valor que haya que dar al pacto, establecido en 2 de febrero de 1996, por el que las partes se obligan a poner en liquidación la sociedad deudora. A juicio de la Sala de instancia, la existencia de este pacto impide que pueda ser subsumida la situación en un supuesto de carencia de buena fe en el reclamante, según la jurisprudencia antes aludida.

Un dato que hay que tener en cuenta es que la sociedad ahora demandante obtuvo la condena de la sociedad administrada por el demandado en un procedimiento anterior, en el que no fue parte el administrador.

**CUARTO.** - La sociedad reclamante era perfectamente conocedora, pues, de la infracapitalización de la sociedad con la que contrataba (participada por la actora, que además había sido administradora). El pacto de 2 de febrero de 1996 ciertamente obligaba a poner en liquidación la sociedad, después de verificar el pago del crédito por el suministro ahora convenido, pero no evita que se trate de una operación que hay que poner a riesgo de la sociedad ahora reclamante, consciente de la situación patrimonial de la entidad deudora. Esta Sala ha distinguido entre las acciones de responsabilidad individual (*artículos 133 y 135 LSA*) y la de responsabilidad especial que impone a los administradores el *artículo 262.5 de la propia LSA* por no promover la disolución (o en los términos de la actual redacción del precepto, el concurso) de la sociedad, y ha admitido que, en régimen de concurso ideal, la situación de insolvencia puede dar paso a la responsabilidad individual, cuando la insolvencia de la sociedad provocada por la negligencia de los administradores causa una lesión directa a los acreedores (SSTS 11 de octubre de 1991, 10 de diciembre de 1996, 11 de noviembre de 1997, 17 de diciembre de 2003, 20 de febrero de 2004, etc.), pero también ha dicho (STS 16 de octubre de 2003, entre otras) que la responsabilidad *ex artículo 262.5 LSA* tiene su “ratio” en que la conducta omisiva de los administradores ha inducido a error a un determinado tercero contratante, haciéndole creer que la sociedad se encuentra en una situación normal desde los puntos de vista económico y financiero. Téngase en cuenta que el pacto preveía la liquidación a partir del 1.º de julio de 1996, y la sociedad ahora reclamante demandó primero el pago frente a la sociedad administrada por el demandado, ya en 2001, sin otra actividad por su parte.

**QUINTO.** - Aun cuando un amplio número de sentencias de esta Sala han perfilado la responsabilidad *ex artículo 262.5 LSA* como un supuesto de responsabilidad objetiva o “cuasiobjetiva” (SSTS 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril y 14 de noviembre de 2002), otro grupo numeroso de sentencias han precisado que requiere la aplicación de las técnicas y de las reglas de responsabilidad civil, evaluando los problemas de imputación objetiva, entre los cuales se encuentra el conocimiento por los reclamantes de la situación de la sociedad en el momento de generación del

crédito (SSTS 28 de abril de 2006, RC 3287/1999; y 28 de abril de 2006, RC 4187/2000, 14 de marzo de 2007, etc.). La STS de 20 de julio de 2001, que sigue la línea de otras decisiones, como las SSTS de 16 de febrero de 2000, RC 1449/1995, y 3 de julio de 1998, señalaba que el consentimiento de la situación por los socios o el conocimiento de la infracapitalización por el acreedor al momento de contratar con la sociedad no les autoriza para dirigirse luego contra los administradores. La STS de 12 de febrero de 2003 decía que hay que tener en cuenta el *artículo 7.1 del Código civil*, que obliga al ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe. Y la de 16 de octubre de 2003, antes ya citada, reitera esta misma idea, que también es apuntada en la STS de 27 de mayo de 2004, en la que se dice que el perjudicado no puede fundamentar la responsabilidad del Administrador en aquellas circunstancias que conocía o debía conocer al tiempo de contratar, y entre ellas las dificultades económicas existentes en el momento del pacto para saldar la deuda.

*SEXTO.*- Estas consideraciones inclinan a la Sala a estimar el recurso, en concreto los motivos primero y segundo, por lo que es irrelevante el examen del motivo tercero. La actora no actuó en buena fe, y, como señala el recurrente, el comportamiento en buena fe es presupuesto de la tutela del derecho que se ejercita, de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 7.1 y 1258 del Código civil y 57 del CCom.*, entendiéndose la buena fe como un comportamiento honrado, justo, leal y lógico (SSTS 11 de diciembre de 1989, 20 de octubre de 1991, 22 de febrero y 1 de marzo de 2001, 14 de mayo de 2002, 20 de junio y 4 de julio de 2006, 3 de enero de 2007, entre muchas otras). La actora, perfectamente consciente de la situación de infracapitalización en que se encontraba la sociedad deudora, concedió nuevos suministros, de los que derivó el crédito que ahora reclama, realizando una operación que hay que poner a su riesgo y ventura. Por otra parte, el incumplimiento del pacto establecido (Fundamento Jurídico Primero, sub 1.3), única base para establecer la responsabilidad individual por aplicación de los *artículos 133 y 135 LSA*, requiere que se demuestre la relación de causalidad entre la omisión del Administrador demandado y el daño, que en el caso consiste en la imposibilidad de cobro de la deuda, pero es claro que tal imposibilidad no deriva del incumplimiento del pacto de poner a la sociedad en liquidación, sino de la insolvencia de la sociedad, que no hubiera sido remediada por el cumplimiento del pacto».

V)<sup>49</sup> *Sobre posibles causas de exoneración –solo en caso extraordinarios– de la responsabilidad objetiva ex art. 262.5 L.S.A.*

«SÉPTIMO. Requisitos de la responsabilidad de los administradores.

Las razones en las que se funda la desestimación del anterior motivo son las siguientes:

<sup>49</sup> STS de 2 de diciembre de 2008, Recurso 3713/2001 (ponente XIOL Ríos).

A) En la medida en que se impute una incongruencia a la sentencia recurrida, esta alegación debe ser desechada, por cuanto resulta evidente que en la demanda se invocó no solamente los preceptos relativos al ejercicio de la acción individual de responsabilidad contemplada en la LSA, sino también la responsabilidad objetiva o formal por incumplimiento de la obligación de disolución por parte de los administradores al concurrir causas legales para ello, al amparo del *artículo 262.5 LSA*.

B) Por otra parte, el hecho de que en la sentencia del Juzgado se haga un especial hincapié en la negligencia de los administradores y, en general, en los elementos propios del ejercicio de la acción individual, no es obstáculo para que, de acuerdo con la pretensión formulada en la demanda, la Audiencia Provincial pueda basar su pronunciamiento en la acción derivada de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación que corresponde a los administradores de promover la disolución de la sociedad cuando concurren los presupuestos legales establecidos para ello.

C) El plazo de prescripción de la responsabilidad de los administradores es, según la más reciente jurisprudencia, el de 4 años previsto en el artículo 949 CCom, como se ha recordado con anterioridad.

D) La jurisprudencia en casos extraordinarios ha admitido que la imposibilidad por parte de los administradores de conocer la situación de la sociedad o de promover la disolución puede ser una causa de exoneración de su responsabilidad por falta de los presupuestos necesarios con carácter general para su existencia, ya que nadie puede ser obligado a lo imposible (SSTS de 1 de marzo de 2001, 20 de junio de 2001, 12 de febrero de 2003, 16 de octubre de 2003, 26 de marzo de 2004, 16 de febrero de 2006, y 28 de abril de 2006, recurso número 4187/2000); pero resulta evidente que el carácter formal u objetivo de esta responsabilidad no permite excluirla por el hecho de que los administradores hayan tratado de evitar o minorar las consecuencias del daño causado, ya que el precepto legal persigue, en beneficio de todos los acreedores de la sociedad y con el fin de garantizar la liquidación ordenada de la misma, que los acreedores promuevan su disolución cuando concurren las condiciones que la exigen (SSTS de 3 de abril de 1998, 20 de abril de 1999, 22 de diciembre de 1999, de 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002 y 14 de noviembre de 2002, 26 de junio de 2006, rec. 4434/1999)».

VI)<sup>50</sup> *Sobre circunstancias que no exoneran de la responsabilidad del art. 262.5 L.S.A.*

«El recurso de casación se interpone únicamente por uno de los dos administradores codemandados y se articula en cinco motivos formulados al amparo del *ordinal 4.º del art. 1692 LEC de 1881*. SEGUNDO.- El motivo

<sup>50</sup> STS de 24 de junio de 2008, Recurso 3077/2001 (ponente MARÍN CASTÁN).

primero denuncia “una interpretación literal y rigorista del artículo 262.5 LSA contraria a la naturaleza del cargo de administrador de sociedades mercantiles”. Según su desarrollo argumental, el recurrente llevó la gestión de la compañía de forma ordenada y diligente, procurando en todo momento la publicidad de su situación real en el Registro Mercantil y acogándose en su momento a la suspensión de pagos para alcanzar un convenio con los acreedores sociales. En su opinión, los arts. 260 y 262 LSA tienen que ponerse en relación con los arts. 127 y 133 de la misma ley porque lo decisivo es que los administradores desempeñen su cargo diligentemente, y si lo han hecho no deberán responder por las deudas sociales. En suma, para la parte recurrente, que no discute que la sociedad estuviera incurso en causa de disolución ni que sean aplicables al caso las normas sobre responsabilidad de los administradores del texto refundido de la LSA de 1989 por remisión de la LSRL de 1953 tras su reforma por la Ley 19/89, no cabe responsabilidad de los administradores si estos han actuado con diligencia y buena fe dando publicidad a las cuentas sociales, de suerte que si no se promovió la disolución de la compañía fue por la subsistencia de su capacidad de crédito dada la fluctuación del equilibrio patrimonial en un mercado como el inmobiliario en el que operaba la sociedad. Finaliza el alegato del motivo recordando que la sociedad demandada solicitó los beneficios de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, en cuyo expediente los acreedores habrían podido exigir responsabilidad a los administradores, y no solo no lo hicieron sino que incluso conviniere con la sociedad deudora su ordenada liquidación.

Semejante planteamiento no puede ser aceptado y por tanto el motivo ha de ser desestimado, porque no es en absoluto cierto que la responsabilidad solidaria de los administradores sociales establecida en el art. 262.5 LSA (redacción anterior a su reforma por la Ley Concursal de 2003) exija una negligencia distinta de la contemplada en el propio precepto y consistente en el incumplimiento de la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para la adopción, en su caso, del acuerdo de disolución, según viene declarando la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 21-2-07, 23-6-06, 16-12-04, 1-3-04, 23-12-03, 20-10-03, 2-6-02, 20-7-01 y 31-5-01 entre otras muchas). Ello significa que si los administradores, además, incumplen otros deberes, como podrían ser los relativos a las cuentas anuales, cabrán otras acciones añadidas contra ellos, pero no que tal incumplimiento sea requisito necesario de la responsabilidad declarada por la sentencia recurrida. Finalmente, tampoco quedaban los administradores exonerados de esta responsabilidad por el mero hecho de promover la declaración de la sociedad en estado de suspensión de pagos al amparo de la Ley especial de 1922, ya que el expediente correspondiente no estaría en principio orientado a disolver la compañía sino a la continuación de su actividad (SSTS 19-9-07, 21-2-07, 6-4-06 y 16-12-04).

TERCERO.- El motivo segundo, fundado en interpretación incorrecta del art. 262.5 LSA en relación con la fe pública registral, así como del art. 6

CC, tiene un planteamiento muy similar al anterior porque, afirmando el recurrente que los administradores “serían responsables de las deudas, no tanto por la existencia de una causa de disolución, sino, o necesariamente unido, por la ocultación al mercado de dicha causa”, vuelve a insistir en su exoneración por el hecho de que las cuentas publicadas por el Registro Mercantil reflejaban el déficit patrimonial de la sociedad codemandada y, por tanto, tal déficit pudiera ser conocido por la acreedora demandante antes de contratar, de suerte que esta debería asumir los riesgos derivados de haber contratado en lugar de desplazarlos sobre los administradores. Se alega también que al depositar la sociedad deudora las cuentas que revelan su causa de disolución, “subsana este vicio para los que contraten con ella con posterioridad pues son perfectos conocedores de esta situación”. Se añade que “castigar” en este caso a los administradores supone imponerles una penalización que la ley no contempla, “cual es la de convertir a dichos administradores en avalistas, por imperativo legal, de las deudas sociales”, y también que la sociedad demandante, al decidir contratar con la compañía demandada, “renunció tácitamente” a reclamar contra sus administradores, por lo que vendría al caso la cita del *art. 6.2 CC* así como la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Pues bien, el motivo ha de ser desestimado partiendo de lo razonado para desestimar el motivo anterior. Es cierto que en casos excepcionales algunas sentencias de esta Sala han exonerado de responsabilidad a los administradores pese a estar incurso la compañía en causa de disolución, pero no por la oportunidad de quienes hubieran contratado con esta de conocer el desequilibrio patrimonial consultando el Registro Mercantil sino en virtud de hechos plenamente probados y relativos bien a pactos especiales entre acreedor y sociedad deudora para superar la situación, a modo de acuerdos bilaterales de colaboración, bien a la imposibilidad material de los nuevos administradores de hacerse cargo de la situación, bien a la ausencia total de daño (SSTS 26-6-06, 16-2-06, 26-4-05 y 16-10-03), habiéndose declarado por una de esas sentencias, la de 16-10-03, que “sería una rémora importantísima para la rapidez de las transacciones mercantiles que hubiera que acudir al Registro Mercantil para enterarse de la solvencia de la persona con quien se quiere concertar una operación, salvo que se trate de profesionales a los que el uso de los negocios impone investigar dicha solvencia”.

Descartado, pues, que la publicidad registral del desequilibrio patrimonial constituya una causa de exención de la responsabilidad del *art. 262.5 LSA*, a modo de excepción no contemplada en la norma, también deben rechazarse los otros argumentos del motivo: el atinente a la “penalización” que dicho precepto impondría a los administradores como garantes de las deudas sociales, porque precisamente ese es el sentido de la norma al establecer la responsabilidad solidaria, según declaró esta Sala en su sentencia de 21 de febrero de 2007 (recurso n.º 923/00) refiriéndose a la asunción solidaria de obligaciones o en la de 20 de febrero de 2007 (recurso n.º 289/00)

refiriéndose al administrador como “deudor acumulado”; y el relativo a la alegada renuncia de la sociedad demandante o a sus actos propios, porque como declaró la sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 2004 (recurso n.º 3375/98), los acreedores no tienen la carga de promover la disolución de la sociedad deudora como requisito previo a la acción de responsabilidad de sus administradores, aunque sí gozan de la facultad subsidiaria de hacerlo.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso, fundado en la interpretación rigorista de los *arts. 260.1-4.º y 262.5 LSA* por el tribunal sentenciador, contraria según el recurrente a la *Ley de Suspensión de Pagos de 1922* y a la sentencia de esta Sala de 13 de abril de 2000, también ha de ser desestimado por las razones ya señaladas en el fundamento jurídico segundo sobre la ineficacia de la solicitud del estado de suspensión de pagos de la sociedad deudora para exonerar de responsabilidad a los administradores, máxime si, como se admite en el propio alegato del motivo, la causa de disolución existía ya en 1989, pese a lo cual el expediente de suspensión de pagos no se promovió hasta julio de 1994 y, como declara probado la sentencia recurrida, esta iniciativa fue posterior también a la presentación de la demanda exigiendo responsabilidad a los administradores. Finalmente, la cita de la sentencia de esta Sala de 13 de abril de 2000 (recurso n.º 2143/95) tampoco sirve a la finalidad perseguida por el recurrente: primero, porque la doctrina reiterada de esta Sala, y por tanto su jurisprudencia, es la inidoneidad de la suspensión de pagos para exonerar de responsabilidad a los administradores, según sentencias ya citadas en dicho fundamento jurídico; y segundo, porque el recurrente ofrece su propia interpretación de la sentencia que cita para darle el sentido que conviene a su interés, ya que en ningún caso dicha sentencia declara que promover la suspensión de pagos exima de responsabilidad a los administradores».

VII)<sup>51</sup> *Valoración de la conducta de los administradores en atención a las excepcionales circunstancias concurrentes.*

«SEGUNDO.- El único motivo del actual recurso se denuncia la infracción del artículo 262.5 en relación con el 260.4 de la *Ley de Sociedades Anónimas*, y se dice así mismo vulnerada la doctrina que los interpreta, contenida en las sentencias que se citan, en la medida en que la Audiencia, soslayando, a juicio de la parte recurrente, el carácter objetivo que presenta la responsabilidad a que se alude en el primero de los referidos preceptos, se decanta por exonerar de toda responsabilidad a los miembros del Consejo de Administración demandados valorando positivamente el esfuerzo desplegado por estos y las medidas así mismo adoptadas tendentes a paliar la situación de crisis, y al reflotamiento y mejora de la sociedad, lo que supone des-

<sup>51</sup> STS de 20 de noviembre de 2008, Recurso 3584/2001 (ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA).

conocer el mandato legal, en que la responsabilidad de los administradores “se anuda, única y exclusivamente con el incumplimiento de su obligación de convocar la junta general...”.

El motivo debe ser desestimado.

Constituye ciertamente doctrina pacífica y constante, de la que son claro ejemplo las Sentencias de 31 de enero y 8 de marzo de 2007, mencionadas por la más reciente de 11 de Julio de 2008, “que la acción y por ende, la responsabilidad que prevé el *artículo 262.5 LSA*, es distinta en sus presupuestos y en su regulación legal a la contemplada en los *artículos 135 y 133* del citado texto legal”, presentando aquella un carácter abstracto o formal, o, más propiamente, “una naturaleza objetiva o cuasi objetiva” (Sentencias de 25 de abril de 2002, 14 de noviembre de 2002, 6 y 28 de abril de 2006 –esta última de Pleno–, y 26 de mayo de 2006, entre otras), que determina, por regla general, que no sea preciso para apreciar la responsabilidad del administrador demandado ni la concurrencia de un reproche culpabilístico que hubiera que añadir a la constatación de que no ha habido promoción de la liquidación mediante convocatoria de la Junta o solicitud judicial de disolución, en su caso –y ahora también la solicitud de la declaración de concurso, cuando concorra su presupuesto objetivo–, ni una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto de administrador, por basar el enlace causal preestablecido en la propia norma –Sentencia de 28 de abril de 2006–. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, ha sentado esta Sala a partir de la Sentencia de Pleno de 28 de abril de 2006, que las especiales o extraordinarias circunstancias que puedan concurrir en un determinado caso en torno a la concreta conducta desplegada por los administradores, y que consten acreditadas, pueden llegar a justificar, aun cuando se acciona con base en dicho precepto legal, que se exonere de responsabilidad a los gestores, siendo ello debido a que la responsabilidad *ex lege del artículo 262.5 LSA* ha de ser entendida en clave de responsabilidad civil. En palabras de la citada Sentencia de 28 de abril de 2006, aun sin perder de vista su carácter de sanción, «se ha de tomar como punto de partida la existencia de un daño (un crédito contra la sociedad, cuya frustración, desde la perspectiva del *artículo 135 LSA*, sería un daño indirecto, ya que la insolvencia de la sociedad deudora no puede tomarse como un supuesto de lesión directa causada por los administradores), que se relaciona causalmente de modo muy laxo con el comportamiento omisivo de los administradores (carencia de convocatoria en plazo, omisión del deber de solicitar la disolución judicial o el concurso), pero que, a partir de ese dato (daño y relación de causalidad preestablecida) requeriría la aplicación de las reglas y de las técnicas de responsabilidad civil, evaluando los problemas de imputación objetiva (conocimiento por los reclamantes de la situación de la sociedad en el momento de generación del crédito, solvencia de la sociedad, existencia de créditos compensables de la sociedad frente a los acreedores que reclaman) y de imputación subjetiva, esto es, la posibilidad de exoneración de los administradores que, aun cuan-

do hayan de pechar con la carga de la prueba (*artículo 133.3 LSA*) demuestren una acción significativa para evitar el daño (lo que se ha de valorar en cada caso) o que se encuentren ante la imposibilidad de evitarlo (han cesado antes de que se produzca el hecho causante de la disolución, se han encontrado ante una situación ya irreversible). Valoración de la conducta de los administradores que se ha de producir forzosamente si se estableciera que estamos ante una sanción o pena civil (lo que requiere una matización, como se verá) pues lo exigen los principios del sistema, y que aparece ya en decisiones anteriores, bajo diversos expedientes (Sentencias de 1 de marzo y 20 de junio de 2001, de 12 de febrero y 16 de octubre de 2003, de 26 de marzo de 2004, de 16 de febrero de 2006, entre otras)».

En línea con este criterio jurisprudencial se muestra la Sentencia de 22 de noviembre de 2006, en la cual se afirma que esta caracterización de la responsabilidad (como objetiva o cuasi objetiva) «no empece a que los principios del sistema que rigen en nuestro ordenamiento jurídico, y en especial la necesaria conexión entre las responsabilidades de la Ley de Sociedades Anónimas y las reglas generales de los *artículos 1902 y siguientes del Código Civil* –y la jurisprudencia que los desarrolla–, determinen la necesidad de temprar su apreciación y consecuencias, en razón de la valoración de la conducta de los responsables atendiendo a las circunstancias de carácter objetivo y subjetivo concurrentes, esta Sala ha considerado relevante para mitigar el rigor del régimen de los *artículos 262-5.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 105-5.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* y para exonerar de responsabilidad al administrador el conocimiento del acreedor reclamante de la situación económica de la sociedad en el momento de la generación del crédito –Sentencias de 16 de febrero y de 28 de abril de 2006, del Pleno–, y, en términos más amplios, su actuación contraviniendo las exigencias de la buena fe –Sentencia de 12 de febrero de 2003–, la solvencia de la sociedad o la existencia de créditos compensables de la sociedad frente a los acreedores que reclaman –Sentencia de 28 de abril de 2006, del Pleno–; y se ha atendido también al hecho de que los administradores, aun cuando deban soportar la carga de la prueba, demuestren una acción significativa para evitar el daño, lo que se ha de valorar en cada caso –en este sentido, vid. Sentencia de 28 de abril de 2006, de Pleno–, o que se encuentren ante la imposibilidad de evitarlo, por haber cesado antes de que se produzca el hecho causante de la disolución –Sentencias de 28 de abril de 2006, de Pleno, y de 26 de mayo de 2006, entre las más recientes–, o, en términos generales, por haberse encontrado ante una situación ya irreversible –Sentencia de 28 de abril de 2006–. Todos estos casos, expuestos a título meramente enunciativo, contemplan –en palabras de la Sentencia de 26 de junio de 2006– situaciones que resultan incompatibles con el concepto de responsabilidad, entendido con arreglo a los requisitos de la responsabilidad extracontractual en general». Y, en fin, en parecidos términos se expresa la más reciente Sentencia de 5 de diciembre de 2007.

La proyección de estas notas caracterizadoras de la responsabilidad y de los criterios jurisprudenciales expuestos al supuesto de autos, justifica la absolución de los administradores demandados en cuanto los hechos tenidos por probados, incólumes en casación, acreditan un esfuerzo significativo de los administradores a la hora de evitar el daño que para la sociedad demandante supuso la insatisfacción del crédito que ostentaba contra la sociedad demandada (...).

VIII)<sup>52</sup> *Más sobre atemperación de la responsabilidad de los administradores ex art. 262.5 L.S.A.*

«La responsabilidad de que se trata –continúa diciendo la Sentencia de 28 de abril de 2006– no se basa en la relación de causalidad entre un determinado acto lesivo –como ocurre en la de los *artículos 133 y 135 LSA*– y el daño, que generalmente consiste en el impago de un crédito, puesto que, al menos en la *causa de disolución del artículo 260.1.4.º LSA*, es la insolvencia de la sociedad, la insuficiencia de su patrimonio, el factor determinante de la frustración del crédito que ahora se reclama. No hay aquí la lesión directa que exige el *artículo 135 LSA*, pero puede haber un riesgo o peligro de que, en defecto de una liquidación ordenada, los acreedores de la sociedad sufran el agravamiento de su posición o los efectos de un comportamiento desordenado o arbitrario de su deudor, la sociedad, cuyo patrimonio es en principio la única garantía, que por efecto de este precepto se ve reforzada con la de los administradores que no hayan promovido la liquidación o el concurso a su debido tiempo».

Ahora bien, tal y como se precisa en las sentencias de 28 de abril de 2006 (del Pleno) y de 5 de octubre de 2006, esta caracterización de la responsabilidad no obsta a que los principios del sistema de responsabilidad general, y en especial la necesaria conexión entre las responsabilidades de la Ley de Sociedades Anónimas y las reglas generales de los *artículos 1902 y siguientes del Código Civil* –y la jurisprudencia que los desarrolla–, determinen la necesidad de atemperar su apreciación y consecuencias, en razón de la valoración de la conducta de los responsables atendiendo a las circunstancias de carácter objetivo y subjetivo concurrentes; valoración a la que también es necesario llegar –como indica la sentencia de 28 de abril de 2006– si se parte de una concepción de la responsabilidad de que se trata como una suerte de sanción. En esta sentencia se explica esta modulación, partiendo de que la responsabilidad de los *artículos 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual –no obstante decisiones orientadas en otro sentido– que requiere la existencia de

---

<sup>52</sup> STS de 5 de diciembre de 2007, Recurso 1325/2005 (ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA).

un daño, por lo general, el impago del crédito que se reclama, el cual se presenta como indirecto desde la perspectiva del *artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas* –toda vez que la insolvencia de la sociedad deudora no puede tomarse como un supuesto de lesión directa causada por los administradores–, y enlazado causalmente de forma muy laxa con el comportamiento omisivo de los administradores como son la carencia de convocatoria en plazo, o la omisión del deber de solicitar la disolución judicial o el concurso.

### C. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR POR NO ADAPTAR LOS ESTATUTOS A LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS ANTES DEL 30 DE JUNIO DE 1992

#### I) <sup>53</sup> «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- “BANCO DEL COMERCIO, S.A.” demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don José Ángel, e interesó las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

La cuestión litigiosa se centraba principalmente en la determinación de la presencia o no de responsabilidad personal y solidaria en don José Ángel, Administrador de “Sitones, S.A., Promociones Inmobiliarias”, respecto a las deudas que la misma tenía contraídas con la parte actora, dada la incidencia de acreedores que no se registraron en la contabilidad de dicha entidad, y con base en el incumplimiento del demandado de sus obligaciones de administración en relación a los datos contables, al no reflejar en la contabilidad de la compañía la imagen fiel y real de su estado económico y financiero, de las asumidas por virtud de la documentación particular entregada al Banco en el momento de concertarse el préstamo por importe de 300.000.000 de pesetas entre este y aquella en 18 de febrero de 1992, concretamente por la denominada carta de garantía obrante en las actuaciones, y no haberse procedido a la adaptación de los Estatutos a la Ley de Sociedades Anónimas antes del 30 de junio de 1992 (...). El *artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas* establece la responsabilidad de los Administradores frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, a los Estatutos o los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo; esta responsabilidad será exigible por acción u omisión culposa (actos contrarios a la ley o a los estatutos) o negligente (falta de diligencia debida, que, según el *artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas*, es la de un ordenado empresario y de un representante leal), siempre que resulte daño a la sociedad, los accionistas o los terceros acreedores, y nexos entre la acción u omisión y el daño (entre otras, SSTS de 26 de

<sup>53</sup> SSTS de 10 de junio de 2005, Recurso 4634/1998 (ponente ROMÁN GARCÍA VARELA).

noviembre de 1990, 11 de octubre de 1991, 21 de mayo de 1992, 26 de julio de 1994 y 31 de julio de 1996), pero dicho deber de responder solo tiene lugar cuando el Administrador actúa en su carácter de tal, esto es, como órgano social, y no si lo hace como mero socio o particular (STS de 5 de diciembre de 1991).

En el caso debatido, esta Sala no acepta los razonamientos de la sentencia recurrida sobre la inexistencia de responsabilidad del Administrador, y sienta que ha habido ocultación por don José Ángel de los datos financieros reales de la entidad prestataria al tiempo del contrato de préstamo suscrito entre “BANCO DEL COMERCIO, S.A.” y “Sitones, S.A.”, al no revelar con exactitud la presencia de los documentos de garantía a favor de “Banesto”, cuyo conocimiento estaba obligado a proporcionar a la actora por la índole y la entidad económica de la relación contractual de referencia.

El Administrador demandado ha omitido el deber de diligencia adecuado para el ejercicio de su cargo, y ello nos lleva a la conclusión de que debe responder con la entidad codemandada de la deuda social, de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 135, 133.2 y 127 de la Ley de Sociedades Anónimas*, habida cuenta de que entre las acciones y omisiones de aquel y el daño existe el correspondiente nexo de causalidad (...).

Así, declaramos la responsabilidad del demandado por su negligente actuación en las negociaciones mantenidas con la actora para la obtención de un préstamo de 300.000.000 de pesetas para la compañía de que era Administrador, como se precisa en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia; asimismo, declaramos la responsabilidad solidaria de dicho demandado por las deudas sociales contraídas por “Sitones, S.A., Promociones Inmobiliarias” frente a la demandante, al no haber adaptado los Estatutos de esta entidad en el plazo legal, dada su condición de Administrador de esta sociedad, tal como se indica en el fundamento de derecho segundo de esta resolución; además, condenamos a don José Ángel al pago de la suma de cuatrocientos setenta mil cuatrocientos sesenta y seis euros con sesenta y ocho céntimos (470.466,68 €) a “BANCO DEL COMERCIO, S.A.”, cuantía que ha resultado impagada al día 17 de febrero de 1994, cuya cantidad se incrementará a partir del 17 de febrero de 1994 (fecha del reconocimiento de la deuda) con los intereses moratorios devengados y liquidados en la forma pactada en la póliza de préstamo, por consecuencia de la solidaridad en su posición deudora, y, a su vez, se reducirá en las sumas expresadas a continuación, como consecuencia de entregas recibidas de compradores de algunas de las fincas hipotecadas que han sido vendidas posteriormente por “Sitones, S.A.” con la conformidad de los acreedores hipotecarios, e, igualmente, en su caso, otras cuyo resultado tenga idéntico efecto, como son: a) ciento sesenta y dos mil doscientos cincuenta y tres euros con veinte céntimos (162.253,20 €), cobrados y aplicables al capital, más doce mil ciento noventa y seis euros con setenta y ocho céntimos (12.196,78 €) cobrados y aplicables a reducir intereses; b) el importe en que se subrogaron unos terceros

al adquirir dos de las fincas hipotecadas, por un montante de cincuenta mil quinientos setenta y dos euros con sesenta y siete céntimos (50.572,67 €), que no procede reclamar al demandado; y c) cualesquiera otras cantidades que se acrediten satisfechas a “BANCO DEL COMERCIO, S.A.” de manera similar a la expresada en los apartados a) y b)...».

II)<sup>54</sup> «Los textos normativos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que se citan establecen la necesidad de adaptar los Estatutos y, en concreto, ajustar la cifra de capital (mediante aumento) o transformar la sociedad, antes del 30 de junio de 1992 (DT3.<sup>a</sup>.1 y 2), con la consecuencia (DT3.<sup>a</sup>.3) de que, en caso de no haber adoptado e inscrito las medidas antes apuntadas, “los administradores y, en su caso, los liquidadores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales”. A lo que añade la *Disposición Transitoria 6.<sup>a</sup>.2* que “si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en la que consten el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal, la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de sus acciones, quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta. No obstante la cancelación, subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de los Administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad”.

De las disposiciones citadas se desprende, con claridad, que el acuerdo de adaptación, de aumento de capital o de transformación ha de estar adoptado e inscrito en el Registro Mercantil antes del 30 de junio de 1992. Este plazo fue matizado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 1992 en el sentido de que bastaba que en 30 de junio de 1992 se hubiese solicitado la inscripción. Es la ausencia de presentación o de inscripción en el día antes indicado el hecho que genera la responsabilidad de los Administradores, a pesar de que se hayan adoptado las medidas de adaptación. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia de esta Sala. La STS de 22 de mayo de 2006, a la que sigue la de 12 de abril de 2007, decía que del tenor literal de la DT 3.<sup>a</sup> LSA “... se desprende con claridad que el incumplimiento de la obligación que determina la responsabilidad solidaria, entre sí y con la sociedad, de los administradores por todas las deudas sociales se produce no solamente cuando el acuerdo de adaptación de los Estatutos no se produce en el plazo establecido... sino también cuando dentro del mismo no tiene lugar válidamente la inscripción de la escritura de adaptación o al menos la correspondiente presentación en el Registro Mer-

<sup>54</sup> STS de 13 de mayo de 2008, Recurso 1333/2001 (ponente MONTES PENADÉS).

cantil que dé lugar a extender el asiento de presentación, siempre que este se mantenga en vigor hasta que se produzca la inscripción definitiva...” (Doctrina que ya habían sentado las SSTS de 6 de noviembre de 1999, 14 de noviembre de 2002, 10 de junio y 3 de noviembre de 2005, entre otras).

Como el propio recurso explica, FRAPER, S.A. no había podido verificar siquiera la presentación de la escritura de transformación en 30 de junio de 1992, lo que habría de dar lugar al surgimiento de la responsabilidad de sus administradores, en los términos que previene la DT 3.<sup>a</sup>.3 LSA, situación que seguía en 31 de diciembre de 1995, por lo que fue disuelta la sociedad, en aplicación de la DT 6.<sup>a</sup>.2 LSA, con lo que se cancelaron los asientos correspondientes, pero, como dice el precepto, “subsiste” la responsabilidad de los administradores.

Los recurrentes se ciñen en los tres motivos a plantear una sola cuestión: la imposibilidad en que se encontraban de dar cumplimiento a las previsiones de la DT 3.<sup>a</sup>.1 y 2 LSA, imposibilidad que, según su argumentación, les exoneraría de responsabilidad con base en el *artículo 1184 CC*, pues se producía “por causas ajenas a lo previsto en las *Disposiciones Transitorias 3.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> LSA*”. No se plantean, pues, otras cuestiones que han surgido a lo largo del debate, como el efecto de la reactivación sobre la responsabilidad de los administradores. Aunque se apunta algún tema tangente, como el de imposibilidad de aplicar la DT 6.<sup>a</sup>.2 LSA a una sociedad que ya se ha transformado (por acuerdo social elevado a escritura pública, pero no inscrito) y, por ello, ya no sería “anónima”, como exige el precepto. Pero este tema, además de tangente, es marginal, pues el núcleo del problema se encuentra en la falta de inscripción del acuerdo, ya protocolizado, de transformación.

En el tema aquí planteado, que es el de la imposibilidad liberatoria, no puede prosperar la tesis de los recurrentes. La jurisprudencia de esta Sala ha venido interpretando el *artículo 1184*, en relación con el *artículo 1272*, *ambos del Código civil*, en el sentido de una imposibilidad física o legal objetiva, duradera y no imputable al deudor, como decía la STS de 30 de abril de 2002, que citaba las de 15 de febrero y 21 de marzo de 1994, entre otras. Señalaba esta Sentencia, (con doctrina que también puede leerse en las de 20 de mayo de 1997, 7 de febrero de 1994, etc.) que la aplicación de estos preceptos ha de ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística, atendiendo a los “casos y circunstancias” y, entre otros extremos que aquí no son relevantes, destacaba que para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, lo que ocurre, entre otros supuestos, cuando la imposibilidad ha sido provocada por el mismo deudor (SSTS 17 de enero y 5 de mayo de 1986, 15 de febrero de 1994, etc.), lo mismo que cuando se podía conocer la causa o era previsible (SSTS 7 de octubre de 1978, 15 de febrero de 1994, 20 de mayo de 1999, etc.).

Esta doctrina excluye, en el caso, la apreciación de la imposibilidad, cuando la Nota marginal que impide la inscripción, de acuerdo con el *artículo 277 del Reglamento del Impuesto de Sociedades* vigente en aquel

momento (*Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre*), obedecía a una “Baja provisional” que las Delegaciones de Hacienda podían dictar cuando los débitos tributarios de la Sociedad para con la Hacienda Pública estatal fueran declarados fallidos, o cuando no se hubiesen presentado declaraciones durante tres ejercicios consecutivos (*artículo 273 del citado Real Decreto 2631/1982*). La baja provisional se comunicaba al Registro (*artículo 276*) a través de mandamiento expedido por el Delegado de Hacienda, debiendo el Registro extender en la hoja una nota marginal (*artículo 277*) “en la que se expresará que si durante su vigencia se presentase algún documento para su inscripción, esta no podrá realizarse hasta que se den las circunstancias a que se refiere el artículo siguiente”. La cancelación exigía (*artículo 278*) que la sociedad hubiera demostrado hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Es claro, pues, que en el caso la imposibilidad hay que referirla a la culpa del afectado, quien dejó de atender sus obligaciones tributarias».

#### D. SOBRE PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD A LOS ADMINISTRADORES Y DETERMINACIÓN DEL TÉRMINO INICIAL PARA SU CÓMPUTO

I)<sup>55</sup> «La STS de 20 de julio de 2001 dio paso a una nueva jurisprudencia, que se encontraba ya consolidada cuando se dictó la sentencia de primera instancia, la cual, prescindiendo de la polémica –que se considera estéril– en torno a la naturaleza contractual o extracontractual de la acción de responsabilidad, se decanta por unificar dicho plazo para todos los supuestos de reclamaciones de responsabilidad de los administradores por su actividad orgánica, solución que ofrece las ventajas de aportar a esta materia un grado de seguridad jurídica que permite superar la poca precisión que en ocasiones presentan las fronteras entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Esta doctrina ha sido aplicada por esta Sala en SSTS de fechas 1 de marzo de 2004, 26 de mayo de 2004, 5 de octubre de 2004, 25 de marzo de 2005, 15 de julio de 2005, 22 de diciembre de 2005, 6 de marzo de 2006, 30 de enero de 2007, 21 de febrero de 2007, 30 de abril de 2008 (RC n.º 3355/2000), 3 de julio de 2008 (RC n.º 4186/2001), 10 de julio de 2008 (RC n.º 4059/2001), entre otras (...).

Igualmente conforme a Derecho resulta la decisión de la sentencia recurrida de fijar el comienzo del plazo en el momento del cese (SSTS 26 de octubre de 2004 y 22 de diciembre de 2005, entre muchas más) el cual es un

<sup>55</sup> STS 12 de marzo de 2010, Recurso 1535/2005 (ponente XIOL RIUS). En otras muchas sentencias se considera el plazo de prescripción y su cómputo de la acción de responsabilidad de administradores. Ver STS 14 de febrero de 2008, Recurso 5839/2000 (ponente MONTES PENADÉS).

hecho probado que no se produjo (de la certificación del Registro Mercantil de Guadalajara resulta que el recurrente fue nombrado como administrador con carácter indefinido sin que conste su renuncia o cese), al no darse ninguna de las causas que la doctrina contempla como aptas para producirlo (la STS de 26 de octubre de 2004 menciona, en relación con las sociedades anónimas, entre muchas otras, la apertura de la liquidación de la sociedad, consecuencia automática, salvo en supuestos excepcionales, de su disolución (*artículo 266 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*), en cuanto determinante de la sustitución del administrador por los liquidadores en las actividades de gestión y representación (*artículos 267 y 272 del mismo texto*); o, también, la renuncia del administrador (*artículo 147.1.º del Reglamento del Registro Mercantil, RD 1784/1996, de 19 de julio*), o su separación por decisión de la junta general (*artículo 131 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y del 148 del Reglamento del Registro Mercantil, RD 1784/1996, de 19 de julio*) (...).

QUINTO. *Responsabilidad de los administradores derivada del artículo 262.5 LSA.*

En relación con el sistema de responsabilidad que dimana del *artículo 262.5 LSA*, y los presupuestos que han de concurrir para que se dé el supuesto de hecho previsto por la norma al que se liga el efecto de hacer al administrador solidariamente responsable de las deudas contraídas por la sociedad, esta Sala se ha pronunciado en el sentido de que la acción, y por ende, la responsabilidad que prevé el *artículo 262.5 LSA*, es distinta en sus presupuestos y en su regulación de la contemplada en los *artículos 135 y 133 LSA*. Mientras la acción individual requiere que concurren los requisitos de acción u omisión culposa, daño y prueba de la relación de causalidad (STS de 11 de julio de 2008, RC n.º 3675/2001), la acción del 262 LSA tiene un carácter abstracto o formal (STS de 26 de junio de 2006), cosa que se expresa en algunas sentencias atribuyéndole una naturaleza objetiva o cuasi objetiva (SSTS de 25 de abril de 2002, 14 de noviembre de 2002, 6 de abril de 2006 [Pleno], 28 de abril de 2006 y 26 de mayo de 2006, entre otras). De esto se sigue que su declaración no exige la concurrencia de más negligencia que la consistente en omitir el deber de promover la liquidación de la sociedad mediante convocatoria de la Junta o solicitando que se convoque judicialmente cuando sea el caso –y ahora también mediante solicitud de la declaración de concurso, cuando concorra su presupuesto objetivo–. No se exige, pues, una negligencia distinta de la prevista en la LSA (STSS de 20 y 23 de febrero de 2004 y de 28 de abril de 2006). Tampoco es menester que se demuestre la existencia de una relación de causalidad entre el daño y el comportamiento del administrador, sino que la imputación objetiva a este de la responsabilidad por las deudas de la sociedad se realiza *ope legis* [por ministerio de la ley] (SSTS de 28 de abril de 2006, 31 de enero de 2007, 10 de julio de 2008, RC n.º 4059/2001, y 11 de julio de 2008, RC n.º 3675/2001).

II)<sup>56</sup> «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

*PRELIMINAR.*- 1.- El litigio.- La demanda se basaba, según se ha visto, en el incumplimiento del contrato suscrito en 12 de febrero de 1992 entre DIPSA y la actora, así como en posterior incumplimiento de la obligación de finalizar la construcción y entregar a la demandante, antes de 16 de marzo de 1995, un apartamento con plaza de garaje en la Urbanización que se ha indicado. La pretensión básica se dirige a que se declare resuelto el contrato de compraventa, condenando a la entidad demandada y, con ella, solidariamente, a sus administradores y a otras sociedades del grupo, por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, al pago de la cantidad demandada en concepto de devolución del precio pagado por la compra, más daños y perjuicios (...).

## 2.- La instancia.-

La Sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda, con absolución de los demandados e imposición de las costas (...).

La Audiencia Provincial estimó el recurso, revocó la sentencia apelada y estimó la demanda, por lo que condenó a DIPSA, y a sus administradores sociales D.<sup>a</sup> Celestina, D. Arcadio, D. Bienvenido y D. Evelio, solidariamente, a pagar la cantidad de 75.633.200 pesetas (454.564,69 €), más el interés legal correspondiente, que se determinará en ejecución de sentencia, imponiendo las costas causadas en la primera instancia a dichos demandados, y confirmando el resto de los pronunciamientos absolutorios de la primera instancia. (...).

[YA EN CASACIÓN] Ambos motivos han de ser desestimados.

La Sala de instancia aplica correctamente el *artículo 949 del Código de Comercio*, precepto que rige el tema de la prescripción de las acciones de responsabilidad de los Administradores, tanto en el caso de las acciones a que se refieren los *artículos 133 a 135 LSA* cuanto los supuestos de la responsabilidad de los *artículos 262.5 en relación con el 260.1* de la LSA, según ha establecido, ya con claridad y de modo consolidado, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 26 de octubre de 2007, que recoge otras anteriores, como las de 26 de mayo de 2004, 22 de marzo, 13 y 22 de diciembre de 2005, 2 de febrero, 6 y 9 de marzo, 23 y 26 de junio, 9 y 27 de octubre y 28 de noviembre de 2006, 13 de febrero, 8 y 14 de marzo de 2007, 5 de marzo de 2009, etc.). Esta responsabilidad nace desde que, producido el conocimiento de la situación de insolvencia o de la concurrencia de alguna de las causas de disolución a que se refieren los *apartados 3.º, 4.º, 5.º o 7.º del artículo 2601.1 LSA*, han transcurrido los plazos que señalan los *artículos 262.2, 262.4 y 262.5 LSA* sin que se haya verificado la promoción de la Junta, de

<sup>56</sup> STS de 12 de junio de 2009, Recurso 2352/2004 (Ponente MONTES PENADÉS). Este ponente acostumbra sistematizar el contenido de la sentencia de una forma muy clara y didáctica).

la disolución judicial o del concurso (según el texto actualmente en vigor) en los términos que allí se señalan, y prescribe a los cuatro años del cese, por cualquier causa, como Administradores, como dispone el *artículo 949 del Código de Comercio*, computándose desde la inscripción de su cese en el Registro Mercantil (SSTS 13 de abril de 2000, 2 de abril de 2002, 26 de mayo de 2006, etc.), doctrina que ha de entenderse (SSTS 26 de mayo y 26 de junio de 2006, 5 de marzo de 2009, etc.) en el sentido de que la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe el cese de los Administradores por falta de inscripción en el registro Mercantil no exime de la concurrencia de los demás presupuestos exigidos por la jurisprudencia para la existencia de dicha responsabilidad».

III)<sup>57</sup> *Sobre falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador y término inicial del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad ex art. 262.5 LSA.*

«Como tiene señalado esta Sala (Sentencias de 13 de abril de 2000, 2 de abril de 2002, 26 de mayo de 2006, etc.) en relación con la responsabilidad de los administradores prevista en el artículo 262.5 LSA, el momento para determinar la extensión de la responsabilidad de los Administradores por las deudas sociales es el de la inscripción de su cese por cualquiera de las causas legalmente establecidas en el Registro Mercantil, ya que tanto cuando el cese se produce por expiración del plazo, como cuando ocurre por separación o renuncia, se ha de inscribir (artículos 145, 147 y 148 del Reglamento del Registro Mercantil) en garantía de terceros que hayan de confiar en su contenido. Esta doctrina debe entenderse, según las Sentencias de 26 de mayo y 26 de junio de 2006, en el sentido de que la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe el cese de los Administradores por falta de inscripción en el Registro Mercantil (artículo 21.1 en relación con el artículo 22.2, ambos del Código de Comercio) no exime de la concurrencia de los demás presupuestos exigidos por la jurisprudencia para la existencia de dicha responsabilidad. De lo que se deriva que la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del Administrador no comporta por sí misma la ampliación del lapso temporal en el que deben estar comprendidas las acciones u omisiones determinantes de responsabilidad, toda vez que se requerirá una acción u omisión del Administrador, realizado con malicia, negligencia grave o ejercicio abusivo de sus facultades, daño en el patrimonio de los socios o de terceros, y relación causal entre uno y otro. Una acción u omisión que el Administrador de que se trate habrá podido realizar o no, según la situación en que de facto se encuentre, independientemente de que haya accedido o no su cese al Registro Mercantil. Ahora bien, el efecto que debe atribuirse a la falta de inscripción del cese del Administrador en el Registro Mer-

<sup>57</sup> STS 1 de abril de 2009, Recurso 2198/2003 (Ponente MONTES PENADÉS).

cantil, a efectos del cómputo del plazo de prescripción de la acción tendente a exigir su responsabilidad, es el de no poderse iniciar el cómputo del plazo de prescripción (de cuatro años, de acuerdo con el artículo 949 Ccom.), sin perjuicio de los efectos que pueda producir el conocimiento del cese efectivo del Administrador por parte de quien ejercita la acción o la acreditación de la mala fe con que actúa en el caso. Esto es que, en definitiva, no cabe oponer a terceros de buena fe el transcurso del plazo de prescripción del artículo 949 CCom. desde el momento de un cese que no se ha inscrito en el Registro, sin perjuicio de que haya que considerar la posibilidad de actuación del Administrador como elemento del supuesto lesivo o, desde luego, la carencia de buena fe de quien ejercita la acción».

IV)<sup>58</sup> «A) Respondiendo a la primera cuestión, relativa a la determinación del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad de los administradores, y siendo indiscutido que la acción ejercitada fue la acción individual de responsabilidad y no la acción de responsabilidad solidaria por incumplimiento de las obligaciones de los administradores de promover la disolución de la sociedad, se hace imprescindible aclarar que las sentencias citadas por los recurrentes en pro del plazo anual plasman una anterior y ya superada doctrina que entendía, en línea con la tesis casacional esgrimida, que el plazo de prescripción de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio era solo aplicable a responsabilidades derivadas de la gestión social o de la representación, pero no a la responsabilidad civil del *artículo 1902 del Código Civil*, responsabilidad subjetiva por daños derivados de actuación culpable o negligente, a la que alude el *artículo 135 LSA (aplicable a las limitadas por remisión del 69.1 de la L.S.R.L)*, de carácter extracontractual, que por ello ha de someterse al plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2.º del Código Civil (por remisión del *artículo 943 del de Comercio*), favoreciendo ese criterio jurisprudencial el hecho de que, por estar cada clase de acción sujeta a diferente plazo prescriptivo, cobraba sentido analizar el tipo o clase de responsabilidad concreta que se venía demandando. Sin embargo, ya en la fecha en que se pronunció la sentencia impugnada, esta Sala en Sentencia de 20 de julio de 2001 tuvo la ocasión de poner fin a cierta fluctuación que se había venido registrando en sus sentencias en torno al plazo de prescripción aplicable a las acciones de responsabilidad de los administradores sociales, entendiendo, con designio de unificación de doctrina, que el plazo de las individuales, que se funden en el *artículo 135 L.S.A.*, debe ser también el de cuatro años que establece el artículo 949 del Código de Comercio, prescindiendo de la polémica –que se considera estéril– en torno a la naturaleza contractual o extracontractual de la acción mencionada, unificando en definitiva dicho plazo, para todos los supuestos

<sup>58</sup> STS de 3 de julio de 2008, Recurso 4186/2001 (ponente ALMAGRO NOSETE).

de reclamaciones de responsabilidad de los administradores por su actividad orgánica, lo que ofrece las ventajas de aportar a esta materia un grado de seguridad jurídica que permite superar la poca precisión que en ocasiones presentan las fronteras entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Esta doctrina ha venido siendo aplicada desde entonces por esta Sala en sentencias de fechas 1 marzo, 26 de mayo y 5 octubre 2004, 25 de marzo, 15 junio y 22 de diciembre de 2005, 2 de febrero, 6 marzo y 26 de mayo de 2006, 30 de enero, 21 de febrero, 8, 12 y 14 de marzo y 14 de mayo de 2007, por citar algunas de entre las más recientes, lo cual permite descartar la vulneración que se denuncia.

B) Sentado que el plazo de prescripción aplicable es el de cuatro años, procede entonces concretar cuándo ha de comenzar a computarse el mismo.

Afirma la parte recurrente, amparándose en el tenor literal del *artículo 949 del Código de Comercio*, que el *dies a quo* es aquel en que los administradores cesaron “por cualquier motivo” en el desempeño de su cargo, lo que, según dicen, reiterando los argumentos esgrimidos al contestar a la demanda (folios 151 y 280 de las actuaciones), tuvo lugar el día 27 de octubre de 1992, en que renunciaron voluntariamente a su cargo, y la Junta acordó su separación, sin perjuicio de que la inscripción en el Registro Mercantil se demorase hasta el 25 de febrero de 1993. En síntesis, si, como apunta la tesis de la parte recurrente, el día inicial del plazo a todos los efectos, inclusive frente a terceros acreedores de buena fe, se fija en el momento en que dimisieron, y se aceptó por la Junta General su dimisión, la acción estaría prescrita, lo que no ocurriría si el cómputo arranca cuando el cese se inscribió en el Registro, todo lo cual circunscribe la controversia a la cuestión, meramente procesal, de determinar cuál es el efecto que debe atribuirse a la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador a efectos del cómputo del plazo de prescripción de la acción tendente a exigir su responsabilidad.

La solución a esta disyuntiva pasa, en primer lugar, por recordar la doctrina expuesta en la sentencia de 18 de febrero de 2007, que es traída a colación por la más reciente de 14 de mayo de 2007. Según esta línea jurisprudencial –que parte de que la fijación del *dies a quo* es una cuestión de hecho, lo que no es obstáculo para revisar en casación su determinación cuando la valoración hecha por la Sala de instancia aparezca como incongruente, absurda o arbitraria (Sentencia de 6 de marzo de 2006)–, el momento establecido en el *artículo 949 C.Com* como *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad dirigida contra los administradores de la sociedad es el de su cese (Sentencia de 14 de mayo de 2007, con cita de las de 26 de mayo de 2006 y 22 de marzo de 2007, entre las más recientes), lo que ha de entenderse como aquel en que, como señala el precepto, “por cualquier motivo” hubieran cesado en “el ejercicio de la administración”, siendo por ello que, como destacó la sentencia de 26 de octubre de 2004, el inicio del cómputo de ese plazo reclama un cese propiamente dicho del administrador

demandado, por más que la causa de aquel pueda ser cualquiera de las que se consideran aptas para producirlo, «entre ellas, la apertura de la liquidación de la sociedad, consecuencia automática, salvo en supuestos excepcionales, de su disolución (*artículo 266 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*), en cuanto determinante de la sustitución del administrador por los liquidadores en las actividades de gestión y representación (*artículos 267 y 272 del mismo texto*); o, también, la renuncia del administrador (*artículo 147.1.º del Reglamento del Registro Mercantil, RD 1.784/1996, de 19 de julio*); o su separación por decisión de la junta general (*artículo 131 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y del 148 del Reglamento del Registro Mercantil, RD 1.784/1996, de 19 de julio*)». Según esta doctrina, que admite que se tenga por producido el cese del administrador en el desempeño de su cargo por cualquiera de las causas que contempla el Reglamento del Registro, parecería que la dimisión por parte de los recurrentes, señores Francisco y Valentín, con fecha 27 de octubre de 1992, que fue aceptada por la Junta, por acuerdo de esa misma fecha, elevado a público en escritura notarial otorgada por el Notario Don Ángel Benítez Donoso Cuesta (folios 164 y siguientes), debería conllevar la fijación del *dies a quo* en ese instante. Así sería, sin lugar a dudas, si el mencionado cese estuviera revestido de la publicidad formal que garantiza la inscripción registral, pues en ese caso, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción, aun presumiéndose su buena fe, no podría negar su desconocimiento. Lo contrario ocurre cuando, como acontece en el caso de autos, el cese accede al registro en fecha posterior al momento en que tuvo lugar el acto de separación, pues solo a partir de la inscripción pueden ser oponibles a terceros de buena fe los efectos o las consecuencias de la separación del cargo, habida cuenta además, de que la buena fe se presume, y que no corresponde al actor probar que no pudo conocer de otro modo el cese, sino que, al contrario, es obligación del que sostiene la eficacia del cese no inscrito demostrar que el afectado tuvo conocimiento del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o acreditar de otro modo su mala fe, lo que no ha ocurrido. Esta es la línea en que se pronuncia la Sentencia de 26 de junio de 2006, que distingue entre los efectos que, en el orden sustantivo puede derivar de la ausencia de inscripción del cese en cuanto a la pervivencia y extensión temporal de la responsabilidad del administrador cesado, y los efectos en el plano procesal, que esa falta de inscripción origina en cuanto al cómputo del plazo de prescripción, —que es lo de lo que aquí se trata—.

a) En el plano sustantivo, «relativo al tiempo en que se mantiene la responsabilidad del administrador», señala la Sentencia que la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador «no comporta por sí misma la ampliación del lapso temporal en el que deben estar comprendidas las acciones u omisiones determinantes de responsabilidad, pues la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe los actos no inscritos en el

Registro Mercantil (*artículo 21.1 CCom*, en relación con el *artículo 22.2 CCom*) no excusan de la concurrencia de los requisitos exigibles en cada caso para apreciar la responsabilidad establecida por la ley. Únicamente cabe admitir que la falta de diligencia que comporta la falta de inscripción puede en algunos casos, especialmente en supuestos de ejercicio de la acción individual del *artículo 135 LCA*, *constituir uno* de los elementos que se tengan en cuenta para apreciar la posible existencia de responsabilidad, dado que la ausencia de inscripción pueda haber condicionado la conducta de los acreedores o terceros fundada en la confianza en quienes creían ser los administradores y ya habían cesado». En otras palabras, lo que viene a decir esta doctrina respecto del carácter no constitutivo de la inscripción, y en cuanto a que ha de estarse por ello al cese efectivo en orden a fijar la responsabilidad del administrador, es que solo cabe extender su responsabilidad a los actos que tengan lugar hasta ese momento en que cesó válidamente, no pudiendo los terceros de buena fe ampararse en la falta de inscripción para demandar responsabilidades derivadas de actos ocurridos después del cese y antes de su plasmación registral. Sin embargo, como veremos a continuación, las consecuencias de la falta de inscripción frente a terceros son otras cuando de fijar el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción se trata.

b) En el plano procesal, sigue diciendo la referida Sentencia de 26 de junio de 2006, «distinto es el efecto que debe atribuirse a la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador a efectos del cómputo del plazo de prescripción de la acción tendente a exigir su responsabilidad. Debe entenderse que, si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que solo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento».

La aplicación de esta doctrina determina, en buena lógica, que no pueda declararse prescrita la acción promovida en la demanda –si bien por razones distintas de las que fueron tomadas en consideración por la Sala de apelación, que, tras descartar como fecha de inicio del término prescriptivo el de la sentencia de condena, se decanta por el momento en que la actora conoció el evento dañoso del que trae causa su pretensión, esto es, cuando conoció de la desaparición de facto de Suelo Urbano, la acción pudo ejercitarse–, pues tomando como día inicial del cómputo el día 25 de febrero de 1993, que es la fecha del asiento registral, la demanda se presenta antes de que expire el plazo de cuatro años previsto por la *ley (24 de enero de 1997)*».

E. SOBRE LAS DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO EXISTENTES ENTRE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DEL ART. 135 L.S.A Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA (O CUASI OBJETIVA) DEL ART. 262.5 L.S.A.

I)<sup>59</sup> «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

*PRIMERO.*- D.<sup>a</sup> Herminia presentó demanda contra D. Leopoldo y otros en reclamación de la cantidad de 44.432.545 pesetas, más intereses legales desde el 2 de septiembre de 1996. Se solicitaba que los demandados fueran condenados solidariamente al pago como Administradores de la compañía mercantil UNIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA, S.A. (UGF) por razón de que tenían el deber de disolver la sociedad, que se encontraba en causa de disolución al hallarse en estado de insolvencia, habiendo cesado en toda actividad y estando desaparecida de su domicilio social, en base a la responsabilidad prevista en el artículo 262.5 LSA. La demanda fue repartida al Juzgado e Primera Instancia n.º 63 de los de Madrid, dando lugar al Juicio de Menor Cuantía 863/1997.

La mayor parte de los demandados fueron declarados en rebeldía. Solo dos de ellos, los Sres. Juan Francisco y Teófilo sostuvieron el litigio.

Los demandados opusieron las excepciones de prescripción, señalando que habían cesado en enero de 1994 y en febrero de 1995, respectivamente.

El Sr. Teófilo formuló reconvenición, para que se declarara que la actora actuaba con abuso del derecho al pretender cobrar la cantidad que ahora reclama cuando ya había sido reclamada en un litigio anterior frente a los antiguos administradores de la sociedad, que entonces se denominaba CMO, S.A., SOCIEDAD DE VALORES y frente Sres. Emiliano, Jenaro y Roman, habiendo sido estimada por el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián n.º 4, en Autos de Juicio de Menor Cuantía n.º 439/97.

En realidad, se trata del tercer litigio entablado por D.<sup>a</sup> Herminia en reclamación de la indicada cantidad (...).

*SEGUNDO.*- La Sentencia de primera instancia, dictada en 31 de mayo de 2001 (...) desestima la demanda, con costas. Y desestima la reconvenición (...).

La Sentencia de apelación, dictada en 21 de mayo de 2004 por la Audiencia Provincial de Madrid, (...) desestimó el recurso...

*TERCERO.*- El recurso interpuesto por el Sr. Teófilo presenta un Único motivo, en el que se denuncia la infracción del artículo 7 del Código civil, en sus apartados 1 y 2, y la de los artículos 11.2 LOPJ y 247, ap. 1,2 y 3, de la LEC (...).

Esta Sala ha distinguido entre las acciones de responsabilidad individual de los Administradores, basadas en los artículos 133 y 135 LSA, y las que se dirigen a establecer la responsabilidad especial que impone a los administradores el artículo 262.5 de la propia LSA por no promover la liquidación (o,

<sup>59</sup> STS de 1 de junio de 2009, Recurso 2704/2004 (ponente MONTES PENADÉS).

en los términos de la actual redacción, el concurso) de la sociedad. Son acciones que se tienen por distintas, aunque puedan ser acumuladas (SSTS 17 de octubre y 30 de noviembre de 2005, 9 y 22 de marzo y 23 de junio de 2006, 14 de marzo de 2007, 15 y 25 de marzo de 2009, etc.) ya que, en régimen de concurso ideal, cuando la insolvencia de la sociedad provocada por la negligencia de los administradores causa una lesión directa a los acreedores se puede dar paso a la responsabilidad individual, que comprende la acción y la omisión (SSTS 11 de octubre de 1991, 10 de diciembre de 1996, 11 de noviembre de 1997, 17 de diciembre de 2003, 20 de febrero de 2004, 14 de marzo de 2007, etc.). No se puede aceptar, pues, que la ahora recurrida haya ejercitada la misma acción en este litigio que en el pleito anterior, como se expone el Fundamento Jurídico de esta Sentencia (...).

No puede aceptarse, finalmente, que la actuación de la ahora recurrida, en el ejercicio legítimo de su derecho, aun cuando es cierto que presenta la demanda que da lugar a este litigio antes de que haya recaído sentencia firme en el anterior, pero cuando su pretensión había sido ya desestimada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sea contraria a la buena fe, sino que se trata de un comportamiento justo, leal, honrado y lógico (SSTS 2 de octubre de 2000, 22 de febrero de 2001, etc.) en todo caso orientado por los valores de lealtad y probidad (SSTS 20 de junio de 2006, 3 de enero de 2007, etc.) toda vez que tiene a su disposición la posibilidad de reclamación de la cantidad adeudada en base a la responsabilidad *ex artículo 262.5 LSA*. Otra consideración podría merecer, que hubiera recaído condena de los demandados en el litigio anterior, y aún entonces se habría de determinar si eran los mismos demandados y si se intentaba ejecutar ambas condenas. Pero tal y como se han producido los acontecimientos, el ejercicio del derecho en el caso no sobrepasa los límites del derecho que se ejercita ni incide en una desviación del poder (SSTS 14 de mayo de 2002, 28 de enero de 2005, 21 de septiembre de 2007, etc.) (...).

[SOBRE LA PRESCRIPCIÓN] El motivo se desestima, pues es doctrina consolidada de esta Sala que la prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades se rige por el *artículo 949 del Código* de comercio, regla especial que ha de ser aplicada con preferencia a las reglas generales, entre las cuales las que cita el recurrente, y que el plazo de cuatro años se ha de computar, como señala el indicado precepto del Código de Comercio, desde el momento en que, por cualquier motivo, se cese en la administración (SSTS 26 de octubre de 2007, que recoge muchas otras anteriores, como las de 26 de mayo de 2004, 22 de marzo, 13 y 22 de diciembre de 2005, 2 de febrero, 6 y 9 de marzo, 23 y 26 de junio, 9 y 27 de octubre y 28 de noviembre de 2006, 13 de febrero, 8 y 14 de marzo de 2007, doctrina que también se recoge en la STS de 1 de abril de 2009, etc.). El recurrente sostuvo la condición de administrador hasta enero de 1994, inscribiéndose su cese en el Registro Mercantil en julio de 1994 (Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia recurrida), y la demanda se presentó en 1997 (...).

II)<sup>60</sup> «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

TERCERO.- Los motivos segundo y cuarto del recurso de casación mantienen la responsabilidad de los demandados que deriva de los *artículos 127, 133.1 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas*; alegan la infracción de estos artículos, el segundo y la del *artículo 1253 del Código civil* relativo a la prueba de presunciones, el cuarto.

Tal responsabilidad es de carácter subjetivo, deriva de la falta de diligencia en el desempeño del cargo de administrador (así, sentencias de 24 de diciembre de 2002 y 18 de septiembre de 2003) y requiere la prueba “no sólo de la acción u omisión dolosa o culposa del administrador y el daño causado, sino también del nexo causal entre ambos”, como reitera la sentencia de 25 de febrero de 2002, que se corresponde con la llamada responsabilidad extracontractual, como dice la sentencia de 14 de noviembre de 2002: “es necesario que se cumplan los supuestos exigidos en el *artículo 1902 del Código civil* para poder exigir esta clase de responsabilidades extracontractuales”; y añade la de 6 de marzo de 2003 que esta “acción no es de responsabilidad por deuda, sino resarcitoria de daño, por lo que no nacería con el mero incumplimiento contractual...”.

Las sentencias de instancia han negado explícitamente la falta de diligencia de los administradores, han resaltado la crisis económica que fue causa del impago, del que deduce la sociedad demandante la negligencia y han negado también la falta de relación de causalidad entre la actuación de los mismos y del daño sufrido por tal impago a dicha sociedad. Por tanto, se debe desestimar el motivo segundo.

La sentencia objeto de este recurso de casación emplea una expresión que, a primera vista, confunde; dice “no ha quedado acreditado que la industria GALYCA, S.A. desconociera la situación patrimonial de PREFEXSA...” por lo que parece invertir la carga de la prueba y llegar a una presunción de que conocía tal situación patrimonial. Pero en las líneas siguientes deja claro que estima probado el hecho, inamovible en casación, de que la sociedad demandante conocía o al menos tenía dudas de la situación patrimonial de la sociedad que, al no cumplir su obligación de pago, ha provocado el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores. Pero no solo esto, sino que este conocimiento no es el único, ni mucho menos, que acredita que no concurre el presupuesto esencial de falta de diligencia para que prospere la acción *ex artículo 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas*. Por ello, no aparece infracción del *artículo 1253 del Código civil* y el motivo se desestima.

CUARTO.- El primero de los motivos del recurso de casación, que se trata aquí en último lugar y la parte recurrente plantea con carácter principal, se refiere a la acción de responsabilidad de los administradores de la Socie-

<sup>60</sup> STS de 28 de mayo de 2005, Recurso 4720/1998 (ponente O’CALLAGHAN MUÑOZ).

dad Anónima que establece la ley en el artículo 262.5 en relación con los artículos 262.1, 260.4 y 260.5, que los responsabiliza, de manera objetiva (así, sentencia de 23 de diciembre de 2003, que dice: “Hay que partir de que, como reitera la sentencia de 20 de octubre de 2003, es una responsabilidad objetiva, que no se evita con una alegación de diligencia, ni, mucho menos, con el argumento de que no hubo culpa; cuya responsabilidad ha destacado la sentencia de esta Sala de 16 de julio de 2002 que los considera autores de una conducta antijurídica; a los que se impone una responsabilidad sanción, como añade la de 18 de septiembre de 2003; y, como decía la de 14 de noviembre de 2002, la acción cuyo soporte estriba en el *n.º 5 del art. 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989...* para su éxito no es necesario que concurren los supuestos de la culpa, como se tiene reiteradamente manifestado en la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en las sentencias de 20 de diciembre de 2000, 20 de abril de 2001, 26 de octubre de 2001 y 25 de abril de 2002”) cuando no han promovido la disolución de la sociedad, en caso de descapitalización de la misma, en el plazo de dos meses».

**F<sup>61</sup>. SOBRE CONCURRENCIA O CONCURSO DE ACCIONES PROMOVIDAS CON FUNDAMENTO EN EL ART. 133 Y EN EL ART. 262.5, AMBOS DE LA L.S.A.**

«La Jurisprudencia de esta Sala ha admitido que, en régimen de concurso ideal, la situación de insolvencia de una sociedad en la que los administradores han incumplido su obligación de promover la disolución, además de ser determinante de la responsabilidad a que se refiere el *artículo 262.5 LSA*, pueda dar paso a la responsabilidad individual, por la vía de la acción llamada “individual” del *artículo 135 LSA*, cuando la insolvencia de la sociedad provocada por la negligencia de los administradores causa una lesión directa a los acreedores (SSTS 11 de diciembre de 1991, 10 de diciembre de 1996, 11 de noviembre de 1997, 17 de diciembre de 2003, 20 de febrero de 2004, 27 de octubre de 2006, etc.) pues, como decía la STS 14 de marzo de 2007, la responsabilidad por los actos de los administradores comprende la acción y la omisión. Además, como admiten las SSTS 17 de octubre y 30 de noviembre de 2005, 9 y 22 de marzo y 23 de junio de 2006, etc., las acciones dirigidas a exigir la responsabilidad *ex artículo 135* y *ex artículo 262.5 LSA* puede ser acumuladas y no incurre en incongruencia la sentencia que fija, como determinante de la responsabilidad, no el invocado *artículo 135 LSA* sino el *262 LSA*, “siempre que concurren los requisitos de la acción individual de responsabilidad y los hechos en que se funda hayan sido alegados por la parte (SSTS 28 de septiembre de 2006)”».

<sup>61</sup> STS de 30 de mayo de 2008, Recurso 1219/2001 (ponente MONTES PENADÉS). En esta sentencia, además, se vuelve sobre el frecuente asunto de la prescripción.

G<sup>62</sup>. SOBRE EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD Y SUBSIDIARIAMENTE LA DEL ART. 262.5 L.S.A.

«FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- I.- El debate.-

A.- La actora relata en la demanda:

1.- Que suministraba materiales férricos a la demandada “Ferrallas Perosanz, S.A.”, que fue primero una Sociedad Anónima Laboral. Ante el impago de varias partidas, promovió juicio ejecutivo que se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia de Aranda de Duero n.º 1 (73/97) y finalizó por sentencia que condenaba a “Ferrallas” al pago de 7.249.756 pesetas, más intereses y costas. Pero nada pudo cobrar la actora ante la insolvencia de la demandada, que carecía de actividad y de patrimonio. La deuda total asciende a la cantidad de 12.433.651 pesetas.

2.- En la Junta General Universal de 5 de noviembre de 1992 se acordó en nombramiento de D. Franco y D. Luis Enrique como miembros del Consejo de Administración. Los Sres. Luis Enrique y Franco eran propietarios de la sociedades HIESCOSA e INHERCU, sociedades a las que se transfirió el patrimonio de “Ferrallas”.

B.- Los demandados alegan:

1.- Falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado a D. Diego, Presidente Ejecutivo de “Ferrallas” a quien consideran “factor y gestor” del entramado de relaciones comerciales.

2.- Que los Sres. Luis Enrique y Franco accedieron al Consejo de “Ferrallas Perosanz” en 5 de noviembre de 1992 al haber adquirido el 37,3% del capital, y cesaron en 27 de mayo de 1994, fecha en la que asumió el Sr. Diego la condición de Administrador Único, y tras esa fecha se renovaron las letras de cambio que fueron reclamadas en el juicio ejecutivo. “Ferrallas” entró en grave crisis económica y de liquidez en los primeros meses de 1994 (...).

La entidad actora ejercita la llamada acción individual de responsabilidad, que se prevé en el *artículo 135 LSA*, y subsidiariamente la acción que se previene en el *artículo 262.5 LSA*, texto vigente antes de las sucesivas reformas operadas por las Leyes Concursal (*Ley 22/2003 de 9 de julio*) y *Ley 19/2005*, de 14 de noviembre, para exigir que los administradores respondan solidariamente de las obligaciones sociales si incumplen las obligaciones de promover la disolución, convocando al efecto la Junta General o solicitando la disolución judicial. Los Juzgadores de instancia consideraron acreditada la existencia de la deuda cuya reclamación había resultado fallida, ante la absoluta despatrimonialización de la sociedad deudora, constataron el perjui-

<sup>62</sup> STS de 27 de octubre de 2006, Recurso 5337/1999 (ponente MONTES PENADÉS).

cio irrogado e identificaron el procedimiento por el cual se había llegado a la situación que había provocado el daño, señalando que consistía en la transmisión, en pago de unos créditos no vencidos ni exigibles, que se califican, además, de “supuestos”, de los activos de la sociedad deudora a dos sociedades, dedicadas al mismo giro o tráfico, que administran los codemandados, también administradores hasta ese momento de la deudora, subrayando el ánimo fraudatorio con que se realizó la operación.

Uno de los medios de defensa que utilizan los codemandados, al que específicamente nos estamos refiriendo, consiste en señalar que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, y que la acción ejercitada estaría prescrita por aplicación del *artículo 1968.2 CC*. Pero esta Sala, no obstante considerar que en el caso de las dos acciones ejercitadas nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual (Sentencias de 4 y de 24 de abril de 2006) ha venido aplicando, desde la Sentencia de 22 de junio de 1995, la regla especial de prescripción que se contiene en el *artículo 949 CCom.* respecto de “la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades”. Prima el carácter especial de la regla, ya que, como es sabido, en buena técnica de aplicación del Derecho la regla especial tiene preferencia sobre la general siempre que, como ocurre en el caso, el supuesto de hecho se contenga dentro de las previsiones de la norma especial.

TERCERO.- En el segundo de los motivos del recurso presentado por D. Luis Enrique, por la vía del ordinal 4.º del *artículo 1692 LEC 1881*, se denuncia la infracción, calificada como “interpretación errónea” del *artículo 133 LSA* en relación con los *artículos 135 y 260.5.ª de la misma Ley de Sociedades Anónimas*.

El fondo del motivo se encuentra en la inexistencia de una relación de causalidad –a juicio del recurrente– entre el daño causado y la actuación del ahora recurrente, que se apoyaría en la renovación de efectos con posterioridad al cese del recurrente como administrador, pero apunta también a que “Ferrallas Perosanz, S.A.” continuó las relaciones. Coincide ello, al menos en buena parte, con lo alegado en el Motivo Cuarto del Recurso presentado por D. Franco, en el que, por el mismo cauce procesal, se denuncia también la infracción de los *artículos 133 y 135 LSA*, a los que añade más tarde el *artículo 127 LSA*, que se considera inaplicable. Señala este recurrente que no se ha probado la situación de insolvencia, que no hay relación de causalidad, y apunta que la responsabilidad, de haberla, alcanzaría la cifra que después de la liquidación quedara sin cubrir en base al patrimonio de la sociedad.

Se procede al examen conjunto de los motivos, dada su conexidad. Ambos motivos han de ser desestimados. En primer lugar, inciden de una manera notoria y manifiesta en el vicio procesal conocido como “hacer supuesto de la cuestión”, dando por probado lo que la Sala no estima como tal, sin haber utilizado los remedios de que dispone para demostrar la apreciación errónea o infundada de la Sentencia recurrida, como el error de Dere-

cho en la apreciación de la prueba, con cita de la norma valorativa infringida o la alegación de error notorio o grosero, irrazonabilidad o arbitrariedad, en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tales como 37/1982, 68/1983, 24 y 137/1987, 148/1994, 149/1995, o de esta Sala –Sentencias de 4 de noviembre de 1993, 7 de junio de 1995, entre tantas otras– e ignorando lo que, por el contrario, tan contundentemente se ha estimado probado, que por demás es sustancialmente coincidente en ambas instancias. Este modo de proceder, como tantas veces ha señalado la jurisprudencia, que consiste en partir de hechos distintos a los proclamados por la Sala a quo, acreditados y probados en la instancia, sin haberlos previamente desvirtuado por el cauce procesal adecuado (Sentencias de 12 de junio de 2002, 28 de octubre y 23 de noviembre de 2004, 16 de marzo, 8 de abril, 9 y 12 de mayo de 2005, entre tantas otras) conduce, sin más, a la desestimación.

Pero hay más. La Sala de instancia tiene por acreditada la insolvencia de la sociedad deudora, administrada por los codemandados, y tiene también por cierto que fue despatrimonializada a través de un acto de transmisión de activos en pago de deudas no vencidas ni exigibles. Acto que se llevó a efecto mediante un acuerdo de la Junta General en la que participaron los administradores, quienes no se opusieron ni evitaron su eficacia, esto es, no hicieron lo conveniente para evitar el daño (*artículo 133.2 LSA, texto entonces vigente, ahora 133.3*), además de que el hecho de la adopción del acuerdo por la Junta no les exonera (*133.3 LSA texto vigente en el momento de los hechos, hoy 133.4*). Se produce de este modo un concurso de acciones, pues los hechos, tal y como están descritos por la Sala, y no han sido combatidos eficazmente en casación, pueden ser subsumidos tanto en la acción individual de responsabilidad, pues la insolvencia de la sociedad de este modo provocada causó una lesión directa (Sentencias de 11 de octubre de 1991, 10 de diciembre de 1996, 11 de noviembre de 1997, 17 de diciembre de 2003, 20 de febrero de 2004), y fue provocada por “actos de los administradores”, aun cuando fuere en sentido lato, comprendiendo la acción y la omisión (*artículo 135 LSA*) y, al mismo tiempo, provocó la necesidad de una disolución y liquidación ordenadas de la sociedad, de acuerdo con el *artículo 260, 3.º y 4.º LSA* (texto vigente entonces) y con las consecuencias señaladas en el *artículo 262. 5 LSA* (Sentencias de 4 y 24 de abril de 2006, entre otras). La acción para reclamar la responsabilidad solidaria de los administradores por esta causa es, a juicio de esta Sala, después de la Sentencia de 24 de abril de 2006, una acción de responsabilidad, pero su especial carácter la dota de singularidad indudable en cuanto a la laxitud de la relación de causalidad entre la actuación de los administradores y el daño ocasionado, y en cuanto al régimen, pues aquí, entre otros extremos, es indudable que no estamos ante un supuesto de aplicación del *artículo 1968.2 CC*, sino del *artículo 949 CCom*».

## H. SOBRE ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD, EX ART. 133 L.S.A.

I) <sup>63</sup> *El interés de esta sentencia que reproducimos a continuación es doble: primero, se trata de uno de los escasos supuestos de acción de responsabilidad social (no individual) de que conoce el Tribunal Supremo; segundo, se refiere a un supuesto de autocartera, compraventas cruzadas y venta simulada de acciones.*

### «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- El *objeto del proceso* versa sobre acción de responsabilidad social por conducta ilegal y comportamiento negligente de los administradores de una sociedad anónima por haber diseñado y materializado una política de autocartera ilegal y realizado diversas compraventas cruzadas y una venta simulada de acciones a otra entidad para el aparcamiento temporal de los títulos y ocultación de la autocartera, todo ello con un grave daño económico para la sociedad anónima; a cuya acción se acumulan otras de responsabilidad civil de los apoderados de la sociedad, invalidez de compraventa por autocontratación, y de restitución (“*condiciones de prestación*”) por el cobro de lo indebido y por enriquecimiento injusto.

Por la entidad mercantil “ADMINISTRACIÓN FINANCIERA E INMOBILIARIA, S.A.” (en acrónimo AFISA) se dedujo *demanda* de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, en la que solicita:

1.º.- Se declaren nulas por autocontratación las ventas de 175.213 acciones de “AFISA” realizadas por “URBANIZADORA SOMOSAGUAS, S.A.” los días 18, 19 y 20 de julio de 1990, a favor de la propia “AFISA”, condenando a “URBANIZADORA SOMOSAGUAS, S.A.” a devolver a “ADMINISTRACIÓN FINANCIERA E INMOBILIARIA, S.A.” (AFISA) el precio recibido de 805.979.800 pesetas. La nulidad de las compraventas conllevará la anulación de la amortización de las acciones vendidas por “URBANIZADORA SOMOSAGUAS, S.A.”, ordenando la corrección de la inscripción 65.<sup>a</sup> de la hoja de “AFISA” en el Registro Mercantil, volviendo a ser dueña “URBANIZADORA SOMOSAGUAS, S.A.” de las referidas acciones.

2.º.- Subsidiariamente con respecto al punto 1.º, se condene a “URBANIZADORA SOMOSAGUAS, S.A.” a pagar a “ADMINISTRACIÓN FINANCIERA E INMOBILIARIA, S.A.” (AFISA) la cantidad de 91.565.050 pesetas, como enriquecimiento injusto obtenido por “URBANIZADORA SOMOSAGUAS, S.A.” durante el período de octubre de 1989 a Agosto de 1990 en que se desarrolló la política de autocartera a través de “SANTO DOMINGO 5, S.A.” y “AFISA”, a las que se les causó un correla-

---

<sup>63</sup> STS de 17 de julio de 2009, Recurso 727/2005 (ponente CORBAL FERNÁNDEZ). Los casos de acción social de responsabilidad en los que ha entendido el TS son contadísimos. Otro supuesto, STS de 14 de marzo de 2005, Recurso 3920/1998 (ponente FERRÁNDIZ GABRIEL), de acción de responsabilidad social promovida por un socio.

tivo daño por importe muy superior al enriquecimiento obtenido por “URBANIZADORA SOMOSAGUAS, S.A.”.

3.º.- Se declare la responsabilidad como Consejeros de DON Casiano, DON Federico y DON José Augusto y como Apoderado mandatario de Don Adrián por la dirección, control y ejecución de la política de autocartera desarrollada a través de “SANTO DOMINGO 5, S.A.” y de la propia “AFISA” desde octubre de 1989 a agosto de 1990, y de los mencionados Consejeros y los Apoderados mandatarios DON Rafael, DON Justo, DOÑA Isabel por la negociación, decisión y ejecución del contrato de compraventa de las acciones de “SANTO DOMINGO 5, S.A.” a favor de “CASTELLANA DE INVERSIONES Y NEGOCIOS, S.A.” celebrado el 22 de junio de 1990, por el que se trataba de encubrir y aparcarse toda la autocartera indirecta acumulada en “SANTO DOMINGO 5, S.A.”, condenando a los mencionados Consejeros y Apoderados a indemnizar solidariamente a “ADMINISTRACIÓN FINANCIERA E INMOBILIARIA, S.A.” (AFISA) los siguientes daños producidos:

a) La cantidad de 3.135.743.545 pesetas de inversión neta en autocartera a través de “SANTO DOMINGO 5, S.A.” y de la propia AFISA desde octubre de 1989 a agosto de 1990, que ha supuesto una pérdida definitiva al resultar amortizadas las acciones adquiridas.

b) La multa impuesta por Orden Ministerial del Ministro de Economía y Hacienda de 14 de marzo de 1994 por importe de 24.411.635 pesetas.

4.º.- Se condene a “LUGARCE, S.A.” a restituir a “ADMINISTRACIÓN FINANCIERA E INMOBILIARIA, S.A.” (AFISA) la cantidad de 399.840.000 pesetas cobradas indebidamente mediante las facturas 2, 3 y 4/90, más sus intereses legales desde el día 4 de septiembre de 1990 hasta el completo pago de la devolución, incrementados en dos puntos desde que recaiga Sentencia firme en primera instancia.

5.º.- Se declare la responsabilidad de DON Adrián y DON Justo como mandatarios y apoderados que libraron el cheque con que se pagaron las facturas de “LUGARCE, S.A.” por importe total de 399.840.000 pesetas, y de los demás Consejeros y Apoderados demandados en la medida en que ordenaran o autorizaran dicho pago, condenándoles, solidariamente entre sí y con “LUGARCE, S.A.”, a indemnizar a “ADMINISTRACIÓN FINANCIERA E INMOBILIARIA, S.A.” (AFISA) del importe de 399.840.000 pesetas.

6.º.- En todos los casos, se condene a satisfacer el interés legal de las cantidades a que se refiere cada condena, desde la fecha de la interposición de la presente demanda, salvo en el caso del punto 4.º en que se devengan desde el 4 de septiembre de 1990. E incrementados en dos puntos desde que recaiga Sentencia en primera instancia.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 44 de Madrid el día 27 de diciembre de 2003 en los autos de juicio de mayor cuantía núm. 762 de 1994, rechazó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, y desestimó la demanda de AFISA, absolviendo a los demandados. La Sen-

tencia dictada por la Sección 19.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid el 27 de enero de 2005 en el Rollo núm. 656 de 2004, desestimó el recurso de apelación de AFISA, y confirmó la resolución recurrida.

Por la representación procesal de “ADMINISTRACIÓN FINANCIERA E INMOBILIARIA, S.A.” (AFISA) se interpuso *recurso de casación* (...).

El segundo aspecto del primer submotivo se refiere a si hay base para sentar la atribución de una conducta ilegal o negligente en el diseño, aprobación y materialización de la política de autocartera. En el motivo, y a lo largo de un gran número de páginas, se efectúa un importante, y plausible, esfuerzo intelectual y material para crear una versión que fundamente la atribución de una conducta ilícita a los codemandados. Sin embargo, la propia parte recurrente es consciente de la falta de sustento de su planteamiento. Ello es así, no solo ya por la reiteración con que incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión (por cierto, tanto por las apreciaciones fácticas *ex novo* como por las que contradicen las de los juzgadores que conocieron en primera instancia), sino, además, porque: a) Alega repetidamente la falta de motivación, sin advertir que sin ella no es posible la impugnación, y que el vicio (hipotético) tiene carácter procesal, y procedía denunciarlo mediante el recurso extraordinario por infracción procesal (*arts. 218.2 y 469.1.2.º LEC*). b) Solicita la “integración del *factum*” que es mecanismo excepcional solo utilizable para tomar en cuenta hechos complementarios, y que no contradigan la valoración de la prueba efectuada en la resolución recurrida. Y, c) ataca la apreciación de la sentencia impugnada porque no considera vinculante para la jurisdicción civil las conclusiones de unas resoluciones administrativas y una sentencia de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal. Se alega que “causaría gran perplejidad, y dañaría la seguridad jurídica, que la jurisdicción no asumiera en su integridad la misma declaración de hechos probados, basada en la investigación objetiva de Instructores especializados designados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores”, pero tal argumentación no tiene en cuenta dos reparos: que el juzgador civil ha de fijar los hechos de conformidad con los elementos de prueba obrantes en su propio proceso, pudiendo separarse motivadamente de las apreciaciones fácticas realizadas por resoluciones de Tribunales de otro orden jurisdiccional, y que en todo caso la polémica suscitada no es susceptible de ser examinada en el ámbito del recurso de casación, de lo que va a resultar la inconsistencia de las consideraciones que desarrolla el motivo al basarse en apreciaciones desechadas por el Juzgador *a quo*. En definitiva, como la parte recurrente sienta sus propias premisas –presupuestos– y de ellos extrae sus propias conclusiones, el problema es que al divergir, o no estar reconocidas, las primeras por la sentencia impugnada, se incide en petición de principio haciendo imposible el juicio propio de la casación; por lo que el primer submotivo decae.

El *segundo submotivo* se refiere a que, asimismo, la sentencia recurrida vulnera el régimen de responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración previsto en el *art. 133.2 LSA* al aplicar indebidamente la causa de exoneración por oposición expresa al acto lesivo. La Sentencia recurrida, razona al respecto que “la propia recurrente reconoce la denuncia de los demandados de la política de autocartera pero argumenta que tal denuncia no era real y eficaz y venía a encubrir una actuación encaminada precisamente en sentido contrario, extremo este que debe ser rechazado careciendo de sentido la oposición formal y pública a una determinada línea de actuación, y luego sin embargo la ejecución por su cuenta de la misma”. Para la parte recurrente no basta la oposición formal si no va acompañada de una actuación coherente con dicha oposición, exigiéndose, según la jurisprudencia, una actuación positiva para evitar el daño.

El submotivo se desestima porque su planteamiento fáctico no es congruente con la relación de hechos de la Sentencia de 1.ª Instancia (asumida implícitamente en la recurrida), y porque, a los efectos del *art. 133.2 (apartado 3 desde Ley 26/2003)* –que exonera de responsabilidad a los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel–, hay que estimar como actitud diligente, suficiente para fundamentar la exoneración, la denuncia de la política de autocartera y de su ilegalidad una vez entrada en vigor la LSA de 1989, lo que dio lugar al nombramiento de una comisión para afrontar el problema de la que no formaron parte los Consejeros minoritarios, y la actividad de gestión desplegada, a causa de la inactividad de dicha comisión, en orden a conseguir la transmisión de la autocartera ilegal mediante contrato de venta de las acciones a la entidad Castellana de Inversiones, con lo cual quedaba resuelta la situación de las acciones en autocartera, según declara probado la resolución de primera instancia.

Por todo ello, decae también el submotivo segundo, cuya desestimación opera como refuerzo de la exclusión de responsabilidad para los Consejeros codemandados desde la perspectiva de la solidaridad prevista para todos los miembros del órgano de administración en el *art. 133 de la LSA*».

II)<sup>64</sup> *Acción social de responsabilidad ejercitada por el socio. Sobre la incompatibilidad de ejercicio conjunto (por la sociedad y por el socio) de la acción social de responsabilidad.*

«PRIMERO.- El litigio causante de este recurso de casación fue promovido por una sociedad anónima y tres hermanas accionistas de la misma con-

<sup>64</sup> STS de 21 de febrero de 2007, Recurso 903/2000 (ponente MARÍN CASTÁN).

tra otro hermano, también accionista, contra su madre, igualmente accionista, y contra quien había sido administrador único de la referida sociedad y albacea contador-partidor de la herencia del padre de las demandantes, fallecido cinco años y medio antes. En la demanda se ejercitaban dos acciones: una contra este antiguo administrador único de la sociedad, fundada en el *art. 134 LSA de 1989*, aunque también se citaban como aplicables los *arts. 79 y 80 de la LSA de 1951*, orientada a declarar responsable a dicho demandado frente a la sociedad actora “y frente a sus accionistas” de los daños causados en el desempeño de su cargo, pidiendo su condena, entre otros extremos, a reponer a la sociedad las cantidades indebidamente detraídas de sus cuentas, “en beneficio propio o de otras entidades”, y a indemnizar los daños y perjuicios causados por haber cedido a otra sociedad la explotación de una cantera de arcilla; y la otra acción contra los tres demandados, por haber actuado de mala fe y con ánimo defraudatorio al constituir esa otra sociedad excluyendo a las tres hermanas demandantes y cediendo a la nueva sociedad la explotación de la cantera de arcilla que pertenecía a la sociedad codemandante, acción esta última fundada en los *arts. 433, 1902, 1101, 1102, 1106, 1107 y 1108 CC* y en cuya virtud se pedía una indemnización de daños y perjuicios en la cuantía que se fijara en ejecución de sentencia sobre las bases señaladas en la propia demanda, a cuyo pago habrían de ser condenados solidariamente los tres demandados.

Estos contestaron a la demanda por separado aunque en términos prácticamente idénticos, pero posteriormente, antes de la comparecencia del juicio de menor cuantía, la demandada madre de las tres codemandantes presentó escrito reconociendo como ciertos los hechos de la demanda, manifestando haber conocido tardíamente los “manejos” del albacea de la herencia de su difunto esposo y allanándose sin reserva alguna a las peticiones de dicha demanda (...).

Pues bien, este motivo, al que la parte recurrida no opone el defecto de plantear una cuestión nueva, debe ser estimado porque ciertamente el *párrafo tercero del art. 80 LSA de 1951*, como ahora el *apdo. 4 del art. 134 LSA de 1989*, no autorizaba un ejercicio conjunto de la acción social de responsabilidad por la sociedad y por sus accionistas, sino que facultaba a estos para ejercitarla únicamente cuando la sociedad no lo hiciese dentro del plazo de tres meses a contar desde el acuerdo o cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

De ahí que la sentencia recurrida haya incurrido en la infracción normativa denunciada, que se advierte más claramente todavía en los pronunciamientos condenatorios del hoy recurrente, a reponer determinadas cantidades, pues este reintegro se acuerda, lógicamente, a favor solo de la sociedad actora».

## I. DIFERENCIA ENTRE ACCIONES EX ART. 135 Y 262.5 L.S.A.

D) <sup>65</sup> «SEGUNDO: La parte recurrente articula inicialmente en dos motivos su recurso pero luego los enuncia conjuntamente, con apoyo procesal en el artículo 1.692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por “aplicación indebida o inaplicación de los artículos 133 y 135 en relación con los artículos 260 y 262, 1.902 todos (sic) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1.564/1989 que regulan la acción individual de responsabilidad solidaria de los administradores y doctrina jurisprudencial aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate”, para terminar a su vez desarrollándolos como submotivos.

El primer submotivo se centra en la acción con sede en los artículos 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, alegando que se dan los requisitos para la existencia de la acción individual de responsabilidad, ya que, primeramente, existió una acción u omisión culposa de los administradores, que no utilizaron los mecanismos legales previstos para regularizar la situación –quiebra, disolución, aumento de capital, liquidación en forma del patrimonio social–, sino que se han limitado a hacer desaparecer la sociedad; en segundo lugar, se ha producido una lesión directa a los intereses del demandante por el impago de la deuda; y, por último, entre una y otra existe un nexo causal consistente en que, el Administrador responsable de la gestión, a sabiendas de la existencia de una deuda, no adoptó las medidas legales y, pese a la total descapitalización de la sociedad y su desaparición de hecho, no liquidó el patrimonio –lo que integraría el presupuesto de la causa de disolución que contemplan los números 4 y 5 del artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas–.

Este primer submotivo debe ser desestimado.

Ha de comentarse por significar que, si bien inicialmente se aducen como infringidos los artículos 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas –en concreto relativos a la acción individual de responsabilidad posteriormente va derivando progresivamente hacia el intento de justificación de la especial acción de responsabilidad del artículo 262,5.º de la misma Ley de Sociedades Anónimas. Lo cierto que en su demanda fundó todos los incumplimientos en el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, siendo que la acción que prevé el artículo 262.5 distinta en sus presupuestos, y en su regulación legal: la primera tiene naturaleza extracontractual y requiere que concurran los requisitos propios –acción u omisión culposa, daño y prueba de la relación de causalidad–; lo que no sucede con la acción del 262, respecto de la cual, esta Sala ha destacado su carácter abstracto o formal –Sentencia de 26 de junio de 2006–, y, con mayor propiedad, su naturaleza obje-

<sup>65</sup> STS de 8 de marzo de 2007, Recurso 5041/2000 (ponente SIERRA GIL DE CUESTA).

tiva o cuasi objetiva –Sentencias de 25 de abril de 2002, 14 de noviembre de 2002, 6 y 28 de abril de 2006 (esta última de Pleno), y 26 de mayo de 2006, entre otras–, que se resume en que su declaración no exige la concurrencia de un reproche culpabilístico que hubiera que añadir a la constatación de que no ha habido promoción de la liquidación mediante convocatoria de la Junta o solicitud judicial, en su caso –y ahora también la solicitud de la declaración de concurso, cuando concurra su presupuesto objetivo–, esto es, una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto –Sentencias de 20 y 23 de febrero de 2004 y de 28 de abril de 2006–, del mismo modo que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto de administrador, o, en otros términos, no exige más que el enlace causal preestablecido en la propia norma –Sentencia de 28 de abril de 2006–.

Sentado lo anterior, y desde el punto de vista de la acción individual de responsabilidad –lo relativo a la acción de responsabilidad del *artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas* se verá en el submotivo siguiente–, se ha de partir de los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, que deben permanecer incólumes en casación, salvo que previamente se logre su sustitución por el cauce de error de derecho en la valoración de la prueba, que exige, su planteamiento a través del correspondiente motivo de casación, con la cita, como infringida de la norma que contenga la regla de prueba que se considere vulnerada, y la subsiguiente exposición de la nueva resultancia probatoria según el recurrente, lo que en este caso no se ha hecho. La sentencia de la Audiencia Provincial declara que no resulta acreditado que sea culposa o negligente la falta de convocatoria de la Junta, para autorizar al administrador la venta o dación en pago de los chalets construidos, ya que las operaciones realizadas corresponden al tráfico comercial de la sociedad y estar entre las facultades del administrador; ni que tampoco lo sea la propia venta o dación en pago de los inmuebles, ya que la misma tuvo por objeto la cancelación de deudas que tenían el carácter de preferentes sobre el crédito de la demandante, lo que fue beneficioso para la sociedad; y, por último, en cuanto a la falta de liquidación de la sociedad, falta la relación causal entre tal omisión y el daño alegado, por la imposibilidad de cobrar los créditos reclamados en el procedimiento –como en un supuesto semejante ha señalado la Sentencia de esta misma Sala de 9 de octubre de 2006 (rec. 3482/99)–.

TERCERO: El segundo submotivo, tiene por objeto la acción de responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales, regulada en el *artículo 262* en relación con el *artículo 260*, *ambos de la Ley de Sociedades Anónimas*, señalando la recurrente que, de la prueba practicada en autos, se habría puesto de manifiesto una situación de cierre y de abandono de la propia sociedad, fijando en septiembre de 1993 la fecha del sobreseimiento de los pagos por la sociedad, entendiéndose que la carga de la prueba de la causa o causas del cese debía corresponder al demandado.

Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria de su antecesor.

De nuevo la parte recurrente mezcla cuestiones de hecho y de derecho, llamando la atención que el recurrente pretenda alegar como acción independiente la del *artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas*, cuando en su demanda no fue citada y simplemente se adujo la falta de convocatoria de la Junta, como presupuesto para fundamentar la negligencia de los administradores, al hilo de la acción del *artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas*, por lo que su alegación posterior en el escrito de conclusiones, y por tanto fuera de los escritos rectores, es extemporáneo y va contra los principios procesales de igualdad de armas, y desde luego, provoca una situación procesal anómala. Es más, la reciente Sentencia de 9 de octubre de 2006 con cita de la de la de 26 de mayo de 2006 señala como “No es procedente examinar la posible infracción del *artículo 262.5 LSA* (en relación con el *artículo 69 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*), cuando la acción ejercitada fue la acción individual de responsabilidad y no la acción de responsabilidad solidaria por incumplimiento de las obligaciones de los administradores de promover la disolución de la sociedad, pues ello determinó que en el proceso no se discutieron los presupuestos del ejercicio de tal acción, muy particularmente el transcurso del plazo exigido por la ley desde el momento de la disminución del patrimonio social o la situación de crisis para que pueda exigirse responsabilidad a los administradores por este concepto. En consecuencia, continúa diciendo la citada sentencia, la estimación de esta acción comportaría una desviación respecto de la *causa petendi* [causa de pedir] que fundamentó la pretensión inicial con infracción de los principios de rogación y contradicción. En efecto, la pretensión debe identificarse en función de los hechos sustanciales que constituyen su *causa petendi* aunque no se cite el precepto en que se apoyan las consecuencias jurídicas que componen el *petitum* [lo que se pide], salvo cuando aquellos hechos son ambiguos o no son expresivos por sí mismos de la acción ejercitada, caso en el que será exigible que se identifique jurídicamente la pretensión con la cita, si es preciso, de los preceptos legales en que se apoya”.

Consecuentemente, se hace innecesario el análisis de la alegación, hecha incidentalmente en relación con el *artículo 1.214 del Código Civil*».

II) <sup>66</sup> *Diferencia entre la responsabilidad del administrador y la responsabilidad de la sociedad. Doctrina del levantamiento del velo.*

«FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre la resolución unilateral de un contrato de licencia de utilización de marcas, existente entre dos sociedades, y sobre la responsabilidad de los administradores de la sociedad concedente, la cual resolvió de modo unilateral e injustificado el vínculo contrac-

<sup>66</sup> STS de 30 de mayo de 2008, Recurso 1040/2001 (ponente CORBAL FERNÁNDEZ).

tual. El recurso de casación se circunscribe al examen de la responsabilidad de los administradores sociales, que se plantea en una doble perspectiva: responsabilidad individual *ex art. 135 LSA* y conducta fraudulenta con base en la doctrina jurisprudencial del “levantamiento del velo”. Por la entidad mercantil “GOLD VISION, S.L.” se dedujo demanda frente a la compañía “Diseño y Difusión de Moda, S.A.”, antes denominada “Enrique Loewe Knappe, S.A.”, y frente a los, en su día, miembros del Consejo de Administración de “Diseño y Difusión de Moda, S.A.”, Dn. Jon, Dn. Marcos, Dn. Pedro Jesús y Dña. Camila, en ejercicio de las acciones de daños y perjuicios sufridos por la actora a causa de la actuación fraudulenta llevada a cabo por “Diseño y Difusión de Moda, S.A.” (antes “Enrique Loewe Knappe, S.A.”) y acción individual de responsabilidad frente a los, en su día, administradores de “Enrique Loewe Knappe, S.A.” (hoy “Diseño y Difusión de Moda, S.A.”) en reclamación de los daños y perjuicios por ellos ocasionados directamente a la actora. En el suplico se solicita: a) Se condene a “DISEÑO Y DIFUSIÓN DE MODA, S.A.” a pagar a “GOLD VISION S.L.” la indemnización que se determine por el juzgador por los daños y perjuicios derivados a “Gold Visión, S.L.” por la fraudulenta resolución del Contrato de Licencia de Utilización de Marca suscrito el 30 de julio de 1993; y, b) se condene, solidariamente entre sí y junto con “Diseño y Difusión de Moda, S.A.” (antes “Enrique Loewe Knappe, S.A.”), esto es, a Dn. Jon, Dn. Marcos, Dña. Camila y Dn. Pedro Jesús, a pagar a “Gold Visión S.L.” la indemnización que determine el juzgador por los daños y perjuicios causados a la actora por la fraudulenta resolución del Contrato de Licencia de Utilización de Marca suscrito el 30 de julio de 1993.

Los antecedentes en que se apoyan las pretensiones de la actora se resumen en los siguientes puntos: a) El 30 de diciembre de 1994 la compañía demandante se subrogó en el contrato de licencia de utilización de las marcas “ELK” y “Enrique Loewe Knappe” (para monturas ópticas, gafas de sol y fundas de gafas), como concesionaria única mundial, que habían celebrado el 30 de julio de 1993 la entidad “LOOK OCCHIALI, S.L.” y “ENRIQUE LOEWE KNAPPE, S.A.” (actualmente “Diseño y Difusión de Moda, S.A.”); b) el 5 de febrero de 1996 la entidad concedente “Enrique Loewe Knappe, S.A.” notificó notarialmente a “LOOK OCCHIALI, S.L.” la resolución del contrato de licencia de utilización, lo que se comunica por el letrado de “Diseño y Difusión de Moda, S.A.” a “Gold Vision, S.L.” por telegrama de 3 de noviembre de 1997, en el sentido de que quedaba también resuelto para ella; c) a juicio de la actora, la resolución es improcedente por ser absolutamente falsas las causas o motivos de incumplimiento alegados en la carta de resolución, y, además, por no haberse notificado a la verdadera concesionaria, y no haber tenido lugar el requerimiento previo de rectificación de proceder previsto en el contrato; d) el verdadero motivo de la resolución fue el acuerdo transaccional celebrado entre “Enrique Loewe Knappe, S.A.” y “LOEWE S.A.” el 1 de febrero de 1996 [en realidad fue el

27 de enero], y por el que aquella sociedad, a cambio de quedar liberada de pagar a esta última sociedad mercantil española una indemnización por la utilización durante los últimos once años de las marcas “ELK” y “ENRIQUE LOEWE KNAPPE”, cesaba inmediatamente en la utilización de las marcas (cese en el uso de todos los signos distintivos y de la misma imagen personal de Dn. Jon). Por consiguiente –alega la demandante–, las razones de la resolución no fueron el incumplimiento de la licenciataria, sino la transacción expresada, aparte de que los tribunales españoles [de cuya resolución surge la celebración de la transacción expresada] no autorizaron a “Enrique Loewe Knappe, S.A.” a utilizar el nombre de “Loewe” en España, pero nada impedía utilizarlo en el extranjero; e) la fraudulenta resolución ha supuesto para la actora cuantiosos daños y perjuicios; f) los auténticos responsables de que se resolviese el Contrato de Licencia de Utilización de Marca fueron los administradores de “Enrique Loewe Knappe, S.A.”, dado que fueron los que tomaron la decisión de resolver el Contrato aun a pesar del daño y perjuicio enorme que se le derivaba a la licenciataria; g) cuando se comunica la resolución del contrato el 5 de febrero de 1996, los administradores de “ENRIQUE LOEWE, S.A.” eran los demandados; y, h) se alega la existencia por parte de los mismos de mala fe, simulación y fraude, y además la responsabilidad, de acuerdo con la “teoría del levantamiento del velo”, por aquellas actuaciones realizadas por la sociedad que hubiesen perjudicado a terceros, ya que la Sociedad no es más que un mero instrumento por el cual estos pueden llevar a cabo sus actuaciones personales. La Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 21 de Barcelona el 28 de septiembre de 1998, en los autos de juicio de menor cuantía núm. 1103 de 1997, estima la demanda interpuesta por “GOLD VISION S.L.”, contra “DISEÑO Y DIFUSIÓN DE MODA, S.A.”, Dn. Jon, Dn. Marcos, Dn. Pedro Jesús y Dña. Camila, y condena a los demandados a abonar solidariamente a la actora la indemnización de daños y perjuicios que se fije en ejecución de sentencia confo me a las bases contenidas en esta resolución (...).

La Sentencia de la Audiencia señala que “en contra de lo que sostiene la sentencia apelada no cabe deducir de forma inexorable un comportamiento empresarial contrario a lo que dispone el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, dadas las alternativas ante las que se adoptó la decisión”. Y después de discurrir acerca de que “tanto en el supuesto de que la decisión fuese acertada para la sociedad..., como si fuese errónea..., es lo cierto que en el caso de autos no se trata de la exigencia de la responsabilidad del administrador frente a la sociedad por actos realizados sin la diligencia de un ordenado empresario o como representante desleal, porque de lo que se trata es de analizar si las consecuencias de la actuación de los demandados dañosas para la actora, imputables a la sociedad en tanto en cuantos actuaron como órgano de esta, deben atribuirse, además de a la sociedad que actuó valiéndose instrumentalmente de ellos, a los administradores”, expresa la

*ratio decidendi* en el fundamento séptimo diciendo que constituyen premisas de la decisión adoptada las siguientes:

“1) Como precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2000, siguiendo la línea trazada por la de 2 de julio de 1998, es necesario diferenciar entre la sociedad y sus órganos de administración. Quien se vincula por el contrato no son los administradores, sino la sociedad administrada, sin que, como regla, puedan imputarse a los administradores los incumplimientos de la sociedad, bajo el riesgo, en otro caso, de desconocer alternativamente: a) la personalidad jurídica propia de las sociedades que, en el caso de las anónimas atribuye el *artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas* a las inscritas; o b) el principio de que los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, que proclama el *artículo 1257 del Código Civil*. 2) Como hemos apuntado, en el presente caso se evidencia que una actuación beneficiosa para la sociedad administrada, adecuada a la diligencia del ordenado empresario y del leal representante, puede resultar perjudicial para el tercero, es por lo que el *artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas*, al enunciar que los administradores responderán de los actos que lesionen directamente los intereses de los terceros, precisa que lo es ‘no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes’ que tienen por finalidad regular la actuación del administrador en el ámbito societario no frente a terceros –el administrador debe ser leal a la sociedad, a la que ha de administrar como ordenado empresario, no a los terceros con quienes ningún vínculo mantiene–; y 3) para que los administradores deban responder no es suficiente que su actuación, correcta desde la perspectiva interna, devenga a la postre dañosa para terceros. Es necesario, además, la existencia de una singular relación causal requerida por la norma y reiteradamente exigida por la Jurisprudencia: que la relación entre el daño y la actuación de los administradores sea ‘directa’. Pues bien, no es este el caso de autos en el que el daño deriva de forma ‘directa’ de la resolución injustificada y unilateral del contrato ‘por la sociedad’ concedente. No por sus administradores que no fueron parte en él”.

La argumentación expuesta es razonable y coherente y no ha sido desvirtuada por la parte recurrente.

En su ratificación, y reiteración, solo cabe decir aquí que, vistas las circunstancias concurrentes en el caso, la conducta observada por la entidad “Jon, S.A.” en relación con la resolución del contrato que le unía a “Gold Vision, S.L.” fue totalmente injustificada, aunque, por otro lado, no resulta verosímil que esta entidad no conociese la situación litigiosa de las marcas cuando formalizó el contrato de licencia. Pero sí resulta incuestionable dicha actuación antijurídica, que ya fue objeto de pronunciamiento condenatorio, de ello no cabe derivar, dadas dichas circunstancias, una responsabilidad individual, solidaria, de los administradores sociales *ex arts. 127, 133 y 135 LSA*. De aceptarse tal expansión de la responsabilidad, los administradores pasarían prácticamente a ser responsables –garantes– de todas las actuacio-

nes de la sociedad que, por unas u otras razones, resultaran ilícitas por su disconformidad con el ordenamiento jurídico y produjeran un perjuicio para otras personas. Y no es esto lo que establece la Ley.

En la actuación de los administradores sociales del caso no concurre una conducta fraudulenta o negligente en el ejercicio de su cargo que se conecte causalmente en relación directa, como exige el *art. 135 LSA*, con el perjuicio sufrido por la entidad actora. Este perjuicio se deriva de la actuación de la sociedad, sujeto de derecho con personalidad jurídica autónoma, que, ante la alternativa que se encontraba, optó por dar satisfacción económica a una empresa en detrimento de otra, y la actuación de los administradores, como órgano de la sociedad, precisada de personas físicas para su operatividad jurídica, no se individualiza respecto del ente social, sino que se integra plenamente en la organicidad de la sociedad, que no es susceptible de una valoración individual, con secuencia de responsabilidad, independiente de por quien actuaron como representantes necesarios.

En el mismo sentido expuesto se ha manifestado la Sentencia de 27 de julio de 2007.

TERCERO.- En el motivo segundo se alega la infracción de los *arts. 6.4 y 7 del Código Civil*, y 7 de la Ley de Sociedades Anónimas para sostener que la Sentencia de la Audiencia Provincial no ha aplicado la doctrina del levantamiento del velo (SSTS 28 de mayo de 1984, 20 de junio de 1991 y 16 de marzo de 1992).

El motivo se rechaza por su total falta de fundamento.

Para una correcta aplicación de la técnica del levantamiento del velo es preciso que se acredite la concurrencia de dos premisas: a) la primera es que exista un mal uso (abuso) de la personalidad de la sociedad; b) la segunda consiste en que se haya producido un daño o un perjuicio para un tercero. Como consecuencia de ello, la persona o personas que “instrumentan” la sociedad causante del daño deben responder, sin que se puedan amparar en la responsabilidad limitada de la misma. No es suficiente la existencia de una conducta antijurídica de la sociedad, sino que además es preciso que la misma se utilice abusivamente para causar el perjuicio al tercero.

En el caso, no hay la mínima base fáctica para configurar el planteamiento del recurso. El levantamiento del velo no es una hipótesis, sino que requiere el pleno acreditamiento de las premisas que fundamentan la aplicación de tal técnica jurídica, y aquí falta la instrumentación de la personalidad autónoma de la sociedad para, como consecuencia de la limitación de la responsabilidad jurídica de esta, producir un perjuicio a tercero.

Finalmente, y en lo que se refiere a las Sentencias señaladas en el enunciado, no hay similitud de los casos en ellas resueltas con el que es objeto de enjuiciamiento.

La de 28 de mayo de 1984 se refiere a una reclamación de indemnización de daños contra una empresa municipal que tenía contratado con un Ayuntamiento el servicio de abastecimiento de agua. Era un ente filial puro

y simple del Ayuntamiento, siendo este un órgano de la sociedad y el Alcalde el Presidente del Consejo. Se estimó eficaz la interrupción de la prescripción extintiva entendida con el Ayuntamiento.

En la Sentencia de 20 de junio de 1991 se hace referencia a un supuesto muy complejo en que se apreció un claro y burdo montaje urdido entre la actora y su marido para conseguir el ilícito beneficio de un cobro al que no podía tener el más mínimo derecho por tratarse de una pura invención o maniobra fraudulenta que afloraba de las interrelaciones entre los expresados cónyuges y dos sociedades. La aplicación de la técnica del levantamiento del velo respondió a la oportunidad de sancionar el fraude impidiendo se alcanzase el efecto defraudatorio de pagar dos veces a quienes venían ligados por un solo interés, evitándose el enriquecimiento injusto que se pretendía. Y en la Sentencia de 16 de marzo de 1992 consta como probado que la sociedad, constituida por unos hermanos que habían heredado un negocio de su padre, fue creada como mero instrumento o testamento, para, bajo la pantalla o velo de su personalidad, mantener las relaciones jurídicas con los terceros.

Por todo ello, el motivo decae».

J<sup>67</sup>. SOBRE LA POSIBILIDAD DE APLICAR O NO AL APODERADO EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y CONDICIONES DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES.

«Con todo, el punto nuclear de la cuestión que suscita se encuentra en la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad de los administradores a un apoderado, lo que nada tiene que ver con la posibilidad de que el empresario pueda constituir apoderados o mandatarios generales o especiales (artículo 281 CCom.) ni con el efecto directo o representativo de la actuación del llamado “factor notorio” (artículo 286 CCom.), si bien en el tráfico puede presentarse bajo la veste de un apoderamiento la figura del “Administrador de hecho” (STS 30 de julio de 2001), pero en el caso los preceptos que se dicen infringidos no han podido serlo por una sentencia que no los ha aplicado, ni tenía por qué hacerlo, ya que no se plantea una cuestión que pueda ser comprendida en ellos. El tema, pues, se centra en la posibilidad de aplicar a un apoderado el régimen de responsabilidad prevista para los administradores en los artículos 133 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, entre otros. El recurrente pone de relieve una y otra vez la amplitud de los poderes, con lo que parece estar indicando que se trata de un verdadero “Administrador de hecho”, figura ahora expresamente recogida en el artículo 133.2 LSA, por efecto de la modificación operada por la Ley 26/2003, de 17 de julio, pero que ya se había apuntado doctrinal y jurisprudencialmente

---

<sup>67</sup> STS de 14 de marzo de 2008, Recurso 74/2001 (ponente MONTES PENADÉS).

con anterioridad (SSTS 3 de marzo de 1977, 27 de octubre de 1997, 5 de abril de 1999, 9 de julio de 2000, 26 de mayo de 2003, Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 14 de enero de 1994, etc.). El recurrente lo sugiere, pero la apreciación carece de soporte en una estimación de hecho (SSTS 7 de junio de 1999, 30 de julio de 2001, 22 de marzo de 2004, etc.), que le correspondía hacer a la Sala de instancia, y que, no verificada por la Sala en ejercicio de su competencia, solo podría ser introducida en cuanto cupiera una revisión de los hechos probados por la vía del error de Derecho en la apreciación de la prueba o de la constatación de un error patente, lo que ni siquiera se ha intentado. Por el contrario, la Sala de apelación ha señalado que el apoderado no intervino en las operaciones que generaron la descapitalización de la sociedad y que, en cuanto apoderado, no le comprende la responsabilidad establecida para los administradores. (...) En resumen, pues, la responsabilidad de la recurrente, Administradora de EDIFOR, S.A. entre el 30 de enero de 1994 y el 29 de enero de 1997, se deriva del impago por EDIFOR, S.A. del precio convenido con la vendedora PROINCOSA por la compraventa de unos inmuebles, lo que habría generado la despatrimonialización de la vendedora, que adeudaba a los hoy actores ciertas cantidades a cuyo pago había sido condenada por sentencia firme.

La Sentencia recurrida aplica, en efecto, el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, y rechaza la del artículo 1111 del Código civil (acción subrogatoria), pues entiende, correctamente en este punto, que los actores están actuando un interés propio, y no por subrogación en los derechos de PROINCOSA frente a EDIFOR, S.A.

En ningún caso se ha fundamentado la reclamación en la omisión de los deberes que el artículo 262, en relación con el 260, ambos LSA, imponen a los administradores, con la responsabilidad consiguiente en los términos establecidos en el artículo 262.5 LSA, aunque es cierto que en el caso el ejercicio de la acción ofrecía una dificultad añadida, ya que los actores son acreedores de PROINCOSA, y no de EDIFOR, S.A. y, en caso de ejercicio de esta acción, deberían haber actuado, como acreedores de EDIFOR, S.A., por vía de subrogación en el crédito de PROINCOSA (artículo 1111 CC) y, por tanto, para que esta pudiera cobrar su crédito, que constituiría un activo a disposición de todos sus acreedores.

El artículo 135 LSA regula la llamada acción individual de responsabilidad en la que cabe ver, a pesar de alguna duda suscitada por la redacción del precepto, un supuesto de acción de responsabilidad extracontractual sometida al régimen especial de los artículos 133 a 135 LSA (presunción de culpa con traslación de la carga de la prueba, restricción de los supuestos de exoneración, solidaridad y régimen especial de prescripción), pero, en definitiva, una especialidad del régimen general de responsabilidad extracontractual regido por los artículos 1902 y sigs. del Código civil.

Como ha dicho la Sentencia de 14 de marzo de 2007, la jurisprudencia ha venido exigiendo, para que nazca la responsabilidad de los administra-

dores que se establece en los *artículos 133.1 y 135 LSA* que concurran los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido un daño que ha de consistir en una lesión directa al patrimonio del socio o del tercero, por lo que no basta acreditar la mera insolvencia de la sociedad (STS 28 de abril de 2006), ni es bastante para determinar la existencia de responsabilidad el solo hecho del incumplimiento de una obligación social (SSTS 2 de julio de 1998, 20 de julio de 2001, 6 de marzo de 2003, etc.).

b) Que se hayan producido actos u omisiones negligentes por parte de los administradores (o actos contrarios a la Ley o a los Estatutos) en el ejercicio del cargo, por incumplimiento de los deberes establecidos en el *artículo 127 LSA* (o, en su caso, de los deberes de fidelidad y lealtad de los *artículos 127 bis, 127 ter y 127 quáter*).

c) Que exista relación de causalidad entre la conducta y el daño (STS 7 de marzo de 2006). La acción individual de responsabilidad, así entendida, no deriva de una relación contractual o extracontractual preexistente con la sociedad, sino del ejercicio ilícito o abusivo de su cargo por parte del Administrador, que ha generado una lesión directa en el patrimonio del tercero (o del socio). La doctrina y la jurisprudencia han puesto de relieve la dificultad de establecer el carácter directo de la lesión (SSTS 21 de mayo de 1985, 9 de julio de 1999, 26 de mayo, 5 de junio y 27 de octubre de 2006, etc.) y la doctrina de esta Sala ha sido rigurosa en la comprobación de los requisitos, antes señalados, referentes al daño, a la culpa y al nexo causal (SSTS 31 de julio de 1996, 20 de marzo de 1998, 9 de julio de 1999, 4 de enero, 16 de febrero y 28 de junio y 29 de diciembre de 2000, 3 de mayo y 8 y 26 de octubre de 2007, etc.).

En el caso, son dudosos la identificación del daño, la relación de causalidad y, en el fondo, la imputación a los administradores de la sociedad que, habiendo comprado, no prueba que pagó el precio convenido. Se trata de una indemnización que reclaman los acreedores de una sociedad que vendió a otra unos bienes y que esta última no ha pagado. Los acreedores que reclaman la indemnización pretenden la imputación del daño que han sufrido a los administradores de la sociedad compradora.

El daño, ante todo, se encuentra en la imposibilidad de cobrar su crédito de una sociedad insolvente, que lo es, entre otras razones, pero no la única, por haber sido descapitalizada por sus propios administradores (condenados, aunque por otras razones se haya anulado esa condena) que no han ejercitado las acciones frente a la otra sociedad, compradora, que también ha sido condenada en primera instancia, condena que no puede ser revisada por ausencia de un recurso (estaba en rebeldía) y porque sus codemandados, solidariamente condenados, no han suscitado la cuestión en apelación. La sociedad adeuda, entre otros acreedores a la Tesorería General de la Seguridad Social, cantidades muy superiores al crédito cuya reclamación da pie a la petición de indemnización que es objeto de este conflicto. Se intenta esta-

blecer una ecuación entre el importe del crédito cuya reclamación se ha frustrado por la insolvencia de la entidad deudora y la falta de pago del precio convenido por los bienes transmitidos, olvidando que el crédito por el precio hubiera sido, en todo caso, un activo de la sociedad vendedora, a disposición del pasivo exigible, no solo formado por ese crédito de los actores en este litigio, y por otra parte carente de un privilegio especial que determinara la preferencia de los actores.

La relación de causalidad entre el daño y la acción (u omisión) de los administradores de la sociedad compradora no presenta tampoco los caracteres de un enlace directo entre comportamiento y daño. Los administradores demandados (de la sociedad compradora) no efectúan el pago a la sociedad vendedora, y esta no ejerce las acciones pertinentes, lo que determina la responsabilidad contractual de la sociedad compradora y la responsabilidad de los administradores de la vendedora, pero para alcanzar a los administradores de la compradora haría falta establecer con nitidez la participación o colaboración en el fraude, lo que no se realiza en la sentencia recurrida, pues en ella (FJ Tercero) se dice que la administradora de única (de la sociedad compradora) “estaba autorizada” para pagar el precio, no se ha probado que lo haya hecho, y –continúa diciendo la sentencia– que cabe presumir que, si no lo hizo, “fue para colaborar en el propósito despatrimonializador, favoreciendo así que, ante la falta de pago del precio por PROINCOSA (sic, pero se refiere a EDIFOR, S.A.), esta no recuperara los bienes vendidos para hacer frente al pago de su deuda con los adquirentes de las viviendas”. La presunción no está autorizada por indicios vehementes, ni por la causalidad ordinaria o normal de los acontecimientos, el *id quod plerumque accidit*, y la posibilidad de presunción no pasa de ahí, pero, sobre todo, se está describiendo una situación en la que el daño a los actores de este pleito se produce de modo indirecto, porque una sociedad compradora no paga el precio que adeuda y la vendedora no lo reclama, sin que se establezca una conexión entre el daño (frustración de cobro del crédito) y el comportamiento de la administradora de la sociedad compradora (y deudora del precio), y sin considerar que la insolvencia de la sociedad vendedora se ha podido producir por otras causas concurrentes.

Finalmente, se presentan en este caso graves problemas de imputación objetiva, confundidos con los problemas causales, toda vez que mal puede hablarse de causalidad en las omisiones, y de este modo poner a cargo de los administradores de la sociedad compradora el importe de los créditos que, entre muchos otros, adeuda la sociedad vendedora, sobre la base de que la compradora no pagó (y ni tan siquiera consta que la vendedora lo reclamara), sin establecer claramente la existencia de fraude y la colaboración en él de los implicados, parece contrario al criterio de imputación basado en el incremento del riesgo, dado que, con probabilidad cercana a la certeza, en vista de la situación de déficit patrimonial que constata la sentencia recurrida, la insolvencia de la sociedad se hubiera producido aun en el caso de que la sociedad compradora hubiera llevado a cabo el pago del precio.

En consecuencia, se descarta el motivo décimo, que se apoya en la falta de prueba documental que ya ha sido anteriormente examinada, y descartada, mientras que, por otra parte, se formula para negar la inexistencia de una acción negligente, olvidando que puede consistir en una omisión; y se estiman los motivos octavo y noveno».

**K<sup>68</sup>. LA RESPONSABILIDAD DE LOS APODERADOS COMO ADMINISTRADORES DE HECHO.**

«4. D. Jose Antonio, ejerció contra D. Ángel Daniel y D. Humberto acción de responsabilidad contra los administradores con fundamento en los arts. 69 de la *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada [LSRL]* y 133 y 135 de la *Ley de Sociedades Anónimas [LSA]* fundada en una total falta de diligencia en la gestión de Frifer, S. L., entidad que carece de patrimonio, activos ni liquidez, con un volumen de negocios inexistente, en situación de insolvencia, sin que los administradores hayan procedido a la disolución. (...)

**QUINTO.**

A) La responsabilidad de los apoderados como administradores de hecho.

El *art. 133 LSA* se refiere como titulares de la responsabilidad que en él se establece a los «administradores» (o «miembros del órgano de administración»: *art. 133.3 LSA*). Esta cualidad solo la ostentan los nombrados como tales por la Junta General (*art. 123 LSA*), y, según la jurisprudencia, los administradores de hecho (expresamente a partir de la *Ley 26/2003*), es decir, quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades.

La condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados (SSTS de 7 de junio de 1999 y 30 de julio de 2001), siempre que actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de estos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición.

Cabe, sin embargo, la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho (STS de 26 de mayo de 1998, 7 de mayo de 2007 rec. 2225/2000) en los supuestos en que la prueba acredite tal condición en su actuación. Esto ocurre paradigmáticamente cuando se advierte un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento en favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de

<sup>68</sup> STS de 8 de febrero de 2008, Recurso 5168/2000 (ponente XIOL RÍOS).

acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes, pero puede ocurrir también en otros supuestos de análoga naturaleza, como cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social (STS de 23 de marzo de 2006, recurso 2643/1999).

B) Prueba de la condición de administradores de hecho.

La jurisprudencia declara constantemente que la casación no permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, salvo casos de manifiesto error o arbitrariedad concretamente denunciada y demostrada (SSTS de 17 de enero de 2007 y 1 de febrero de 2007, entre otras muchas).

Esta doctrina es aplicable a la determinación de la existencia o no de actuación como administradores de hecho de la sociedad por parte de los demandados cuya responsabilidad se discute (SSTS de 7 de mayo de 2007, recurso 2225/2000 y STS 23 de marzo de 2006, recurso 2643/1999, ya citada).

En el caso examinado la sentencia recurrida declara que “a tenor del resultado de la prueba anteriormente analizada, esta permite confirmar sin ningún genero de duda que los demandados-apelados, Sres. Ángel Daniel y Humberto ostentaban realmente la condición de administradores de la mercantil Frifer, S. L.”» (...).

SÉPTIMO.

A) La presunción de inocencia.

Con carácter auxiliar la parte recurrente invoca el principio de presunción de inocencia para salvar la responsabilidad de los administradores. Esta argumentación no puede ser aceptada, pues, como declara la STS 29 de septiembre de 2003, rec. 4105/1997, la presunción de inocencia, que proclama el *artículo 24* de la Constitución Española tiene una aplicación relativa a las normas sancionadoras y represivas; no al Derecho civil, en que se plantean cuestiones de Derecho privado; y, en el ámbito estricto que estamos considerando, el carácter sancionador que a veces se atribuye a la responsabilidad de los administradores societarios solo puede admitirse en un sentido impropio (STS de 26 de septiembre de 2007, recurso 3528/2000).

Esto no es obstáculo para apreciar la ausencia de nexo de causalidad entre la conducta de los administradores de hecho y el daño causado, como se verá seguidamente.

B) La individualización de la acción ejercitada como acción individual de responsabilidad. Del escrito de demanda se deduce que la acción ejercitada es la acción individual de responsabilidad. (...).

C) La inexistencia de nexo de causalidad para apreciar responsabilidad individual de los administradores.

La acción individual de responsabilidad prevista en el *artículo 135 LSA* exige que se dé una conducta del administrador en el ejercicio de su cargo

integrada por actos u omisiones negligentes productores de daños, según un razonable nexo causal (STS de 25 de abril de 2005). Este nexo de causalidad se vincula por la ley a un acto que genere una «lesión directa».

La negligencia que se atribuye a los administradores por la sentencia recurrida, se funda en que a) “no se ha procedido a la disolución y liquidación de la sociedad pese al incontrovertido hecho de que el estado patrimonial de la misma es la insolvencia” y b) los demandados han procedido “en nombre de Frifer, S. L., a la emisión y aceptación de unas letras de cambio en el año 1995, que resultaron impagadas, cuando ya había devenido imposible el previo cumplimiento de la obligación de pago derivado del documento de reconocimiento de deuda suscrito en el año 1993.”

En esta relación de hechos no se aprecia una relación de causalidad entre el comportamiento de estos demandados, como administradores de hecho, y el daño ocasionado a la actora. En efecto:

a) La omisión del deber de promover la disolución de la sociedad no aparece, según los hechos que considera probados la sentencia recurrida, que fuera la causa directa de la insolvencia de esta o de la imposibilidad por parte de los acreedores de percibir su crédito por falta de una ordenada liquidación, pues únicamente se alude a la infracción del deber de promover la disolución de la sociedad, que se hallaba en situación de insolvencia.

b) La actuación que se describe de los apoderados aparece como tendente a facilitar el pago de la deuda dificultada por la situación económica de la sociedad y urgida a raíz del fallecimiento de su administrador. El dato de la emisión posterior de las letras en situación de insolvencia no resulta significativo, por cuanto ya se ha visto que responde a una imprecisión de la sentencia en la apreciación de los hechos probados que resulta objetivamente en la lectura del documento de reconocimiento de deuda de 1993, en el que ya se alude a las referidas letras. No aparece demostrado que el reconocimiento de la deuda y las condiciones pactadas para su pago fueran la causa de que se frustrase la realización del crédito, que en parte importante fue satisfecho con posterioridad a ese momento. En suma, la frustración del crédito del actor se ofrece como consecuencia de la situación de insolvencia en que vino a caer la sociedad y no se ha acreditado que esta obedeciera a la conducta de los administradores de hecho ni puede entenderse ligada causalmente, sin más, a la falta de disolución de la misma.

L<sup>69</sup>. Responsabilidad y no inscripción del cese en el Registro Mercantil. Falta de diligencia por la no inscripción.

«TERCERO. La cuestión sustancialmente planteada en el recurso de casación, que se desarrolla bajo distintos puntos de vista en los motivos que acaban de ser sintéticamente recogidos, es la relativa a si –supuesto que se

---

<sup>69</sup> STS 25 de septiembre de 2007, Recurso 4052/2000 (ponente XIOL RIUS).

ha incumplido la obligación de inscribir la adaptación de los estatutos sociales a la nueva LSA y de promover la disolución de la sociedad por concurrir los presupuestos establecidos legalmente— existe responsabilidad personal y solidaria respecto de determinadas obligaciones sociales por parte de quienes aparecen en el Registro Mercantil como administradores en el momento en que aquellas fueron contraídas mediante la perfección de los correspondientes contratos en nombre de la sociedad, aun cuando el nombramiento de dichos administradores esté afectado por el transcurso del plazo de caducidad de cinco años establecido por el *artículo 126 LSA* y estos hayan efectivamente cesado con anterioridad.

Esta Sala tiene declarado en recientes resoluciones que la falta de inscripción del cese de los administradores en el Registro Mercantil no puede por sí misma ser determinante de la prolongación de su responsabilidad más allá de su cese efectivo, dado que este impide un ejercicio eficaz de las funciones de administración desde la fecha en que se produce, la inscripción carece de carácter constitutivo y la imposibilidad de oponer a terceros los efectos del cese del administrador cuando no ha sido inscrito (principio llamado a garantizar frente a terceros la efectividad de las obligaciones contraídas por los administradores aparentes en nombre de la sociedad) no es suficiente para la integración de los elementos determinantes de la existencia de responsabilidad de los mismos (SSTS de 23 de diciembre de 2002, recurso n.º 1698/97, 24 de diciembre de 2002, recurso n.º 1753/97, 16 de julio de 2004, recurso n.º 2566/98, 28 de mayo de 2005, recurso n.º 4720/98, 28 de abril de 2006, recurso n.º 3287/1999, 26 de mayo de 2006, recurso n.º 3788/1999, 7 de febrero de 2007, recurso n.º 362/00, 22 de marzo de 2007, recurso n.º 3447/2000, y 4 de julio 2007, recurso n.º 4503/2000).

No cabe excluir, sin embargo, que la falta de inscripción pueda apreciarse como uno de los elementos determinantes de la existencia de responsabilidad en los casos en que, según el tipo de acción ejercitada, dicha ausencia se demuestre que obedece a la existencia de negligencia o dolo por parte de los administradores salientes, especialmente si la falta de inscripción del cese influye en la relación de confianza entre los terceros que contratan con la sociedad y esta.

Es menester, pues, determinar si en el caso examinado, teniendo en cuenta la expresada falta de inscripción, concurren los requisitos para la existencia de responsabilidad de los administradores por falta de adaptación de los estatutos sociales y por omisión del deber de promover la disolución de la sociedad, pues son estos los reproches que la sentencia recurrida dirige a su actuación para fundar su condena. La cuestión planteada no radica en si las referidas omisiones son imputables a los expresados codemandados como administradores, cuestión no puesta en duda en el presente recurso, sino en si puede exigírseles responsabilidad por el incumplimiento de unas obligaciones contraídas por la sociedad cuando aquellos ya habían cesado como administradores.

Resulta obvio que en el momento en que se contrajeron las obligaciones a la efectividad de cuyo cumplimiento va dirigida la demanda los recurrentes habían cesado como administradores, no solamente porque su nombramiento había caducado de acuerdo con el *artículo 126 LSA*, sino también porque ni siquiera podía considerárseles como tales a los efectos de continuar provisionalmente la gestión de la sociedad en tanto se produjera la sustitución del órgano de administración, ya que cuando los contratos fueron perfeccionados se había celebrado ya una junta extraordinaria que había procedido al nombramiento de un nuevo administrador único.

La sentencia recurrida, no obstante estos hechos, mantiene la responsabilidad de los administradores cesantes por entender que habían abandonado sus obligaciones, al no lograr que el nuevo administrador inscribiese en el Registro Mercantil el nuevo nombramiento, que habían continuado como administradores de hecho, y que no se había destruido la apariencia registral mediante una nueva inscripción.

No podemos compartir esta valoración jurídica, susceptible de ser examinada en casación. En la junta extraordinaria en la que tuvo lugar su nombramiento se impuso al nuevo administrador la carga de proceder a la inscripción, por lo que era este el directamente obligado a solicitarla en nombre de la sociedad, no solo en virtud de lo establecido en el ordenamiento registral, sino también en virtud de lo expresamente previsto en el acta, por lo cual resulta indiferente que los requerimientos que algunos de los administradores cesantes dirigieron a aquel para exigir el cumplimiento de la obligación fueran posteriores a la perfección de los contratos determinantes de la responsabilidad exigida. Esta consideración resulta reforzada por el hecho de que en el momento en que se contrajeron o celebraron tales contratos por el nuevo administrador, el cual figuró como apoderado de la sociedad, podía deducirse de los datos obrantes en el Registro Mercantil que el nombramiento de los anteriores administradores había caducado, aunque los efectos de la caducidad no pueden considerarse equivalentes a los de la inscripción del cese y no pueden considerarse por sí mismos determinantes de la falta de responsabilidad. Finalmente, debe notarse que no se ha demostrado que la falta de inscripción haya resultado relevante en relación con el daño sufrido, dado que la contratación se realizó por el nuevo administrador, aunque apareciera como apoderado, y no consta que haya influido en la contratación la confianza suscitada por la creencia en la continuidad de los administradores cesantes.

Tampoco puede aceptarse que los administradores hubieran continuado a partir de 1993 actuando con conciencia de su cargo como administradores de hecho, pues basta con examinar los hechos que la sentencia expresamente declara probados, y que se resumen en el primer fundamento de esta sentencia, para comprobar que todos los que pudieran sustentar dicha presunción son anteriores a dicha fecha y que esta resulta destruida por el nuevo nombramiento, la actuación del nuevo administrador y la transmisión a este en su totalidad de las acciones sociales pertenecientes a aquellos.

Finalmente, no puede considerarse que no se haya destruido la apariencia registral, pues, no teniendo la inscripción carácter constitutivo, el principio de legitimación registral está sometido a prueba en contrario, y, según la jurisprudencia que ya se ha invocado, la falta de inscripción del cese no comporta por sí misma la prolongación de la responsabilidad de los administradores por las obligaciones contraídas con posterioridad a su cese efectivo por cualquier causa».

M<sup>70</sup>. EL TIEMPO (EL “MOMENTO”) EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.

«Del desarrollo del motivo se desprende que el planteamiento del mismo se basa en que al encontrarnos ante un contrato de compraventa mercantil, en el que la esencial obligación de pago del comprador, de acuerdo con el artículo 339 del Código de Comercio, empieza en el momento en que las mercaderías vendidas son puestas a su disposición por el vendedor, carece de transcendencia la circunstancia de que la oferta y la aceptación pudieran concurrir en un momento anterior a la entrega y recepción del género, entendiéndose, de este modo, la recurrente que el acto generador de responsabilidad del administrador se produjo con el nacimiento de la obligación de pago incumplida por la sociedad “Barcipeix, S.A.”, y no en el momento en que se hicieron los pedidos y estos fueron aceptados.

El motivo debe ser desestimado. La Audiencia Provincial, en la sentencia impugnada, partiendo de los requisitos del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas consideró que el acto generador de responsabilidad para los administradores consistió en la asunción de nuevas obligaciones para la sociedad, cuando la situación económica impedía el cumplimiento de las mismas. La dicción del artículo 339 del Código de Comercio en ningún momento altera la regla básica de que el contrato de compraventa sea perfecto por el concurso de la oferta y la aceptación, y que genere obligaciones desde el mismo momento del consentimiento para ambas partes que pueden ser exigidas por estas, otra cosa es que, el comienzo de la obligación de pagar el precio se produzca, con la puesta de las mercaderías a disposición del comprador y con la satisfacción de este, lo que en nada afecta a la sustancial obligación que a las partes compete de cumplir el contrato, pues no se ha de confundir el momento de la perfección del contrato con el de su exigibilidad o su consumación.

Es más, en este caso concreto de los hechos declarados probados no se desprende actuación negligente alguna por parte de “Molí Vell, S.L.”, la que, tras haber sido nombrada consejera delegada de “Barcipeix, S.A.”, en junta general de 26 de enero de 1995, en la reunión del consejo de administración

<sup>70</sup> STS 5 de julio de 2007, Recurso 5513/2000 (ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA).

del día siguiente, 27 de enero de 1995, subordina el ejercicio de su cargo al resultado de la revisión de las cuentas y del informe de gestión que han de realizar los auditores, y, dimite en reunión del consejo de administración de 5 de marzo de 1995, confirmada en la junta de 6 de marzo de 1995, tras conocer los términos del informe de los auditores del día 24 de febrero de 1995, en el que se indica que el patrimonio de la sociedad y el fondo de maniobra eran de signo negativo, así como la incertidumbre sobre la capacidad de la sociedad de continuar con la actividad, debiendo señalar que es la fecha del cese y no la de su inscripción la que se debe tener en cuenta para poner fin al período que cabría de computar para exigir responsabilidad, como recientemente ha señalado la Sentencia de 10 de mayo de 2007, con cita de muchas anteriores».

#### N<sup>71</sup>. RENUNCIA DEL ADMINISTRADOR Y EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

«Ante ello hay que decir que la cuestión planteada en el motivo ha sido abordada por la Sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2006 que fija en la fecha de la renuncia por acta notarial el momento eficaz para poner fin al período que cabría de computar para exigir responsabilidad ya que “la renuncia impide una actuación eficaz desde la fecha en que se produce, que en este caso ha de tenerse por cierta, y que, dadas las específicas circunstancias del caso, ya destacadas, hace irrelevante que el momento de la inscripción se haya dilatado poco más de dos meses. La oponibilidad a terceros de los actos sujetos a inscripción y no inscritos, por otra parte, se presenta, en punto al cese de los administradores (*art. 21.1 Ccom y 9 RRM*), como un problema de eficacia respecto de la sociedad de actuaciones o gestiones realizadas por los administradores no inscritos o que permanecen inscritos después de su cese, cuestión distinta de la que aquí se está contemplando sobre todo cuando, como ocurre en el caso, la permanencia de la inscripción registral del administrador que ya ha cesado no ha sido determinante ni influyente en la relación entre la sociedad y el acreedor que reclama”. Este criterio lo tiene reiterado esta Sala en numerosas Sentencias –de 10 de mayo de 1999, de 23 de diciembre de 2002, 24 de diciembre de 2002, de 16 de julio de 2004, de 28 de mayo de 2005, y muy recientemente en las Sentencias de 7 de febrero de 2007, y 22 de marzo de 2007–, en las que se declara que las inscripciones registrales de los acuerdos de cese no tienen carácter constitutivo, al no imponerlo así precepto alguno, correspondiendo, en su caso, el deber de inscribir a los nuevos administradores, sin que ninguna responsabilidad por falta de inscripción pudiera exigirse a los cesados».

<sup>71</sup> STS de 10 de mayo de 2007, Recurso 3032/2000 (ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA).

## IX. Conclusiones

*Primera.* El Tribunal Supremo no ha creado un cuerpo de doctrina que contenga unos elementos estructurantes generales, a modo de *principios secundarios* derivados de los principios primarios en que consisten los deberes fiduciarios de diligencia, fidelidad y lealtad. No hay en la jurisprudencia descripciones que contengan los elementos permanentes caracterizadores de esos deberes, es decir, que permitan realizar un tránsito gradual y seguro desde lo más abstracto (los principios primarios) a lo más concreto (los hechos y circunstancias particulares del «caso»). Así, se constata la existencia del «salto» en el argumento o discurso judicial. No se sigue, por lo tanto, un modelo semejante al americano, que permite –hasta cierto punto– ahorrar con más certidumbre los hechos en la norma a través de una aproximación de «doble fase».

*Segunda.* Las preguntas que suscita inmediatamente la anterior constatación son las dos siguientes: ¿por qué es así?; y, segunda, ¿es ello bueno o malo?

Para la primera cuestión se ofrecen varias respuestas: en los sistemas anglosajones el papel de los jueces siempre ha sido activo en la configuración del Derecho, precisamente por razón del déficit regulador, lo que se ha traducido en que el juez sea una especie de juez-legislador; la actitud de la judicatura americana resulta en general más vitalista, más realista y más activista y, por el contrario, la cultura jurídica y los hábitos judiciales del Viejo Continente han resultado en una jurisdicción menos «creativa» y original, como corresponde a un espacio más acotado atribuido a su intervención; el juez anglosajón presta más atención a la realidad sobre la que se proyecta la norma (su creación del Derecho parece ir en el sentido «de la realidad a la norma»), mientras el juez continental teje su argumento «desde la norma hasta la realidad», lo que da como resultado planteamientos más formalistas, menos atentos al sustrato económico, al hecho empresarial, y societario y a la experiencia de las funciones, actividades, y grado de exigencia en el desempeño del cargo de administrador. Todo ello tiene, sin duda, que ver con la diferente cultura jurídica de partida que ya se apuntaba, pero, como manifestación de ella, con el «proceso de producción de jueces» y las diferentes condiciones que se exigen para acceder a la judicatura.

A todo lo anterior ha de añadirse que las sentencias que hemos seleccionado lo son del Tribunal Supremo, que siempre las dicta en grado de casación, y es bien conocido que este recurso extraordinario resulta refractario al análisis de los hechos, añadiendo la especial técnica casacional, y el formalismo con que adicionalmente la aplica el Alto Tribunal, una razón adicional para no entrar en el análisis de aspectos fáctico-materiales, cuya consideración podría dar ocasión para aprestar un cuerpo de doctrina de principios secundarios, a modo de haces de los deberes generales o fiduciarios.

En cuanto a la segunda cuestión, no se puede afirmar categóricamente la superioridad del sistema angloamericano sobre el nuestro. El primero tiene

la aparente ventaja de la certidumbre o previsibilidad del fallo judicial, pues la indefinición del principio general abstracto y evanescente se «domestica» a través de los principios secundarios que de él extrae la jurisprudencia. No obstante, esta ventaja resulta en no pocas ocasiones contradicha por la ductilidad con que los tribunales aplican esos principios secundarios, dando lugar a respuestas inesperadas o sorprendentes, abiertamente contradictorias con el significado que razonablemente cabía esperar de esos principios secundarios en que se «corporeiza» el espíritu del principio general. La ausencia de ese «paso intermedio» constituida por los principios secundarios de creación jurisprudencial, en cambio, deja a nuestros jueces manos libres para hacer la «justicia del caso», dándoles un apreciable margen de manobra, que resulta en la posibilidad de no aplicar elegantemente el criterio declarado en anterior sentencia por no ser los hechos nuevos «exactamente iguales».

*Tercera.* Son muchos los casos que se suscitan sobre responsabilidad de los administradores sociales, y también abundantes los en que el Tribunal Supremo ha sido llamado a pronunciarse. Hay procesos con un objeto muy recurrente, como hemos podido comprobar: la responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad cuando concurre causa legal para ello (art. 262.5 L.S.A.), responsabilidad solidaria y que califican los tribunales de objetiva o casi objetiva, lo mismo que la contemplada en la Disposición Transitoria 3.<sup>a</sup>.3, aunque ya sea solo una curiosidad histórica, para el caso de no adaptación de los estatutos sociales a la «nueva» ley antes del 30 de junio de 1992; la diferencia de la anterior responsabilidad objetiva con la que se hace valer a través de la acción individual de responsabilidad del art. 135 L.S.A, de carácter subjetivo, como basada en el supuesto de la culpabilidad del administrador; el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad individual; la determinación del *dies a quo* o término inicial para el cómputo de dicho plazo; etc. Pero son todas ellas cuestiones que, sin perjuicio de su relevancia práctica, tienen una dimensión netamente formalista. No nos dice casi nada el Tribunal sobre en qué consiste la diligencia (a lo más, que hay que desplegarla en la actividad de supervisión que compete a los administradores; que en la omisión o *dolce far niente* hay incumplimiento del deber de diligencia; que la diligencia obliga al seguimiento de las cuentas de la sociedad), y aún menos sobre la lealtad y la fidelidad. Tal vez la ley de transparencia esté todavía muy próxima en el tiempo y no ha dado oportunidad al Tribunal Supremo, habida cuenta de la duración media de las tres instancias, para expresar su criterio sobre el significado de la familia de los artículos 127 de la L.S.A. Es igualmente desértico el paisaje relativo a las causas de atenuación o exoneración de la responsabilidad de los administradores. Fuera de la afirmación negativa de que al administrador no aprovecha el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24 C.E.), porque cuando se ejercitan frente a él acciones de responsabilidad nos movemos en el ámbito de las responsabilidades civiles y no

penales o administrativas (único para el que está pensado aquella presunción), no encontramos prácticamente nada más.

Llama la atención también la poca frecuencia con que el Tribunal Supremo se enfrenta a demandas de responsabilidad social. Sólo hemos identificado un par de casos entre las muchas decenas de sentencias que hemos examinado. ¿Qué sucede? Pudiera ser tan elevado el coste económico y psicológico de emprender tales acciones, bien por los socios, bien por los acreedores, que el efecto disuasorio acabara prevaleciendo; o que la disuasión se debiera a otras razones (la fuerza intimidatorio de la propia compañía, o las «recompensas» que esta ofreciera a cambio de la indulgencia del socio dispuesto a embarcarse en un tal proceso). Precisamente este tipo de demandas de responsabilidad social son las que han dado lugar a un cuerpo de doctrina judicial más elaborado en Estados Unidos, como ya sabemos por la primera parte de este trabajo.

No obstante, si no resultara frívolo, me atrevería a pronosticar que en los próximos cinco años se va a producir entre nosotros un enriquecimiento de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad de los administradores, al que habrá que prestar estrecha atención. ¿Por qué? No se les escapan a ustedes las razones, que resultan muy obvias: primero, porque la actual situación de crisis va a generar (está generando ya) situaciones de enfrentamiento y tensión socios-sociedad-administradores mucho más intensos que en época anterior; segundo, porque al «hecho» (a «ese» hecho) le corresponde la nueva realidad legislativa –recordemos, los «127» introducidos en la L.S.A. por la «ley de transparencia» de 2003–, que están ya completando el largo plazo de *vacatio iurisprudenciae*, *decalaje* o retardo, que es necesario completar hasta que, agotadas las instancias ordinarias, lleguen los «casos» al Alto Tribunal.

Así que he de terminar este segundo capítulo como el primero: con un «fin» que es provisional, porque en realidad se trata de un *continuará...*, pero ya dentro de los cinco años anunciados.

# Derechos fundamentales e integración europea

Javier Tajadura Tejada

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Recibido: 22.03.2010

Aceptado: 01.04.2010

---

**Resumen:** En este trabajo se expone cómo uno de los aspectos más significativos del Tratado de Lisboa es la atribución de un valor jurídico similar al de los Tratados a la Carta de Derechos Fundamentales (1). En este sentido se analiza la función que cumplen los derechos fundamentales desde el punto de vista de la integración política (2) y jurídica (3) de Europa. Con esas premisas se realiza una valoración crítica del significado y alcance del sorprendente sistema de integración diferenciada previsto en esta materia (4).

**Palabras clave:** Unión Europea, derechos fundamentales, integración política.

**Abstract:** *In this work it affirms that one of the most significant aspects of the Treaty of Lisbon is the attribution of juridical value to the Fundamental Rights Charter (1). In this respect it is analyzed the function that the fundamental rights fulfill from the point of view of the political (2) and juridical (3) integration of Europe. With these premises it is realized a critical valuation of the meaning and scope of the surprising system of differentiated integration established in this matter (4).*

**Key words:** *European Union, fundamental rights, political integration.*

---

**Sumario:** 1. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.—2. Derechos fundamentales e integración política.—3. Derechos fundamentales e integración jurídica.—4. Derechos fundamentales e integración diferenciada.

El respeto a los derechos fundamentales constituye una de las señas de identidad del proyecto de integración europea. La Unión Europea ha sido definida como una Comunidad de Derecho en la que todos sus miembros comparten unos mismos valores. Ello implica que solo pueden ingresar en la Unión aquellos Estados que asumen un concreto orden material de valores: «respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos». No debe quedar ninguna duda de que, si un Estado no supera el test de efectividad respecto a los principios de la democracia constitucional, no puede ingresar en la Unión, y si está ya

dentro puede ser sancionado con la suspensión en sus derechos o, incluso, con la expulsión de la Unión<sup>1</sup>.

El proceso de integración europea ha prestado por ello siempre una muy especial atención a los derechos fundamentales, tanto en su vertiente *ad intra*, al exigir a sus Estados miembros el respeto a aquellos, como *ad extra*, al condicionar su actuación exterior. Sin embargo, ha tardado mucho en ver la luz un texto que recogiera una tabla de derechos fundamentales y es mérito del Tratado de Lisboa el haber otorgado pleno valor jurídico (similar al de los Tratados) a la Carta de Derechos Fundamentales.

Ante la ausencia de un catálogo o tabla de derechos fundamentales a nivel comunitario europeo, fue el Tribunal de Justicia el que elaboró una importante jurisprudencia sobre esta cuestión, y concluyó ya en 1969 que la protección de los derechos fundamentales constituía un principio básico del derecho comunitario europeo. Principio que fue incluido expresamente en el Tratado de Maastricht de 1992.

## 1. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En este contexto, en junio de 1999 el Consejo Europeo de Colonia consideró que era necesario dotar a la Unión de una Carta de derechos fundamentales, que podía consistir en una recopilación de los derechos contenidos tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, así como los que se derivaban del conjunto de las Constituciones de los Estados miembros, los derechos de los que gozaban los ciudadanos de la Unión, los contenidos en la Carta Social y en la Carta comunitaria de derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, y los establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de la Corte de Estrasburgo. De lo que se trataba era de recoger «la esencia misma del acervo europeo común en materia de derechos fundamentales». El Consejo Europeo de Colonia encargó el proyecto a un órgano nuevo, de naturaleza mixta, puesto que su composición presentaba una dimensión política y otra técnica, que se constituyó como Convención. La Convención, tras nueve meses de trabajo, redactó un proyecto de Carta que fue aprobado por el Consejo Europeo de Biarritz en octubre de 2000. Ahora bien, dada la oposición al texto manifestada por varios Estados miembros y singularmente por el Reino Unido, la Carta solo fue proclamada y se le privó de valor jurídico expreso.

---

<sup>1</sup> Lamentablemente, numerosos ejemplos, de muy diverso alcance y trascendencia, ponen de manifiesto que en los últimos años los derechos humanos han sufrido ataques de cierta consideración por parte de Estados miembros de la Unión: desde las cárceles secretas o la complicidad con los vuelos de la CIA, hasta la legislación polaca discriminatoria contra las personas homosexuales o contra los que colaboraron con el régimen comunista, pasando por la discriminación de la población de origen ruso en algunas Repúblicas Bálticas.

Desde el punto de vista de su contenido, debemos subrayar las importantes novedades materiales de la Carta<sup>2</sup>. La doctrina ha destacado el avance que la Carta representa respecto a otros instrumentos similares, consistente en la equiparación de derechos de primera, segunda y tercera generación, superando así la tradicional priorización de los derechos civiles y políticos sobre los económicos, sociales y culturales, y los nuevos derechos. Sin embargo, en las explicaciones elaboradas por el Praesidium de la Convención, y que son criterio interpretativo vinculante de la Carta, se hace una distinción nítida de cuáles son derechos a salvaguardar y cuáles meros principios que han de guiar la actuación de las instituciones afectadas.

La estructura de la Carta consta de seis capítulos que contienen derechos más un séptimo con disposiciones generales relativas a su alcance. Según su artículo 51, la Carta solo es de aplicación «a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión». Todas las personas residentes en la Unión son titulares de los derechos contenidos en la Carta, con la única excepción de los previstos en el Título V (ciudadanía), que únicamente se reconocen a los ciudadanos comunitarios. El Tratado de Lisboa mantiene la decisión de la CIG de 2004 de incluir las explicaciones del Praesidium de la Convención, elaboradas al mismo tiempo que la Carta como criterio interpretativo de esta. La mejor doctrina ha criticado esta opción por la razón evidente de que las interpretaciones en cuestión son claramente restrictivas del contenido de la Carta.

Los seis capítulos de contenido material recogen derechos fundados en la dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. Esta misma clasificación consistente en agrupar los derechos en torno a un valor que les confiere una unidad de sentido es de por sí innovadora. Así, en el Título I referido a la «Dignidad» se incluyen la inviolabilidad de la dignidad de la persona, el derecho a la vida, el derecho a la integridad de la persona, la prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes, y la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado. En el Título II, que lleva por rúbrica «Libertad», se regulan los derechos a la libertad y a la seguridad, el respeto a la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y de asociación, la libertad de las artes y las ciencias, el derecho a la educación, la libertad profesional y el derecho a tra-

---

<sup>2</sup> Entre la abundante y meritoria bibliografía existente sobre la Carta, quisiera recordar, entre otros muchos, R. ALONSO GARCÍA: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Civitas, Cizur Menor, 2006. L. BURGORGUE-LARSEN y A. LEVADE (dirs.): *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Tome 2: La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union*, Bruylant, Bruselas, 2005.

bajar, la libertad de empresa, el derecho de propiedad, el derecho de asilo y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición. Por su parte, el Título III, referido a la «Igualdad», recoge la igualdad ante la ley, el principio de no discriminación, la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre mujeres y hombres, los derechos del niño, los derechos de las personas mayores y la integración de las personas discapacitadas. El Título IV está dedicado a los derechos fundados en la «Solidaridad» y así recoge los siguientes: el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho a la negociación y acción colectiva, el derecho de acceso a los servicios de colocación, la protección en caso de despido injustificado, las condiciones de trabajo justas y equitativas, la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo, la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, el derecho a la Seguridad Social y a la ayuda social, el derecho a la protección de la salud, el derecho de acceso a los servicios de interés económico general, la protección del medio ambiente y la protección de los consumidores. El Título V, que lleva por rúbrica «Ciudadanía», recoge los derechos vinculados a la condición de ciudadano de la Unión, a saber: el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones del Parlamento Europeo, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, el derecho a una buena administración, el derecho de acceso a los documentos, el derecho de dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo, el derecho de petición, la libertad de circulación y de residencia y la protección diplomática y consular. Finalmente, el Título VI está dedicado a los derechos vinculados al valor «Justicia» y son el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia, los derechos de la defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas, y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción.

El proyecto de Carta de Derechos Fundamentales fue aprobado por unanimidad en el Consejo Europeo de Biarritz y transmitido al Parlamento y a la Comisión, que dieron su visto bueno. A partir de entonces se inició un intenso debate político sobre el valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales. En el Consejo Europeo de Niza se acordó mencionar la Carta en el Tratado de la Unión Europea, pero minimizando su valor jurídico<sup>3</sup>. Y ello porque algunos Estados eran y son reacios a sentirse vinculados por la Carta de Derechos Fundamentales. Actitud esta que explica –aunque no justifica– el sorprende sistema de integración diferenciada previsto en el Tratado de Lisboa. En este sentido hay que subrayar que Lisboa supone un importante avance respecto a Niza, pero, como vamos a ver, el precio pagado ha sido

---

<sup>3</sup> La propia Declaración 23 anexa al Tratado de Niza señalaba en su punto 5 que la cuestión relativa a la insuficiencia de la protección de los Derechos Fundamentales debería ser examinada en la próxima reforma de los Tratados.

también alto. La Carta de Derechos adquiere el mismo valor jurídico que los Tratados, pero no se incorpora a ellos, con lo que pierde visibilidad y se mutila al Tratado de su dimensión más auténticamente constitucional. Y lo que resulta jurídicamente inaceptable y políticamente inconsecuente es que se establezca expresamente la no vinculación a la Carta de determinados Estados (Reino Unido y Polonia), con lo que, en un ejercicio de esquizofrenia normativa, se está negando el carácter fundamental de los derechos que se proclaman.

En todo caso, el rechazo del Consejo Europeo de Niza a dotar a la Carta de naturaleza jurídica vinculante mediante su incorporación a un Tratado no significó –en contra de lo que a veces se sostiene– que la Carta se viera entonces privada de todo valor o eficacia jurídica. Antes al contrario, el examen de numerosas Conclusiones presentadas por los Abogados Generales al Tribunal de Justicia en aquella época pone de manifiesto, como ha señalado Menéndez, que se pueden distinguir dos etapas en tanto que los «Abogados Generales del Tribunal de Justicia han establecido como práctica habitual la referencia a la Carta como fuente de conocimiento del derecho comunitario. Una buena parte de las ocasiones en las que han citado la Carta lo han hecho atribuyéndole un valor jurídico limitado (como ‘autoridad secundaria’)», mientras que «una segunda serie de opiniones (...) atribuyen un valor jurídico más relevante a la Carta»<sup>4</sup>.

Así, los Abogados Generales han sostenido que «como se desprende de la solemnidad de su forma y del procedimiento que llevó a su adopción, la Carta debe constituir un instrumento privilegiado para identificar los derechos fundamentales. Esta contiene indicios que contribuyen a revelar la verdadera naturaleza de las normas comunitarias de Derecho positivo»<sup>5</sup>.

De forma más rotunda y clara se pronunció el Abogado General en las conclusiones del *Asunto Advocaten loor de Werld VZW contra Leden van de Ministerraad* al afirmar lo siguiente: «En el año 2000 ocurrió un hecho difícil de soslayar: la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este documento carece de fuerza vinculante, dada la inexistencia de un pronunciamiento con eficacia asumiendo su contenido.

---

<sup>4</sup> A. J. MENÉNDEZ: «Fundamentando Europa. El impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea» en N. FERNÁNDEZ SOLA: *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 93 y ss. A. MANERO SALVADOR: «El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales: De Niza a Lisboa» en *El tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas* (Fernández Liesa y Díaz Barado, dirs.), Dykinson, Madrid, 2008, págs. 116 y siguientes. J. ROLDAN BARBERO: «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional» en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, septiembre-diciembre 2003, págs. 948-949.

<sup>5</sup> Conclusiones del Asunto Consejo/Heidi Hautala de 10 de julio de 2001, C-353/99, Paárr. 80 y ss. En el mismo sentido, *Conclusiones del Asunto Arben Kaba/Secretary of State for the Home Department, de 11 de julio de 2002, C-466/00*, Nota a pie 74.

Aquella proclamación se articula en una mera declaración política, huérfana de valor jurídico (...). Pero esta constatación no induce a pensar que nada ha cambiado, como si la Carta fuese papel mojado. En primer lugar, no surge en el vacío, sin conexión con el entorno; al contrario, se inserta en una etapa del proceso evolutivo que he expuesto, codificando y reafirmando, según expresa su Preámbulo, unos derechos que derivan del acervo común a los Estados miembros, en los planos nacional e internacional, por lo que la Unión ha de respetarlos y el Tribunal de Justicia tutelarlos, según disponen los artículos 6 UE y 46 UE letra d), *cualesquiera que sean la naturaleza jurídica* y la capacidad del texto aprobado en diciembre de 2000 (...). En segundo lugar, la Carta figura en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pues los abogados generales la han interpretado, trascendiendo su talante meramente programático y declarativo; además, el Tribunal de Primera Instancia la ha utilizado en algunas de sus resoluciones»<sup>6</sup>.

De acuerdo con esas opiniones, la Carta no crea derechos nuevos, no innova, pero sí declara, enumera derechos que ya vinculan a los Estados porque forman parte del acervo comunitario. Es aquí donde reside su valor. Lo que quiere decir que, a pesar de no ser un instrumento obligatorio por su exclusión del Tratado de Niza, no ya como parte del articulado sino ni siquiera como Protocolo, es un texto declarativo sumamente útil para la interpretación de los derechos y para la constatación de su presencia en el ordenamiento comunitario<sup>7</sup>.

Ahora bien, resultaba imprescindible para avanzar en su reconocimiento normativo su inclusión en un Tratado. Este fue el avance fundamental que supuso el Tratado Constitucional. Hasta el punto de que fue precisamente la inclusión en él de la Carta de Derechos Fundamentales, el elemento más auténticamente constitucional de aquel Tratado *non nato*. El Tratado Constitucional previó la inclusión de la Carta como su Parte II, con plenos efectos jurídicos. Existía unanimidad en valorar esa inclusión como uno de los avances fundamentales, desde la perspectiva de la profundización de los fundamentos democráticos de la Unión, en el proceso de integración europea<sup>8</sup>. La doctrina, por su parte, concluyó también que dicho avance era uno de los elementos decisivos para atribuir al Tratado carácter constitucional<sup>9</sup>. Y es que,

---

<sup>6</sup> Conclusiones del *Asunto Advocaten loor de Werld VZW contra Leden van de Ministeraad* de 12 de septiembre de 2006, C-303/05, párr. 76 y ss.

<sup>7</sup> A. MANERO SALVADOR: «El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales: De Niza a Lisboa» en *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, ob. cit., pág. 120.

<sup>8</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, 12 de enero de 2005 (Ponentes: Iñigo Méndez de Vigo y Richard Corbett). Punto 5.

<sup>9</sup> J-L. QUERMONNE: «La traité constitutionnel européen, est-il un acte refondateur?» en *Politique Etrangère*, núm. 2, 2005, pág. 245.

efectivamente, la incorporación al Tratado de un catálogo de Derechos Fundamentales tiene un alcance constitucional evidente en la medida en que estos quedan consagrados como límites a los poderes públicos europeos y configurados así como fundamentos de la legitimidad de la Unión<sup>10</sup>.

Las resistencias de algunos países a dicha inclusión determinaron que, tras el bloqueo del Tratado por los referendos francés y holandés, se alcanzara una solución de compromiso. La alcanzada en el Tratado de Lisboa consistió en establecer la obligatoriedad de la Carta aunque esta no formara parte del Tratado. En principio, esto no afecta a su obligatoriedad jurídica, pero resulta evidente que sí impide su visibilidad por los ciudadanos<sup>11</sup>.

Así el artículo 6 TUE establece lo siguiente:

«1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal y como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados

---

<sup>10</sup> En este sentido, Aldecoa subraya que «La Carta constituye un elemento esencial de la explicitación del modelo político europeo: recoge y define su esencia, pone una cara a los valores europeos constitutivos del modelo europeo de sociedad. La Carta ayuda a la explicitación del proyecto político europeo, en cierta medida a su 'legibilidad' para el ciudadano, y al definir el DNI de lo europeo, puede ser la base para el desarrollo de una futura identidad europea. En paralelo se constituye en el baremo para constatar el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos fundamentales tanto de los Estados miembros como de los candidatos o de los terceros con los que la Unión tiene relaciones». F. ALDECOA y M. GUINEA: *La Europa que viene*. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 147. Igualmente, C. ESCOBAR HERNÁNDEZ: «Los Derechos Humanos en el Proyecto de Constitución Europea: breve nota introductoria» en *Revista General de Derecho Europeo*, Iustel, núm. 3, 2004.

<sup>11</sup> Las instituciones europeas quisieron paliar esta circunstancia mediante la proclamación solemne de la Carta el 12 de diciembre en Estrasburgo, un día antes de la firma del Tratado de Lisboa. Esa proclamación recoge su forma definitiva tras las modificaciones que introdujeron en ella la Convención Europea y la CIG de 2004.

miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales».

El apartado primero del artículo 6 TUE es, en relación con Niza, por un lado, el más novedoso y, por otro, el que permitió desbloquear la situación creada tras los rechazos francés y holandés al Tratado Constitucional. Al otorgar a la Carta el mismo valor jurídico que los Tratados, esta pasa a ser parte del Derecho originario de la Unión. Se convierte, como sostienen algunos autores, en una suerte de Tercer Tratado<sup>12</sup>.

Si la cosa hubiera quedado así, a pesar del retroceso político que supone extirpar la Carta del cuerpo del Tratado, aún hubiéramos podido compartir el juicio entusiasta de quienes afirman que en Lisboa se recoge el 90% del Tratado Constitucional y que la sustancia de este pervive en aquel. Pero lamentablemente, el periplo de la Carta de Derechos Fundamentales no acabó así. En la negociación previa a Lisboa, dos de los Estados miembros, Reino Unido y Polonia, consiguieron incluir en el Tratado un Protocolo que contiene un régimen excepcional relativo a la aplicación de la Carta por sus Tribunales. Dicho Protocolo, que analizaremos después, entraña a juicio tanto de la doctrina como del Parlamento Europeo, una excepción<sup>13</sup>. En su virtud, los Derechos Fundamentales contenidos en la Carta no serán vinculantes para los Tribunales británicos y polacos, con lo que se niega la fundamentalidad de aquellos que, inexcusablemente, exigen su universalidad.

Con la inclusión de un régimen de integración diferenciada en materia de Derechos Fundamentales, este Protocolo destruye la hipotética dimensión constitucional de la Carta y, aunque pueda resultar un poco duro el juicio, lo cierto es que, desde una perspectiva jurídica y política democrática, la Unión no solo no avanza en su constitucionalización sino que, conscientemente o no, erosiona de forma grave y notoria los fundamentos de su propia legitimidad. No cabe hablar de rescate constitucional alguno, si de lo que se trata es de establecer disposiciones cuyo contenido repugna a los principios constitucionales clásicos. Y, desde esta perspectiva, esto es lo que hace el Tratado de Lisboa: disponer que los Derechos Fundamentales carecerán de eficacia para casi una cuarta parte de los ciudadanos europeos. Por otro lado, si al final se estaba dispuesto a pagar tan alto precio por mantener en el seno de la Unión a dos Estados cuya política claramente antieuropea dificulta notablemente cualquier avance en el proceso de integración, se entiende todavía menos por qué la Carta fue expulsada del Tratado y reemplazada por una mera disposición remitoria.

---

<sup>12</sup> J. M. GIL ROBLES: «Prólogo» a F. ALDECOA y M. GUINEA: *La Europa que viene...*, ob. cit. pág. 14.

<sup>13</sup> Para otros no se trata de un *opt-out* sino que tan solo contiene disposiciones interpretativas relativas al significado y alcance del TUE y de la Carta.

Los apartados 2 y 3 del nuevo artículo 6 TUE, por su parte, reproducen los párrafos 2 y 3 del artículo I-9 del Tratado Constitucional. Con ellos se satisface un deseo ampliamente compartido por los defensores de la coherencia en materia de derechos humanos<sup>14</sup>. Coherencia que solo será posible mediante la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de 1950. Adhesión que el Tratado de Lisboa no solo permite, sino que, dada la utilización del verbo *adherir* en tiempo futuro, contiene un mandato. Y es que políticamente no resultaría aceptable que, teniendo la facultad de adherirse al Convenio, la Unión no lo hiciera<sup>15</sup>. Como subraya Martín y Pérez de Nanclares, «se da en suma, un importante paso adelante en materia de derechos humanos (...). La introducción de una atribución de competencia para permitir la adhesión de la Unión Europea al CEDH corona un antiguo anhelo que contribuirá a una mejor y mayor coherencia y coordinación entre las jurisprudencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Carta y adhesión son dos caras de una misma moneda: la eficaz y armónica protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea»<sup>16</sup>.

Finalmente, la última cuestión que se plantea en relación con la protección de los derechos fundamentales es la relativa a las acciones o recursos judiciales puestos a disposición del ciudadano. Durante el debate constitucional se rechazó expresamente la idea de crear un recurso de amparo europeo para la protección de los derechos fundamentales, pero se examinó la posibilidad de llevar a cabo ciertas reformas tendentes a ampliar la legitimación activa de los particulares para recurrir actos legislativos o ejecutivos europeos. Como resultado de esa reflexión, el Tratado de Lisboa modifica el artículo 263 del TCE y amplía el acceso de los particulares a los recursos, basándose, principalmente, en la distinción entre actos legislativos y ejecutivos. De esta forma, para los actos legislativos se mantiene el criterio actual según el cual los particulares solo pueden interponer recurso cuando, siendo

---

<sup>14</sup> La adhesión al Convenio de Roma ha sido una cuestión ampliamente debatida por la doctrina y en el seno mismo de la Unión. Durante años, el dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996 ha sido la pieza clave sobre esta controvertida cuestión. En este dictamen el Tribunal de Justicia analizó la competencia de la Comunidad Europea para adherirse al CEDH y la consideró incompetente en virtud de «la falta de competencia material de la Comunidad en materia de derechos humanos», al mismo tiempo que destacó «la necesidad de proceder a una reforma previa de los Tratados para que la adhesión pueda tener lugar». El Tribunal declaró inadmisibile la cuestión relativa a la compatibilidad del CEDH con el TCE.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión J. A. PASTOR RIDRUEJO: «La adhesión de la UE a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y libertades fundamentales» en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional* (Martín y Pérez de Nanclares, dir.), Iustel, Madrid, 2008, ob. cit. págs.151-157.

<sup>16</sup> J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: Estudio Preliminar del Tratado de Lisboa, Real Instituto Elcano, Madrid, 2007, pág. 21.

destinatarios del acto, este los afecte de forma directa e individual. En cambio, si se trata de actos ejecutivos, basta con que estos los afecten de forma directa para que puedan ser recurridos. Según el profesor Rodríguez Iglesias, cuyo juicio compartimos, este es el planteamiento adecuado, puesto que facilita el acceso de los ciudadanos al Tribunal de Justicia pero no altera el principio fundamental de que la protección jurídica de los derechos que el ordenamiento comunitario otorga, incumbe, principalmente, a los órganos jurisdiccionales nacionales, solo subsidiariamente, a los europeos<sup>17</sup>.

Como conclusión de todo lo expuesto, podemos afirmar que, en materia de Derechos Fundamentales, en relación con el Tratado de Niza, lo dispuesto en el Tratado de Lisboa constituye, en cierta medida, un avance, pero dicho avance queda desnaturalizado gravemente por las dos razones expuestas: por un lado, por la expulsión de la Carta del cuerpo del Tratado; y por otro, por las políticamente incomprensibles y jurídicamente inconsistentes disposiciones que expresamente rechazan el valor de la Carta para el Reino Unido y Polonia (y, finalmente, también para Chequia).

Una vez establecido que –aun con las graves limitaciones referidas– uno de los aspectos más significativos del Tratado de Lisboa es la atribución de un valor jurídico similar al de los Tratados a la Carta de Derechos Fundamentales, creo oportuno dejar constancia de la función que cumplen los derechos fundamentales desde el punto de vista de la integración política (2) y jurídica (3) de Europa. Con esas premisas podremos después analizar con mayor fundamento el significado y alcance del sorprendente sistema de integración diferenciada previsto en esta materia (3.4).

## 2. Derechos fundamentales e integración política

El logro de la «integración social» sigue siendo considerado el principal criterio legitimador del poder público. Sin embargo, qué entendamos por integración es algo que no resulta fácil de determinar. En este contexto y para nuestro propósito, resulta fundamental volver a recordar la teoría constitucional de Rudolf Smend. En una breve obra titulada *Constitución y Derecho Constitucional* y publicada en 1928, Smend presenta su célebre teoría de la integración<sup>18</sup>. El profesor alemán expone una visión dinámica del Estado

<sup>17</sup> G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: «Consideraciones sobre el proyecto constitucional europeo desde una perspectiva judicial» en VV. AA. *La constitucionalización del proceso de integración europea*, AEPDIRI-BOE, Madrid, 2005, pág. 148. Mantiene una posición contraria y lamenta la falta de previsión de un recurso específico, J. ROLDÁN BARBERO: «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional» en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 16, 2003, pág. 966.

<sup>18</sup> SMEND, R. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de J. M. Beneyto Pérez, CEC, Madrid, 1985. Para la comprensión y contextualización de la obra de Smend, resulta fundamental, P. LUCAS VERDU, *La lucha contra el positivismo en la República de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987.

según la cual este es resultado de un proceso de creación continuo que se cumple mediante las tres típicas integraciones: personal, funcional y real. «El Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente constatado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo, puesta continuamente en duda». Sobre esta base construye Smend el concepto de integración: «El Estado no constituye en cuanto tal una totalidad inmóvil, cuya única expresión externa consista en expedir leyes, acuerdos diplomáticos, sentencias o actos administrativos. Si el Estado existe, es únicamente gracias a estas diversas manifestaciones, expresiones de un entramado espiritual, y, de un modo más decisivo, a través de las transformaciones y renovaciones que tienen como objeto inmediato dicho entramado inteligible. El Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar aquí la célebre caracterización de la Nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día. *Para este proceso, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación de integración*<sup>19</sup>».

Creo que esta teoría de la integración con la que el insigne iuspublicista alemán analiza el Estado y la Constitución es perfectamente extrapolable a la Unión Europea y a sus Tratados constitutivos. Incluso me atrevería a decir que resulta más adecuada para explicar la naturaleza de la Unión Europea que la de un Estado. Y ello porque en comparación con la integración estatal, la integración supranacional acentúa su carácter abierto y dinámico.

Los diferentes tipos de integración que Smend considera son los siguientes<sup>20</sup>:

a) Integración personal. A esta esfera corresponden ciertas personas o grupos (jefes de Estado, Gobierno, burocracia, etc.), cuya esencia no se agota en su carácter de portadores de competencias o en su calidad de órganos del Estado, sino que constituyen un trozo esencial del Estado mismo, que se hace visible en sus personas como totalidad espiritual y corporal<sup>21</sup>.

b) Integración funcional. A ella pertenecen todas las especies de forma de vida colectiva de una comunidad, y en particular todos los procesos cuyo sentido es producir una síntesis social, desde un desfile militar hasta un debate parlamentario.

c) Integración material. La integración material se opone a la integración personal y a la funcional en tanto que estos últimos son, únicamente, modos

<sup>19</sup> R. SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, ob. cit., págs. 60-63.

<sup>20</sup> Hay que advertir que ninguno de los fenómenos incluidos en cada uno de los tipos de integración pertenece, de manera exclusiva o pura, al grupo en cuestión. R. SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, ob. cit., págs. 70-93.

<sup>21</sup> La Presidencia estable del Consejo, por ejemplo, respondería a la integración personal.

de integración formal. A este respecto Smend escribe: «Es cierto que no existe, en última instancia, ningún modo de integración formal *sin una comunidad material de valores*, del mismo modo que no es posible la integración a través de valores sustantivos si no existen formas funcionales. Pero generalmente predomina uno de los dos tipos de integración... A los tipos de integración que consisten en momentos formales (personales y funcionales) (...) se oponen radicalmente aquellos tipos de configuración de la comunidad que se basan en valores comunitarios sustantivos<sup>22</sup>». Para expresar y concretar esa comunidad material de valores se enuncian en las Constituciones las tablas de derechos: «Con independencia de cualquier consideración acerca de su validez jurídica –escribe Smend– los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución». Desde esta óptica se explica el significado jurídico y político de la tabla de derechos: «Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico. Este orden positivo es válido solo en cuanto que representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo»<sup>23</sup>.

Pocos libros, a pesar de su brevedad, contienen tantas sugerencias como esta obra de Smend.

La atribución de pleno valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales convierte a esta en uno de los elementos esenciales de integración política de los ciudadanos de Europa, como ciudadanos iguales en derechos de una misma comunidad política. Por otro lado, desde un punto de vista jurídico, la Carta se configura como fundamento de la legitimidad de la Unión y de su derecho. Desde esta perspectiva, el Tratado de Lisboa complementa la estrecha visión del artículo 1 TUE según la cual la Unión se fundamenta en el Tratado, con la previsión en el artículo 2 TUE de que la Unión se fundamenta en los valores de respeto a los derechos humanos. A mayor abundamiento, habría que entender que si la propia Unión ha atribuido valor jurídico a la Carta, esta resulta ya indisponible para ella y como tal puede y debe ser concebida como el fundamento de la legitimidad de todo el ordenamiento comunitario en la medida en que cualquier acto o disposición contrarios a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta resultarían nulos. Sin embargo, esto que no plantea problemas en relación con el derecho derivado, sí que los presenta en relación con el derecho originario.

Desde esta óptica, de lo que se trata es de determinar qué ocurre cuando una disposición de derecho originario es contraria a los Derechos Fundamentales. En definitiva, la cuestión controvertida y que por lo menos procede

<sup>22</sup> R. SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, ob. cit., págs. 92-93.

<sup>23</sup> R. SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 132.g

dejar apuntada es la relativa al igual valor de todas las disposiciones contenidas en el TUE y el TFUE. El Tratado de Reforma expresamente prevé que el TUE y el TFUE tienen el mismo valor. Y por remisión del TUE hay que entender que ese mismo valor es el que posee la Carta.

Ahora bien, dicha afirmación choca con el dato, para mí indiscutible, de que una disposición del Tratado que resultara contraria a los derechos fundamentales debería reputarse nula. Y la cuestión, como habrá ya imaginado el lector, dista mucho de ser meramente teórica. El propio Tratado recoge un Protocolo cuyo contenido es contrario a los Derechos Fundamentales en la medida en que priva de efectos a la Carta en relación con los tribunales británicos y polacos. A este juicio tan rotundo y contundente que conduce a afirmar que un Protocolo anexo al Tratado debe reputarse como nulo de pleno derecho, inmediatamente se le opondrá la objeción de que la validez del Protocolo no puede ponerse en cuestión porque se trata de una excepción expresamente prevista en el derecho originario y que, por tanto, tan válida es la regla como la excepción. Ahora bien, frente a este tipo de argumentación es obligado poner de manifiesto sus limitaciones. La tesis según la cual tan válida resulta la regla como la excepción cuando ambas están previstas en un mismo texto normativo no resulta admisible de forma incondicionada. Solo puede aceptarse en aquellos casos en que la previsión de una excepción no resulta incompatible con la naturaleza de la regla. Y por el contrario no puede defenderse en aquellos casos en que se trate de materias que por su propia naturaleza no admiten excepciones. Y a nuestro juicio resulta evidente que los derechos fundamentales pertenecen a este tipo. A mayor abundamiento, si como hemos visto, los Derechos Fundamentales son el fundamento de legitimidad de la Unión, resulta muy difícil de sostener la tesis de que jurídicamente resulte admisible introducir excepciones al principio de legitimidad.

Por otro lado, si todo lo anterior tiene algún fundamento, y el contenido de la Carta constituye realmente la traducción jurídica y la expresión política de los principios de legitimidad de la Unión, esto es, del orden material de valores sobre el que la integración europea se fundamenta, resulta también evidente que la Carta debería formar parte del cuerpo del Tratado de la Unión Europea. Y, sin embargo, una vez más se cedió para evitar el veto de aquellos Estados cuya política antieuropea resulta cada vez más notoria. Se quiso así dar satisfacción a las fuerzas políticas claramente nacionalistas y estatalistas que –con independencia de su concreta posición respecto a los derechos fundamentales (en este sentido, los casos de Polonia y del Reino Unido son sustancialmente diferentes)– son plenamente conscientes del importante papel que juegan los derechos para reforzar la posición del Tribunal de Justicia, expandir el valor y los efectos del ordenamiento europeo y, en definitiva, profundizar en la integración jurídica continental.

### 3. Derechos fundamentales e integración jurídica

Como es sabido, los Derechos Fundamentales en la Unión Europea han sido una creación judicial. La construcción de los Derechos Fundamentales ha sido una de las más formidables aportaciones de la jurisprudencia comunitaria, así como una de las principales vías de comunicación con los tribunales nacionales, y en particular, con los tribunales constitucionales.

Ahora bien, la elaboración de este cuerpo doctrinal no es el resultado de un esfuerzo por reforzar la protección de los derechos individuales. La jurisprudencia comunitaria sobre esta cuestión no tiene su origen en una genuina preocupación por los derechos de los ciudadanos. Cuando el Tribunal de Justicia dio entrada a los Derechos Fundamentales en el ordenamiento comunitario lo hizo por una razón muy concreta: evitar un control de constitucionalidad nacional de los actos comunitarios a cargo del Tribunal Constitucional alemán. Como ha expuesto Sarmiento ante la ausencia de un catálogo de derechos fundamentales en el ámbito de la Comunidad, un acto (nacional) de aplicación de una norma comunitaria contraria a un derecho previsto en la Constitución alemana podía llegar a ser enjuiciado por el Tribunal Constitucional alemán con el posible resultado de que el derecho comunitario fuera declarado inválido. Como forma de conjurar este riesgo, que de ser una mera hipótesis teórica se transformó en realidad en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, el Tribunal decidió crear un cuerpo jurisprudencial de derechos fundamentales cuyo contenido sería determinado caso a caso por el propio Tribunal<sup>24</sup>. Esto quiere decir que en el origen de la construcción judicial comunitaria de los derechos fundamentales subyace una tensión institucional entre Tribunales. El Tribunal de Justicia no pretende otra cosa que reafirmar su autoridad frente a sus homólogos nacionales recordándoles que el máximo intérprete del derecho comunitario en Europa es él.

Por otro lado, en esta construcción pretoriana, el contenido de los derechos no siempre responde a los mismos criterios de protección que emplean las jurisdicciones constitucionales nacionales. El Tribunal de Justicia, a la hora de determinar el contenido y el alcance de un concreto derecho, no se centra exclusivamente en la dimensión subjetiva del asunto, sino que combina junto con la protección que debe dispensar al individuo titular del derecho subjetivo otras consideraciones de tipo funcional, tendentes a dar pleno sentido al efecto útil del Derecho comunitario. Este funcionalismo nos pone de manifiesto igualmente que la doctrina del Tribunal de Justicia responde a la necesidad de reafirmar la autoridad del ordenamiento jurídico comunitario frente al nacional.

---

<sup>24</sup> D. SARMIENTO, «Los derechos fundamentales de la Unión en el Tratado de Lisboa» en *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, ob. cit., pág. 134.

Finalmente, es preciso destacar que la jurisprudencia comunitaria en materia de derechos fundamentales no solo sirve para reafirmar la autoridad del Tribunal de Justicia y del ordenamiento comunitario, sino también para expandir los cimientos de ese ordenamiento y los ámbitos de dicha jurisdicción. La expansión progresiva del ámbito de aplicación de los Derechos Fundamentales hasta cubrir innumerables actos nacionales permite expandir igualmente la jurisdicción del Tribunal de Justicia. Como ha advertido Sarmiento, se trata de un doble juego donde, «por un lado, el Tribunal de Justicia reafirma su posición institucional; mientras que, por otro, amplía sustancialmente los supuestos con ‘vínculos comunitarios’ con el fin de tener la (última) palabra en un número creciente de asuntos»<sup>25</sup>.

En definitiva, dado que los actos de los Estados miembros pueden ser objeto de control por parte del Tribunal de Justicia que determinará si respetan o no los derechos fundamentales comunitarios, ello permite al Tribunal europeo enjuiciar la «comunitariedad iusfundamental» del derecho nacional, cosa que no puede hacer el Tribunal Constitucional nacional. Así, el Tribunal de Justicia reafirma su posición de órgano jurisdiccional supremo en materia comunitaria. Él se configura como el garante del respeto de los derechos fundamentales comunitarios por parte tanto de los propios poderes comunitarios como de los poderes nacionales que actúen en el ámbito de aplicación del derecho comunitario.

Si todo lo anterior tiene algún fundamento, la conclusión es clara. Los Derechos Fundamentales, por un lado, son elementos esenciales del sistema de integración política europea en tanto que se configuran como presupuestos y fundamento de su legitimidad. Y, por otro, son un instrumento que ha permitido la expansión del Derecho comunitario y una herramienta que ha fortalecido la autoridad y garantizado la posición suprema del Tribunal de Justicia en materia comunitaria. En virtud de esta segunda función que históricamente han desempeñado, podemos decir que son también un elemento esencial del proceso de integración jurídica.

Y precisamente por desempeñar estas dos funciones capitales, resulta bastante evidente que en esta materia no cabe, en modo alguno, establecer un modo de integración diferenciada. Y ello porque, haciéndolo, se destruyen los fundamentos mismos de la integración política y se pone en grave riesgo la integración jurídica de la Unión. Sin embargo eso es lo que ha dispuesto el Tratado de Lisboa. Probablemente ha sido el más alto precio de los muchos que se han pagado para desbloquear la crisis abierta por los rechazos francés y holandés al Tratado Constitucional.

---

<sup>25</sup> D. SARMIENTO, «Los derechos fundamentales de la Unión en el Tratado de Lisboa» en *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, ob. cit., págs. 135-136.

#### 4. Derechos fundamentales e integración diferenciada

En materia de Derechos Fundamentales, el paso que se da con el Tratado de Lisboa supone, en principio, un avance muy notable. Frente al Tratado de Niza, según el cual la Declaración de Derechos Fundamentales carecía de valor jurídico, el Tratado de Lisboa proclama su carácter vinculante y le atribuye el mismo valor jurídico que el del propio Tratado. Sin embargo, a diferencia del Tratado Constitucional que la integraba en su seno, la Declaración de Derechos no forma parte del Tratado de Lisboa, sino que constituye un texto jurídico diferenciado. La Unión Europea ha renunciado así a incluir en su Texto Fundamental sus propias señas de identidad, la traducción jurídica de sus valores fundacionales, el principal símbolo de integración política de sus ciudadanos. A cambio, el nuevo Tratado contiene únicamente un artículo que atribuye a la Declaración plena eficacia jurídica, pero –y esto reviste una singular gravedad– aceptando un régimen singular para determinados Estados. Desde la más elemental lógica jurídica y política democrática, esto es algo que ningún dirigente europeo debiera haber aceptado. Y sin embargo, ante las reticencias del Reino Unido y de Polonia, principalmente, los líderes europeos aceptaron suprimir en el nuevo Tratado no solo la bandera o el día de Europa, sino también la Declaración de Derechos, e incluir la posibilidad de desvincularse de ella.

El Reino Unido, desde que se redactó la Carta, se opuso siempre a su obligatoriedad jurídica. De hecho, lideró el grupo de Estados que en el Consejo Europeo de Biarritz de octubre de 2000 consiguió impedir que la Carta tuviera valor jurídico vinculante. Su posición se basaba en estas tres razones: a) el hecho de que esta incluyera derechos de contenido social; b) el rechazo a la creación de una suerte de «superlegalidad» a nivel europeo; c) el rechazo al espíritu constitucional-federal subyacente en la Carta<sup>26</sup>. Por ello, tanto durante los debates en la Convención como en la CIG de 2004, intentó por todos los medios mantener la situación prevista en Niza de una Carta de valor meramente político. En el curso de esas negociaciones logró que se dispusiera expresamente que las explicaciones elaboradas por el Praesidium de la primera Convención constituirían un elemento vinculante para la interpretación de la Carta. Su interés obedecía al hecho de que estas explicaciones eran de carácter restrictivo. Especialmente en relación con el contenido del Título que lleva por rúbrica «Solidaridad», se hace una distinción nítida de cuáles son derechos a salvaguardar y cuáles meros principios que han de guiar la actuación de las instituciones afectadas.

En este contexto, en las negociaciones previas al Consejo Europeo de junio de 2007 tendentes a desbloquear la crisis constitucional de la Unión,

---

<sup>26</sup> L. M. Díez-PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 22.

Tony Blair logró un régimen excepcional para el Reino Unido en lo referente a la aplicación de la Carta que sería recogido en un Protocolo anexo. Durante la CIG, Polonia se adhirió a ese mismo Protocolo<sup>27</sup>. Y de forma absolutamente extemporánea, dos años después, el presidente checo V. Klaus exigió en el Consejo Europeo de 29 de octubre de 2009, como condición para firmar el Tratado, la extensión de los efectos de ese Protocolo a la República Checa. Lo de menos es recordar que no era ese el momento de plantear el tema, puesto que importa más subrayar la muy estrambótica justificación de su demanda: evitar que los alemanes expulsados de los Sudetes al término de la Segunda Guerra Mundial reclamaran los bienes que les fueron expropiados. El Consejo cedió al chantaje, auténtico acto de agresión a la Unión, para lograr la firma de Klaus y que el Tratado pudiera entrar en vigor el 1 de diciembre de 2009.

En su primer artículo, el Protocolo dispone lo siguiente: «La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias, o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma». Su segundo párrafo es expresión del tradicional recelo británico hacia el reconocimiento de los derechos sociales, y dice así: «En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el Título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional». En términos similares y con carácter general, el artículo 2 del Protocolo establece por su parte esto: «En la medida en que una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, solo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas del Reino Unido y de Polonia». Entiéndase que debe añadirse «y de Chequia»<sup>28</sup>.

El principal objetivo del Gobierno británico era evitar que la Carta otorgara al Tribunal de Justicia o a los Tribunales británicos facultades para derogar o reinterpretar su derecho nacional, y en particular su legislación laboral y social. El Protocolo satisface plenamente esa pretensión. En este sentido,

---

<sup>27</sup> Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al Reino Unido y Polonia. Protocolo número 4 anexo al Tratado de Lisboa. El título del Protocolo induce claramente a error. Su contenido pone en evidencia que se trata un Protocolo sobre la «no aplicación».

<sup>28</sup> Según la Declaración del Consejo Europeo de 29 de octubre de 2009, la extensión de efectos del Protocolo se incluirá expresamente en el Tratado mediante otro Protocolo que será firmado con ocasión del próximo Tratado de Adhesión de un nuevo miembro (probablemente Croacia). En definitiva, un brindis al sol.

el principal temor del Reino Unido era que la Carta pudiera servirle al Tribunal de Justicia para expandir su jurisdicción y ampliar eventualmente con su jurisprudencia los derechos de los ciudadanos británicos y las obligaciones de los poderes públicos del Reino Unido. En relación con lo primero, la ampliación de las competencias de la Unión y de la jurisdicción del Tribunal de Justicia, el temor era, en parte, injustificado dado que la propia Carta contiene ya una serie de disposiciones horizontales que incluidas a instancias del Reino Unido impiden que de la Carta puedan derivarse nuevas competencias para la Unión. Ahora bien, el Protocolo era necesario si de lo que se trataba era de negar la posibilidad de que los ciudadanos del Reino Unido pudieran reclamar derechos derivados de la Carta.

Polonia decidió unirse a este Protocolo<sup>29</sup>. Y Chequia logró ese objetivo extemporáneamente, como ya vimos, un mes antes de que el Tratado entrara en vigor.

Examinado el contenido del Protocolo, fácilmente se concluye que no es un protocolo de aplicación como eufemísticamente es oficialmente denominado, sino más bien de «no aplicación». La doctrina<sup>30</sup> y el Parlamento Europeo<sup>31</sup> sostienen acertadamente que su principal efecto es la menor protección jurídica de los ciudadanos de Polonia y del Reino Unido respecto a los nacionales de los otros Estados miembros. Con el Tratado de Lisboa, afirma Gros-Verheyde, la Carta se convierte en un instrumento «de valor jurídico variable»<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Sus razones fueron diferentes. Esto es al menos lo que se deduce de la Declaración de la República de Polonia relativa al Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y Reino Unido, Declaración número 62 aneja al Tratado de Lisboa. En ella, Polonia expone que respeta plenamente los derechos sociales y del trabajador, según se establecen en el Derecho de la Unión Europea y en el título IV de la Carta. Junto a ella, introdujo otra en la que sostiene que la Carta «no afecta en modo alguno al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, del derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y del respeto de la integridad humana, física y moral». Estas Declaraciones son expresión de las preocupaciones del partido ultraconservador Ley y Justicia al que pertenecían los hermanos Kaczynski, entonces máximos dirigentes polacos. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el valor de estas Declaraciones es muy escaso y lo realmente importante es el Protocolo al que Polonia se adhirió sin reserva alguna.

<sup>30</sup> A. FERNÁNDEZ TOMÁS, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su alcance y eficacia generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia» en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis*, ob. cit., págs. 119-149; A. PASTOR PALOMAR, «La regla *inclusiui unius, exclusio alterius* y la Carta de los derechos Fundamentales: Polonia, Reino Unido y otros» en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis*, ob. cit., págs. 159-178.

<sup>31</sup> PARLAMENTO EUROPEO: Resolución sobre el Tratado de Lisboa, 20 de febrero de 2008 (A6-0013/2008), punto 6.

<sup>32</sup> N. GROS-VERHEYDE, «Une Charte à valeur juridique variable» en *Europolitique*, num. 3407, 7 de noviembre de 2007, pág. 13.

El Protocolo supone la desvinculación jurídica de los órganos jurisdiccionales de esos países respecto a la Carta, así como del Tribunal de Justicia en la aplicación de la Carta a los ciudadanos de esos países (o de otros residentes en ellos). Dicho con otras palabras, lo que el Protocolo establece es que la Carta no es jurídicamente vinculante ni para el Reino Unido ni para Polonia. Ello implica admitir que los Derechos contenidos en ella y cuya fundamentalidad se proclama no protegen a los ciudadanos británicos y polacos. De esta forma, y dado que uno de los elementos definidores de los derechos fundamentales es su universalidad, el Tratado a través de un Protocolo niega el carácter fundamental de aquellos derechos que ha proclamado en el articulado. Nos encontramos así ante un caso muy notable de «esquizofrenia normativa». En el mismo Tratado se proclama una cosa y la contraria. Los derechos contenidos en la Carta o son fundamentales y entonces vinculan a todos los Estados, o no lo son, y por tanto, solo vinculan a quienes quieren vincularse, con lo que carecen de dimensión constitucional. Y sin embargo, en sede política y académica no es extraño escuchar voces que afirman que ambas cosas son posibles a la vez. Esto es, se sostiene que la Carta tiene una dimensión constitucional al mismo tiempo que se defiende la validez jurídica del Protocolo.

Desde mi punto de vista, la tesis resulta políticamente oportuna si de lo que se trata es de superar la crisis a cualquier precio, y ese Protocolo era una *conditio sine qua non* para impedir el veto polaco y británico. Ahora bien, una cosa es admitir que la aprobación del Protocolo resultara políticamente oportuna para mantener al Reino Unido y a Polonia en el consenso europeo, y otra olvidar que desde una perspectiva estrictamente jurídica el Protocolo es aberrante. *Establece una excepción en una materia que no admite excepciones*. Por ello, a mi juicio, y como expuse páginas atrás, debería reputarse como nulo. Soy consciente de que esta forma de razonar tiene consecuencias políticas graves dado que exige invitar al Reino Unido y a Polonia (y también a Chequia) a reflexionar seriamente sobre su permanencia en la Unión. Pero las consecuencias políticas que se derivan de un razonamiento jurídico no afectan a su validez. En todo caso, el Tribunal de Justicia tiene la última palabra<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Al margen de lo que aquí se ha defendido, conviene recordar que el Comité de Asuntos Constitucionales de la Cámara de los Lores del Reino Unido realizó un exhaustivo estudio de esta problemática y concluyó que el Protocolo que nos ocupa no constituye una excepción propiamente dicha (*opt-out*). Según esta tesis el Protocolo clarifica o precisa la aplicación de la Carta, interpreta y refuerza el significado y alcance del artículo 6.1 TUE y de las disposiciones horizontales de la Carta. Pero la situación del Reino Unido no sería diferente a las demás en lo que se refiere a la aplicación de la Carta. El verdadero sentido y finalidad del Protocolo sería evitar que, mediante una interpretación amplia de la Carta, se crearan nuevos derechos para los ordenamientos nacionales o nuevas competencias para la Unión, lo que ya de por sí prohíbe la propia Carta. Los profesores consultados por el Comité

Desde esta perspectiva, debemos subrayar que, si desde un punto de vista político resulta aberrante que haya Estados que no quieran vincularse por la Declaración de Derechos, desde un punto de vista jurídico, el Tratado incurre en una flagrante contradicción: ¿cómo puede un Estado ser al mismo tiempo respetuoso con los derechos fundamentales –condición esencial para el ingreso y permanencia en la Unión– y no querer quedar vinculado u obligado por la Declaración de Derechos?

La Carta de Derechos Fundamentales es el único texto capaz de generar un sentimiento de pertenencia colectiva, por lo que se configura como el principal factor de integración política de Europa. La atribución a esta de pleno valor jurídico es un paso adelante. Sin embargo, la no inclusión de la Carta en el propio Tratado y la aceptación de un régimen de integración diferenciada en materia de Derechos Fundamentales ponen de manifiesto que se ha ido demasiado lejos en la construcción de la denominada Europa a dos velocidades. Una cosa es aceptar que haya Estados que no quieran renunciar a su moneda o a determinados controles fronterizos, y otra muy distinta tolerar en el seno de la Unión a Estados no comprometidos con los derechos fundamentales<sup>34</sup>.

En nuestra opinión, esto supone admitir la integración diferenciada en un ámbito al que por su propia naturaleza la rechaza. Los que han aplaudido, con razón, el avance que el Tratado de Lisboa supone respecto al Tratado de Niza en materia de Derechos Fundamentales han preferido no enfatizar más la importancia de estos Protocolos. Y sin embargo, su gravedad y trascendencia son notables. Y ello porque al mismo tiempo que en el articulado se proclama el pleno valor jurídico de la Carta de Derechos, en los Protocolos se niega su fundamentalidad jurídica en la medida en que se prevé su no aplicación, su no vinculación, esto es, su inexistencia en relación con dos Estados. Creo oportuno por ello concluir este apartado con la contundente denun-

---

fueron Damian Chalmer, Alan Dashwood, Eleanor Spaventa y Takis Tridimas. HOUSE OF THE LORDS, CONSTITUTION COMMITTEE: *European Union Bill and the Lisbon Treaty: Implications for the UK Constitution*, 19 de marzo de 2008, págs. 20 a 23.

<sup>34</sup> Como advierte Alcoceba Gallego: «También es cierto que las integraciones diferenciadas deben administrarse con prudencia si lo que se desea es mantener el sistema de integración actual. La amenaza no procede tanto del sistema de cooperaciones reforzadas que desde 1997 recoge el TUE (por cierto que hasta ahora no se han puesto en marcha) como de las cláusulas de excepción que se introducen mediante Protocolos y que vienen incrementándose a modo de goteo en distintos ámbitos desde el TUE de 1992. El Tratado de Lisboa ha confirmado esta tendencia y ha dado en este sentido un paso más, al introducir un sistema de integración diferenciada en el marco de los Derechos Fundamentales. La amenaza de la que hablamos es especialmente grave cuando se abre la puerta a la integración diferenciada en ámbitos que consideramos clave y esencia del sistema europeo de integración». M. A. ALCOCEBA GALLEGO, «La integración diferenciada en el Tratado de Lisboa o la ampliación de la Europa a la Carta: Sobre la construcción de una nueva Unión Europea» en *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, ob. cit., pág. 312.

cia realizada por la profesora Alcoceba. Denuncia que, por compartirla plenamente, transcribo a continuación: «Quisiera poner el acento en la relevancia de esta excepción dado que los Derechos Fundamentales forman parte del ‘núcleo material’ de la Unión, son parte integrante de su ‘acervo esencial’, del contenido imprescindible inherente a su propia identidad, de su núcleo duro, sin el cual la Unión Europea quedaría desnaturalizada, completamente adulterada. La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, tal y como enuncia el artículo 2 TUE. Sin embargo, *a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la Unión Europea aparecerá fragmentada en uno de sus elementos básicos*. Además, no deja de resultar paradójico que *ad intra* la Unión Europea se fragmente en este ámbito al tiempo que su acción exterior ‘se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación’, fomentando ‘la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional»<sup>35</sup>. Aquellos que, empleando un método cuantitativo, subrayan las virtudes del Tratado de Lisboa y afirman que este recoge el 90% de las disposiciones del Tratado Constitucional, deberían incluir, de alguna forma, en su cómputo este tipo de innovaciones. Lo realmente cierto y absolutamente preocupante es que, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea aparece fragmentada en uno de sus elementos básicos: los Derechos Fundamentales. Y esa fragmentación es incompatible per se con el concepto mismo de integración.

La supervivencia de la Unión Europea como una auténtica Comunidad de Derecho, como una comunidad de valores, exige la vinculación plena de todos los Estados a la Carta de Derechos. Si, por el contrario, aceptamos que determinados Estados queden desvinculados de ella, conscientemente o no, estamos dinamitando los fundamentos mismos de la Unión. Lamentablemente, esto es lo que ha ocurrido con el Protocolo analizado.

En definitiva, esta integración diferenciada en un ámbito (los Derechos Fundamentales) en el que la diferenciación es jurídicamente imposible y políticamente inaceptable, confirma lo que todo europeísta teme: el exceso de flexibilidad ha puesto en peligro la integración europea.

---

<sup>35</sup> M. A. ALCOCEBA GALLEGO, «La integración diferenciada en el Tratado de Lisboa o la ampliación de la Europa a la Carta...», ob. cit., págs. 316 y 317.



# Fatigosa irrupción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el espacio de la Unión Europea

Manuel M.<sup>a</sup> Zorrilla Ruiz

Catedrático Emérito de la 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: 21.06.2010

Aceptado: 30.06.2010

---

**Resumen:** Las naciones democráticas del mundo occidental acogieron, a mediados del siglo xx, los nuevos derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores. La emergencia de la Europa de las Comunidades se debió a predilecciones económicas que relegaron a un segundo plano los aspectos relativos a la Política Social y el Derecho Social. Tras el impulso debido al Acta Única Europea, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Ámsterdam proclamaron la necesidad de una *protección social adecuada*. Esos derechos básicos –incorporados a la lista de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en el Tratado de Niza– afluyeron después al Proyecto de Tratado que establecía una Constitución para Europa y que se vio frustrado por falta de ratificación. El Tratado de Lisboa atribuyó, al fin, carácter vinculante a dicho repertorio. El porvenir de los derechos estudiados depende, entre otros condicionamientos, de la coincidencia pacífica en definir el *concepto de integración europea* y del signo de las vicisitudes económicas en curso.

**Palabras clave:** Derechos sociales, Política Social, protección social adecuada, recepción constitucional, porvenir.

**Abstract:** *The democratic nations of the occidental world received, in the middle of 20th century, the new fundamental rights recognized to the workers. The foundation of the European Communities was due to economic preferences and placed in a secondary level the questions concerning to the Social Politic and the Social Law. After the impulse due to the Single European Act, the Treaty of the European Union and the Treaty of Amsterdam proclaimed the pressure of an adequate social protection. Those basic rights –included in the list of Fundamental Rights for the European Union– were accepted by the Project of the European Constitution, which was not ratified. The Treaty of Lisbon declared the direct effect of this enunciation. The future of the inspected rights depends on the pacific coincidence about the meaning of the European integration and on the sign of the successive economic events.*

**Key words:** Social rights, Social Politic, social protection, constitutional reception, future.

---

**Sumario:** 1. Generación e inspiración del Derecho Social europeo.—  
2. Carácter y variedad significativa de la Política Social europea.—

3. Individualización sociopolítica del *espacio social europeo*.—4. Predominio del *carácter estrictamente armonizador y escasamente innovador* de la Política Social comunitaria.—5. Proliferación de los esfuerzos transformadores de adelanto y acceso a *la tierra prometida de la Europa Social*.—6. Emergencia y perfil fisonómico de la Unión Europea.—7. Aclaración de las opacidades y otros inconvenientes del *laberinto normativo comunitario*.—8. Irrupción intensiva del tema de los *derechos sociales fundamentales de los trabajadores*.—9. Estado de cosas anterior al Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.—10. Circunstancias que acompañan a la preparación y perfección del Tratado de Lisboa.—11. *¿Futuro postlisboeta indefinido* de la UE respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores?

## 1. Generación e inspiración del Derecho Social europeo

El *Derecho Social europeo* regula las relaciones individuales y colectivas de trabajo y la acción protectora de los regímenes públicos de Seguridad Social que comparten los respectivos sectores del ordenamiento jurídico comunitario. Este conjunto emana de una *Política Social* cuyas aspiraciones —de tradición cristiana y secular— se acentuaron a causa de las necesidades creadas por las circunstancias económicas y el estado de cosas subsiguiente a la 2.ª Guerra Mundial. Aunque el ámbito actual del *Derecho Social europeo* es el propio de la UE (Unión Europea), las mudanzas y la *velocidad de crucero* de su proceso evolutivo se han señalado por el enfrentamiento —álvido y velado— de los intereses económicos y las crecientes reivindicaciones del sindicalismo occidental. Sustituyendo sus proyectos revolucionarios por las opciones de concertación y de diálogo, los sindicatos desecharon la utopía de derrocar el modelo del Estado de las libertades y escenificar el *fin de la Historia* consiguiente a la *dictadura del proletariado*.

Las fricciones entre lo inexorable de las voluntades políticas y el intelectualismo de la naturaleza de las cosas han impreso carácter a los *momentos notables del Derecho Social europeo* y explicado lo irreductible de las contradicciones que el manejo esmerado de la técnica jurídica no ha conseguido eliminar.

La traslación de las adquisiciones de la extinta *Economía de la Guerra* a los dominios de la prometedora *Economía de la Paz* añadieron a los problemas de la competencia industrial y mercantil otras cuestiones requeridas de respuestas urgentes. Los *amagos de la crisis* —que hacía, en Europa, sus primeras armas— lo demostraban y exigían. Las *reconversiones industriales* —sobre todo, las de orden tecnológico— pusieron en boga ingeniosos ciclos productivos que, para mitigar la destrucción del empleo, marginaban las ofertas obsoletas e incentivaban las demandas de los nuevos bienes y servicios en los mercados de libre competencia. Las *readaptaciones profesionales* acomodaron a esas novedades el concurso de la fuerza de trabajo y res-

tauraron el equilibrio roto en una economía general que ansiaba *ir en busca del norte perdido*.

El *principio de estabilidad en el empleo* –peculiar de las etapas de bonanza económica castigadas por la inminencia de las crisis que se avecinaban– garantizaba la conservación de las categorías profesionales de cada rama o sector de la producción, la promoción de los trabajadores mientras subsistiesen sus relaciones contractuales, la identidad de las prestaciones constitutivas de la fuerza de trabajo y la configuración del derecho al trabajo como un *derecho absoluto* del que se era titular por tiempo indefinido. El *principio de continuidad en el empleo* se convirtió en una servidumbre inseparable de la fisonomía económica de la Europa posbélica. Innovaba, ante las intuiciones de la crisis, la figura del *puesto de trabajo* –expuesto a la variación de sus contenidos esenciales por imperio de la organización productiva que se reforzaba– y concebía el derecho subjetivo al trabajo como un *derecho relativo de obligación* que podía extinguirse sin perjuicio del resarcimiento de los daños causados a su titular.

La *población activa* –favorecida por el juego del principio de estabilidad en el empleo– constaba de una mayoría de trabajadores ocupados y una minoría residual de trabajadores disponibles. Conforme al canon de continuidad en el empleo, dicha población incluía, de una parte, a los trabajadores adscritos a los procesos productivos regularizados y, de otra, a los desempleados que percibían prestaciones públicas o cuyas tareas de perfeccionamiento y/o formación les permitían incorporarse a las actividades transformadas por las reconversiones industriales.

## 2. Carácter y variedad significativa de la Política Social europea

La *crudeza de la identidad capitalista* del modelo europeo que se prefería supeditaba los esbozos de la incipiente Política Social a los dictados de una Política Económica dispuesta a edificar un *único mercado interior*. Esta Política Económica tenía que admitir, no obstante, que la Política Social constituía un *instrumento indispensable de la libre circulación de los trabajadores* en la esfera de las comunidades que inicialmente fueron la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero), la CEE (Comunidad Económica Europea) y la CEEA (Comunidad Europea de Energía Atómica). El TP (Tratado de París de 18 de octubre de 1951) y los TTR (Tratados de Roma de 25 de marzo de 1957) dispersaron los gérmenes del Derecho Fundamental y los elementos primarios de una supuesta *Constitución abierta* que, aún hoy en día, no merece esa rotulación. A medida que aparecían los sucesivos textos comunitarios, nadie echaba de menos lo indispensable de una *parte dogmática* o enunciado de derechos innatos que acogiese inclusive los de corte social. Los desarrollos iniciales del Derecho Derivado se señalaron por la vulgaridad de las materias abordadas, la ausencia de connotaciones filosóficas y la parquedad de sus designios, allí donde las categorías capitales de

la técnica jurídica reclamaban el *espacio habitable y creativo* que se les rehusaba. Comenzaba entonces la tarea de la *construcción funcionalista* o por agregación de la Europa que se pretendía levantar.

Así las cosas, la CECA se propuso mejorar el empleo y elevar el nivel de vida de los trabajadores en los Estados miembros, fomentar las reconversiones industriales, propiciar unos salarios justos y asegurar la libre circulación de mano de obra en los sectores del carbón y del acero. La CEE prometió ampliar las actividades económicas y mejorar el nivel de vida en la medida conducente a que, *de modo automático, se alcanzase un progreso social fundado en el establecimiento de un mercado común y en la armonización progresiva de las legislaciones nacionales*. Su texto acopiaba un conglomerado de normas sociales relativas al tránsito libre de trabajadores, la aproximación de las legislaciones nacionales, las disposiciones sociales, el FSE (Fondo Social Europeo) y el CES (Comité Económico y Social). La CEEA reconoció los derechos a la libre circulación y a la protección sanitaria de los trabajadores especializados.

Es el momento de examinar la suerte que los *derechos sociales fundamentales de los trabajadores* –objeto de una consideración secundaria– han corrido con vistas a su implantación cuasiconstitucional, después de soportar las parcas atenciones de una Política Social europea que debió hacer honor a su dignidad axiológica y despejar las animosidades que le han salido al paso.

La Política Social europea –relegada al papel de *subproducto comunitario*– difería de las Políticas Comunitarias vertebrales. Renunciando a uniformar las normas nacionales de Derecho Social, marcaba los criterios de coordinación que, al menguar las distancias entre las dosis de protección de cada Estado miembro, acercasen a la más generosa de estas. Gracias al *dogma de irregresividad* o interdicción de revocar las mejoras sociales conquistadas por los trabajadores, esos Estados se obligaban a no disminuir, cuando menos, y/o aumentar –mediante las acciones esperadas y exigidas– las variantes de tutela social confirmadas como derechos adquiridos. La noción de *desarrollo sostenible* arranca de esta idea, hoy vapuleada por los especialistas de la *ceremonia de la confusión y el embuste* que antaño alardearon de haberle atribuido un valor universal e inmovible. Una ventaja que, mereciendo el asentimiento general, se ve asediada por la apatencia de los beneficios materiales o por las fuerzas –no tan mayores– que desatan las crisis económicas. Fruto también de la avidez irrefrenable con que, para desventura de buena parte de la humanidad, se comportan los incondicionales del neoliberalismo y los fanáticos del *fenómeno globalizador*.

La *equiparación en el progreso* –lema aparentemente audaz de la Política Social europea en el TCEE– no fue sincera por completo y, pese a lo cautivador de su enunciado, ha dependido siempre del *economicismo sustancial* de los proyectos emprendidos. La impropriadamente llamada *Política Social europea* –acervo de las Políticas Sociales nacionales resueltas a elevar sus niveles de

tutela– ha devenido el *pariente pobre* de las instituciones comunitarias. La *obsesión economicista* –que presupone la unificación monetaria anterior a la unidad política de Europa– no ha detenido, sin embargo, las tentativas de abrir un *espacio social europeo* para reactivar esas aspiraciones reprimidas.

Había, se quisiera o no, que *situar el empleo en el centro de la Política Comunitaria*, porque las estructuras de la Europa deseable reclamaban la cooperación –ontológicamente imprescindible y causalmente eficaz– del factor productivo en que estribaba la fuerza de trabajo. Era preciso evaluar la posibilidad y perspectivas de una Política de Empleo acorde con las realidades cognoscibles, proveer a la intervención de los interlocutores sociales, fomentar las iniciativas locales y dilucidar los problemas planteados por el acceso a las nuevas tecnologías y la gestión del tiempo de trabajo.

La Política Social también se enderezaba a mermar y/o *distender la conflictividad de las relaciones industriales* que –aunque henchida por el eco de la lucha de clases– entraba en vías de un aprendizaje civilizado y constructivo. No en vano, los sindicatos reconocían lo trasnochado de sus veleidades revolucionarias y comulgaban con las reglas de juego del Estado social y democrático de Derecho que, a raíz de la 2.ª Guerra Mundial, *había ganado la partida*. La *práctica frecuente del diálogo social* –que, ante acontecimientos recientes y un tanto familiares, hoy provoca reacciones estupefactas y sarcásticas– se consideraba el método adecuado para templar las confrontaciones radicales y afinar los mecanismos de información y consulta de los trabajadores, sobre todo en orden a las innovaciones tecnológicas y el funcionamiento de las empresas multinacionales.

También se anunciaba que –para mejorar la calidad de la cooperación y la coincidencia en los temas de protección social– convenía negociar con los interlocutores sociales un *presupuesto europeo* y suprimir las diferencias que, por razón de sexo, perduraban y debían eliminarse de inmediato.

El *concepto de clase social* se revisaba y entendía como la comunidad o comunidades formadas por las personas físicas que, sin perjuicio de su especialidad profesional y de las fuentes de sus recursos económicos, disponían de los mismos niveles de renta para colmar sus apetencias afines de consumo. Lo lúcido de esta distinción atenuaba los antagonismos entre los *desheredados* –expectantes de los cambios sociales que diesen fin a su estado de empobrecimiento– y los *poseedores ufanos* de riqueza que coartaban sus aspiraciones.

La justicia social y la mejora de la situación económica dependían del *ejercicio responsable de las Políticas Comunes*, en el espacio social europeo, y de los beneficios esperados de la *cohesión económica y social*.

### 3. Individualización sociopolítica del ‘espacio social europeo’

El *espacio social europeo* –emplazado por la ideología innovadora en el solar cuya posesión reivindica– ofrece unos rasgos relativos a su coordinación, sus recursos y su significado o entraña cultural.

Constituye un *espacio armonizado por áreas y por objetivos*, en lo mínimo, en lo máximo y en lo necesario, pues la unificación normativa es utópica y económicamente impracticable.

Equivale a un *espacio de cohesión económica y social* donde convergen los diseños de igualación y desarrollo de los mercados de trabajo. La creación de los *fondos estructurales* tiende a reducir justamente las desigualdades, las acciones formativas refuerzan los nexos entre los sistemas de producción y educación, y la prosperidad de las relaciones individuales y colectivas de trabajo recaba un impecable esfuerzo de armonización.

Se trata de un *espacio civilizado y poseedor de un patrimonio común*, cuyo componente cultural reclama una tutela colectiva que el propio capitalismo predica de los sistemas productivos de los países industrializados con economía de mercado. Las categorías de la *participación de los trabajadores* y la *negociación colectiva* pertenecen a la esencia del espacio social europeo. La primera modera el ejercicio abusivo o desproporcionado de las potestades de organización en el gobierno de la empresa. La segunda genera un *ordenamiento jurídico autónomo* que el despliegue fecundo de las libertades sindicales instala en el ámbito territorial de la soberanía del Estado.

Se está ante un *espacio comprometido con el diálogo* que alivia las tensiones de la cohesión social y económica, propicia los contactos de los interlocutores sociales, interpreta auténticamente los episodios del cambio europeo y respalda las ventajas del acuerdo y la negociación.

Ante el *paso cansino* de los responsables del *rescate de Europa*, el AUE (Acta Única Europea de 17 y 28 de febrero de 1986) señaló los aspectos de una Política Social que, obedeciendo a la consigna de la igualación y/o armonización en el progreso, demostraba que *la cohesión económica y social contribuía a disminuir las diferencias existentes entre las regiones y obstaba al retroceso de las menos favorecidas*. Para refrescar la flaca memoria de los olvidadizos, se trajeron a capítulo el *reconocimiento y recepción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, cuya naturaleza de derechos subjetivos innatos –contemplados en la CSE (Carta Social Europea de 18 de octubre de 1951)– les inmunizaba frente a las presiones de la concurrencia y los actos de emulación competitiva.

Lejos de revelar una obstinación ciega en pro de la *necesidad y utilidad de lo social*, la oferta de un espacio social europeo se cargaba de razón al proclamar que, sin una cohesión social solvente y responsable, *las perspectivas y promesas de establecer un gran mercado constituían una aventura irrealizable*. La delimitación cabal de ese espacio requería enunciar exhaustivamente los derechos sociales básicos de los trabajadores, reconocer su derecho a la formación permanente y modernizar el régimen de las instituciones del Derecho Societario europeo.

Los sindicatos cooperaron a fijar las *vías y niveles* de la edificación del espacio social europeo. Mientras la legislación debía generar las normas capitales del Derecho Social comunitario, lo convencional abarcaría las

innovaciones del diálogo social y las modalidades europeas de la negociación complementaria. Ello acaecería a los respectivos niveles, en los espacios comunitario propiamente dicho, nacionales, regionales y sectoriales. La agrupación eficiente de estos elementos –determinantes del crecimiento económico y la prosperidad del empleo– completaría la regularización tecnológica, la solidaridad de la protección social, la libre circulación de personas y el control democrático del mercado interior.

El pensamiento sindical europeo recordaba que, entre los antecedentes históricos del Derecho Social Comunitario, figuraba el *depósito del Derecho de Gentes* ocupado por el Derecho Social Internacional de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) y la CSE, que acaba de citarse. Otro punto de referencia –insistentemente mencionado– fue la CCDSFT (Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 8 y 9 de diciembre de 1989) que –impulsando la convergencia hacia los más altos niveles de protección social– prohibía supeditar la concurrencia económica del mercado único a la rebaja de las dosis de tutela que, según la ocurrencia máxima del sindicalismo escandinavo «siempre más, nunca bastante», habían ganado firmeza.

Así pues, los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, evocados con motivo de la promulgación del AUE y del examen de las estructuras del mercado interior, procedían de normas preinsertas en los instrumentos internacionales de la OIT, la ONU (Organización de Naciones Unidas), la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) y el TCEE. Eran derechos subjetivos que, vislumbrados en el horizonte constitutivamente histórico de la razón práctica, merecían el reconocimiento y el respeto vinculados a la presunción del funcionamiento regular del mercado interior. Garantizaban la libre circulación de personas, el empleo y la retribución económica de la fuerza de trabajo, la mejora de las condiciones de vida y actividad profesional, la protección social, las libertades de asociación y negociación colectiva, la formación profesional, la igualdad de trato de hombres y mujeres, la información, participación y consulta de los trabajadores, la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, la atención de los niños y los adolescentes, la cobertura de la tercera edad y el cuidado de las minusválfas.

#### **4. Predominio del ‘carácter estrictamente armonizador y escasamente innovador’ de la Política Social comunitaria**

El decisionismo de la Política Social comunitaria se inspiraba en los conceptos –coincidentes, afines o análogos– de *cohesión, homogeneización, armonización, aproximación, colaboración y coordinación familiares* al lenguaje de las nuevas instituciones europeas –que actuaban en el ejercicio de sus competencias– y de los actos cooperativos de los Estados miembros.

La *armonización de la Política Social mediante la igualación en el progreso* figuraba en el TCEE y difería de la *unificación* o la *uniformidad* impuestas desde arriba a otras políticas de sus componentes. La *unificación* asignaría las competencias sobre Política Social a un órgano comunitario investido de la potestad normativa oportunamente adjudicada. La *uniformidad* obligaría a cada Estado miembro a adoptar y aplicar criterios sensiblemente iguales para ordenar esa materia. La *armonización* –pensada para equiparar las condiciones de vida y de trabajo– atenuaría los inconvenientes derivados de un funcionamiento excesiva o abusivamente liberal del mercado. Se echaría mano, a tal efecto, de los *arbitrios reductores* que el Derecho Fundamental comunitario inventase –esto es, *idease de acuerdo con la recta razón*– para coordinar el Derecho Social objetivo de los Estados miembros.

Como *lo mejor suele ser enemigo de lo bueno*, se explica que la labor –utópicamente anhelada y económicamente inviable– de unificar o uniformar las normas jurídicas rectoras de la Política Social europea cediese su lugar a la, más comedida y accesible, de *coordinar, aproximar o aminorar las distancias existentes entre las soluciones nacionales*. Ello, al amparo de los principios centrales que, como mínimos de Derecho necesario, prohibían las discriminaciones por razón de sexo e inspiraban los derechos de acceso al empleo, determinación de las condiciones de trabajo y formación profesional.

Los augurios de esta tibia Política Social no electrizaron a los arquitectos de un sistema resuelto solamente a *instalar un único mercado interior* y auscultar las probabilidades de la unidad política de Europa. No por ello quedó en suspenso el empeño de ir en pos de los objetivos sociales, aunque el proceso constructivo de este sector del ordenamiento jurídico comunitario registrase variaciones –de velocidad y de ritmo– que, unas veces, respondían a la *buena conciencia de los eurocreyentes* y, otras, al *recelo de los euroescépticos y/o la enemistad de los adversarios*.

La grandeza y servidumbre del espacio social europeo dependían de la *irrupción comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, cuya efectividad removería, para siempre, las dificultades opuestas por la mezquindad de las técnicas armonizadoras. Su existencia indudable y sus predilecciones expansivas encarecían la práctica del *diálogo social* que, recorrido por la savia de la solidaridad y la flexibilidad razonable, impulsaría el avance científico y la efectividad transformadora del naciente Derecho Social europeo.

## 5. Proliferación de los esfuerzos transformadores de adelanto y acceso a ‘la tierra prometida de la Europa Social’

La credibilidad de la apuesta del *optimismo liberal* decayó al comprobarse que –en contra de las predicciones de la doctrina del *orden natural*– la armonización de la Política Social europea nunca derivaría del *supuesto*

*automatismo* atribuido al regular funcionamiento del mercado interior. Dicho convencimiento provocó las tareas de acomodación consistentes en elaborar *programas sobre actividades sociales*, de los que fueron ejemplos emblemáticos la regulación de la *acción social comunitaria* a medio plazo y la conversión del FSE en un *instrumento de política activa*. Con motivo de estos ensayos correctores, la línea de fuerza filosófica del AUE reiteraba la urgencia de *combatir la desocupación, mejorar la participación de los interlocutores sociales y acelerar el desarrollo de la Política Social*. Los textos complementarios que estudiaron la *dimensión social del mercado interior* defendieron la prioridad de la lucha contra el desempleo, divulgaron las normas de acción pertinentes, esclarecieron el papel de los fondos estructurales respecto a la cohesión social y económica, y reiteraron el elogio de las excelencias del diálogo social.

Se hizo hincapié en la urgencia de adjudicar fuerza normativa a la CCDSFT –yacimiento de la lista de los *derechos sociales fundamentales de los trabajadores*– que, a la luz de los imperativos del mercado interior, formaba parte del acervo de la cultura europea y del depósito de las normas del Derecho Internacional Público. Ante los reparos opuestos a dotar a esos textos de eficacia preceptiva directa, se invitó a *presentar iniciativas* que asegurasen su efectividad y encauzasen sus aptitudes de transformación.

Las más importantes fijaron los criterios que informaban tal invitación. Un *principio de subsidiariedad*, que asignase a cada objeto de las actividades la función más consecuente con las necesidades atendibles y la totalidad del esfuerzo comunitario. Un *principio de diversidad* de sistemas, culturas y prácticas nacionales, que promoviese el perfeccionamiento del mercado interior. Un *principio de competitividad* de las empresas, que, evitando las distorsiones de la competencia, proveyese a la cohesión económica y social. La intervención de los agentes sociales coadyuvaría al buen fin del proceso que, una vez iniciado, no admitía paralizaciones ni rebajas.

El tema central de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores quedó aparcado durante algún tiempo. El esbozo atípico de una incompleta *Constitución europea* se había limitado a encadenar los sucesivos textos que, además de incurrir en la conocida *paradoja del Derecho Comunitario*, prescindían de la *parte dogmática* que era la sede natural de aquellos. La suerte de su recepción y desarrollo se mostraba confusa y desalentadora.

## 6. Emergencia y perfil fisonómico de la Unión Europea

Al TUE (Tratado constitutivo de la Unión Europea de 9 de febrero de 1992) –conocido con el nombre de *Tratado de Maastricht*– se llegó cuando los desenvolvimientos del AUE convencieron de que *el nivel de tutela de los valores sociales de la Comunidad era notoriamente inferior al de sus presupuestos y condiciones economicistas*. Las resonancias de la mala conciencia europeísta exigían crear un espacio sin fronteras internas y revigorizar los

ingredientes de la cohesión social, para promover el progreso comunitario colectivo, fomentar un elevado nivel de empleo y asegurar un desarrollo equilibrado y sostenible. Objetivos a los que se sumaron la constitución del FSE y el compromiso de implantar una enseñanza y formación de calidad.

La UE (Unión Europea) que así se constituye deja de constreñirse exclusivamente a lo económico y acoge los objetivos difuminados hasta entonces. La Política Social pierde el carácter de *subproducto comunitario* y ofrece un *inventario de finalidades* que aseguran la igualdad material de hombres y mujeres en el mercado de trabajo, integran a las personas excluidas de las relaciones de empleo, establecen la seguridad y la protección sociales, combaten las extinciones injustas de los contratos de trabajo, disponen mecanismos de representación y defensa colectivas que incluyen la cogestión, mejoran las condiciones de trabajo de los nacionales no comunitarios y proveen a la creación y el crecimiento del empleo. La Política Social de la UE no aborda el *régimen retributivo* ni las *libertades sindicales y sus derivaciones*, confiando en que los sindicatos –interlocutores sociales caracterizados– faciliten un modelo de negociación colectiva conforme a las particularidades y exigencias del ámbito europeo en que ha de operar su autonomía.

La nueva Política Social incorpora el principio de subsidiariedad, pues la Comunidad –que deja de concebirse como *exclusivamente económica* y, al suprimirse este adjetivo, pasa también a ser *social*– *apoyará y complementará las acciones de los países miembros*. La estructura de la UE añade a los *pilares integrador, cooperativo y unitario*, un *pilar de reducción* que, mejorando el gradualismo de las técnicas de la construcción europea, reemplaza la *modestia coordinadora* de las Políticas Sociales nacionales por la *fertilitad creativa* que se espera de la Política Social comunitaria.

El sindicalismo de izquierdas había denunciado las aspiraciones de *consolidación capitalista* del mercado común interior y su inutilidad para transformar equitativamente las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Con el cambio de rumbo debido al nacimiento de la UE, las organizaciones sindicales insinuaron la oportunidad de que las izquierdas europeas se asociasen a las *operaciones de lanzamiento* de la Política Social, reclamaron el protagonismo de las organizaciones obreras –desligadas de sus mitos revolucionarios– en las nuevas funciones de los Estados miembros y apuntaron la eventualidad de que la Europa Unida formase un bloque sindical frente al *gigante americano* y en pro de la apertura a los países del Este. Sin perjuicio de plantearse, además, la alternativa entre un modelo sindical de *seguridad conservadora* y otro de *responsabilidad innovadora*.

La *apatía ratificadora* se debió a que el TUE fijaba los criterios de tránsito a la fase de Unión Económica y Monetaria –a saber, las magnitudes de la inflación, el déficit público, la deuda pública, el tipo de interés y la estabilidad de los tipos de cambio– y guardaba silencio sobre la *recepción de lo social*. Un repertorio plagado de intenciones óptimas *descuidaba el objetivo*

*de igualdad en el progreso* e incurría en una inconsecuencia de bulto. El defecto se salvó gracias a que la posterior regulación del TA (Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997) –modificativo del TUE– abordó significativamente el tema del *Empleo*.

El *contenido adicional* o periférico del TUE únicamente *invitaba a los Estados miembros* a continuar la vía de la CCDSFT, del que los socios insulares se habían apartado, y *expresaba el deseo, pero no la ineludible determinación*, de aplicar dicho texto a partir del *acervo comunitario* que encerraba el ordenamiento jurídico inmanente a la naturaleza de las instituciones europeas. Las disposiciones concernientes a la Política Social, la Política Educativa y la Política de Formación Profesional completaron, por obra y gracia del TUE, la apertura expansiva de este panorama normativo.

## 7. Aclaración de las opacidades y otros inconvenientes del ‘laberinto normativo comunitario’

El TA introdujo un cuadro de reformas idóneas para *iluminar el laberinto normativo* derivado de un estado de cosas en que la estructura formal interna de los textos comunitarios se parecía más a una *ocurrencia surrealista* novelada que a un texto cuasiconstitucional donde la parte dogmática –sede de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores– brillaba por su ausencia. Su estructura –irregular y sorprendente– llegó a compararse con la disposición arquitectónica de un *templo griego* compuesto del frontispicio de las disposiciones comunes, de tres o cuatro pilares sustanciales y del basamento en que descansaba su totalidad.

El *contenido adicional* o periférico del TA dejó sin efecto la parte homogénea o simétrica de las adiciones al TUE, donde anidaban los óptimos propósitos que el TCE elevaría después a normas jurídicas. Pese a esta *parcial sicosis de arrepentimiento*, decayeron la oferta de la parte dogmática constitucional y la lista completa de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores que tantas y tan justificadas ilusiones habían despertado. La intencionalidad que, en pro de dicho reconocimiento, refleja el *prefacio* del TUE, anticipa la vehemencia y el énfasis con que la *introducción* al TA proclamaría textualmente *la adhesión a los principios y valores acogidos por la CSE y la CCDSFT*.

El TA aportó precisiones notables sobre la *consigna originaria de la equiparación social a través de la igualdad en el progreso*. Se impuso a la UE y a los Estados miembros el deber positivo y no la *promesa nebulosa* de aunar los esfuerzos tendentes a perfeccionar una *protección social adecuada*. Algo más apremiante y retador que una cobertura pensada para salir del atolladero o atenuar el mordiente de ciertas insistencias. *Se realizó la premura de que las acciones de exploración y vigilancia –confiadas a los experimentos nacionales– supervisasen el cumplimiento de esa acumulación de obligaciones*. Aunque la Política Social siguió incumbiendo, en la parte que

les correspondía, a cada uno de los Estados miembros, el *Empleo* –que, salvando anteriores y censurables omisiones, merecerá un alojamiento decisivamente innovador– se elevó a la condición de *materia de interés común* y se introdujo un *trámite de codecisión* para promover y dar curso a las iniciativas nacionales.

El TA dignificó la Política Social y *evidenció el propósito de servir a las exigencias del progreso*, pero, debido a las disidencias sempiternas, desatendió –como se ha repetido– las advertencias relativas a la recepción y tipificación comunitarias de la tabla de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores y se abstuvo de poner en negro sobre blanco los compromisos de liquidar las injusticias colectivas, combatir la discriminación y la pobreza, y reprimir las exclusiones sociales.

Pese a la envidia de estas deficiencias, *la elevación del empleo a la categoría de objetivo comunitario preconizaba un espectacular giro social*, censuraba la ligereza con que sus detractores le adjudicaban el *mote de espejismo*, y comulgaba con las propuestas del Estado de Bienestar. He aquí uno más de los puntos de encuentro entre el oscuro objeto del deseo y la meridiana percepción de lo factible. *La acertada elección del modelo de la Europa deseable dependía de conciliar, inteligente e intuitivamente, las actitudes que sintetizasen los irrenunciables arrostos de los valores morales y las posturas dúctiles de las contemporalizaciones políticas*. Significaba lo contrario de la pasividad estática con que se contemplaba ese futuro como una *dádiva u obsequio que, graciosamente llovido del cielo, eximía a los eurocreyentes de continuar las tareas de su recreación y mejora*.

## 8. Irrupción intensiva del tema de los ‘derechos sociales fundamentales de los trabajadores’

Desde la racionalización técnico-jurídica de las premisas del Estado demoliberal, los derechos fundamentales ocuparon los compartimentos que los constituyentes destinaban a proclamar su cualidad de *derechos naturales*, inherentes a la existencia y duración de la persona humana, que los ejercitaba, y anteriores a un Derecho Positivo subordinado a sus valores y/o principios. Se hace de estos derechos tabla rasa cuando la fuerza mayor de los acontecimientos históricos o la obnubilación de los entendimientos de los hombres entorpecen las operaciones dirigidas a fijar su contenido esencial y sus perfiles.

El silencio de los textos europeos daba a entender que, al faltar una aseada catalogación de esos derechos, la Constitución material comunitaria era incompleta. No faltaba razón a cuantos, entendiéndolo así, mantenían su postura de reprobación. La doctrina judicial complementaria aportó el remedio de una formulación provisional y persuasiva. Si los derechos fundamentales nacionales gozaban de una tradición, histórica y jurídica, común a todos los Estados miembros, *su enclave en las respectivas parcelas constituciona-*

*les les deparaba una tutela permanente* contra las vulneraciones causadas por cualesquiera normas o resoluciones emanadas de los poderes públicos comunitarios.

Dos órdenes de motivaciones daban lugar a este retraso antisocial. Una era la *tibieza calculada del decisionismo político*, refractario al cambio sustancial –*revolucionario desde el interior*– que importaba la irrupción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. La otra venía del *voluntarismo económico* que, obviando los aspectos moralizadores e intelectualistas del problema, relegaba la Política Social a un plano secundario y prefería no enterarse de sus más acuciantes llamamientos. La demora ocasionaba perjuicios enormes, porque la recepción comunitaria de los derechos sociales –pertenecientes a la parte dogmática constitucional sumergida– impulsaba los cambios inspirados en la idea de que *la efectividad esperada de la atribución y el ejercicio de tales derechos, no solo se hallaba en su aptitud para pacificar las controversias entre partes, sino también en su irrefrenable propensión a transformar la sociedad*. Una consigna que el art. 3 II CI (Constitución italiana de 29 de diciembre de 1947) tomó a préstamo del pensamiento jurídico soviético y que pasó atenuadamente al art. 9.2 CE (Constitución española de 27 de diciembre de 1978) e incluso al art. 4.3 EAPV (Estatuto de Autonomía de País Vasco de 20 de octubre de 1979).

Es, con todo, axiomático que la naturaleza de las cosas imponía –como tales derechos en la esfera comunitaria– la *libre circulación de trabajadores* y las *libertades de establecimiento empresarial y circulación de capitales*.

El TCEE diseñó los rasgos distintivos de una Política Social cuyo lema central de *igualación en el progreso* atisbaba, sin mucho entusiasmo, el panorama del *espacio social europeo*. Faltaba la *positivización de un Derecho de Gentes protector de los intereses sociales* que, una vez vestidos y provistos de la efectiva tutela judicial que los robustecía, completasen una parcela capital de la esperada *Constitución para Europa*. El hueco abierto no se acababa de colmar y la ejecución de la faena se estancaba indefinidamente.

## 9. Estado de cosas anterior al Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa

El *contenido adicional* del TUE introdujo simplificaciones que no bastaron para disipar las incertidumbres ni llenar los vacíos que acusaba el TA. La DFUE (Declaración de Laeken de 12 de diciembre de 2002 sobre el futuro de la Unión Europea) usó, por vez primera, el término *Constitución* y dedicó uno de sus apartados al *Camino hacia una Constitución para los ciudadanos*. La jurisdicción comunitaria evitaba mencionar nominativamente la *Constitución* y empleaba, en su lugar, otros vocablos genéricos o afines. Aunque el TN (Tratado de Niza de 7 de diciembre de 2000, sin carácter constitucional) había aprobado la CDFUE (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que ha prevalecido con las precisiones de 12 de diciem-

bre de 2007) y purgado la mala conciencia que sus aplazamientos despertaban, perduraba un clima de desentendimiento que alargaba excesivamente la factura del trabajo constitucional. Al cabo de los numerosos y consabidos desencuentros, el *ritmo mínimo de normalidad* se recobró merced a las contribuciones del PCE (Proyecto de Convención Europea de 18 de julio de 2003) y el PCI (Proyecto de la Conferencia Intergubernamental de 18 de junio de 2004) que, obligando a un *decoroso consenso*, permitieron suscribir el PTCUE (Proyecto de Tratado de 29 de octubre de 2004, por el que se establece una Constitución para Europa). También se le llamó TC (Tratado Constitucional) para expresar la *contradicción en los términos* que, aquejando a su génesis y contenido, impedía considerar Constitución, en sentido técnico-jurídico, a la propuesta dependiente de la ratificación de los Estados miembros. La *paradoja del Derecho Comunitario* subyacía al tracto y la desembocadura de este pensamiento.

La *continuidad del desarrollo sostenible* era uno de los soportes que, según el PTCUE, sustentaba la viabilidad de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Su noción, familiar al lenguaje europeísta, se elevaba a *condición irrenunciable de la redefinición y ejecución de la Política Social comunitaria*. El desarrollo sostenible representaba la *versión modernizante de la paz* que, reviviendo el vejado *principio de irregresividad de las adquisiciones sociales*, informaría de la siguiente proposición antropocéntrica. *Si no se consolidan la conciencia de la necesidad de vivir dignamente y la voluntad de responder, corriendo riesgos, a los retos de la cosmominencia personal, fracasarán cuantos esfuerzos desplieguen los individuos y los grupos sociales para satisfacer sus más caras y justas ilusiones de liberación.*

La tesis del desarrollo sostenible condena la tosquedad moral y la miseria intelectual de quienes opinan que, pasadas de moda las oportunidades de auxiliar a los pobres que pueblan la superficie de la Tierra, ha llegado el momento de sustituir esa defensa por la de causas más lucrativas y excitantes. La *economía social del mercado* –inseparable de la especulación y el pragmatismo del desarrollo sostenible– postula una Política Social que, al descartar las fórmulas de la coordinación y el gradualismo insincero, coloca los derechos sociales naturales o innatos en vanguardia de sus aspiraciones. *El desarrollo se dice sostenible, porque los fiadores de su irreversibilidad admiten la existencia de recursos bastantes para respaldar la continuidad de los compromisos contraídos, conjurar los peligros de sus regresiones desproporcionadas e impedir las paralizaciones que hieren de muerte su supervivencia.* Lo cual, a estas alturas de los tiempos, no ha resultado ser cierto del todo.

Nada de ello podía pretenderse sin que, en el espacio social de la UE, compareciesen –demostrando la *disponibilidad en pie de guerra* que procuran los derechos procesales de acción y de excepción– los derechos fundamentales de ese signo, divisados en el horizonte constitutivamente histórico

de la razón práctica que obligaba a reconocerlos constitucionalmente y a concretar su contenido esencial o núcleo invulnerable.

El ejercicio fructífero y frecuente de los derechos sociales europeos –anejos a las ambiciones del desarrollo sostenible– produciría *valiosas consecuencias*. A saber, la coexistencia pacífica de las comunidades y/o los grupos sociales, la distensión del antagonismo de las confrontaciones, la lucha contra los conflictos erosivos de la solidaridad y la prosperidad, y la coordinación de la vida en dignidad de las personas físicas. El TN se había apresurado, para ganar tiempo, a sancionar la CDFUE como *pieza prefabricada* del orden constitucional que se preparaba para Europa. El PTCUE recogió dicho texto, incorporando los derechos nuevos, que recibían el *bautismo de fuego constitucional comunitario*, y los que, ya reconocidos, se aprovechaban de una tutela reforzada por los avances del progreso social y las contribuciones de la tecnología y de la ciencia.

Bajo la rúbrica genérica de *Solidaridad*, la CDFUE –cuyas vicisitudes ya constan– brindaba la *lista de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores* que comprendía la información y consulta de sus representantes en la empresa, la acción sindical y la negociación colectiva, el acceso a los servicios de colocación, las garantías en los casos de despido injusto, el establecimiento de condiciones equitativas de trabajo, la protección del trabajo infantil y juvenil, la cobertura social de la familia y el régimen público de la Seguridad Social. La irrupción tardía de tales derechos en el sector social del ordenamiento jurídico comunitario premiaba, conforme a la fuerza de las cosas, la tenacidad de las reivindicaciones incoadas, mucho tiempo atrás, por las insistentes y genuinas demandas sociales.

El fracaso de la ratificación unánime del PTCUE dio al traste con la tentativa técnico-jurídica de disolver la paradoja del Derecho Comunitario y culminar los pasos sucesivos que la *estrategia funcionalista* proponía para obtener un resultado final satisfactorio. A saber, organizar una Europa social coherente y no diseminada en parcelas heterogéneas y asimétricas, consolidar el arraigo de los titulares de un verdadero poder constituyente europeo y redoblar las energías para ofrecer a los ciudadanos comunitarios las dosis de bienestar que implicaba la penetración de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el marco de una genuina Política Social y no de un sucedáneo de esta.

Quedó fuera de juego la *concepción constitucionalista* partidaria de erigir de inmediato una organización europea de corte federal. La *estrategia funcionalista* –que ha prevalecido– defendía que Europa no se levantaría de una vez, por obra y gracia de una construcción repentina y global, sino de sucesivas acciones respaldadas por un recio sentimiento de solidaridad y asociadas al novísimo concepto de *soberanía divisible*. La recepción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores ha sido fruto de una *metodología existencial* que pasa por alto las invocaciones de su estirpe yusnaturalista y de su condición originaria.

Las averiguaciones estadísticas demostraron que el fracaso de la ratificación del PTCUE no solo procedía de la enemiga de los disidentes de los objetivos centrales de la integración europea. Tras las explicaciones de un estropicio tan visible, se agazapaba el desencanto de quienes confiaron en *renegociar un texto más social y obediente a la idea de que habría merecido la pena poner manos a la obra de regenerar y construir una Europa distinta*. La suerte de la soberanía de los Estados miembros de la UE –expuesta a *percepciones de intensidad variable*– no quedaba al margen de las razones del repudio. Ni la propaganda gubernamental, ni la pedagogía de la oposición parlamentaria, ni las organizaciones sindicales del Reino de España, ni los medios de comunicación transmitieron a la opinión pública la información que –veraz, detallada y comprensiblemente– aclarase la supuesta excelencia de un futuro constitucional –*receptor de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*– que naufragó antes de que se hiciese a la mar su embarcación.

## 10. Circunstancias que acompañan a la preparación y perfección del Tratado de Lisboa

Tras la ratificación efectuada por 18 de los Estados miembros de la UE, el rechazo de dos de ellos y la oposición definitiva de aquella por parte de los siete restantes, fracasó la *huida hacia adelante* del PTCUE o TC y, a lo largo de un trienio convulsivo y confuso, se enfrentaron las preferencias y propuestas que afluyeron a la firma del TL (Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007). Su texto –que modificaba y no derogaba el TUE y el TCE– reemplazó la rotulación del segundo por la de TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Una de sus bondades destacables consistía en *atribuir naturaleza legalmente vinculante* a la tan repetida CDFUE, aprobada anteriormente por el TN. Conviene recordar que –con la más lúcida y sincera de las intenciones– el *proemio* del TA había añadido al del TUE una *proposición introductoria* que enriquecía y aclaraba decisivamente la filosofía de aquel prólogo. *Confirmaba que los Estados miembros de la UE prestaban su adhesión al elenco de los derechos sociales fundamentales, tal y como la CSE y la CCDSFT –continentes primarios e insustituibles del depósito del Derecho Social Europeo– los definieron a su tiempo*. El *yusnaturalismo idealista* –de filiación aristotélico-tomista– y el *yusnaturalismo realista* –de corte secular– sustentaban, a través de ambos textos, los merecimientos axiológicos de una Política Social que se estimaba inmejorable.

Según el TL, *la UE reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la CDFUE* ya citada –a la que se remite en bloque, sin reproducir su contenido– y le asigna el *valor jurídico de uno más de los Tratados*. Advierte que el refuerzo de la protección de los derechos fundamentales de la UE –de que los derechos sociales de los trabajadores forman parte– se

*debe a las transformaciones de la sociedad, a los imperativos del progreso social y a los avances de la tecnología y de la ciencia. Cuida de subrayar que las libertades anejas a la circulación de personas y prestación de servicios en la esfera comunitaria solo devienen reales y efectivas si les acompaña un desarrollo equilibrado y sostenible. Cabe, hoy en día, preguntarse por el futuro de este haz de derechos en las espeluznantes circunstancias –de recesión o de crisis– que remueven las premisas históricas de su recepción y garantía.*

He aquí el *inventario* que –gracias a la remisión global del TL– hace la CDFUE de los derechos sociales en función de los conceptos generales de *Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad y Justicia*.

Bajo la rúbrica de *Dignidad*, figuran la protección de esta cualidad inviolable, el derecho a la vida y la integridad física, y las prohibiciones de la esclavitud o servidumbre, de la ejecución de trabajos forzosos y del comercio de seres humanos en las relaciones de trabajo.

El grupo de las *Libertades* abarca el reconocimiento del derecho a la libertad y seguridad de los trabajadores en cuanto ciudadanos, las libertades de pensamiento, conciencia y religión, opinión, información sin trabas, reunión, fundación y afiliación a sindicatos en defensa de sus intereses, acceso a la formación profesional y permanente, trabajo y ejercicio de una profesión libremente elegida y aceptada, demanda de ocupación en el mercado de empleo y prestación de servicios en cualquiera de los Estados miembros.

Por modo de *Igualdad*, se proclama el principio general de igualdad material y se vedan las discriminaciones en las relaciones de trabajo, se garantiza el pluralismo cultural, religioso y lingüístico de los trabajadores, se reitera la igualdad de hombres y mujeres respecto al empleo, el trabajo y su retribución, y se reconoce el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de las medidas protectoras de su integración profesional.

Al amparo de la *Solidaridad*, se recogen la información y consulta de los trabajadores en la empresa, la negociación y las acciones colectivas, incluida la huelga en defensa los intereses afectados, el acceso a los servicios de colocación, la protección contra los despidos injustificados, la fijación de condiciones de trabajo adecuadas a la salud, la seguridad y la dignidad de las personas, el tiempo de ocio y de descanso, la prohibición del trabajo infantil, el amparo de los trabajadores jóvenes frente a la explotación económica o las especies de trabajo peligrosas para su desarrollo, su educación y su salud, amén de la armonización de la vida profesional y familiar, el acceso a los beneficios de los regímenes públicos de Seguridad Social y la lucha contra la exclusión social y la pobreza.

Bajo el encabezamiento nominativo de *Justicia*, los derechos sociales fundamentales de los trabajadores obtienen la efectiva tutela judicial que, evitando la indefensión de las partes que actúan sus pretensiones respectivas, garantiza el examen de las vulneraciones de aquellos y la emisión, a cargo de la jurisdicción competente, de una respuesta –formalmente motivada y

suficientemente fundada en Derecho– a las cuestiones sustantivas que se han planteado en el proceso.

### 11. ¿‘Futuro postlisboeta indefinido’ de la UE respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores?

Las tensiones causadas por el fatigoso reconocimiento de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores seguirán informando de la que-  
rencia a la *nacionalización residual* que opone el *particularismo de los ordenamientos jurídicos* de los Estados miembros al *talante generalizador* del Derecho objetivo de la UE. Ello, no obstante la autoridad y la impronta de la *primacía* y el *efecto directo* del Derecho Comunitario. Prueba de que no se apuesta resueltamente por la integración y de que las posiciones de *resistencia blanda* ocultan un *cajón de sastre* donde cohabitan discrepancias irreconciliables.

Los jueces del orden social, como los de las demás jurisdicciones, no apuran los esfuerzos tendentes a seleccionar, si es del caso, la norma del ordenamiento jurídico de la UE que debe aplicarse. Prescinden de estas averiguaciones y acostumbran a situarse en el marco del sistema de fuentes de los respectivos Derechos internos. La alternativa «¿*Derecho europeo o Derechos nacionales?*» encierra un aspecto de curiosidad doctrinal avalada por las estadísticas judiciales y el interés de los estudios a que ha dado lugar. Ni el porvenir de este debate está prejuzgado, ni se cuenta con una metodología irreprochable para enfocar su porvenir. Hay excepciones, si se trata de *normas comunitarias notorias* que agrandan el elemento histórico de la causa de pedir – identificadora de la acción ejercitada– y que deben ingresar de oficio en el debate. Cabe asimismo que las partes aleguen principios o preceptos de Derecho Social europeo que, ante los caracteres del problema pendiente de resolución, lleven al planteamiento de una *cuestión prejudicial*. Los episodios de nacionalización residual o de *horror al vacío* se aprecian también cuando los legisladores estatales aplazan o descuidan el desarrollo tempestivo de las Directivas en materia de Derecho Social europeo. *Las ambigüedades y evasivas abundan frente a lo amable y sugestivo de la finalidad integradora*. La jurisdicción se siente desarmada si no se dan las condiciones que, para suplir la mora legislativa, le permiten aplicar directamente la norma comunitaria pendiente de transposición.

La Política Social –antes *comunitaria* y hoy día *de la UE*– y el Derecho propio de sus requerimientos no pueden esperar todo del ejercicio del *poder de codecisión* conferido al CUE (Consejo de la Unión Europea) y el PUE (Parlamento de la Unión Europea) para la producción ordinaria de normas jurídicas. Cualquier hipótesis que surja en este punto obliga a un discurso denso y responsable sobre cuestiones tan sensibles como eludidas o tratadas superficialmente. *A saber, la falta de un espacio público europeo, la diversidad de las estructuras sindicales, la inexistencia de partidos políticos*

*transnacionales, las limitaciones impuestas al control de la CUE por el PUE y la sustracción a este último de competencias naturales.* Carencias lesivas para una Política Social que ha sido la última en beneficiarse de las rectificaciones del *economicismo antiguo del diseño europeo* y que, aun dejando de constituir un subproducto comunitario, prosigue expuesta al virus de las contaminaciones globalizadoras.

Las cosas pueden ocurrir de otro modo, si el *porvenir postlisboeta* de la UE se escribe derecho con renglones torcidos y se enmiendan algunas de sus deficiencias. La empresa consuntiva que ha supuesto la *recepción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el espacio de la UE* enseña que –superando la tibieza interpuesta entre la hostilidad y el entusiasmo– ahí palpita una de las *divergencias capitales* que afectan a los Estados miembros de la UE e incluso a sus pueblos respectivos. Se han discutido hasta la extenuación, sin cerrar acuerdos provechosos, las cuestiones polémicas que miran al concepto inequívoco de lo que significa la *integración europea*, a los *elementos* que preferiblemente han de elegirse para delimitarla con exactitud terminológica, a la concreción de los *intereses y bienes jurídicos* que subyacen a los enunciados ampulosos y vastos, y a las *estrategias* idóneas para liquidar los obstáculos y las desavenencias. *Los desencuentros conceptuales ocultan, si se llega al fondo de las cosas, diferencias culturales e imperativos económicos harto costosos de reconciliar.* La redacción de los textos abunda en reiteraciones consensuadas o divergencias gramaticales que confirman la imposibilidad de plasmarlos, a gusto de todos, en el correspondiente idioma nacional. He aquí una de las intransigencias que vician el proceso en examen y endurecen la flexibilidad de su progreso. Con razón, llevan el nombre de *compromisos apócrifos* las fórmulas que, pretendiendo integrar pacíficamente un cúmulo de exigencias contradictorias, las mantienen vivas y embrollan la polémica en torno a las cuestiones que dicen haber dilucidado.

Una parte de los ciudadanos europeos –atentos al dictamen del sentido común– no ha desistido de culminar su *ensoñación unitaria*, porque la lógica de los acontecimientos coetáneos les disuade de aceptar, con buena dosis de resignación, el triunfo de las inconsecuencias que la empañan. Hay una paradoja más entre las apreciables. *La maleabilidad expansiva del mundo globalizado otorga a todos los pueblos de la Tierra unas facilidades que, pese a los alejamientos geográficos, se aprovechan para concertar, con avidez y sin recelos, ilusionadas aventuras de amplio espectro. Diligencia y solicitud que se echan de menos en los episodios protagonizados por el módico número de actores que, entre sí tan cercanos, comparten los esfuerzos de edificar Europa.*

*Reparos* desalentadores y debidos a la intolerancia con que ciertos Estados miembros se escudan en la figura proteica de un *Superestado* –que predica una *Europa sin alma*– y, atrapados por esta prestidigitación, cierran filas a la hora de dar el paso a la unión política. No están resueltos a ceder

y/compartir soberanías y poderes, identidades y lealtades, porque *su voluntad irrevocable ha sido y sigue siendo la de no ir más allá del establecimiento de un mercado común que clausura el capítulo de sus pretensiones sobre la perfección europeísta. Sus posturas erosionan la causa de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el espacio de una Europa unida, si se quiere, pero inferior cualitativamente a la causa de otra Europa posible –la tierra prometida de la Europa social– que proponían los defensores de una integración moralizadora y solidaria. Algo inviable, si los Estados miembros no ceden unánimemente una parte sustancial de su soberanía divisible al emergente pueblo europeo –pendiente de estrenarse como nuevo sujeto originario o en raíz de esta– y a las instituciones que la imaginación de la UE ha de crear para garantizar formas honorables de representación popular y ocupar el espacio público en que se materialice la opción federativa.*

El pueblo europeo, compacto y coaceptado como tal, está legitimado activamente para reclamar –con la coherencia de lo razonable– orden, concierto y simplificación allí donde, junto a una dosis vitanda de complejidad, *laten las confrontaciones que enturbian la imagen deseable de una UE en que, según un acreditado principio dinámico, el Derecho Fundamental y el Derecho Derivado resulten irrepugnables, los mecanismos de su actuación sean irresistibles y la jurisdicción se ejerza irreprehensiblemente.* La voluntad constituyente de ese pueblo ha de adjudicar a la sociedad europea un sistema de seguridad jurídica compatible con las acciones y/o reacciones elásticas que, sin esterilizar la creatividad ni vulnerar la naturaleza de las cosas, hayan de agilizarse en cada tiempo. Únicamente el *pueblo europeo* –firmemente asentado en un espacio público común– puede hacer gala de una identidad y una lealtad tan iguales a sí mismas como coexistentes con el pluralismo social y las diferencias individuales que lo caracterizan. Habrá cuajado entonces la *demanda social europea* que han de atender las instituciones competentes, cancelando las discrepancias que oscilan entre las objeciones rituales –de parco fundamento– y las concesiones y/o protestas domésticas de escasa cortesía.

*La Política Social europea puede beneficiarse, en trances normales y no en circunstancias de excepción, de la modernidad de un Derecho Social construido gracias a la voluntad originaria o en raíz de un verdadero pueblo soberano, a imagen y semejanza de los procesos constituyentes dignos de llevar este nombre.* No de las ficciones o artificios que lo han suplantado en virtud de un sistema de fuerzas corregible a través de las oportunidades que ofrece el TL. Instrumento que sitúa en las vísperas –¿interminables o de muy larga duración?– de la solución definitiva que supone una Constitución para Europa. Una *carta política de corte federal*, purgada de los inconvenientes que, hasta el momento, impiden definirla como la síntesis de las experiencias del pasado y de la vida nueva que sus enseñanzas aconsejan.

La UE ha reaccionado, aquí y ahora, frente a las sorpresas de la economía general de los Estados miembros, como el *sujeto activo de una parte de la soberanía divisible* de naturaleza económica. La asume y ejercita en el proceso globalizado de combate contra el *género de la recesión* y las *especies críticas* en que se plasma este fenómeno. Junto a las *recomendaciones coercitivas* que afectan a los Estados miembros de la UE, el G-20 –agrupación de las economías de mercado consolidadas o emergentes– se atribuye un *control horizontal*, también soberano de hecho, sobre la Política Económica de los países que disponen de un plazo perentorio para normalizar su endeudamiento a través de una rebaja insoslayable. *Entra en circulación un torrencial principio de orden público económico que, para salvar la premisa del desarrollo sostenible, va a deprimir sensiblemente las adquisiciones de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en los sectores público y privado.* Las campanas del debilitado Estado de Bienestar *tocan a muerto* y las paredes del sistema se agrietan peligrosamente. El *economicismo de toda la vida* está armado para ganar las batallas libradas en pro de esa consigna. Pese al valioso efecto de la recepción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en la UE, retornan estos al estado de *pariente pobre* que los estigmatizaba de antiguo. El sugestivo lema que, en pro de la irregresividad de las victorias sociales de los sindicatos, rezaba «... *siempre más, nunca bastante...*», cede ante la predicción vetotestamentario que lamenta cómo «... *al que mucho o casi todo lo posee, todo le será dado, y al que poco o casi nada tiene, todo le será quitado*».

Puede seguirse discutiendo que Europa no sea hoy ni haya sido jamás un continente, una cultura, un pueblo o una historia, ni que posea una frontera única, ni que venga de un sueño o un destino comunes. Acaso haya *Europa(s)* concurrentes que requieren análisis profundos para dilucidar y hacer saber sus rasgos individualizadores. Pero es evidente que el trazado –modélico y básico– del orden mundial solamente se entiende en función de las luces y las sombras del pensamiento europeo, y de *un ingenio que, a empellones de la propia conciencia, ha situado en vanguardia de sus adquisiciones el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.*

Ello acontece en el *solar de Europa*, donde emergieron y maduraron las aspiraciones de agotar la curiosidad intelectual y adueñarse de sus yacimientos, de difundir las lenguas para perpetuar la comunicación y la satisfacción de dialogar, de propagar universalmente las ideas para poner a prueba su eficacia, y de impulsar, en fin, las acciones de las mujeres y los hombres que han cooperado a realizarlas, y las de cuantos, al sucederles y repoblar sus espacios habitables, han sido y siguen siendo sus imitadores.

## Bibliografía de orientación

- ALDECOA, F. «El Tratado de Niza, consolidación y reforma de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 25, pp. 185-210.
- ALONSO OLEA, M. «La Unión Europea y la Política Social», *España y la Unión Europea: Las consecuencias del Tratado de Maastricht*, pp. 58-89. Madrid: Ed. Círculo de Lectores, 1992.
- ATTALI, J. *Europe (s)*. París: Ed. Fayard, 1994.
- CANEDO, J. R. y GORDILLO, L. «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 39, 2008, pp. 25-57.
- CRESPO, S. «Algunas reflexiones sobre el espacio social europeo», *Política Social de la Comunidad Europea*, v. 1, pp. XV-XXXII. Madrid: Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- DROUIN, P. *L'Europe du Marché comun*. París: Ed. JULLIARD, 1968.
- FAVAREL-DAPAS, B. «L'Europe sociale», *L'Union Europeenne*, pp. 26-35. París: Ed. La documentation française, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. *et al.* «Le développement de la politique sociale européenne», *Rapport du comité des Sages*, Bruselas-Luxemburgo: Ed. Comisión Europea, 1996.
- ISSAC, G. *Manual de Derecho Comunitario general*, traducción de BIGNOZZI, J. y MARFA, J. Barcelona: Ed. Ariel, 1985.
- LOPEZ GARRIDO, D. *El Tratado de Maastricht*. Madrid: Ed. El autor, 1992.
- LOUIS, J. V. *El ordenamiento jurídico comunitario*, traducción y edición de la Oficina de Publicaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas-Luxemburgo, 1985.
- LYON-CAEN, G. *Droit social international et européen*. París: Ed. DALLOZ, 1979.
- MARISCAL, N. *Más allá de Lisboa: Horizontes europeos*. Madrid: Ed. Tecnos, 2010.
- MORAVCSIK, A. *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power*. Londres: Ed. UCL Press, 1999.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, R. «La viabilidad del Estado de Bienestar en un contexto hostil», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 28, 2003, pp. 33-55.
- PÉREZ DE LAS HERAS, B. «Reestructuración de Tratados y visibilidad jurídica en la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 30, 2004, pp. 163-180.
- SALA, T. *et al.* *Derecho Social Comunitario*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1995.
- ZORRILLA, M. M. «Luces y sombras de la Europa social», *Estudios de Deusto*, v. 47/1, 1999, pp. 173-199.

# NOTA



# ¿Cómo la negociación colectiva puede ayudar a reducir el absentismo en las empresas?

Jordi Garcia Viña

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universitat de Barcelona

Recibido: 08.01.2010

Aceptado: 13.04.2010

---

**Resumen:** Uno de los problemas importantes en el mundo de las relaciones laborales de los últimos años es el aumento del absentismo laboral. El empresario, de repente, observa que los puestos de trabajo están vacíos, con los consiguientes problemas que esta situación supone, sin que conozca las causas de estas ausencias, ni pueda poner remedio. Las empresas necesitan solucionar esta situación tan grave que tantas consecuencias negativas tiene para su competitividad. Una de las posibilidades radica en introducir, por medio de la negociación colectiva, cláusulas que generen mayor flexibilidad en la prestación laboral y que suponga un beneficio, no solo para el empresario, sino también para el trabajador.

**Palabras clave:** Negociación colectiva, absentismo, empresa.

**Abstract:** *One of the important problems in the world of the labour relations of the last years is the increase of the labour absenteeism. The employer, suddenly, observes that the workplaces are empty, with the consequent problems that this situation supposes, without knowing the causes of these absences, with no remedy. The companies need to solve this serious situation that has so many negative consequences for their competitiveness. One of the possibilities lies in entering, by means of the collective bargaining, clauses that generate main flexibility in the labour relationship and that suppose a profit, not only for the employer, but also for the employee.*

**Key words:** *Collective bargaining, absenteeism, company.*

---

**Sumario:** 1. Cuestiones generales.—2. El absentismo en Europa.—3. El absentismo en España.—4. El coste del absentismo.—5. Planes de resolución del absentismo.—6. Conclusiones.

## 1. Cuestiones generales

Uno de los primeros problemas con los cuales se encuentra cualquier persona cuando pretende definir qué es el absentismo es que no existe unanimidad sobre la definición de este concepto. Normalmente, se suele partir de definiciones amplias del absentismo, como, por ejemplo, las horas no trabajadas totales, o bien han excluido algunos conceptos que claramente no tienen que ver con el absentismo.

Así, cabe citar las siguientes tres definiciones:

- La ausencia del trabajador, que es involuntaria y puede responder a diversas causas (enfermedad, accidente, fuerza mayor, etc.).
- El tiempo no trabajado, que constituye un derecho social para el trabajador (maternidad y otros permisos remunerados, formación, etc).
- El absentismo de carácter voluntario, como, por ejemplo, los retrasos. Este absentismo injustificado también puede ocultarse bajo otras figuras, como la incapacidad temporal, haciendo uso de los denominadas «falsas bajas», o bien de una enfermedad sin baja.

Con respecto a las consecuencias económicas del absentismo para las empresas y para el trabajador, pueden aparecer tres situaciones:

- El absentismo injustificado. La empresa no abona la remuneración correspondiente y el trabajador, por lo tanto, deja de percibir el salario del tiempo de absentismo.
- La enfermedad sin baja. Si el convenio colectivo lo prevé, la empresa continúa pagando una parte o toda la remuneración del trabajador. A partir del cuarto día es obligatorio presentar la baja, y consecuentemente se pasa a situación de incapacidad temporal.
- La incapacidad temporal. Hasta el decimoquinto día la empresa paga un 60% del salario y, a partir de este momento, la Seguridad Social asume el pago de un 75% del salario del trabajador. En algunos casos, si lo estipula el convenio colectivo, la empresa puede complementar esta percepción. Si la incapacidad temporal es causada por enfermedad profesional o accidente laboral, la prestación corre a cargo de la Seguridad Social.

Por otro lado, el absentismo depende de un número considerable de factores; en este sentido, si una empresa cuenta con unas condiciones laborales favorables, ofrece incentivos y promoción para los trabajadores, consigue un buen clima laboral y, en definitiva, gestiona bien sus recursos humanos, es muy probable que cuente con unos niveles más bajos de absentismo laboral.

En los últimos años se está produciendo un aumento del absentismo laboral, por lo cual varias empresas están aplicando planes para reducirlo mediante el aumento del nivel de satisfacción de los trabajadores, el seguimiento individual de los objetivos a cumplir por parte del trabajador y dando flexibilidad horaria que permita conciliar la vida laboral con la personal. El uso de las nuevas tecnologías puede ser muy importante para conseguir esta flexibilidad.

Asimismo, como se trata de una ausencia no programada, pueden aparecer costes adicionales cuando sea necesario sustituir al trabajador, costes que dependen, fundamentalmente, del tipo de trabajo que desarrolle este y de la propia actividad de la empresa.

En definitiva, y este es uno de los principales problemas para las empresas, el absentismo laboral comporta, entre otras, las siguientes consecuencias, unos costes económicos directos para la empresa, y, al mismo tiempo, puede generar otros efectos negativos que se podrían catalogar como indirectos, como, por ejemplo, una menor productividad o un mal ambiente entre los trabajadores.

## 2. El absentismo en Europa

Uno de los trabajos más interesantes sobre el tema es el estudio sobre absentismo laboral realizado en el año 2007 por *PricewaterhouseCoopers* en más de 16.000 empresas europeas, que compara los niveles de absentismo en diferentes países europeos. En este estudio la ratio de absentismo que se utiliza se define como los días u horas no trabajados o perdidos entre el total de días de trabajo disponibles. Dentro de las horas no trabajadas se incluye la incapacidad o enfermedad, las huelgas y los permisos familiares, pero no se considera la maternidad ni las horas no trabajadas por regulación de empleo. Los días de trabajo disponibles incluyen los días efectivamente trabajados, las horas extraordinarias y las horas no trabajadas o perdidas.

Francia y Alemania lideran el *ranking* europeo del absentismo laboral, con un 4,5% y un 4,4%, respectivamente. En relación con España, no se ofrecen datos específicos para el país, pero la información disponible para el conjunto de España y Portugal revela una tasa de un 4,1%, algo por encima de la media europea (4%) y de la media de la Europa Occidental (3,9%). Los países con menor absentismo son Italia y Austria.

Los sectores de actividad de Europa con una tasa de absentismo más elevada son la industria química y los seguros, seguidos del sector público. Por el contrario, los porcentajes más bajos corresponden a la electrónica y a las nuevas tecnologías. Con respecto a la dimensión empresarial, se señala que las compañías pequeñas y medianas con plantillas de menos de 1.000 personas presentan las menores ratios de absentismo.

El absentismo de los directivos en Europa es de un 2,1%, en comparación con un 4% del total de los trabajadores. Además, los directivos con una ratio más elevada son los del sector público y los de los seguros, mientras que los que presentan unos porcentajes más bajos corresponden a la electrónica y a las nuevas tecnologías.

## 3. El absentismo en España

Según la Encuesta de Coyuntura Laboral del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el año 2008 el número de horas no trabajadas por causas ocasionales ascendió a 60,7 horas por trabajador. Esto representa un aumento de un 6,5% respecto al 2007, lo cual supone acelerar la subida registrada el ejercicio pasado, cuando el incremento se situó en un 3,1%.

La principal causa del absentismo laboral es la incapacidad temporal, que incluye enfermedades por causas comunes y accidentes no laborales, así como enfermedades y accidentes laborales. A efectos de la Encuesta de Coyuntura Laboral, dentro de la incapacidad temporal también se incluyen las enfermedades y accidentes, aunque sean de duración inferior a los tres días y no generen baja. De las 60,7 horas no trabajadas por ocupado, un 71,7%, es decir, 43,5 horas, fueron causadas por este concepto. De hecho, el comportamiento de las horas no trabajadas ocasionales depende, fundamentalmente, de cómo evoluciona la incapacidad temporal. Otras razones de absentismo son el permiso de maternidad –que supuso 6,8 horas por trabajador–, y otros permisos remunerados –que representan 4,4 horas–, seguidos de la formación, las actividades de representación sindical y el absentismo injustificado.

En los últimos años se está produciendo un aumento del número de horas no trabajadas dedicadas a la formación y a los permisos remunerados, lo cual sugiere que los empresarios podrían estar dando más importancia a la formación y a la conciliación de los trabajadores como factor competitivo. Aun así, los datos más recientes parecen romper con esta tendencia de incremento continuo en el caso de la formación. Con respecto al absentismo injustificado, se ha de mencionar que también ha registrado un crecimiento notable como causa de absentismo a lo largo de los últimos años. En 2006, por ejemplo, las horas no trabajadas por este concepto se incrementaron un 15,4%, y los datos del 2007 señalan el mantenimiento de esta alza.

En el año 2008 se estima que la tasa de absentismo se situó en un 3,6% de la jornada teórica total. La evolución de esta en la pasada década hace patentes dos etapas bien diferenciadas. En el período 1997-2000 se produjo un descenso en la tasa de absentismo, pero desde el año 2000, cuando la tasa fue de un 2,6%, ha tenido lugar un incremento lento pero sostenido. Los datos correspondientes al tercer trimestre de 2007 muestran que la tasa de absentismo se situó en un 3,9%.

Tasas del 3,6% o del 3,9% se podrían considerar relativamente bajas si se tiene en cuenta la notable preocupación que suscita la problemática del absentismo desde la órbita empresarial. En este sentido, la Encuesta de Coyuntura Laboral tiene como objetivo reflejar la evolución del mercado laboral y no medir el absentismo, que se calcula a través de una estimación indirecta, por lo cual los resultados que se obtienen en esta materia siempre se deben considerar con prudencia. Por otro lado, la Encuesta solo se centra en los trabajadores del régimen general, y excluye sectores como la agricultura, la administración pública, defensa y seguridad social.

En otro sentido, es importante destacar las diferencias que puede haber en el cálculo de lo que se considera absentismo; estas diferencias también aconsejan prudencia en el análisis de la problemática según los datos disponibles. Internacionalmente, tampoco existen metodologías armonizadas

y, de hecho, organismos estadísticos como *Eurostat* no publican datos al respecto correspondientes a países europeos. La comparación es difícil, porque influyen muchos factores, como los relativos a los sistemas de sanidad y de seguridad social, al mercado de trabajo y a la cultura empresarial (si existe flexibilidad horaria, si hay simplemente un control de presencia o, por el contrario, se establecen objetivos y se evalúan los resultados, etc.).

Finalmente, hay que apuntar que la tasa de absentismo es un indicador que mide parcialmente la magnitud de la problemática, puesto que tasas relativamente reducidas de absentismo pueden ocultar grandes inconvenientes para las empresas que los registren: por ejemplo, en algunas ramas industriales la ausencia de trabajadores que ocupen determinados puestos de trabajo bastantes cualificados y, por lo tanto, difícilmente sustituibles, puede suponer un problema importante para la producción.

La tasa de absentismo es más elevada entre los trabajadores con jornada completa que entre quienes trabajan a tiempo parcial. En el año 2008 la tasa de absentismo de los efectivos con jornada completa fue de un 3,7%, mientras que en el colectivo con jornada parcial se situó en un 2,4%. Tal y como sucedía con la tasa de absentismo media, desde el año 2000 se ha producido un incremento gradual de la tasa de absentismo en todos los tipos de jornadas (del 2,7% al 3,7% en el caso de la jornada completa, y del 1,3% al 2,4% en el caso del tiempo parcial).

El sector económico con un mayor número de horas no trabajadas por causas ocasionales es la industria, que en 2008 sufrió la pérdida de 75,8 horas no trabajadas por efectivo. Le siguen los servicios (60,4 horas) y, en último lugar, la construcción (43,1 horas). Aun así, el mayor incremento durante el año 2008 correspondió a los servicios, en que las horas no trabajadas crecieron un 8,8% anual.

La tasa de absentismo en la industria era de un 4,3%, frente a un 3,6% por el total de la economía. Por otra parte, en los servicios se situaba en el 3,7% y en la construcción, en el 2,4%. En comparación con el 2000, se ha de mencionar un incremento generalizado del absentismo en todos los sectores de actividad, si bien el crecimiento ha sido más intenso en el caso de los servicios, en que ha aumentado 1,2 puntos porcentuales en el período 2000-2008. El crecimiento absoluto ha sido algo menor en la industria (subida de un punto porcentual) y más reducido en la construcción (incremento de 0,5 puntos).

La tasa de absentismo es más elevada en las empresas más grandes, en las que, lógicamente, resulta más compleja la gestión de los recursos humanos. Es de un 5,6% en las empresas de más de 250 trabajadores, de un 4,1% en las que tenían entre 51 y 250 trabajadores, de un 2,9% en las que contaban entre 11 y 50 trabajadores, y de un 2,1% en las que tenían 10 o menos trabajadores. La tasa ha tendido a aumentar en todos los colectivos a lo largo de los últimos cinco años, pero en términos relativos se ha incrementado más en las empresas pequeñas, donde la tasa casi se ha duplicado, de un

1,1% en 2000 hasta un 2,1% en 2008. Esta distribución del absentismo guarda relación con el comportamiento por sectores, dado que la industria, sector en el cual la dimensión empresarial es, en líneas generales, superior era la que presentaba una tasa de absentismo más alta.

En el año 2008, las comunidades autónomas que contaban con un mayor número de horas ocasionales no trabajadas por trabajador eran, también, las que presentaban una tasa de absentismo más elevada. El porcentaje más alto correspondía a Asturias, con una tasa de un 4,6% y un número de horas no trabajadas de 76,6 por trabajador. La seguían el País Vasco y Cantabria, con tasas de un 4,5% y de un 4,1% respectivamente. Por el contrario, la tasa más reducida, con diferencia, era la de Extremadura, de un 2,7%. Esta situación se mantiene desde hace años, dado que en 2000 eran las comunidades autónomas mismas las que presentaban los niveles más altos y más bajos. Justo es decir, no obstante, que en los últimos años se ha producido un ascenso generalizado del absentismo en todas las comunidades autónomas. En 2008 los incrementos más intensos correspondieron a Galicia, Navarra y Asturias, mientras que se produjo una reducción en Canarias y Murcia.

En cuanto a la incidencia específica de la incapacidad temporal, también se observan diferencias: así Cataluña presentaba una incidencia de la incapacidad temporal (3,5% de los trabajadores protegidos) por encima de la media española (3%). Los territorios con un menor porcentaje fueron Extremadura (1,9%) y Andalucía (3,3%). Con respecto a la duración media de los procesos, los más largos corresponden al País Valenciano y Murcia (por encima de los 60 días) y los más cortos a Baleares y Cataluña (43 días).

Es evidente que, con estas magnitudes, el absentismo se ha convertido en un problema, tanto para las empresas en particular, como para la sociedad en general. Se han propuesto varios mecanismos para solucionar esta situación, sin que ninguna de las partes implicadas (empresa, trabajador y sociedad) se vea perjudicada.

La negociación colectiva puede ayudar a mejorar esta situación. Son diversos los convenios colectivos que regulan aspectos, especialmente en relación con la jornada de trabajo, que claramente solventan factores relativos al absentismo. Sin embargo, son escasos los convenios colectivos que incluyen alguna cláusula que tenga incidencia directa en la solución de esta materia, como, por ejemplo, planes concretos de resolución del absentismo.

#### 4. El coste del absentismo

El absentismo laboral genera un coste económico directo para las empresas que lo sufren, íntimamente relacionado con los pagos que hacen a los trabajadores ausentes durante el primer período de baja. Además, existe un coste indirecto asociado, básicamente, a dos hechos. En primer lugar, uno rela-

cionado con la necesidad de sustituir a los trabajadores ausentes, circunstancia que puede implicar varios tipos de costes añadidos (búsqueda, contratación, formación, etc.). Y, de otra parte, uno asociado a la pérdida de eficiencia y de productividad que experimenta la empresa como consecuencia del absentismo de trabajadores en activo.

En España se estima que el coste económico directo de la incapacidad temporal para las empresas ascendió a 2.207 millones de euros en el año 2006, lo cual representa que las compañías abonaron por término medio unos 13 euros mensuales a cada trabajador en concepto de incapacidad temporal. Por otro lado, el resto de horas no trabajadas por absentismo (absentismo injustificado, permisos, etc.) supuso un coste de 1.838 millones de euros. Consecuentemente, el absentismo laboral generó, a lo largo de 2008, un coste directo total de 4.046 millones de euros, lo cual representa el 0,4% del PIB y el 0,9% de la masa salarial global (remuneración de los asalariados). Se estima que en Cataluña, que cuenta con unos costes laborales más elevados que la media española, el absentismo representó un impacto económico de 912,5 millones de euros, es decir, un 22,5% del total estatal.

A partir de los datos procedentes de diferentes fuentes consultadas, se estima que, aproximadamente, la mitad de las horas no trabajadas por incapacidad laboral no se cubre con personas sustitutas, mientras que un 30% se hace con trabajadores de la misma empresa y con la realización de horas extraordinarias, y el restante 20% con efectivos contratados temporalmente.

En 2008 el absentismo laboral que se registró en España generó un impacto global sobre las empresas de 10.568 millones de euros, sin tener en cuenta la incidencia económica derivada de las pérdidas de eficiencia y de productividad asociadas al fenómeno. Esto representa un 1,1% del PIB y un 2,3% de la masa salarial global (remuneración de los asalariados).

## 5. Planes de resolución del absentismo

Los convenios colectivos no suelen regular planes de resolución del absentismo. De hecho, del total de los convenios colectivos analizados, solo el 3,9 % contiene alguna cláusula que se refiere a medidas de acción positiva en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, de los cuales, el 50 % son convenios colectivos que regulan las prestaciones en ayuntamientos, tanto para el personal laboral como para los funcionarios, además de convenios de consejos comarcales o de empresas participadas por la Administración pública, como, por ejemplo, la Agencia Catalana del Agua o el Consorcio del Museo de Arte Contemporáneo de Barcelona (MACBA).

### Convenios de empresa y sector vigentes que regulan el absentismo laboral en Cataluña (2008)

Ámbito	Núm. Expedientes		Trabajadores		Empresas	
	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%
Negociación						
Empresas	153	15,10	33.105	1,80	157	0,10
Sector	31	3,06	240.752	13,08	19.150	12,05
Territorial						
Barcelona	119	11,75	41.033	2,23	2.638	1,66
Girona	11	1,09	16.509	0,90	3.224	2,03
Lleida	3	0,30	241	0,01	3	0,01
Tarragona	12	1,18	9.409	0,51	1.589	1,00
Cataluña	8	0,79	24.572	1,33	1.672	1,05
Estatal	31	3,06	182.093	9,89	10.181	6,41
Naturaleza jurídica						
Convenio estatutario	162	15,99	270.978	14,72	19.285	12,14
Acuerdo y pactos funcionarios	22	2,17	2.879	0,16	22	0,01
<b>Total general</b>	<b>184</b>	<b>18,16</b>	<b>273.857</b>	<b>14,87</b>	<b>19.307</b>	<b>12,15</b>

De acuerdo con los datos del Departamento de Trabajo obtenidos del vaciado de todos los convenios colectivos vigentes en Cataluña en 2008, el 18,16% ha pactado alguna cláusula específica para la reducción del absentismo laboral. Estos convenios afectan al 14,87 % de la población ocupada y el 12,15% de empresas de Cataluña reguladas por convenio colectivo, como se puede advertir en la tabla.

No obstante, si se procede a buscar dentro de los convenios las palabras «absentismo», «ausencia», «presencia» o «asistencia», solo el 75% de los convenios referenciados por el Departamento de Trabajo contemplaría cláusulas dirigidas a la reducción del absentismo.

### Convenios reseñados por los responsables del vaciado que citen las palabras «absentismo», «ausencia», «presencia» o «asistencia»

Ámbito	Regula conceptos		No regula conceptos		Total convenios	
	Abs.	% Fila	Abs.	% Fila	Abs.	% Fila
Empresa	118	73,2	35	22,8	153	100
Sector	20	64,6	11	35,4	31	100
<b>Total</b>	<b>138</b>	<b>75,0</b>	<b>46</b>	<b>25,0</b>	<b>184</b>	<b>100</b>

Si se analizan las principales temáticas abordadas en aquellas cláusulas dirigidas a la reducción del absentismo laboral en los convenios de empresa, se constata la preeminencia de medidas dirigidas a incentivar el no absentismo a partir de otorgar pluses salariales a los trabajadores que no se ausentan como así pasa en un 46 % de los convenios analizados.

Además, cabe citar la presencia de cláusulas dirigidas a definir de forma específica qué supone el absentismo en un 38,1% de los convenios. Con menos centralidad reguladora, se puede advertir que en el 25% de los convenios hay acciones dirigidas a la regulación específica de los incapacitados temporales; en un 23% de los casos, se adoptan acuerdos dirigidos a la mejora de la investigación del fenómeno y al establecimiento de sanciones a las prácticas absentistas, respectivamente.

Cuestiones como la adopción de sanciones que atañen a todos los trabajadores o a un grupo de estos por prácticas absentistas individuales son también relativamente importantes, y afectan al 16 % de los convenios analizados. Por otra parte, la creación de comisiones, generalmente entre la empresa y los representantes de los trabajadores, está presente en un 14%. Finalmente, se debe subrayar, además, el relativo poco peso de acciones dirigidas a incidir en la regulación del tiempo de trabajo, la organización del trabajo, los riesgos laborales y el control concreto de la existencia o no de prácticas absentistas. Finalmente, solo cinco casos entienden el absentismo como una cuestión clave para el negocio.

### Temáticas relacionadas con la regulación del absentismo laboral por parte de los convenios de empresa en Cataluña (2008)

Temática	Número de convenios	% Total de convenios
Plus salarial por no absentismo	55	46,6
Afecta pautas tiempos de trabajo (calendario, jornada...)	7	5,9
Afecta pautas organización del trabajo (rotación, categorías...)	3	2,5
Afecta selección y promoción personal	3	2,5
Despido	1	0,8
Regulación incapacitados temporales	30	25,4
Sanciones	28	23,7
Sanciones individuales asumidas colectivamente	19	16,1
Control	13	11,0
Control Incapacitado Temporal	10	8,4
Riesgos laborales	8	6,7
Elemento básico para estrategia de negocio	5	4,2
Definición absentismo	45	38,1
Investigación	27	22,8
Comisión	17	14,4
<b>Total</b>	<b>118</b>	<b>100</b>

Las cláusulas de los convenios sectoriales más destacables son los de definición concreta de las prácticas absentistas y la regulación específica de los incapacitados temporales, en un porcentaje de presencia en el conjunto de convenios similar al de empresa. Asimismo, se debe destacar la mayor importancia conferida a este tipo de convenios respecto a los de empresa en las cuestiones referidas a la realización de comisiones para su estudio y la consideración de los riesgos laborales como un elemento importante por incidir.

### Temáticas relacionadas con la regulación del absentismo laboral por parte de los convenios de sector en Cataluña (2008)

Temática	Número de convenios	% Total convenios
Plus salarial por no absentismo	4	20,0
Afecta pautas tiempos de trabajo (calendario, jornada...)	1	5,0
Afecta pautas organización del trabajo (rotación, categorías..)	0	0,0
Afecta selección y promoción personal	0	0,0
Despido	0	0,0
Regulación incapacitados temporales	6	30,0
Sanciones	2	10,0
Sanciones individuales asumidas colectivamente	0	0,0
Control	2	10,0
Control Incapacitado Temporal	1	5,0
Riesgos laborales	4	20,0
Elemento básico para estrategia de negocio	0	0,0
Definición absentismo	7	35,0
Investigación	0	0,0
Comisión	7	35,0
<b>Total</b>	<b>20</b>	<b>100,0</b>

Finalmente, hay una serie de convenios que se pueden destacar en general para cada una de las cuestiones habitualmente reguladas cuando se aborda el absentismo laboral. Los distinguidos por incidir en una gran parte de estas cuestiones se han etiquetado en la casilla de «General» en la siguiente tabla.

### **Casos singulares de convenios colectivos de empresa y de sector por el nombre o tipo de cuestiones relacionadas con la regulación del absentismo laboral en Cataluña (2008)**

General	Eixide, Ayuntamiento de Terrassa, BSH, Delphi, McDonalds, IT, Valeo Pirelli, Urbaser, Paradores, Sectorial: Textil y Confección (estatal), Sectorial: Químicas (estatal)
Plus salarial por no absentismo	Compañía de Aguas de Sabadell, Iberpotash, La H 2010 La Vajilla, Sectorial: Salinera (Estatal), Sectorial: Comercio de Juguetes (Barcelona)
Afecta pautas tiempos de trabajo (calendario, jornada...)	Delphi, BSH, IACP, Telesco, Sectorial: Trabajadoras familiares (autonómico)
Afecta pautas organización del trabajo (rotación, categorías...)	Delphi, Castellar Vidrios, Saint-Gobain
Afecta selección y promoción personal	Delphi, Reno
Despido	McDonalds
Regulación incapacitados temporales	Eixide, Fundación CIDOB, Pirelli, Sectorial: Bingo (Estatal), Sectorial: Mataderos aves y conejos (Estatal), Sectorial: Mueble (Cataluña)
Sanciones	General Cable, McDonalds, Sectorial: Pastas alimenticias (estatal), Sectorial: Trabajadoras familiares (Cataluña)
Sanciones asumidas colectivamente por prácticas individuales	TU, Valeo
Control	Eixide, Sectorial: Comercio de Juguetes (Barcelona), Sectorial: Panaderías y hornos de pan (Tarragona)
Control Incapacitado Temporal	Ayuntamiento de Manresa, Sectorial: Pastas Alimenticias (estatal)
Riesgos laborales	Ayuntamiento de Terrassa, BSH, Moderopa, Sectorial: Tejas (estatal), Sectorial: Perfumería (estatal)
Elemento básico para estrategia de negocio	Arcelor, Delphi, Ecoparc
Definición absentismo	Agencia Catalana del Agua, Celestica, General Cable, Nestlé, Pirelli, Selmar, TÚ, Urbaser, Telesco, Sectorial: Bingo (estatal), Sectorial: Mataderos aves y conejos (estatal), Sectorial: Mueble (Catalunya), Sectorial: Aceites (Barcelona)
Investigación	Ayuntamiento de Calafell
Comisión	Ayuntamiento de Bahía, Rauscher, Virtisu, Sectorial: Alimentación compuestos para animales (estatal), Sectorial: Perfumería (estatal).

Los objetivos de estos planes, según los convenios colectivos, son claros, como se puede comprobar en los siguientes ejemplos:

«Artículo 5.

*Objetivos*

*Son objetivos comunes de ambas partes la mejora de las condiciones de trabajo, la salud laboral, la productividad y competitividad de las empresas. Con este objetivo, estos deben colaborar a lograr los objetivos mencionados mediante el perfeccionamiento de los sistemas productivos y la reducción de los riesgos y del absentismo injustificado<sup>1</sup>».*

«Artículo 22.

*Productividad*

*Conscientes las partes de la necesidad de conseguir una mejora general de la eficacia del sistema productivo para lo cual es necesaria la incorporación de todos los agentes de la producción, las partes consideran imprescindible aclarar los objetivos a lograr, así como los factores que inciden sobre estos y los instrumentos básicos para conseguirlo.*

*Los objetivos a lograr son:*

*Elevar la competitividad y la rentabilidad de la empresa.*

*Optimizar la capacidad productiva.*

*Reducir los índices de absentismo<sup>2</sup>».*

O, como sucede en algunos casos, cuando se establece una justificación general, por ejemplo en el siguiente caso:

«Art. 4. Retribuciones

*Gestión del tiempo de trabajo*

*Una de las consecuencias de los profundos cambios sociodemográficos y laborales experimentados en la última década es la creciente dificultad de las personas trabajadoras por conciliar y reorganizar de manera satisfactoria su vida personal, familiar y laboral.*

*El Ayuntamiento entiende que los políticas de recursos humanos han de favorecer una plantilla motivada y comprometida, puesto que esto tiene un impacto directo en el nivel de calidad y eficacia de los servicios prestados a los ciudadanos.*

*El Ayuntamiento asume, en este sentido, la responsabilidad de crear un nuevo escenario laboral respecto al tiempo y el espacio de trabajo, en el cual los empleados se sientan apoyados y se los favorezca, desde el entorno laboral, con la finalidad de optimizar la disponibilidad de tiempo para los diferentes ámbitos vitales.*

<sup>1</sup> Convenio colectivo de trabajo de la industria del pan de la provincia de Barcelona para los años 2007-2010 (código de convenio núm. 0802525).

<sup>2</sup> Convenio colectivo de trabajo de la empresa Iveco España, SL, Irisbus Barcelona para los años 2006-2009 (código de convenio núm. 0812232).

*Los políticas generales y las prácticas de conciliación y flexibilización, adecuadas a los realidades individuales, deben ser los impulsores y facilitadores de este estado de bienestar y calidad de vida privada de los empleados desde la vertiente de la gestión del tiempo de trabajo, sin que esto comporte menoscabar la prestación de los servicios públicos<sup>3</sup>.*

Los medios que se ponen en marcha son los siguientes:

«Artículo 22.  
*Productividad*  
*Instrumentos básicos:*  
*Inversiones (nuevas tecnologías).*  
*Adecuar racionalmente la estructura.*  
*Nuevos métodos y, como consecuencia de estos, los tiempos resultantes; todo esto sin perjuicio de lo que se establece en el presente Convenio colectivo.*  
*Optimización de las relaciones laborales.*  
*Mejora de los condiciones y calidad de vida en el trabajo.*  
*Mayor incentiación económica.*  
*Programas y sistemas de formación que permitan una mayor calificación<sup>4</sup>.*».

En algún convenio colectivo se regula la presencia de los representantes de los trabajadores, como se puede comprobar en el siguiente extracto:

«Artículo 50.  
*Absentismo*  
*La Dirección de la empresa requiere a los representantes del personal y a los trabajadores afectados por este Convenio colectivo que sean conscientes de la repercusión negativa que tanto para los intereses legítimos de la empresa como para el de los mismos trabajadores representa el absentismo actual. También les solicita que contribuyan, con una actitud responsable y oportuna, a que esta situación sea superada en beneficio de todos.*

<sup>3</sup> Convenio colectivo de trabajo para el personal laboral del Ayuntamiento de Santa Coloma de Gramanet para los años 2005-2008 (código de convenio núm. 0800092). En sentido similar, art. 17 del Convenio Colectivo de la empresa Gas Natural SDG, S.A. (Código de Convenio n.º 9007792) y art. 19 del Convenio Colectivo de la empresa Sociedad General de Autores y Editores para el período 2006-2008 (Código de Convenio n.º 9004812).

<sup>4</sup> Convenio colectivo de trabajo de la empresa Iveco España, SL, Irisbus Barcelona para los años 2006-2009 (código de convenio núm. 0812232). En un sentido similar, art. 48 del Convenio Colectivo de la empresa Kaefer Aislamientos, S. A. (Código de Convenio n.º 9003702), Convenio Colectivo del empresa Hercio de España, S.A. (Código de Convenio n.º 9002482), artículo 23 del Convenio colectivo de trabajo de la empresa Aguas de Busot de Mataró, SA, Sociedad Privada Municipal para los años 2006-2008 (código de convenio núm. 0805972) y art. 51 del Convenio colectivo de trabajo de la empresa Barnices Valentine, SAU, para el año 2008 (código de convenio núm. 0800241).

*La Dirección de la empresa promueve acciones dirigidas a su reducción y espera que este llamamiento de atención sea comprimida y correspondida adecuadamente, y que el índice de absentismo se reduzca, cada año de vigencia del Convenio, como mínimo de un 5% respecto al año anterior. Los representantes del personal adquieren el compromiso de aportar los medios por conseguir la reducción mencionada y favorecerla<sup>5</sup>».*

Además, en algunos convenios colectivos se regulan propuestas concretas, como, por ejemplo, el teletrabajo, como se puede comprobar en los siguientes ejemplos:

*«Artículo 52 bis. Complemento de teletrabajo.*

*El teletrabajo es aquella forma de prestación de servicios en el ámbito laboral que se caracteriza por el hecho de que el empleado desarrolla la totalidad de su jornada laboral pactada en y desde su propio domicilio.*

*Los empleados de la Compañía BP Oil España, S.A.E. que presten sus servicios en régimen de teletrabajo percibirán un complemento salarial de 433,60 euros brutos mensuales en cada una de las doce mensualidades ordinarias. Esta cantidad compensará, aparte de la incomodidad que pudiera suponer tener la oficina en el domicilio, los gastos ordinarios de calefacción, luz, limpieza, así como cualquier otro de similar naturaleza.*

*Desde la fecha efectiva de su abono dejará de percibir la Ayuda de Comer establecido en el texto del Convenio.*

*Con efectividad de 1.º de abril de 2006, 1.º de abril de 2007 y 1.º de abril de 2008, la citada cantidad se incrementará en la cuantía equivalente al aumento general de salarios pactado para estos años.*

*Al mismo tiempo, y por una sola vez, el empleado dispondrá como máximo de la cantidad de 1.900,00 euros para realizar todas aquellas obras de acondicionamiento en su vivienda que estime necesarias derivadas de la especialidad de la prestación de los servicios que implica el teletrabajo. Como requisito adicional, antes de iniciar las mismas deberá recaudar aprobación del responsable del negocio y justificarlas con posterioridad<sup>6</sup>».*

<sup>5</sup> Convenio colectivo de trabajo de la empresa TU Group Automotive Systems, SA (Monornès del Vallès) para los años 2007-2009 (código de convenio núm. 0805461). En un sentido similar, Pacto regulador de condiciones económicas y laborales del personal funcionario del Ayuntamiento de Ribes de Freser para los años 2007-2008 (código de convenio núm. 1702352).

<sup>6</sup> V Convenio Colectivo de la empresa BP Oil España, S.A.E, (Código de Convenio n.º 9008752).

«Artículo 10.

*Trabajo a distancia*

1. *El Ayuntamiento en su papel fundamental en la protección de derechos, ha de ejercer una función ejemplificadora para la sociedad en la implantación del trabajo a distancia, contribuyendo a mejorar el clima laboral, el rendimiento de los trabajadores públicos y la calidad del servicio que prestan a la ciudadanía.*

2. *Con el fin de perseverar en la adopción de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar; la corporación se compromete durante el 2008 a iniciar un estudio de los puestos de trabajo susceptibles de poder trabajar en régimen de trabajo a distancia priorizando a los trabajadores que es encuentren en alguna de estas situaciones:*

- a) *Con familiares con situación de dependencia.*
- b) *Con problemas de movilidad reducida.*
- c) *Con residencias alejadas.*

3. *Los condiciones en las que es llevará a cabo esta modalidad de trabajo se concretaran al sí de la Mesa Negociadora y se añadirán como parte integrante del presente Convenio colectivo<sup>7</sup>».*

## 6. Conclusiones

En la literatura especializada no existe unanimidad sobre la definición del absentismo laboral. La mayoría de estudios y documentos sobre el tema ha partido de definiciones amplias del absentismo, utilizando el concepto horas no trabajadas totales, o bien ha excluido algunos conceptos que claramente no tienen que ver con el absentismo

Los datos disponibles sobre absentismo laboral deben ser considerados con prudencia, dada la escasez de datos estadísticos que permitan la estimación directa del absentismo. Por otro lado, la tasa de absentismo es un indicador que mide parcialmente la magnitud de la problemática.

Los países europeos con una ratio de absentismo laboral más elevado son Francia y Alemania, mientras que España supera ligeramente la media europea. Los sectores con un mayor absentismo son la química y los seguros.

En relación con España, desde el año 2000 la tasa de absentismo crece de una manera continua y es más alta en el caso de los trabajadores con jornada completa, cuanto más grande es la dimensión de las empresas y en el sector industrial. Sin embargo, el sector servicios y las pequeñas y medianas empresas son los colectivos que han registrado un mayor incremento del absentismo en los últimos años. El impacto total provocado por el absentismo laboral sobre las empresas españolas supuso un coste de casi 10.600 millones de euros en 2006, es decir, un 1,1% del PIB.

---

<sup>7</sup> Convenio colectivo de trabajo del personal laboral del Ayuntamiento de Premià de Mar para los años 2008-2011 (código de convenio núm. 0805192).

Sin embargo, la principal causa de absentismo laboral en España es la incapacidad temporal. Ante la incapacidad temporal los sistemas de prestaciones son muy divergentes dentro la Unión Europea. En la mayoría de países se prevé un período de espera de tres días, a partir del cual se abona un porcentaje del salario. Las empresas acostumbran a asumir el pago de los primeros días y, posteriormente, el Gobierno paga un subsidio por incapacidad temporal, que puede ser complementado por las propias empresas.

Finalmente, según la Encuesta realizada por la patronal catalana Cecot sobre absentismo laboral, tan solo el 19,5% de las empresas tiene planes específicos para combatir el absentismo, y un 16,7% de los casos han conseguido una reducción significativa de esta problemática.

Existe un mayor grado de aplicación de estos planes en la industria (con un 24% de las empresas, en contraste con la construcción, donde ninguna empresa encuestada aplica planes de este tipo). En particular, los planes para combatir el absentismo tienen una importancia muy notable en las empresas grandes (de más de 250 trabajadores), puesto que se aplican en un 85,7% del total. Estos planes incluyen, principalmente, medidas de mejora en la prevención de riesgos laborales, reparto eficiente de la carga de trabajo, y mejoras en la gestión y control de los recursos humanos. A distancia se sitúan actuaciones en los ámbitos de la flexibilidad de horarios, la mejora de la comunicación y la conciliación de la vida laboral y familiar.

El impacto de las medidas aplicadas es positivo, puesto que un 52,8% de las empresas que lo han aplicado consideran que habido una reducción del absentismo. Sin embargo, tan solo un 16,7% de las empresas han experimentado una reducción significativa de la problemática y un 39% opina que sus efectos han sido casi nulos.

Estos datos podrían sugerir que la mayoría de empresas opina que los factores que impulsan el absentismo tienen que ver con elementos externos a la empresa. De hecho, casi la mitad (un 49,7%) señala que se deberán producir cambios en el sistema sanitario, a la vez que también se apunta (un 24,9%) la necesidad de cambios en la cultura de los trabajadores y de la gestión de los recursos humanos (un 20%).

## Bibliografía

- AA. VV.: *Guía práctica para la gestión del absentismo*, Egarsat, Terrassa, 2008.
- AGUIRRE SÁDABA, A.: *Análisis de absentismo en el ámbito del control de gestión del personal*, Barcelona, Alta Dirección, número 9, 1980.
- DALTON, Dan R.; MESCH, Debra J.: «The impact of employee-initiated transfer on absenteeism: A four-year cohort assessment», *Human Relations*, vol. 45 (3), 1992.

- FRAYNE, Colette A.: *Reducing employee absenteeism through self-management training: A researchbased analysis and guide*, Quorum Books, New York, NY, US, 1991.
- JIMÉNEZ GALINDO J. F., ROMAY LÓPEZ, R.: *La gestión del absentismo por incapacidad temporal*, Dykinson, Madrid, 2005.
- MOLINERA MATEOS, J. F.: *Absentismo laboral. Causas. Control y análisis. Nuevas Formas. Técnicas para su reducción*, Fundación Confemetal, Madrid, 2002.
- OSTROFF, Cheri: «The effects of climate and personal influences on individual behavior and attitudes in organizations», *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 56(1), 1993.
- RIBAYA MALLADA, F. J.: *La gestión del absentismo laboral*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1996
- SMULDERS, Meter G.: «Absenteeism of part-time and full-time employees», *Applied Psychology An International Review*, vol. 42(3), 1993.
- THARENOU, Phyllis: «A test of reciprocal causality for absenteeism», *Journal of Organizational Behavior*, vol. 14(3), 1993.
- ÚBEDA, A. R.; LÓPEZ, M. A.: «Absentismo laboral, visión retrospectiva de los años 1974-1984», *Salud y Trabajo*, Número 54, 1986.



# Revista Estudios de Deusto

## Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista *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 ÁNGEL 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 BÜRCA, 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 5.º.
  - 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. **Copyright.** 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

