

Estudios de Deusto

Vol. 57/2 Julio-Diciembre 2009

Sumario

Estudios

Nuevas formas de contaminación y tributación.

Contaminación acústica y paisajística en la fiscalidad española
Francisco Javier Alonso
Madrigal

La red de garantía de ingresos en España en tiempos de crisis. Las rentas mínimas de inserción frente a la alternativa de la renta básica

Borja Barragué Calvo

El convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción

internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993: una aproximación heterodoxa

Alfonso-Luis Calvo
Caravaca y
Javier Carrascosa
González

La nueva ley sobre el contrato de transporte terrestre de mercancías: una primera aproximación

Carlos Llorente Gómez de Segura

En torno a la teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo

Augusto Martín de la Vega

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

Ramón Múgica Alcorta

Eficacia y justicia del orden natural de la equidad

Manuel María Zorrilla Ruiz

Nota

El Derecho del trabajo y las relaciones jurídicas calificadas como "zonas grises"

Javier Arrieta Idiákez

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 y PIO

Fundada en 1904

Segunda época. Vol. 57/2

Desde su fundación vol. 83

(Fasc. 123)

Julio-Diciembre 2009

Bilbao
Universidad de Deusto
2009

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 y PIO.

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>>) 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

ISSN: 0423 - 4847

Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain.

In Memoriam

Comunicamos con profundo pesar a nuestros suscriptores y lectores la muerte del compañero, amigo y consejero asesor de esta revista, Doctor Javier Caño Moreno. Su generosa colaboración en *Estudios de Deusto* ha sido una más de sus muchas aportaciones a la Universidad de la Iglesia de Deusto de la que fue profesor, Director de Departamento y Decano de la Facultad de Derecho. El Director, los miembros del Consejo de Redacción y del Consejo Asesor expresan su condolencia por tan sensible pérdida.

Sumario

Estudios

- Francisco Javier ALONSO MADRIGAL, *Nuevas formas de contaminación y tributación. Contaminación acústica y paisajística en la fiscalidad española* 13
- Borja BARRAGUÉ CALVO, *La red de garantía de ingresos en España en tiempos de crisis. Las rentas mínimas de inserción frente a la alternativa de la renta básica* 49
- Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993: una aproximación heterodoxa* 77
- Carlos LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, *La nueva ley sobre el contrato de transporte terrestre de mercancías: una primera aproximación* 93
- Augusto MARTÍN DE LA VEGA, *En torno a la teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo* 167
- Ramón MÚGICA ALCORTA, *Desde el gobierno corporativo a la responsabilidad de los administradores (I)* 193
- Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Eficacia y justicia del orden natural de la equidad* 255

Nota

- Javier ARRIETA IDIAKEZ, *El Derecho del trabajo y las relaciones jurídicas calificadas como "zonas grises"* 305

ESTUDIOS

Nuevas formas de contaminación y tributación. Contaminación acústica y paisajística en la fiscalidad española

Francisco Javier Alonso Madrigal

Profesor doctor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

Recibido: 30.10.09

Aceptado: 15.12.09

Resumen: El ruido y la incidencia en el paisaje son dos formas de daño medioambiental que comienzan a ser tomadas en cuenta por el legislador como justificación para la creación de alguna figura tributaria, y son también propuestas por la doctrina e instancias europeas como criterio orientador para la modificación de otras. Tanto el recargo sobre la cuantía de la tasa de aterrizaje creado por la Ley de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, y las tasas por servicios de inspección previstas en la Ley del Ruido han sido creados en respuesta a la contaminación acústica; además de estos, otros tributos podrían desempeñar un papel en el desincentivo de las actividades que producen dicha contaminación. Por lo que se refiere a la contaminación paisajística, el impuesto medioambiental aragonés sobre el daño causado por la instalación de transportes por cable es el que de forma más explícita proclama como su objeto la protección del paisaje. Otros tributos autonómicos, por la similitud que guardan con el impuesto aragonés en su cuantificación, podrían fundamentarse en la misma finalidad.

Palabras clave: Tributos ecológicos. Contaminación acústica y paisajística.

Abstract: *Noise and landscape pollution are two kinds of environmental damage that are beginning to be considered by lawmakers as a reason for establishing new taxes and are also suggested by scholars and European agencies as a course for changing some of the actual ones. The surcharge on the Landing Charge established by the Air Quality and Atmosphere Protection Law and the inspection charges included in the Noise Law have been created as an answer to noise pollution. Moreover, there are some other taxes that could play a role in the fight against noise pollution activities. With regarding to landscape pollution, the Aragon' environmental tax on the damage caused by the wire transport facilities is the one that states more plainly his landscape protection objet. Other regional taxes, that are similar to the Aragon one in the way they calculate their tax, could be considered as justified by the same goal.*

Key words: *Enviromental taxation. Noise and landscape pollution.*

Sumario: I. Introducción.—II. Tasa de aterrizaje y ruido.—III. Tasas municipales por licencia de apertura y control de ruidos.—IV. El ruido y el impuesto municipal sobre vehículos de tracción mecánica.—V. Un eventual recargo autonómico sobre el impuesto estatal especial sobre determinados medios de transporte y el ruido.—VI. La imposición sobre

los hidrocarburos y el ruido.—VII. El impuesto sobre el daño medioambiental causado por la instalación de transportes por cable de la Comunidad Autónoma de Aragón y el paisaje.—VIII. El impuesto sobre el daño medioambiental causado por las grandes áreas de venta de la Comunidad Autónoma de Aragón y el paisaje.

I. Introducción

El concepto de medio ambiente se muestra en permanente expansión conforme los niveles crecientes de calidad de vida en las sociedades avanzadas van demandando de los poderes públicos una esfera más amplia y más estricta de protección de aquella. Formas de incidencia en el medio ambiente que en el pasado se consideraban tolerables o simplemente inevitables pasan a ser consideradas como inmisiones ilegítimas, ataques que han de ser tratados como tales y corregidos. Así ha sucedido con las formas de contaminación que son objeto del presente trabajo, la acústica y la paisajística, que aunque desde siempre se han contemplado como indeseables, han sido objeto de una creciente atención por parte de los distintos medios con los que cuenta el ordenamiento para encauzar o prohibir las actividades socialmente indeseables. Entre estos medios ocupan una posición destacada los tributos medioambientales que, cada vez en mayor número, son introducidos en un sistema fiscal en el que los tributos parecen requerir una justificación adicional al gravamen de la capacidad económica manifestada por el sujeto para ser aceptados política y socialmente. Así comienza a suceder en nuestro ordenamiento tributario en relación con el ruido y la incidencia en el paisaje, donde ya ha comenzado a hacerse referencia a ellos como justificación de alguna figura tributaria vigente y se proponen, desde la doctrina y desde instancias europeas, adaptaciones de otras existentes a dicha finalidad.

Desde el punto de vista de la justificación del tributo ambiental en la capacidad económica, resulta difícil, a mi juicio, basarla en la pretendidamente demostrada por quienes no asumen las externalidades provocadas por dicha contaminación, lo que equivaldría a la utilización gratuita de unos factores productivos; capacidad económica esta que sería entendida, no como capacidad de pago, sino como capacidad de disponer de riqueza¹. No obstan-

¹ Al respecto Herrera Molina, P. M.: «Derecho Tributario ambiental: la introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario», Marcial Pons, 2000, p. 159. Defiende esta tesis Cors Meya X.: «Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales (I.G.E.C.)» en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 263, 2002, pp. 17-18. Una acertada crítica a esta postura en Ortiz Calle E.: «Fiscalidad ambiental y límites al poder tributario autonómico (Comentario a la sentencia 289/2000, de 30 de noviembre, del Tribunal Constitucional, del Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el Medio Ambiente)», en *Revista interdisciplinaria de gestión ambiental*, núm. 27/2001.

te, el art. 45.2 de la Constitución española establece lo siguiente: «*Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva*» que se ha entendido por parte de la doctrina como una referencia directa a la intervención del legislador tributario con dicha finalidad².

En el *Libro Verde sobre la utilización de instrumentos de mercado en la política de medio ambiente y otras políticas relacionadas*³ se justifica, desde una perspectiva económica, el recurso a instrumentos basados en el mercado, como los tributos, para corregir sus deficiencias de una forma rentable, utilizando las señales del propio mercado para hacerlo, lo que les proporciona una flexibilidad que puede reducir sustancialmente los costes de las mejoras del medio ambiente. Los instrumentos de mercado ofrecerían ciertas ventajas respecto a los instrumentos normativos, como limitaciones, prohibiciones o sanciones:

«Mejoran las señales de los precios, al otorgar un valor a los beneficios y costes externos de las actividades económicas, de modo que los actores económicos los tienen en cuenta y modifican su comportamiento para paliar las repercusiones negativas, medioambientales y de otro tipo, y aumentar las positivas.

- *Permiten a la industria un mayor grado de flexibilidad para alcanzar los objetivos y rebajan de esta forma los costes globales de cumplimiento.*

- *Incitan a las empresas a introducir, a más largo plazo, innovaciones tecnológicas, con el fin de seguir reduciendo el impacto negativo en el medio ambiente (“eficiencia dinámica”).*

- *Favorecen el empleo cuando se utilizan en el contexto de la reforma de los impuestos ambientales o de la reforma fiscal*»⁴.

Una correcta utilización de los tributos ambientales para corregir los fallos de mercado, que sea coherente con sus fundamentos teóricos, exigiría un cálculo previo de las externalidades negativas provocadas por la contaminación (así como de las eventuales externalidades positivas provocadas también por la actividad económica contaminante) que se reflejaría en la cuan-

² Chico de la Cámara P.: «La regla de la no confiscatoriedad como límite a la tributación medioambiental» en Becker, F., Cazorla L. M. y Martínez-Simancas J., *Tratado de Tributación Medioambiental. Vol. I.* Aranzadi, 2008, p. 162. En contra, Herrera Molina P.: «El principio ‘quien contamina paga’» en Becker, F., *et al.* cit. *Tratado...* p. 192.

³ Bruselas, 28.3.2007 COM(2007) 140 final.

⁴ *Libro Verde sobre la utilización de instrumentos de mercado en la política de medio ambiente y otras políticas relacionadas*, Bruselas, 28.3.2007 COM(2007) 140 final. pp. 3 y 4.

tía del tributo. Si el problema práctico de determinar los costes externos que deben ser internalizados mediante el empleo de instrumentos económicos como los tributos es común a toda la tributación medioambiental, se hace especialmente acusado en lo que se refiere a formas de contaminación como la acústica y la paisajística, de contornos aún imprecisos y con indudables dificultades técnicas, no ya en la valoración del daño, sino en la medición misma de la incidencia en el medio ambiente; ello hace inevitable la determinación política, y no técnica, del importe del coste ocasionado por dichas inmisiones cuya internalización se considera adecuado o soportable⁵ y la consiguiente proyección sobre los tributos medioambientales que pretenden corregir estas formas de contaminación de una justificada duda sobre si su verdadera finalidad va más allá de la meramente recaudatoria.

Tal y como señala la Ley del Ruido⁶ en su exposición de motivos «el mandato constitucional de proteger la salud (artículo 43 de la Constitución) y el medio ambiente (artículo 45 de la Constitución) engloban en su alcance la protección contra la contaminación acústica. Además, la protección constitucional frente a esta forma de contaminación también encuentra apoyo en algunos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, entre otros, el derecho a la intimidad personal y familiar, consagrado en el artículo 18.1». Así lo ha venido reconocido también el TC en pronunciamientos como la STC 16/2004, de 23 febrero⁷.

⁵ Herrera Molina, *op. últ. cit.* pp. 189 y 196.

⁶ Ley 37/2003, de 17 noviembre, BOE 18 noviembre 2003, núm. 276.

⁷ RTC 2004\16. «Desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados, debemos comenzar nuestro análisis recordando la posible afección al derecho a la integridad física y moral. A este respecto, habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE.

Respecto a los derechos del art. 18 CE, debemos poner de manifiesto que en tanto el art. 8.1 CEDH reconoce el derecho de toda persona “al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, el art. 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2). Respecto del primero de estos derechos fundamentales insistimos en que este Tribunal ha precisado que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F. 5; 137/1985, de 17 de octubre, F. 2, y 94/1999, de 31 de mayo, F. 5).

Entre los objetivos y ámbitos prioritarios de actuación sobre el medio ambiente y la salud y la calidad de vida que enumera el art. 7 de la Decisión 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002, por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente, está el de «*reducir sustancialmente el número de personas afectadas periódicamente por niveles medios de ruido prolongado, en particular los derivados del tráfico que, según los estudios científicos, tienen efectos perjudiciales para la salud humana, y preparar la fase siguiente de los trabajos sobre la Directiva sobre el ruido*», para cuyo logro se prevén como actuaciones prioritarias (letra g): «*completar y seguir mejorando las medidas, incluidos los procedimientos adecuados de homologación, sobre emisiones acústicas de servicios y productos, en especial los vehículos de motor, incluidas medidas para reducir el ruido causado por la interacción entre los neumáticos y el pavimento vial que no comprometan la seguridad vial, del material rodado ferroviario, las aeronaves y la maquinaria estática*» y «*crear y aplicar instrumentos para mitigar el ruido del tráfico cuando proceda, por ejemplo mediante la reducción de la demanda de transporte, la opción en favor de medios de transporte menos ruidosos, y el fomento de medidas técnicas y de una planificación sostenible del transporte*».

En nuestra doctrina, el profesor Zornoza se muestra partidario de la recuperación de los arbitrios o impuestos con fines no fiscales, en el ámbito local, con la finalidad de hacer posible el empleo de los instrumentos tributarios al servicio de políticas públicas en materia de ruido o contaminación acústica; dado que se trata de una materia en la que las regulaciones mantienen niveles de tolerancia muy amplios, lo que hace posible una contaminación residual que puede contribuir a reducir los impuestos sobre el ruido, existentes en el panorama comparado y de los que existen antecedentes en nuestro sistema que sería conveniente recuperar⁸.

Teniendo esto presente, debemos advertir que, como ya se dijo en la STC 119/2001, de 24 de mayo, F. 6, una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida». F. J.º 4.

⁸ Zornoza J.: «Tributación ambiental y turismo: otras experiencias» en *Cuadernos de sostenibilidad y patrimonio natural. 12/2007 Tributación ambiental en España*, p. 29. Puede citarse a este respecto el conocido precio público regulado en la «Ordenanza reguladora por emitir ruidos y malos olores» del ayuntamiento coruñés de Cerceda, que grava la emisión de ruidos por encima de 30 decibelios emitidos desde los centros de trabajo, en el que la cuota se determina en función del volumen y la duración de la emisión de los ruidos, así como de su reiteración a lo largo del día o la semana. Precio público que no es sino un auténtico impuesto municipal sobre el ruido como los propugnados por el citado profesor, aunque ciertamente no está previsto en la Ley Reguladora de Haciendas locales ni grava la contaminación acústica residual, sino los niveles de ruido por encima de los lícitos.

La utilización de los tributos para la protección del medio ambiente de la contaminación acústica podría plantear un problema de redundancia o exceso de protección cuando el daño ocasionado por ella es objeto de resarcimiento en vía civil; en supuestos en los que, al ser posible individualizar y medir el daño causado a sujetos determinados y determinar su responsable, esté reparado a través de una indemnización. Sería el caso, por ejemplo, de la eventual concurrencia entre las indemnizaciones a los perjudicados por la contaminación acústica causada por la huella sonora de un aeropuerto, exigidas a una compañía aérea, y la tasa de aterrizaje satisfecha por esta en función del nivel de ruido emitido por sus aeronaves. Si el fundamento del tributo ambiental está en la internalización del coste que supone el daño al medio ambiente, dicha justificación desaparecería cuando el coste por dicho daño es satisfecho por el causante en forma de indemnización.

En supuestos en los que puede producirse dicho solapamiento, parece más adecuado, en vía de principio, limitar la utilización del instrumento tributario para desincentivar la contaminación acústica que tiene un origen o unos afectados que no sea posible identificar de forma cierta a efectos de la eventual reparación del daño. Estos serían los causados por fuentes difusas de ruido, aunque su acumulación pueda producir un daño a sujetos concretos, y los causados a un conjunto no determinado de sujetos, aunque el causante de la contaminación acústica sea identificable. O bien los que causan un daño que se encuentra por debajo del umbral que hace económicamente viable el ejercicio de una acción civil de resarcimiento pero, no obstante, se entiende necesario desincentivar su emisión. No obstante, una vez limitado el tributo a los supuestos y a los importes que no pueden ser objeto de resarcimiento, nada impide exigirlo cuando se produce un daño fuera de dichos supuestos o mayor de tales importes: por ejemplo, puede exigirse una mayor tasa⁹ por licencia de apertura a quienes desarrollan su actividad originando una contaminación acústica mayor, pero que se encuentra dentro de los umbrales lícitos tanto desde el punto de vista civil como administrativo, y exigir la reparación civil cuando se exceden dichos umbrales y se causa un daño cuantificable a un sujeto también identificable.

Como se ha señalado, en la legislación tributaria española encontramos algunas figuras en las que, aún de forma incipiente, ya se tiene presente el ruido como elemento configurador del tributo; como en la tasa de aterrizaje y las tasas municipales por licencia de apertura y control de ruidos. Junto a

⁹ Aunque en el caso de las tasas el fundamento del tributo descansaría en el principio del beneficio y, por lo tanto, el coste a internalizar a través de ellas es, al menos en primera instancia, el coste que tiene el servicio provocado por el obligado tributario a la Administración, más que el deterioro del medio ambiente, que solo sería utilizado como criterio de reparto de dicho coste administrativo entre los obligados.

ellas, existen en la actualidad una serie de impuestos que, por su naturaleza y estructura, podrían ser utilizados de forma idónea como instrumentos de mercado para el desincentivo de la contaminación acústica y, de hecho, se propone desde diversas instancias su utilización con esta finalidad.

Por lo que se refiere al paisaje, para el TC –ya desde su fundamental sentencia 102/1995¹⁰– este constituiría una «*noción estética, cuyos ingredientes son naturales –la tierra, la campiña, el valle, la sierra el mar– y culturales, históricos, con una referencia visual, el panorama o la vista, que a finales del pasado siglo obtiene la consideración de recurso, apreciado antes como tal por las aristocracias, generalizado hoy como bien colectivo, democratizado en suma y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional del medio ambiente como reflejan muchos de los Estatutos de Autonomía*»; en opinión del alto tribunal, el paisaje «*no es solo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y cada cultura*», que se ha incorporado a los elementos naturales físicamente constitutivos del concepto de medio ambiente.

El «*conservar y restaurar adecuadamente las zonas de importante valor paisajístico, incluidas las zonas cultivadas y las sensibles*» aparece recogido entre las actuaciones prioritarias para la consecución de los objetivos prioritarios de actuación en los ámbitos de la naturaleza y la biodiversidad del art. 6 de la Decisión 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002, por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente.

En opinión del profesor Rosembuj: «*El paisaje, como tal, puede ser objeto de impuesto ambiental, pero, sin adornos. La apreciación no es solo estética, es también, si se puede decir, memorial. Envoltura visual de los ecosistemas naturales o fabricados, favorece la percepción visual del medio considerado y al mismo tiempo sintetiza la memoria (constituida por los modos de ocupación del medio). El paisaje en su contexto como integrador y revelador del bien ambiental, desprovisto de retórica elemental*»¹¹. En opinión de este autor: «*Hay, bien es cierto, zonas fronterizas en las que el bien ambiental está territorializado o el territorio es, en sí mismo, bien ambiental. Es el caso (...) del paisaje entendido como forma del ambiente o, como dice Predieri, el paisaje es el ambiente visible: la forma del ambiente entendida como espacio visible*»¹². Para este autor: «*La fiscalidad territorial no tiene, entonces, por qué coincidir con la ambiental y, a la inversa, la fiscalidad ambiental tampoco queda vinculada, automáticamente, al territorio.*

¹⁰ Sentencia núm. 102/1995 de 26 junio. RTC 1995\102. FJ 6.º.

¹¹ Rosembuj T.: «Los impuestos ambientales en las comunidades autónomas» en *Quincena Fiscal*, núm. 9, 2007, p. 13.

¹² Rosembuj T.: *Op. ult. cit.* p. 13.

Solo cuando el territorio la cosa física proyecte valor intangible podría decirse que territorio y ambiente podrían compartir el tributo, positivo o negativo, ambiental y territorial como objeto único de ambos»¹³.

La íntima conexión entre protección del territorio y del paisaje, como proyección, en la terminología de Rosenbuj, del valor intangible o plus valor inmaterial de aquel, se pone de manifiesto en alguno de los impuestos autonómicos medioambientales, como el impuesto sobre el daño causado al medio ambiente por la instalación de transportes por cable o el impuesto sobre el daño medioambiental causado por las grandes áreas de venta de la Comunidad Autónoma de Aragón y otros tributos autonómicos similares.

Aunque los hechos que producen el deterioro paisajístico tengan un carácter material, tangible, que puede ser medido y valorado de forma objetiva, el propio daño ambiental en el paisaje no puede serlo realmente de la misma forma. Si la constatación misma de que un cambio en el paisaje causado por una actividad humana es constitutivo de un daño ambiental que debe ser reparado está inevitablemente teñida de un alto grado de subjetividad, cuánto más lo estará el medir si dicho daño es mayor o menor. Traducir ese daño a una valoración económica que pueda tomarse como referencia para la determinación de los elementos de cuantificación de un tributo ambiental resulta una tarea seguramente imposible. Quizá por ello, en los tributos medioambientales en los que se encuentra una referencia a la protección del paisaje o en los que, al menos, cabría entender de su regulación que aquella se encontraría entre sus objetivos, el daño en el paisaje únicamente es aludido tangencialmente y entre otras formas de contaminación frente a las que el tributo pretendería reaccionar. Por lo que se refiere a sus elementos de cuantificación, aun cuando pueda establecerse un vínculo racional entre ellos y la existencia de un daño en el paisaje, difícilmente puede admitirse una correlación real entre ellos y la intensidad de un daño tan difícilmente mensurable.

II. Tasa de aterrizaje y ruido

A favor del establecimiento de un sistema de tasas por la tolerancia de actividades económicas legítimas pero indeseables, como las que producen contaminación acústica, se pronuncia Puig¹⁴, aunque, en opinión de Herrera, para evitar la inseguridad jurídica que esto podría suponer, sería convenien-

¹³ Rosembuj, T.: «Los impuestos ambientales de las comunidades autónomas» en *Cuadernos de sostenibilidad y patrimonio natural. 12/2007 Tributación ambiental en España*, p. 45.

¹⁴ Puig Ventosa, I.: «Fiscalidad ambiental local», Fundación Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2004, p. 177.

te que la ley detallara los criterios de su establecimiento y cuantificación¹⁵. Así lo ha hecho la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera¹⁶, al modificar la tasa de aterrizaje regulada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social¹⁷, cuyo artículo 11 configuró la tasa de aterrizaje vigente desde el 1 de enero de 2001.

El hecho imponible de la tasa es *«la utilización de las pistas de los aeropuertos civiles y de utilización conjunta, y de las bases aéreas abiertas al tráfico civil, por las aeronaves, y la prestación, por parte de la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea de los servicios precisos para dicha utilización, distintos de la asistencia en tierra a las aeronaves, pasajeros y mercancías»*. Son sujetos pasivos de la tasa *«las compañías aéreas y las restantes personas físicas, jurídicas o entidades que utilicen las pistas o perciban los servicios que constituyen el hecho imponible de la misma»*, estableciéndose una exención de carácter subjetivo a favor de *«las aeronaves de Estado españolas, las aeronaves que presten servicio para las Comunidades Autónomas y otras Corporaciones locales, siempre y cuando realicen servicios públicos no comerciales, y las aeronaves de Estado extranjeras, en el caso de que los Estados a que pertenezcan concedan análoga exención a las aeronaves de Estado españolas»*.

La base imponible de la tasa de aterrizaje *«la constituye el peso máximo de las aeronaves al despegue, expresado en toneladas métricas, tal como figura en el certificado de aeronavegabilidad, o en el manual de vuelo de la misma, o en cualquier otro documento oficial equivalente»*. Sobre dicha base imponible se aplica una tarifa de tipos específicos por cada tonelada métrica (Tm), tarifa progresiva de tres tramos en función del peso del avión (porción de peso hasta 10 Tm, comprendida entre 10 y 100 Tm y superior a 100 Tm); dicha tarifa varía en función del tipo de vuelo (vuelos del espacio económico europeo, vuelos internacionales o vuelos de entrenamiento) y de la categoría del aeropuerto (primera, segunda o tercera categoría). Una tarifa más elevada que no varía en función de estos dos últimos elementos se establece para las operaciones fuera del horario operativo del aeropuerto.

Sobre la tasa de aterrizaje, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera¹⁸, en su Disposición Final Segunda, como se ha adelantado, viene a establecer una suerte de recargo sobre la cuantía de la tasa de aterrizaje tal y como estaba hasta entonces configurada. Según declara la ley en su exposición de motivos, su finalidad es la de *«desincentivar el uso de aeronaves ruidosas mediante la aplicación de penalizaciones sobre*

¹⁵ Herrera Molina P. M.: «El principio...», cit. p. 206.

¹⁶ BOE 16 noviembre 2007, núm. 275.

¹⁷ BOE 30 diciembre 2000, núm. 313; rect. BOE 29 junio 2001, núm. 155.

¹⁸ BOE 16 noviembre 2007, núm. 275.

el importe a pagar por aterrizaje a aquellas aeronaves que superen los límites establecidos, sin pretender la recuperación de los costes asociados a los servicios de mitigación, control y vigilancia del ruido en los aeropuertos». Dicho recargo solamente aplicable inicialmente en los aeropuertos de Madrid Barajas y Barcelona, y posteriormente ampliado a los de Alicante, Málaga, Palma de Mallorca, Gran Canaria, Tenerife Sur y Valencia¹⁹, a los vuelos internacionales y del espacio económico europeo, no se aplica a los vuelos de entrenamiento ni a aquellos fuera del horario operativo del aeropuerto. El importe se establece en función de la franja horaria en que se produzca o el aterrizaje o el despegue y de la clasificación acústica de cada aeronave.

La categoría acústica de cada aeronave se determina en función del denominado «margen acumulado», definido como la cifra expresada en EPNdB (ruido efectivo percibido en decibelios) obtenida sumando las diferencias entre el nivel de ruido determinado y el nivel certificado de ruido en cada uno de los tres puntos de mediciones del ruido de referencia tal y como se definen en el volumen 1, segunda parte, capítulo 3, anexo 16 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional. El ruido certificado es el que figure en el certificado de ruido de la aeronave, mientras que el ruido determinado es un estándar teórico que se establece como una suerte de límite máximo en función del peso de la aeronave y, en el caso del ruido de despegue, de su número de motores. Cuanto menor es el margen acumulado, más cerca está el ruido certificado de la aeronave del límite máximo constituido por el ruido determinado y, por tanto, más alto es su volumen de ruido. La categoría 1 está integrada por las aeronaves cuyo margen acumulado sea inferior a 5 EPNdB; la categoría 2, por las aeronaves cuyo margen acumulado esté comprendido entre 5 EPNdB y 10 EPNdB; la categoría 3, por las aeronaves cuyo margen acumulado esté comprendido entre 10 EPNdB y 15 EPNdB; y la categoría 4, por aeronaves cuyo margen acumulado sea superior a 15 EPNdB.

El recargo solamente se establece para las categorías 1 y 2, las más ruidosas, y se duplica para la franja horaria que va de las 23.00 a las 6.59.

Clasificación acústica	De 7.00 a 22.59 (hora local)	De 23.00 a 6.59 (hora local)
	Porcentaje	Porcentaje
Categoría 1	70	140
Categoría 2	20	40
Categoría 3	0	0
Categoría 4	0	0

¹⁹ Art. 81 de la Ley 2/2008, de 23 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009. BOE 24 diciembre 2008, núm. 309. En él se establece una bonificación para dichos aeropuertos en el ejercicio 2009 en un 65% de su importe y en 2010, en un 35% de su importe.

Desde el punto de vista de la naturaleza del tributo, habría que señalar que mientras la tasa de aterrizaje propiamente dicha se configura, como tasa que es, sobre la base del principio de equivalencia o reparto del coste del bien o servicio entre los usuarios de este y respondería al principio de justicia conmutativa, el porcentaje adicional que habría que exigir en función del ruido tiene la naturaleza de tributo ecológico, configurado sobre la base del principio «quien contamina paga», basado en criterios de justicia social y con una finalidad preventiva e incentivadora²⁰. Como la propia exposición de motivos de la Ley de Calidad del Aire afirma expresamente, el recargo no pretende «la recuperación de los costes asociados a los servicios de mitigación, control y vigilancia del ruido en los aeropuertos», que es lo que correspondería a una tasa por servicios o actividades que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.

Cabría preguntarse si estamos en este caso ante una tasa por aprovechamiento especial de bienes ambientales, aunque no tengan la consideración de demaniales, en la medida en que se tolere un cierto aprovechamiento especial de ellos que implique un concreto deterioro; en la línea propugnada por un importante sector doctrinal²¹ que establece una traslación del principio rector de la tributación ambiental —«quien contamina paga»— a la determinación de su importe, por el importe de los costes sociales que este produzca o por la utilidad que obtiene el sujeto que contamina.

En cualquier caso, el mezclar en una única figura tributaria una tasa y un recargo de naturaleza ecológica, sea tasa o impuesto, se revela disfuncional, puesto que los criterios de cuantificación a los que conducen uno y otro principio deberían ser diferentes. No parece, en definitiva, muy razonable que el desincentivo al uso de aeronaves ruidosas que pretende la aplicación del porcentaje del recargo esté determinada por el importe de la tasa de aterrizaje propiamente dicha, fijado en función de otros parámetros completamente distintos e incluso incongruentes con dicha finalidad.

Así, en primer lugar, dado que el peso de la aeronave es directamente determinante de la base sobre la que se aplica el porcentaje, dos aeronaves con el mismo margen acumulado, es decir, con la misma diferencia en cuanto a nivel de ruido con el nivel de ruido determinado, van a pagar un recargo diferente si su peso es diferente; cuando podría pensarse que, a igualdad de nivel de ruido, es más «eficiente» la aeronave de mayor peso. Cabe incluso que, aeronaves cuya clasificación acústica está en la categoría 2, cuyo nivel de ruido certificado es inferior al de las de categoría 1, paguen un recar-

²⁰ Herrera Molina: «El principio...», cit. p. 194.

²¹ Calvo Verjéz J.: «Las tasas medioambientales en el sistema tributario autonómico y local: algunas consideraciones», en *Nueva Fiscalidad*, núm.3/2004, pp. 78 y ss. y doctrina allí citada.

go superior a ellas por el mero hecho de que su peso sea mayor, aunque la propia clasificación legal las califique como más «eficientes» en términos del ruido que generan. En segundo lugar, no parece que exista, en cuanto al nivel de ruido, diferencias entre los vuelos realizados en el espacio económico europeo y los vuelos internacionales, pero el porcentaje se aplicará sobre una base mayor, para la misma aeronave, si realiza un vuelo internacional. En tercer lugar, aunque actualmente el recargo se exija tan solo en algunos de los aeropuertos españoles de primera categoría²², tampoco parece adecuado que, si el recargo se exige en el futuro en aeropuertos de segunda o tercera categoría, el desincentivo que este supone sea inferior, puesto que la base será también inferior, cuando el nivel de ruido producido por la aeronave sea el mismo en uno u otro aeropuerto.

III. Tasas municipales por licencia de apertura y control de ruidos

En las tasas cuyo hecho imponible consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades administrativas en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario puede concurrir un elemento ambiental, si el servicio o actividad tiene un carácter ecológico; es decir, si estos han sido establecidos con la finalidad de autorizar y controlar determinadas conductas que tienen una incidencia medioambiental. Aunque la determinación del importe de la tasa está limitada por el coste del servicio, salvo –naturalmente– que se determine por la propia ley que la establece prescindiendo de dicho límite, y ello obstaculiza notablemente la introducción de elementos extrafiscales en su estructura, no obstante, el propio hecho de que se exija el coste de dicho servicio a quien, por contaminar, lo provoca supone un cierto desincentivo a tales conductas. Aunque aceptar dicho razonamiento supone atribuir una finalidad desincentivadora a todas las tasas, en la medida en que se exigen por determinadas actividades administrativas que se refieren, afectan o benefician a determinados sujetos, mientras que por otras que se realizan en relación con otras actuaciones, que habría que entender que no se quieren desincentivar, no se exigen.

Por otra parte, dado que la limitación que supone el coste del servicio ha de entenderse referida al «rendimiento previsto para cada tasa»²³ o al impor-

²² No parece justificada la exclusión de otros aeropuertos de primera categoría de la aplicación del porcentaje del recargo, cuando el nivel de ruido que sufren estos es perfectamente equiparable, al menos en determinadas fechas en las que se concentran un mayor número de vuelos, a los sometidos al recargo.

²³ Art. 7.3 de la Ley orgánica 87/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. BOE núm. 236, de 1 de octubre.

te que «*en su conjunto*»²⁴ se exija por ella, el reparto de la recaudación global entre los beneficiarios, afectados u obligados a los que se refiere este puede realizarse de forma tal que implique una mayor carga para quien más incide en el medio ambiente y una menor carga o una exoneración para quien ajusta su conducta a pautas más respetuosas con él²⁵.

Así sucedería en el caso de las tasas municipales que tienen como hecho imponible la prestación del servicio municipal de medición de ruidos. La Ley del Ruido²⁶ prevé en su Disposición Adicional Sexta²⁷, «Tasas por la prestación de servicios de inspección», la posibilidad de establecer tasas por la prestación de servicios de inspección que realicen para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en la ley. Lo que no constituye sino un mero recordatorio de la posibilidad, recogida en el art. 20.1 de la ley reguladora de Haciendas Locales, que tienen los ayuntamientos de establecer en todo caso tasas por la «*prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos*».

Como se ha señalado, la existencia misma de la tasa supone un desincentivo a la realización de las actividades generadoras de contaminación acústica que pueden dar lugar a su exacción con ocasión de la prestación del servicio de inspección. Adicionalmente, cabe articular la tasa de forma tal, que solo se exija en aquellos supuestos en los que los niveles de ruido superan los máximos permitidos por el ayuntamiento, lo que hace recaer el coste de la prestación del servicio exclusivamente sobre ellos²⁸. Con ello el desincen-

²⁴ Art.19.2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, regula el régimen jurídico de las tasas y precios públicos. BOE núm. 90, de 15 de abril.

²⁵ Calvo Verjez J.: «Las tasas...», cit. pp. 85-90.

²⁶ Ley 37/2003, de 17 de noviembre, BOE 18 noviembre 2003.

²⁷ «De conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 20 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, las Entidades Locales podrán establecer tasas por la prestación de servicios de inspección que realicen para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en esta Ley».

²⁸ Una modalidad intermedia es la de hacer recaer el importe de la tasa en un tercero que solicita la medición al ayuntamiento si, tras ella, no puede acreditarse el incumplimiento por el denunciado de la normativa sobre ruidos. Con ello la tasa se convierte en un paradójico desincentivo de las denuncias de actividades pretendidamente contaminantes, ante el riesgo que pueden suponer de hacer frente al coste de la tasa. Así, por poner un ejemplo, en el ayuntamiento de Colindres, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 de la ordenanza fiscal reguladora de la tasa correspondiente a la prestación del servicio municipal de «medición de ruidos y vibraciones en locales y establecimientos», es sujeto pasivo de esta «*la persona natural o jurídica que insta la prestación del servicio, a este efecto se considerará que insta el servicio*»:

a) *En el caso de inspecciones efectuada a instancia de terceros o colindantes:*

1. *El denunciante si tras la medición no puede acreditarse el incumplimiento por el denunciado de la normativa sobre ruidos.*

tivo desaparece para quienes emiten ruidos por debajo de los niveles que se establecen como lícitos y se concentra en quienes emiten por encima de dichos límites²⁹. Cabe, incluso, que se cuantifique el importe de la tasa tomando como base imponible la intensidad del ruido, su mayor o menor exceso sobre los límites permitidos, lo que, en opinión de Puig Ventosa, aun siendo más complicado, conseguiría su conversión en una tasa genuinamente ambiental, al vincular su pago a la intensidad del impacto que se pretende minimizar³⁰.

El exigir el importe de la tasa por prestación de servicios de inspección tan solo en los supuestos en los que el obligado tributario incurre en una infracción de lo dispuesto en la normativa municipal es tanto como utilizarla misma con fines exclusivos de protección medioambiental para la consecución de la erradicación de dichos comportamientos, como un tributo con fines prohibitivos o estranguladores (en la terminología alemana) que bajo la apariencia tributaria equivaldría de hecho a una medida regulatoria o sancionadora; cuando constituye el presupuesto de su exacción la identificación de la conducta infractora y de su autor, y dicha conducta puede ser sancionada como tal infracción. Algo que, en línea de principio, no resultaría aceptable,

2. El titular de la licencia del local objeto de medición en el caso de que esta acredite el incumplimiento de la normativa sobre nivel de ruidos o aislamiento acústico».

Con la circunstancia agravante de que, según dispone la letra *d* del mismo precepto:

«Se entiende que no existe incumplimiento que genera obligación de contribuir por el denunciante, o titular de la licencia del local o establecimiento, cuando las mediciones efectuadas no señalen la superación de los límites de control de ruidos de más de un 5% sobre el valor máximo permitido».

Normativa que se atempera, no obstante, por lo previsto en el art. 6.3:

«Para el supuesto de primera denuncia cuya verificación no acredite el incumplimiento de la normativa municipal la cuota se reducirá en el 90% de la cuota señalada anteriormente».

²⁹ Así, por ejemplo, el ayuntamiento de Ibiza, en su completa Ordenanza de protección del medio ambiente y la salud frente a la contaminación acústica, en lo referente a las «tasas por control sonométrico de vehículos» regula en su artículo 29 el «pago de tasas» por este concepto:

«1. En virtud de la disposición adicional sexta de la Ley del Ruido, el Ayuntamiento podrá exigir a los titulares de vehículos el pago de tasas por inspección sonométrica.

2. Si como resultado del control sonométrico homologado, se detectara un exceso del ruido emitido sobre los niveles máximos permitidos para el vehículo, se requerirá al titular del mismo para que efectúe el pago de las tasas por control sonométrico en un plazo de quince días naturales a contar desde el día siguiente a la realización del control».

Por el contrario, por lo que se refiere a las «tasas por control sonométrico» correspondientes a la medición sonométrica en locales o instalaciones, el art. 64.2 estipula lo siguiente:

«2. En virtud de la disposición adicional sexta de la Ley del Ruido, el Ayuntamiento podrá exigir a los titulares de locales o instalaciones de cualquier tipo el pago de tasas por inspección sonométrica, independientemente del resultado del ensayo».

³⁰ Puig Ventosa I.: «Fiscalidad ambiental...». cit. p. 142.

en opinión del profesor Zornoza³¹, para quien los instrumentos de naturaleza tributaria deberían emplearse de forma en cierto modo subordinada y complementaria a la regulación legal de mandatos o prohibiciones de comportamiento, como medida transitoria orientada a la reducción progresiva de la contaminación residual, es decir, no prohibida por el ordenamiento pese a su carácter indeseable. Para el profesor Herrera, utilizar el tributo para gravar conductas ilícitas sería tanto como convertir el tributo ambiental en una especie de sanción objetiva que, a su modo de ver, presentaría problemas desde el punto de vista constitucional (culpabilidad, *non bis in idem*) y supondría sobrecargar a la Administración tributaria con funciones para las que no está preparada³².

También las tasas municipales por licencia de apertura pueden desempeñar un papel de desincentivo de las actividades que producen contaminación acústica. «*El otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos*» aparece expresamente recogido en la letra *i*) del número 4 del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales³³ entre los supuestos «*de realización de actividades administrativas de competencia local*» en los que «*en particular*» las entidades locales podrán establecer tasas. Aunque su importe, tal y como dispone el art. 24.2 del mismo texto legal «*no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate*», el reparto de ese coste global entre los solicitantes de la licencia puede realizarse teniendo en cuenta parámetros como el carácter de la actividad desde la perspectiva de la clasificación de las actividades como inocuas, molestas, insalubres, nocivas o peligrosas. Clasificación esta en la que la incomodidad provocada por los ruidos generados por la actividad desempeña un importante papel, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas Decreto 2414/1961, de 30 noviembre: «*Serán calificadas como "molestas" las actividades que constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen*». Así, por ejemplo, en la vigente Ordenanza Reguladora de la Tasa por Licencia de Apertura de Establecimientos del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, el art. 6 establece una tarifa en la que la clasificación de la actividad como *molesta* determina la exigencia de una cuota mayor.

³¹ Zornoza J.: «Tributación...», cit. pp. 18 y 19.

³² Herrera Molina: *Op. ult. cit.* p. 120.

³³ BOE núm. 59, de 9 de marzo; rect. BOE núm. 63, de 13 de marzo.

IV. El ruido y el impuesto municipal sobre vehículos de tracción mecánica

El Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica es definido en el art. 92 del RDLeg 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales como un «*tributo directo que grava la titularidad de los vehículos de esta naturaleza, aptos para circular por las vías públicas, cualesquiera que sean su clase o categoría*». El tributo grava formalmente la propiedad de los vehículos como elementos patrimoniales, aunque su auténtico objeto imponible estaría constituido por el uso potencial de los vehículos y los consiguientes costes que este origina a los ayuntamientos, primando el principio de equivalencia sobre el de capacidad económica, como una suerte de tasa convertida en impuesto por razones de factibilidad³⁴.

El impuesto se exige con arreglo a un cuadro de tarifas regulado en el art. 95.1 del Decreto Legislativo, que está en función de la potencia y clase del vehículo. La cuota, que es fija, se determina en función de los caballos fiscales para los turismos y tractores, la carga útil para los camiones y remolques y semirremolques arrastrados por vehículos de tracción mecánica, el número de plazas en los autobuses y los centímetros cúbicos en las motocicletas³⁵. Dichos parámetros serían utilizados como módulos para estimar de forma objetiva la utilización del vehículo³⁶. El art. 95.4 faculta a los ayuntamientos a incrementar las cuotas de la tarifa mediante la aplicación de un coeficiente que no podrá ser superior a dos³⁷.

El art. 95.6.b del Decreto Legislativo permite a las ordenanzas fiscales «*regular, sobre la cuota del impuesto, incrementada o no por la aplicación del coeficiente*», «*una bonificación de hasta el 75 por 100 en función de las características de los motores de los vehículos y su incidencia en el medio ambiente*», que parece remitir necesariamente a otros tipos de incidencia en

³⁴ Herrera Molina P. M.: «Hacia un Impuesto ambiental sobre Vehículos de Motor (Propuesta de Directiva comunitaria e incidencia sobre las comunidades Autónomas)» en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 274, 2007, p. 79.

³⁵ En la Propuesta de Directiva del Consejo, de 5 de julio de 2005, COM (2005) 261 final, sobre los impuestos aplicables a los automóviles de turismo, se plantea una reforma de los impuestos anuales de circulación que estructure el gravamen en función de sus emisiones de CO₂. Sobre dicha propuesta, Herrera Molina P. M.: «Hacia un Impuesto...», cit. pp. 73-79. López Espafador C.: «La protección del medio ambiente y el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica» en *Nueva Fiscalidad*, núm. 1/2007, pp. 60-74 y «El impuesto sobre Vehículos de tracción Mecánica en el panorama de la armonización fiscal comunitaria» en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 273, 2007, pp. 73-76.

³⁶ Herrera Molina P. M.: *op. ult. cit. loc. cit.*

³⁷ A favor de una reorientación más decidida hacia fines ambientales de este tributo se muestra Herrera Molina P. M.: «El principio...», cit. p. 205 y «Hacia un Impuesto ...», cit. p. 79.

el medio ambiente distintos a los provocados por las emisiones de gases contaminantes, puesto que en la letra *a*) del mismo artículo, se prevé la posibilidad de establecer otra bonificación, que pretende servir también a una finalidad ecológica, en función del resultado contaminante de la combustión del carburante que consume el vehículo: «*de hasta el 75 por 100 en función de la clase de carburante que consuma el vehículo, en razón de la incidencia de la combustión de dicho carburante en el medio ambiente*». Cabría perfectamente articular dicha bonificación, cuya regulación en sus restantes aspectos sustantivos y formales se remite a las ordenanzas fiscales, en función de la incidencia en el medio ambiente provocada por la contaminación acústica emitida por el vehículo.

La Directiva 1981/334/CEE, de 13 de abril, que «*adapta al progreso técnico la Directiva 70/157/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de los vehículos a motor*»³⁸, establece unos límites máximos, expresados en decibelios, a los niveles sonoros para cada tipo de vehículo, en función de los parámetros especificados en el Anexo I, 1.1³⁹, prescribiendo que «*el vehículo, su motor y los silenciosos de escape y de admisión deberán diseñarse, construirse y montarse de tal modo que, en condiciones normales de utilización y a pesar de que puedan estar sometidos a vibraciones, el vehículo pueda satisfacer las prescripciones de la presente Directiva*». Los «*valores límite*» son establecidos en el 5.2.2.1. del Anexo I⁴⁰.

³⁸ DOL 18 de mayo de 1981, núm.131.

³⁹ La forma o los materiales de la carrocería (en particular, el compartimento motor y su insonorización); la longitud y anchura del vehículo; el tipo de motor (dos o cuatro tiempos, de pistón alternativo o rotativo, número y volumen de cilindros, número y tipo de carburadores o sistemas de inyección, distribución de las válvulas, potencia máxima y régimen de giro correspondiente [S]); el sistema de transmisión, en particular, el número de velocidades y su desmultiplicación; el número, tipo y emplazamiento de los silenciosos de escape; y el número, tipo y emplazamiento de los silenciosos de admisión.

⁴⁰ «5.2.2.1.1. (...) Vehículos destinados al transporte de personas, cuyo número de asientos no exceda de nueve, incluido el correspondiente conductor (...) 80

5.2.2.1.2. (...) Vehículos destinados al transporte de personas, cuyo número de asientos sea superior a nueve, incluido el correspondiente conductor, y cuyo peso máximo autorizado no exceda de 3,5 toneladas (...) 81

5.2.2.1.3. (...) Vehículos destinados al transporte de mercancías, cuyo peso máximo autorizado no exceda de 3,5 toneladas (...) 81

5.2.2.1.4. (...) Vehículos destinados al transporte de personas, cuyo número de asientos sea superior a nueve, incluido el correspondiente al conductor, y cuyo peso máximo autorizado exceda de 3,5 toneladas (...) 82

5.2.2.1.5. (...) Vehículos destinados al transporte de mercancías, cuyo peso máximo autorizado exceda de 3,5 toneladas (...) 86

5.2.2.1.6. (...) Vehículos destinados al transporte de personas, cuyo número de asientos exceda de nueve, incluido el correspondiente al conductor, y cuyo motor tenga una potencia igual o superior a 147 kW (...) 85

El Anexo III de la Directiva recoge el «*anexo al certificado de homologación CEE de un tipo de vehículo en lo que respecta al nivel sonoro*», en el que ha de constar tanto el «*nivel sonoro del vehículo en marcha*» como el «*nivel sonoro del vehículo parado*», determinados de acuerdo con las especificaciones de la directiva.

Podría sin dificultad, de manera similar a la establecida en la tasa de aterrizaje para las aeronaves, establecerse una clasificación acústica de los vehículos en función de la diferencia entre los niveles sonoros del vehículo contenidos en el certificado de homologación CEE y los máximos fijados en la Directiva; clasificación que permitiría graduar el porcentaje de la bonificación en función de esta: excluyendo a los vehículos más ruidosos y atribuyendo una bonificación superior a aquellos cuyos niveles sonoros sean más bajos en relación con dicho límite.

Aunque el impuesto no vaya a dejar de recaer sobre la capacidad económica del sujeto pasivo, a través de índices indirectos recogidos en la tarifa⁴¹, el hecho de que la bonificación pueda llegar a alcanzar un 75% y quepa la posibilidad de graduarla de acuerdo con la incidencia en el medio ambiente de cada vehículo, pueden transformar de hecho la naturaleza del impuesto y convertirlo, al menos en sus tres cuartas partes, en un gravamen en función de la contaminación acústica. La Comisión Europea, en su *Libro verde sobre «Futura política sobre el ruido»* del año 1996, señaló que «*en el contexto de la actual revisión de la imposición sobre los vehículos, una mayor diferenciación en los actuales impuestos anuales sobre los vehículos y los impuestos sobre los combustibles que tenga en cuenta los costes derivados del ruido podría ser un instrumento efectivo*». También el profesor Herrera subraya que, a diferencia de la contaminación correspondiente a las emisiones de CO₂, que constituye un fenómeno global que debe ser afrontado con medidas de carácter supranacional, «*otros fenómenos contaminantes ligados a los vehículos (partículas, ruido, residuos) sí presentan un impacto local que justifica una participación de los municipios en el impuesto que las grave*»⁴².

La bonificación prevista en la letra *b*) podría compaginarse con la autorizada en la letra *a*) del mismo artículo⁴³: «*bonificación de hasta el 75 por 100 en función de la clase de carburante que consuma el vehículo, en razón*

5.2.2.1.7. (...) Vehículos destinados al transporte de mercancías cuyo motor tenga una potencia igual o superior a 147 kW y cuyo peso máximo autorizado exceda de 12 toneladas (...) 88».

⁴¹ Tal y como señala López Espafador, «*bien es cierto que a más potencia suele existir una mayor capacidad contaminante del vehículo, pero no tiene por qué darse una correlación exacta entre tales circunstancias*». «El impuesto...», cit. p. 70.

⁴² Herrera Molina P. M.: «Hacia un impuesto...», cit. p. 74.

⁴³ Sobre estas bonificaciones Herrera Molina P. M.: «Hacia un impuesto...», cit. pp. 79-80. Estafador C. M.: «La protección...», cit. pp. 58-60 y «El impuesto...», cit. pp. 72-73.

de la incidencia de la combustión de dicho carburante en el medio ambiente», podría incluso tenerse en cuenta la «incidencia de la combustión» de cada tipo de carburante en el medio ambiente en términos de contaminación acústica; lo que podría hacer que, en determinados casos en los que ambas fueran aplicables, no pudiera hacerse efectivo el importe de bonificación de ambas por sumar sus porcentajes una cantidad superior al 100%; lo que les haría perder parte de su efectividad respectiva como incentivo. Lo que no es sino una muestra de la indefinición, denunciada por el profesor Herrera, de algunos supuestos de bonificación previstos por la Ley de Haciendas Locales que, junto con el hecho de que su coste recaiga íntegramente sobre las arcas municipales, ha hecho que las ordenanzas municipales hayan incorporado dichos beneficios de forma muy moderada⁴⁴.

V. Un eventual recargo autonómico sobre el impuesto estatal especial sobre determinados medios de transporte y el ruido

El art.12 de la LO 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas⁴⁵, autoriza a estas a «establecer recargos sobre los tributos del Estado susceptibles de cesión, excepto en el Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos. En el impuesto sobre el Valor Añadido e Impuestos Especiales únicamente podrán establecer recargos cuando tengan competencias normativas en materia de tipos de gravamen». El art. 43 de la Ley 21/2001, que regula las Medidas Fiscales y Administrativas del Nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía⁴⁶, prevé la cesión a las comunidades autónomas de competencias normativas en el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, concretamente la posibilidad de «incrementar los tipos de gravamen aplicables a los epígrafes del apartado 1 del artículo 70 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos especiales, en un 15 por 100 como máximo»; por lo tanto, cabría establecerse recargos autonómicos sobre dicho impuesto estatal, siempre que se respetase lo dispuesto en el art. 12.2 de la LOFCA: «no podrán configurarse de forma que puedan suponer una minoración en los ingresos del Estado por dichos impuestos, ni desvirtuar la naturaleza o estructura de los mismos».

⁴⁴ Herrera Molina P. H.: «El principio...», cit. p. 205, quien denuncia también el uso abusivo de dichos beneficios ambientales previstos para el impuesto de circulación, con la finalidad de atraer a su jurisdicción empresas de alquiler de vehículos. «La protección...» cit. pp. 58-60 y «El impuesto...» cit. pp. 72-73.

⁴⁵ BOE núm. 236, de 1 de octubre.

⁴⁶ BOE núm. 313, de 31 de diciembre. Rect. BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2002.

La naturaleza del Impuesto Especial de Determinados Medios de Transporte es la de un impuesto indirecto que grava el consumo de dichos bienes como capacidad económica que manifiesta quien realiza la primera matriculación en España de un vehículo de motor, embarcación o aeronave; capacidad económica que el art. 69 de la Ley 38/1992⁴⁷, que regula la base imponible del impuesto, cuantifica para los medios de transporte en el «importe que con ocasión de la adquisición del medio de transporte se haya determinado como base imponible a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, de un impuesto equivalente o, a falta de ambos, por el importe total de la contraprestación satisfecha por el adquirente» y, para los usados «por su valor de mercado en la fecha de devengo del impuesto».

El que el art. 70 de la ley establezca una tarifa en la que los tipos de gravamen varían en función de la clasificación de los vehículos según sus emisiones oficiales de CO₂, no convierte realmente, en mi opinión, el impuesto en un gravamen de dichas emisiones. El impuesto recae sobre la capacidad económica del consumo, que es la que cuantifica su base imponible⁴⁸. Así ha tenido ocasión de declararlo el TC en su STC 137/2003, «a la vista de la definición legal del hecho imponible, estamos en presencia de un impuesto sobre el consumo o sobre la adquisición del bien por el consumidor final, pues se trata de un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre consumos específicos (...). En consecuencia, el gravamen del tributo en cuestión se determina en función de la capacidad económica exteriorizada con la adquisición de un medio de transporte, de manera que con ello se hace evidente que su verdadero fin consiste en gravar la capacidad contributiva manifestada por el consumo de una renta». Puede considerarse el tipo 0, que se fija para el primer epígrafe de la tarifa, como una exención a favor de los vehículos menos contaminantes y los tipos diferenciados para los epígrafes 2.º, 3.º y 4.º como meras bonificaciones o meros recargos –según cuál sea el que se quiera tomar como tipo impositivo de referencia–, establecidos en función de las emisiones de CO₂ del vehículo⁴⁹.

⁴⁷ Ley de 28 de diciembre, que regula los Impuestos Especiales, BOE núm. 312, de 29 de diciembre, rect. BOE núm. 16, de 19 de enero.

⁴⁸ Como afirma Borrero, «La articulación de la base imponible de acuerdo con las directrices del IVA (...) parecen configurar la estructura cuantitativa del IEDMT de acuerdo, básicamente, con las exigencias del principio de capacidad económica y, en general, el tributo de acuerdo con una finalidad meramente recaudatoria; en todo caso, alejada de las exigencias del principio 'quien contamina paga'». Borrero Moro C. J., Borrero Moro C.: «Un sueño frustrado (La tributación estatal pretendidamente ambiental sobre la energía) en *Quincena Fiscal* núms. 3-4/2007, p. 64. En opinión de Herrera Molina P. M.: «El principio...», cit. p. 203. «Desde el punto de vista técnico la solución no es la ideal –tendría más sentido que la base imponible estuviera constituida por las emisiones y no por el precio del vehículo».

⁴⁹ Hermosilla Martín R. y Rubio Escobar P. M. consideran que «tras dicha reforma del Impuesto Especial sobre determinados medios de transporte resulta imposible negar la clara vocación medioambiental que se ha dado definitivamente a este tributo, si bien, según

Tal y como afirma el profesor Zornoza «*de los tributos ambientales y relacionados con el medio ambiente, han de separarse aquellos otros que, careciendo de cualquier relación con el tipo de problemas que nos interesan, son capaces de albergar medidas desgravatorias de diversa naturaleza (reducciones en base, tipos de gravamen bonificados, deducciones en cuota, etc.) que pretendan fomentar determinados comportamientos de protección del medio ambiente*»⁵⁰. Aunque, por otro lado, como señala la exposición de motivos de la Ley 38/1992, «*la creación de este impuesto deriva, inicialmente, de la propia armonización del Impuesto sobre el Valor Añadido que impone la supresión de los tipos incrementados hasta ahora existentes. La sujeción de determinados vehículos y medios de transporte a dicho tipo incrementado, no respondía exclusivamente al gravamen de la capacidad contributiva puesta de manifiesto en su adquisición, sino a la consideración adicional de las implicaciones de su uso en la producción de costes sociales específicos en el ámbito de la sanidad, las infraestructuras o el medio ambiente*».

Considero viable el establecimiento de un recargo autonómico sobre el impuesto estatal que discriminara en función de la incidencia en el medio ambiente constituida por la contaminación acústica del vehículo. Aunque el modelo de recargo autonómico que se ha adoptado hasta el momento es el recargo sobre las cuotas, en realidad ni la CE ni la LOFCA precisan si el recargo ha de ser sobre la base o la cuota, por lo que no debería haber inconveniente en admitir ambas modalidades⁵¹. La existencia de recargos autonómicos sobre la denominada tasa sobre el juego que consisten en una cuota fija sería buena prueba de ello, pues podrían ser considerados tanto recargos sobre la base como sobre la cuota. De hecho, en un tributo en el que la tarifa se establece en función de las emisiones de CO₂ del vehículo, tendría más sentido establecer un recargo directamente sobre la base para desincentivar la contaminación acústica que condicionar el importe del mismo a la mayor o menor emisión de CO₂ por parte del vehículo.

En cuanto a los límites establecidos por el art.12.2 de la LOFCA, por lo que se refiere al primero, no se producirá más que en el supuesto de que el

nuestro criterio, y en la medida en que su materia imponible no se ha visto modificada, difícilmente puede afirmarse que este impuesto grave ahora, estrictamente, la 'capacidad de contaminar', sino la capacidad económica o riqueza exteriorizada por el sujeto pasivo como consecuencia de la primera matriculación en España de un vehículo provisto de vehículo a motor». «La tributación medioambiental y los medios de transporte» en Bécker F. et al. Cit. p. 744.

⁵⁰ Zornoza Pérez J. J.: «Tributación...», cit. p. 20.

⁵¹ Ruíz de Velasco Puntín C.: «Presente y futuro de los recargos autonómicos» en *Nueva Fiscalidad* núm. 4. 2008, p. 38. Calvo Vergez. J., p. 64. «El papel de los recargos sobre impuestos estatales en la financiación de las Comunidades autónomas. ¿Una vía olvidada?» en *Nueva Fiscalidad*, núm. 8/2006, p. 64.

recargo sea configurado como un gasto deducible de la base, una deducción en la cuota o un pago a cuenta del impuesto estatal, al margen de que una vez que el tributo está íntegramente cedido a la CA no quepa minoración real alguna de los ingresos del Estado. Por lo que se refiere al segundo, la prohibición de desvirtuar la naturaleza o estructura del impuesto⁵², en la medida en que la base imponible seguiría siendo en todo caso determinada de la misma forma y el impuesto estatal continuaría recayendo sobre el consumo de estos bienes en función de las emisiones de CO₂ del vehículo, no se violentaría esta prohibición. Dado que el recargo se superpone o añade al tributo estatal, difícilmente podría desvirtuar su estructura si no produce una alteración en la definición de su hecho imponible, los sujetos pasivos, la base imponible o los restantes elementos que configuran la relación jurídico-tributaria de dicho impuesto⁵³.

En realidad, un recargo autonómico sobre la base del impuesto, si el recargo responde a una finalidad distinta que los tipos de gravamen estatales, como sería el caso, a mi modo de ver, respeta mejor la naturaleza y estructura del impuesto estatal que un recargo sobre su cuota, dado que no «modula» el gravamen determinado por el legislador estatal en la tarifa del impuesto en función de parámetros distintos a los elegidos por este. En opinión de López Espafador, desde la perspectiva de la justicia tributaria, es más adecuado que el gravamen tenga en consideración la capacidad contaminante del vehículo a través de la aplicación de diferentes tipos de gravamen, sin perjuicio de que la base imponible se determine en función del precio del vehículo, tomando así en consideración un índice indirecto de capacidad económica que funcionaría como ponderación o complemento de la utilización del tributo con una finalidad de protección del medio ambiente⁵⁴. Por otra parte, solo cuando el recargo, como es el caso, se establece en función de un parámetro distinto al elegido por la tarifa del impuesto estatal, tendría realmente sentido su establecimiento, dado que esta posibilidad está condicionada a la cesión de competencias normativas en materia de tipos de gravamen, lo que haría innecesaria la utilización del recargo con la única finalidad de incrementar los tipos estatales.

No obstante, si se considera inadecuado el hacer variar el importe del recargo en función de un parámetro distinto a la contaminación acústica del vehículo, siempre podría articularse como una tarifa de tipos graduales establecidos en función de dicha contaminación. Tal y como afirma Calvo Vergez, «la comunidad autónoma tiene plena libertad para diseñar el paráme-

⁵² Sobre las diversas interpretaciones de esta prohibición Nieto Montero, J. J.: «Los recargos autonómicos sobre tributos estatales», *Revista de Información Fiscal*, núm. 35. 1999. p. 95.

⁵³ En este sentido Ruiz de Velasco Puntín C.: «Presente...», cit. pp. 57-58 y Calvo Vergez, J.: «El papel...», cit. p. 105.

⁵⁴ López Espafador C.: «La protección...», cit. p. 74. y «El impuesto...», cit. p. 76.

tro de aplicación del recargo así como su tipo de gravamen (...) tanto si el recargo se establece sobre las bases imponibles o liquidables del tributo principal como si se establece sobre las cuotas íntegras, líquidas o cualquier otra de dicho tributo»⁵⁵.

En definitiva, las comunidades autónomas podrían establecer un recargo variable en función de la clasificación acústica de los vehículos, de forma similar a la que se ha señalado en relación con la bonificación en el impuesto local sobre vehículos de tracción mecánica: estableciendo una clasificación acústica de los vehículos en función de la diferencia entre los niveles sonoros del vehículo contenidos en el certificado de homologación CEE y los niveles máximos fijados en la Directiva, y graduando el recargo en función de esta: excluyendo a los vehículos menos ruidosos y atribuyendo un recargo superior a aquellos cuyos niveles sonoros sean más altos en relación con dicho límite⁵⁶.

Otra posibilidad, apuntada por Lafont Sendino, sería la de utilizar directamente la cesión de competencias normativas en materia de tipos de gravamen «*teniendo en cuenta las características técnicas de los vehículos y gravando más a los más contaminantes (...) incluso por emisiones acústicas*»⁵⁷. A mi modo de ver, esta entraría en contradicción con el tenor literal del citado art. 43 de la ley 21/2001, que exige el mantenimiento de los epígrafes del apartado 1 del art. 70 de la Ley de Impuestos Especiales –actualmente establecidos en función de las emisiones de CO₂ y no en función de la contaminación acústica– y tan solo prevé la posibilidad de «*incrementar los tipos de gravamen aplicables*», lo que, siempre a mi juicio, impediría cambiar los actuales tipos porcentuales por unos específicos o graduales fijados en función de la mayor o menor contaminación acústica. Lo único que permite el precepto es incrementar –con el límite del 15%– las actuales alícuotas aplicables a cada epígrafe; incrementarlas, en función de la contaminación acústica, solo para unos vehículos y para otros no sería equivalente a una modificación de los actuales epígrafes de acuerdo con este criterio.

VI. La imposición sobre los hidrocarburos y el ruido

El Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos es un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo de aquellos,

⁵⁵ Calvo Vergez J.: «El papel...», cit. p. 73.

⁵⁶ En opinión de Borrero, «*el impuesto se presenta como una potencial herramienta jurídica para, por un lado, imputar los distintos costes sociales (...) susceptibles de generar los distintos medios de transporte; y, por el otro, modular el consumo de los medios de transporte en términos ambientales*». Borrero Moro C.: «Un sueño...», cit. p. 58.

⁵⁷ Lafont Sendino S.: «Perspectivas futuras de la fiscalidad ambiental en Galicia. Propuesta de nuevas figuras tributarias» en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 274, 2007, p. 102.

gravando en fase única las ventas minoristas de los productos comprendidos en su ámbito objetivo. Fue creado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁵⁸ y cedido íntegramente a las comunidades autónomas, según dispone el art. 36 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que regula las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de autonomía⁵⁹. La Ley 24/2001, en el número 10 del art. 9 regula el tipo de gravamen, que «se formará mediante la suma de los tipos estatal y autonómico», el estatal es, por lo que nos interesa, de 24 €/1000 litros, tanto para las gasolinas como para los gasóleos de uso general. El autonómico será el que establezca la respectiva comunidad autónoma de conformidad con lo regulado en el art. 44 de la misma ley. Las comunidades autónomas que han hecho uso de sus competencias normativas, de discriminar entre el gravamen correspondiente a las gasolinas y el correspondiente al gasóleo, lo han hecho a favor de este.

Dado que Ley 24/2001 establece en el número 3 de su art. 9 que «los rendimientos que se deriven del presente Impuesto quedarán afectados en su totalidad a la financiación de gastos de naturaleza sanitaria orientados por criterios objetivos fijados en el ámbito nacional. No obstante lo anterior, la parte de los recursos derivados de los tipos de gravamen autonómicos podrá dedicarse a financiar actuaciones medioambientales que también deberán orientarse por idéntico tipo de criterios», podría resultar adecuado que las CC. AA. utilizaran sus competencias normativas para discriminar el gravamen en función del daño medioambiental ocasionado por el ruido respectivo producido por los vehículos que utilizan gasolina y gasóleo, daño que, desde la perspectiva del ruido, es mayor en los vehículos con motores diésel⁶⁰. Como se ha señalado antes, la Comisión Europea, en su *Libro verde* sobre «Futura política sobre el ruido» del año 1996, consideró que una mayor diferenciación en los impuestos sobre los combustibles que tenga en cuenta los costes derivados del ruido podría ser utilizada como un instrumento para la lucha contra esta contaminación.

⁵⁸ BOE núm. 313, de 31 de diciembre, rect. BOE núm. 124, de 24 de mayo.

⁵⁹ BOE 31 diciembre 2001, núm. 313; rect. BOE 22 mayo 2002, núm. 122.

⁶⁰ En contra de la atribución de una finalidad medioambiental a este impuesto se pronuncia Patón, para quien el consumo de los hidrocarburos gravados por el impuesto no desincentivaría su consumo «pues este consumo es insensible a los cambios de precio en tanto que no existe un alternativa viable y más económica. Así pues, la protección medioambiental constituye en este impuesto una mera excusa en la búsqueda de una mayor recaudación tributaria». Patón García, G.: «Hacia un modelo de impuesto ambiental: las reformas pactadas y la creación de nuevos tributos», en *Nueva Fiscalidad*; núm. 7/2006, pp. 48-49.

La misma consideración cabe hacer con respecto al Impuesto sobre Hidrocarburos, en la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, que regula los impuestos especiales⁶¹. Dicho impuesto es indirecto, real, objetivo, monofásico, instantáneo y de finalidad extrafiscal. Borrero Moro pone de manifiesto cómo el consumo de productos energéticos produce una contaminación atmosférica, que pone en relación con los efectos negativos del ruido y la degeneración del paisaje. El Impuesto Especial sobre Hidrocarburos se configura como un impuesto encaminado a redistribuir los costes ambientales entre sus provocadores, al tiempo que trata de proteger el medio ambiente, modulando comportamientos a través del desincentivo del consumo de hidrocarburos⁶².

Por lo que se refiere a lo relativo a la contaminación acústica, lo cierto es que en las tarifas reguladas en su art. 50, el impuesto establece tipos específicos sensiblemente inferiores para los gasóleos a los establecidos para las gasolinas. Tal y como ha puesto de manifiesto la Comisión Europea «según los criterios utilizados para analizar el impacto ambiental (emisiones de gases, emisiones de partículas, ruido), no existirían motivos para aplicar impuestos diferentes al diésel y a la gasolina consumidos por los vehículos para pasajeros. Un equilibrio razonable conduciría a una fiscalidad global equivalente»⁶³. Tal y como señala Borrero, dicha diferencia se sostendría, no tanto en las exigencias del principio «quien contamina paga», como en la protección de determinados sectores económicos, así como en la menor capacidad económica que, en términos generales, denota el uso de un producto energético en el marco de actividades económicas, respecto de su uso en el marco de actividades particulares⁶⁴.

No obstante, en relación con la utilización de los impuestos especiales con una finalidad ecológica, conviene tener presentes las dudas expresadas por Vaquera García, atendiendo a la escasa vinculación del fin medioambiental con el método de medición de la base imponible y a «la reducida o prácticamente nula concienciación ambiental a que llevaría una elevación de la cuantía de tales tributos, puesto que la inflexibilidad de su demanda, la lógica reacción de la opinión pública y la difícil justificación del incremento en la carga fiscal si se emplean esas magnitudes de medición, llevarían a que se diluyese la función extrafiscal en el componente recaudatorio, por lo que no se alcanzaría el efecto perseguido de limitar la producción de daños a la

⁶¹ BOE núm. 312, de 29 de diciembre.

⁶² Borrero Moro C.: «Un sueño...», cit. p. 52.

⁶³ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifican la Directiva 92/81/CEE y la Directiva 92/82/CEE con vistas a establecer un régimen fiscal especial para el gasóleo utilizado como carburante con fines profesionales y aproximar los impuestos especiales de la gasolina y del gasóleo. COM (2002) 410 final. Bruselas, 24.7.2002. El subrayado es mío.

⁶⁴ Borrero Moro C.: «Un sueño...», cit. pp. 41-42.

naturaleza»⁶⁵. Aunque, en línea de futuro y en relación específicamente con la contaminación acústica, cabe pensar en que, una vez se introduzcan en el mercado vehículos eléctricos, el gravamen de los hidrocarburos sí que podría constituir un elemento determinante en la configuración de una demanda que dejaría de ser inelástica al existir un bien sustitutivo, primando la utilización de los motores eléctricos que no los consumen, notablemente menos ruidosos que los de explosión.

VII. El impuesto sobre el daño medioambiental causado por la instalación de transportes por cable de la Comunidad Autónoma de Aragón y el paisaje

El impuesto medioambiental aragonés sobre el daño causado por la instalación de transportes por cable es el que de forma más explícita proclama como su objeto⁶⁶ *«la concreta capacidad económica que se manifiesta en determinadas actividades desarrolladas mediante la utilización de las instalaciones o elementos de dichos sistemas de transporte de personas, mercancías y bienes, como consecuencia de su incidencia negativa en el entorno natural, territorial y paisajístico de la Comunidad Autónoma de Aragón»*.

Dicho impuesto fue establecido por la Ley 13/2005, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas en materia de Tributos Cedidos y Tributos Propios de la Comunidad Autónoma de Aragón⁶⁷, en cuyo Preámbulo se hace referencia a que el empleo en la actividad empresarial de transportes mediante líneas o tendidos de cable *«es, en primer lugar, un elemento perturbador del paisaje»* y a que el impuesto grava *«el perjuicio en el medio ambiente y en otros valores superiores (territorio, paisaje, flora, fauna) que deben ser protegidos y, en su caso, restaurados»*. De forma congruente, tal y como también señala el preámbulo, *«dicho daño se entiende producido aun cuando dichas instalaciones se encontraran en desuso o no hubieran entrado en funcionamiento»*, lo que parece apuntar de forma inequívoca al daño

⁶⁵ Vaquera García, A.: *Fiscalidad y medio ambiente*, Lex Nova, Valladolid. 1999. pp. 308-309. También para Borrero no se podría *«dejar de reconocer la existencia de razones, fundamentalmente, recaudatorias en la justificación de su establecimiento y conservación dentro del ordenamiento jurídico español»*. Borrero Moro C.: *«Un sueño...»*, cit. p. 37, no obstante, en relación con la inelasticidad de la demanda, este autor (p. 42) subraya el hecho de que *«en aquellas actividades relacionadas con el tiempo libre, (...) la demanda es más elástica; además de que los costes sociales originados tienen una justificación escasamente solidaria»*.

⁶⁶ Objeto-fin del tributo para la profesora Soler Roch, M. T.: *«El principio de capacidad económica y la tributación medioambiental»* en Bécker, F. et al., *Tratado...*, cit. p. 93.

⁶⁷ BO. Aragón 31 diciembre 2005, núm. 154; rect. BO. Aragón 8 marzo 2006, núm. 28.

en el paisaje, puesto que es realmente difícil pensar en otro tipo de daños ambientales distintos a este cuando las instalaciones no están en funcionamiento⁶⁸. En opinión del profesor Rosembuj, el impuesto aragonés confundiría «*custodia territorial con territorialización ambiental. La actividad es dañosa y por tanto susceptible de prohibición, de indemnización por daños y perjuicios o, de gravamen sobre su contenido. Pero, no hay ni señal de protección del bien ambiental. La referencia al paisaje no se refleja en el impuesto, sino incidentalmente*»⁶⁹.

Adicionalmente, el art. 12.2 del vigente Texto Refundido de la Legislación sobre los impuestos medioambientales de la Comunidad Autónoma de Aragón, Decreto Legislativo 1/2007, de 18 septiembre, establece que «*en el caso de instalaciones o elementos del transporte mediante líneas o tendidos de cable que se encontraran en situación de desuso durante, al menos, tres años, la cuota tributaria será la que resulte de multiplicar por tres la que hubiere correspondido en función del número y longitud de las citadas instalaciones o elementos de transporte*»; lo que, de forma un tanto paradójica a mi modo de ver, implica que se triplica el gravamen en un supuesto en el que el único daño medioambiental producido por las instalaciones es el paisajístico. La justificación del precepto podría estar en el establecimiento de una especial protección del paisaje mediante un desincentivo superior de dicho daño en el medio ambiente que pretende en última instancia su cesación mediante la retirada de las instalaciones. De hecho, el art. 35 del texto refundido establece una deducción en la cuota íntegra de cada impuesto, «*hasta el límite del 30 por 100 de su importe, por la realización de inversiones en bienes o derechos del inmovilizado material o inmaterial, situados o destinados dentro del ámbito de aplicación del impuesto, y dirigidas a la adopción de medidas preventivas, correctoras o restauradoras de los efectos negativos de la contaminación en el medio natural y territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón*», por importe «*del 20 por 100 del precio de adquisición o coste de producción de las inversiones efectivamente realiza-*

⁶⁸ Art. 9.2 del Texto Refundido de la Legislación sobre los impuestos medioambientales de la Comunidad Autónoma de Aragón, Decreto Legislativo 1/2007, de 18 septiembre. BO. Aragón 3 octubre 2007, núm. 117. «*1. Constituye el hecho imponible del impuesto el daño medioambiental causado directamente por las instalaciones de transporte mediante líneas o tendidos de cable, que se relacionan en el artículo 7. (...)*». Para de la Hucha Celador F.: «El poder tributario de las Comunidades Autónomas en materia medioambiental» en Bécquer F. et al., *Tratado...*, cit. en estos supuestos «*aun admitiendo a efectos dialécticos la producción del mencionado daño*», la capacidad económica que se pretendería gravar sería desconocida, p. 323.

«*2. Se entenderá producido el daño medioambiental aun cuando las instalaciones y elementos del transporte descrito se encuentren en desuso o no hayan entrado en funcionamiento*».

⁶⁹ Rosembuj T.: «Los impuestos ambientales...», cit. p. 14.

das por inversiones destinadas a la protección del medio ambiente». Pues bien, según dispone el art. 24 del Reglamento de Desarrollo Parcial de la Ley 13/2005, de 30 de diciembre de 2005, de Medidas Fiscales y Administrativas en Materia de Tributos Cedidos y Tributos Propios de la Comunidad Autónoma de Aragón, para la aplicación de los Impuestos Medioambientales⁷⁰ «se entenderá que van destinadas a la adopción de tales medidas, entre otras, las siguientes inversiones:

a) En el Impuesto sobre el daño medioambiental causado por la instalación de transportes por cable, las destinadas a la restauración del medio natural afectado por la retirada de las instalaciones en uso o en desuso»⁷¹.

Según el preámbulo, en el impuesto aragonés se habría «utilizado una unidad contaminante de medida del daño medioambiental acorde y coherente con ese perjuicio, como son el número y la longitud de las instalaciones de transporte por cable». En el art. 11 del vigente texto refundido se define la base imponible del impuesto a las «unidades contaminantes de medida del daño medioambiental» constituidas por «el número y longitud de las instalaciones de transporte por cable de personas» y «el número y longitud de las instalaciones de transporte por cable de mercancías o materiales». La cuota tributaria, según ordena el art. 12 del mismo texto, se obtiene de aplicar a la base imponible unos tipos de gravamen, entre los que resaltaría los siguientes:

«1.º Transporte de personas en las instalaciones de teleféricos y remonta-pendientes:

c) Por cada metro de longitud del transporte por cable de personas: 12 euros.

(...)

2.º Transporte de mercancías o materiales en las instalaciones de remonte utilizadas en el medio forestal. Por cada metro de longitud del transporte por cable de mercancías: 10 euros», en cuanto que, en mi opinión, los metros de longitud del transporte de personas o de mercancías y materiales de ser una medida «acorde y coherente» del daño medioambiental, lo serían únicamente del daño en el paisaje.

Cabe poner en relación el impuesto aragonés con el Impuesto extremeño sobre Instalaciones que incidan en el Medio Ambiente, actualmente regulado en el Decreto Legislativo 2/2006, de 12 diciembre, que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de

⁷⁰ BO. Aragón 20 enero 2007, núm. 8.

⁷¹ Sobre la importancia que el examen de las técnicas desgravatorias tiene para la determinación de la finalidad y naturaleza de los tributos extrafiscales, Ruiz Almendral, V. y Zorzoza Pérez J.: «El impuesto sobre grandes...», cit. p. 25 y ss. y Zorzoza Pérez J.: «El impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente: finalidad extrafiscal y límites al poder tributario de las Comunidades Autónomas» en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 281, 2008, pp. 71-72.

Extremadura en materia de Tributos Propios⁷². Aunque no se haga en su normativa reguladora referencia expresa alguna al paisaje como objeto del daño medioambiental⁷³, al limitarse el art. 12 del texto refundido a señalar en lo referente a la naturaleza y objeto del impuesto que este «*grava la incidencia, alteración o riesgo de deterioro que sobre el medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Extremadura ocasiona la realización de las actividades a que se refiere esta ley, a través de las instalaciones y demás elementos patrimoniales afectos a las mismas, con el fin de contribuir a compensar a la sociedad el coste que soporta y a frenar el deterioro del entorno natural*», quizás pudiera entenderse que tiene en cuenta dicho daño a la hora de establecer el gravamen, dado que según el art. 18 del citado texto refundido, la base imponible para la actividad de transporte de energía eléctrica, telefonía y telemática «*estará constituida por la extensión de las estructuras fijas expresadas en kilómetros y en número de postes o antenas no conectadas entre sí por cables*», y la cuota tributaria se fija en dichas actividades en «*601,01 euros por kilómetro, poste o antena obtenidos conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de esta Ley*». La acusada similitud con el impuesto aragonés sobre el daño causado por la instalación de transportes por cable en cuanto a los elementos de cuantificación⁷⁴, bien podría permitir afirmar que el impuesto extremeño sirve a la protección del paisaje⁷⁵ –al menos– tan bien como el impuesto aragonés.

⁷² DO. Extremadura 23 diciembre 2006, núm. 150.

⁷³ Ni en la norma que lo estableció originalmente, la Ley 7/1997, de 29 mayo, de Medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el Medio Ambiente. DO. Extremadura 28 junio 1997, núm. 75; ni en la Ley 8/2005, de 27 diciembre, de Reforma de Tributos Propios de la Comunidad Autónoma de Extremadura, DO. Extremadura 31 diciembre 2005, núm. 150, que lo reformó en cumplimiento del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación de la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de Extremadura, publicado en el BOE de 26 de mayo de 2005, ni en el vigente texto refundido.

⁷⁴ Similitud que es puesta de manifiesto por Cremades Schulz M. T.: «Los impuestos sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente» en Bécker F., *et al.*, *Tratado...*, cit. p. 690. Para Patón García G., la base imponible para la actividad de transporte de energía eléctrica, telefonía y telemática sería un índice de que el impuesto se dirige a gravar el riesgo medioambiental producido por determinadas actividades productivas, «Hacia un modelo...» cit. pp. 64 y 82. También para Rodríguez Muñoz de la base imponible para esta actividad «*se infiere igualmente la relación entre la base imponible del impuesto y la capacidad contaminante, el daño al medio, y su probabilidad de riesgo*», Rodríguez Muñoz J. M.: «Los tributos...», cit. pp. 53-54 y 57. Quizás estemos ante uno de los supuestos señalados por Cors Meya en los que «*un determinado hecho imponible, entendido en un sentido amplio, incluyendo la base imponible, puede ser indicativo de otro hecho, de su correspondiente objeto del tributo en el impuesto, tal hecho índice también lo puede ser de un tercer hecho en otro impuesto, de otro objeto del tributo*». Cors Meya X.: «Impuesto sobre grandes...», cit. p. 26.

⁷⁵ En opinión de Rosembuj T., se trataría de un impuesto territorial y no de un impuesto ambiental, «Los impuestos ambientales...», cit. p. 15.

De hecho, Rozas Valdés considera –de forma, bien es cierto, que parece irónica– que este impuesto, *«el bien jurídico que trata de preservar, a tenor de su ámbito objetivo, y aunque no se diga expresamente, parece ser una cierta idea del paisaje. Lo que se sujeta a gravamen no es ni la emisión o vertido de sustancias contaminantes ni la realización de actividades de riesgo. No pretende modificar o reducir los índices de polución atmosférica, del suelo o de las aguas, pues no contempla medidas alternativas, ni se modula la cuota en función de comportamientos más sostenibles en términos ecológicos. Sencillamente se establece un impuesto patrimonial sobre la propiedad de determinados bienes –instalaciones de energía eléctrica y telecomunicaciones– que, así se ha de entender, perturban el paisaje extremeño»*. Aunque –de forma menos irónica– pone de manifiesto que *«si el bien jurídico medioambiental que se trata de preservar es el paisaje, sería cuando menos discutible la exención de la (energía) eólica o solar»* y critica, por la misma razón, la exención subjetiva establecida a favor del Estado, la Comunidad Autónoma, las Corporaciones locales y sus Organismos Autónomos de carácter administrativo⁷⁶. También Jiménez Hernández plantea la posibilidad de que el tributo extremeño, en su configuración original, *«pretendiera salvaguardar con este tributo la belleza paisajística de Extremadura, eligiendo con ello el paisaje como bien jurídico concreto objeto de la tutela»*, como forma de salvar la falta de conexión entre el daño medioambiental y la titularidad de bienes afectos a determinada actividad que constituía el objeto imponible del impuesto. También critica, por la razón aludida, la exención subjetiva y la determinación de la base imponible como el valor de las instalaciones: *«Podemos entender que unas instalaciones fabriles rompan la armonía paisajística y constituyan así un atentado contra el medio ambiente. Sin embargo, el valor de las instalaciones no indica el grado con que dicha instalación o estructura dañe entorno»* y considera más coherente la forma de determinación de la base imponible prevista para el transporte de energía, telefonía y telemática, con la afectación de su paisaje⁷⁷.

También, creado por la Ley 4/1997, Ley de Protección Civil de Cataluña, de 20 mayo⁷⁸, sujeta en el apartado sexto de su artículo 59 las instalaciones y estructuras destinadas al transporte o suministro de energía eléctrica, de acuerdo con una tarifa que grava dichas instalaciones y estructuras en fun-

⁷⁶ Rozas Valdés J. A.: «Riesgo de contaminar y tributos autonómicos» en *Quincena Fiscal*, núm. 2/2006, pp. 26-28.

⁷⁷ Jiménez Hernández J.: «Comentarios acerca del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Extremadura» en *Impuestos*, vol. I, 1999, pp. 1361-1363 y 1367-1368.

⁷⁸ DO. Generalitat de Catalunya 29 mayo 1997, núm. 2401; rect. DO. Generalitat de Catalunya 5 junio 1997, núm. 2406.

ción de los metros de las mismas⁷⁹, si bien es cierto que atiende también a la mayor o menor potencia, medida en kilovoltios, del suministro; lo que, en opinión de Varona Alabern sería índice del «riesgo generado por la actividad, aunque los criterios para su medida puedan ser discutibles o carezcan de la suficiente precisión»⁸⁰. El TC en su STC 168/2004, de 6 de octubre, declara «que el objeto de gravamen no son dichos elementos patrimoniales, sino el riesgo potencial de las actividades e instalaciones allí mencionadas» y afirma que «el gravamen no es un tributo de carácter contributivo, sino que prima su vertiente retributiva, pues su exacción no depende del valor del bien o de la renta que potencialmente produzca, sino del riesgo que encierra, de su peligrosidad, medido en términos de protección civil»⁸¹.

Cabe recordad a este respecto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su STC 2006/179, que declaró la inconstitucionalidad de la redacción original del Impuesto Extremeño sobre Instalaciones que inciden en el Medio Ambiente, en la que se afirma que «...desconecta la cuantía del gravamen de la potencial actividad contaminante –o, dicho de otro modo, desconoce el principio en virtud del cual ‘quien contamina paga’– (...) Como puede apreciarse, la magnitud del gravamen no la determina entonces la mayor o menor incidencia en el medio ambiente de las instalaciones sometidas a tributación, sino única y exclusivamente la mayor o menor facturación, producción o número de instalaciones de las actividades gravadas (...) no cabe considerar que el impuesto extremeño cuestionado grave efectivamente la actividad contaminante cuando desconoce el impacto ambiental en que incurren los sujetos llamados a soportarlo, o lo que es lo mismo, la medida en la que cada uno afecta al medio ambiente».

⁷⁹ «Sexto. Las instalaciones y estructuras destinadas al transporte o suministro de energía eléctrica, de acuerdo con la siguiente tarifa:

- a) Entre 26 y 110 kilovoltios: 0,1 pesetas por metro.
- b) Entre 111 y 220 kilovoltios: 0,5 pesetas por metro.
- c) Entre 221 y 400 kilovoltios: 1 peseta por metro.
- d) Más de 400 kilovoltios: 4 pesetas por metro».

⁸⁰ Varona Alabern J. E.: «El tributo catalán creado por la Ley de Protección Civil de Cataluña y la STC 168/2004, de 6 de octubre», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 6/2006, p. 19. También para Luchena Mozo G. M., y Patón García G., el impuesto «tiene como fin el gravamen preventivo de actividades que puedan ser inequívocamente causantes de algún daño ambiental», «Las líneas actuales de gravamen en la tributación medioambiental» en *Quincena Fiscal*, núm. 18/2005, p. 28.

⁸¹ FJ 10.º. Sobre la STC y la posible traslación de los argumentos contenidos en ella a otros tributos autonómicos análogos, como el impuesto extremeño sobre la producción y el transporte de energía: Rodríguez Muñoz J. M.: «Los tributos sobre actividades de riesgo. Su consagración a raíz de la STC 168/2004, de 6 de octubre de 2004 y la aplicación de esta sentencia a otros impuestos autonómicos *sub iudice*» en *Nueva Fiscalidad*, núm. 4/2005, pp. 40-60.

También resulta pertinente recordar que, según señala una autorizada doctrina, en los tributos ambientales, en los que el gravamen debería incentivar la reducción del daño ambiental, «*si este se mide a través de factores medio o indiciarios, el incentivo desaparece, pues los esfuerzos por reducir la contaminación no se verán reflejados en la base ni en la cuota. De este modo el impuesto deja de ser idóneo para cumplir su fin y desaparece la justificación extrafiscal de una tributación que difiere del principio de capacidad económica. Esto supone, en definitiva, la inconstitucionalidad de los tributos medioambientales que incurran en tales deficiencias. Por ello, el régimen de estimación objetiva ha de basarse en elementos que constituyen un incentivo a reducir la contaminación, como el tipo de instalaciones o de materias primas utilizadas en los procesos productivos. En conclusión, si la estimación objetiva constituye el supuesto normal de aplicación del tributo y en dicho régimen no existe ningún estímulo a reducir la contaminación, el tributo no resulta idóneo para cumplir la finalidad que lo justifica*»⁸². Es más, «*cuando es débil el vínculo entre la base imponible del impuesto y los daños producidos al medio ambiente, el impuesto corre el riesgo de no ejercer el impacto deseado en este y, paralelamente, de introducir distorsiones inútiles y costosas en las decisiones de producción y consumo*»⁸³. Tal y como señala Patón en relación con el impuesto extremeño, dada su escasa virtud recaudatoria, «*las actividades de producción o transporte de energía seguirán realizándose en la medida en que los intereses económicos de las empresas respectivas se lo permitan, sin que tenga una influencia crucial en ello la existencia del impuesto*»⁸⁴.

VIII. El impuesto sobre el daño medioambiental causado por las grandes áreas de venta de la Comunidad Autónoma de Aragón y el paisaje

El impuesto sobre el daño medioambiental causado por las grandes áreas de venta fue establecido en Aragón también por la Ley 13/2005, en la que se define como su objeto «*gravar la concreta capacidad económica manifestada en la actividad y el tráfico desarrollados en establecimientos comerciales que, por su efecto de atracción al consumo, provoca un desplazamiento masivo de vehículos y, en consecuencia, una incidencia negativa en el entorno natural y territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón*»⁸⁵,

⁸² Herrera Molina P.: «Derecho Tributario ambiental...», cit. p. 175.

⁸³ OCDE: *La fiscalidad y el medio ambiente. Políticas complementarias*, Madrid, 1994, p. 58.

⁸⁴ Patón García G.: «Hacia un modelo...», cit. p. 64.

⁸⁵ Si bien la ley aragonesa no hace referencia alguna a ninguna otra finalidad, a diferencia de lo que sucede en las leyes navarra (Ley Foral del Impuesto sobre los Grandes Establecimientos Comerciales de Navarra, Ley Foral 23/2001, de 27 noviembre, BO. Navarra 7

sin hacer referencia alguna al eventual daño en el paisaje provocado por dichos establecimientos, aunque el art.9 de la misma (actual art.2 del vigente Texto Refundido) declara como finalidad común a todos los impuestos medioambientales «*gravar la concreta capacidad económica que se manifiesta, como riqueza real o potencial susceptible de imposición, en el daño causado en el medio ambiente por determinadas elementos, conductas y actividades contaminantes, que se realizan o desarrollan mediante la explotación selectiva, la degradación o la lesión de los recursos naturales y que provocan un grave deterioro en el medio natural, territorial y paisajístico de la Comunidad Autónoma de Aragón*».

Tal y como señala la exposición de motivos de la ley «*el impacto añadido sobre el medio urbanístico y territorial, que agrava considerablemente el daño producido, es considerado por la Ley atendiendo a la mayor variación en la tipología territorial en que estas actividades comerciales pueden llevarse a cabo. La Ley Urbanística de Aragón ofrece diferentes clases y tipologías de suelo en función de su finalidad y su propensión a la transformación y desarrollo urbanizador que se considera necesario preservar. A la vista de esta clasificación, parece claro que la incidencia sobre el medio ambiente, desde un punto de vista territorial, será considerablemente diferente en función de que la actividad a desarrollar se ubique en un suelo perfectamente integrado en el proceso urbanizador o se ubique en un tipo de suelo en el que concurran ciertos valores que es necesario proteger. Un gran establecimiento comercial ubicado en suelo urbano, asimilado en su entorno y su paisaje urbanístico, en el que existe posibilidad de acceso peatonal, que se encuentra integrado en el área operativa de la red de transportes públicos y que, en fin, vertebrada una determinada zona comercial, de ocio y*

diciembre 2001, núm. 148), asturiana (Ley de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales, Ley 15/2002, de 27 diciembre, BO. del Principado de Asturias 31 diciembre 2002, núm. 301; rect. BO. del Principado de Asturias 31 enero 2003, núm. 25) o catalana (Ley del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales de la Generalitat de Catalunya, Ley 16/2000, de 29 diciembre, DO. Generalitat de Catalunya 30 diciembre 2000, núm. 3295; rect. DO. Generalitat de Catalunya 7 febrero 2001, núm. 3322). Cabe preguntarse con la profesora Soler «*hasta qué punto el objeto-fin (la protección del medio ambiente), no se proclama solo para enmascarar la auténtica finalidad del tributo, de modo que la invocación de la defensa del medio ambiente no pasa de ser meramente formal a efectos de legitimar un impuesto cuyo objetivo real es distinto (en este caso, la protección del pequeño comercio)*». Soler Roch M. T.: «El principio...», cit. p. 96. También cabe preguntarse si son realmente varias las causas que justifican el gravamen –como se declara en las leyes de las restantes comunidades (compensar el daño ambiental, la protección del territorio y la protección del comercio minorista)–, si se ha reparado en la inevitable colisión entre ellas y la consecuente incoherencia interna del tributo, que denuncian en relación con el impuesto asturiano Sesma Sánchez B., y Cordero González E. M.: «El impuesto sobre grandes establecimientos comerciales del Principado de Asturias» en *Revista de Información Fiscal*, núm. 72/2005, pp. 90 y 91, y en relación con el catalán Zornoza Pérez J., y Ruiz Almendral V.: «El impuesto...», cit. p. 35 y pp. 78-79.

de servicios en la ciudad, no produce el mismo impacto ambiental y territorial que otro establecimiento instalado en otro tipo de suelo, ubicado en la periferia de los contornos urbanos y fuera del alcance de los transportes públicos. En atención a estas consideraciones, el impuesto ha previsto la aplicación de unos coeficientes correctores sobre la cuota tributaria, distinguiendo si se trata de suelo urbano, urbanizable, delimitado y no delimitado, con anterioridad o posterioridad a la aprobación del Plan Parcial, no urbanizable genérico y no urbanizable especial».

En efecto, tal y como se establece en el art. 28.2 del vigente texto refundido, a la cuota tributaria se le aplican «*en función de la clase y tipología del suelo en el que esté ubicada la gran superficie comercial, el coeficiente que corresponda entre los siguientes:*

a) En suelo urbano: 1.

b) En suelo urbanizable, delimitado o no delimitado, con posterioridad a la aprobación del Plan Parcial correspondiente: 1,10.

c) En suelo urbanizable no delimitado, con anterioridad a la aprobación del Plan Parcial, o en suelo no urbanizable genérico: 1,25.

d) En suelo no urbanizable especial: 1,5».

Lo que supone incrementar hasta un 50% el importe del impuesto, en función de la clase y tipología del suelo⁸⁶.

Pues bien, tal y como dispone el art. 19.a de la Ley Urbanística de Aragón, Ley 5/1999, de 25 marzo⁸⁷, tendrán la condición de suelo no urbanizable los terrenos clasificados como tales por el planeamiento por concurrir alguna de las circunstancias siguientes:

«a) En todo caso, el suelo preservado de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o de patrimonio cultural; los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos...» (el subrayado es mío). Suelos a los que el art. 20 atribuye el carácter de suelo no urbanizable especial:

«1. En el suelo no urbanizable se distinguirán las categorías de suelo no urbanizable genérico y suelo no urbanizable especial. (...)

⁸⁶ En opinión de Sánchez Graells, la utilización de este criterio de graduación del gravamen sería contrario a los principios constitucionales que regulan el ejercicio de la potestad tributaria y supone una verdadera desnaturalización de la extrafiscalidad del impuesto aragonés, al estar más bien diseñado para penalizar determinados modelos de desarrollo de la actividad del comercio minorista con un carácter más bien sancionatorio. Sánchez Graells A.: «La inconstitucionalidad del nuevo impuesto aragonés sobre el daño causado por las grandes áreas de venta» en *Quincena Fiscal*, núms. 15-16/2006, p. 37.

⁸⁷ BO. Aragón 6 abril 1999, núm. 39.

2. *Tendrán la consideración de suelo no urbanizable especial los terrenos del suelo no urbanizable a los que el Plan General reconozca tal carácter y en todo caso los enumerados en la letra a) del artículo anterior...*».

Por lo tanto, cuando los valores paisajísticos concurrentes en el suelo en el que está ubicada la superficie comercial hayan determinado su calificación como «*suelo no urbanizable especial*», la cuota tributaria se verá incrementada en un 50%. De nuevo, dado que el coeficiente corrector se aplica sobre una cuota íntegra que resulta de la aplicación de una tarifa progresiva en función de la superficie en la que se mide la base imponible del impuesto, que es determinada en función de unos parámetros (superficie de venta, superficie destinada a servicios comunes o auxiliares y de espacios comunes de paso, superficie de aparcamiento) que poco o nada tienen que ver con el impacto añadido sobre el medio y paisaje urbanístico y territorial que a través de la aplicación de los coeficientes se trataría de desincentivar.

Por otra parte, teniendo presente que en el impuesto aragonés, según dispone el art. 25 del texto refundido, «*son sujetos pasivos del impuesto, en calidad de contribuyentes, los titulares de la actividad y el tráfico comercial que propicien el daño en el medio ambiente gravado por el impuesto*», de forma congruente con la definición del hecho imponible en el art. 23 del mismo texto legal como «*el daño medioambiental causado por la utilización de las instalaciones y elementos afectos a la actividad y al tráfico desarrollados en los establecimientos comerciales que dispongan de una gran área de venta y de aparcamiento para sus clientes y se encuentren ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón*», resultaría difícil imputar, salvo de forma indirecta, la causación del daño en el medio ambiente⁸⁸ que se pretende desincentivar con los recargos establecidos en el art. 28.2 del texto refundido, a quien, pese a ser titular de la actividad y el tráfico comercial, al no ser propietario del inmueble, puede no haber tenido parte en la decisión relativa a la ubicación del centro comercial en un tipo de suelo u otro y, en definitiva, se encuentra con que el «*impacto ambiental y territorial*» que se pretende desincentivar con dichos coeficientes correctores ya se ha producido en el momento en que, al comenzar a ejercer su actividad, se convierte en sujeto pasivo del impuesto y, en función de ello, difícilmente puede hacer nada para disminuir dicho daño⁸⁹. Es más, dada la referida configuración del hecho imponible, podría darse el caso de que el impuesto no se exigiera, por no utilizarse las instalaciones, pese a que el impacto sobre el medio y paisaje urbanístico y territorial se ha consumado con la mera construcción del establecimiento.

⁸⁸ Razón, quizás, por la cual la ley utiliza el término «propiciar».

⁸⁹ A diferencia de lo que sucede en el impuesto asturiano, como señalan Sesma Sánchez B., y Cordero González E. M.: «El impuesto...», cit. pp. 112-114.

En última instancia, cabe plantarse una vez más en qué medida este gravamen adicional, o incluso la totalidad del gravamen por el impuesto sobre el daño medioambiental causado por las grandes áreas de venta, puede realmente suponer un desincentivo real a la causación del daño medioambiental⁹⁰, si tenemos en cuenta la magnitud económica de los intereses comerciales y urbanísticos en juego en la construcción y explotación de este tipo de establecimientos comerciales y el hecho mismo de que su construcción en un suelo no urbanizable especial por los valores paisajísticos concurrentes en el mismo podría ser directamente evitada sin necesidad de acudir a desincentivo fiscal alguno. Quizás, tal y como afirma Rosembuj, «*estamos llegando a un punto tal de saturación, que bien podría comenzar a pensarse en la subordinación de la ordenación y gobierno del territorio a la conservación y gestión del bien ambiental. La clave es dejar la transformación urbanística, privilegiando el suelo no edificable, aquella parte del territorio que auspicia la vida en común (...) La no edificabilidad, en suma, podría ser un valor sostenible del propietario forestal, del propietario rústico...*»⁹¹.

Desde este punto de vista, resultaría ciertamente deseable para la protección del territorio y el paisaje una política fiscal más decididamente orientada a combatir el uso irracional del territorio constituido por la urbanización de baja densidad o *suburban sprawl* –con sus secuelas de incremento del tráfico rodado, contaminación subsiguiente, incremento de la extensión y coste de las infraestructuras, disminución en la cantidad y calidad del agua, etc.– en la que el territorio se agota y el paisaje se degrada en una sucesión interminable de urbanizaciones de viviendas unifamiliares, centros comerciales, carreteras y aparcamientos, cada vez más alejados de los centros de trabajo y de los centros de las ciudades. Aunque el desincentivo a través de impuestos de finalidad extrafiscal que recaen sobre los grandes centros comerciales –cuya generalización está sin duda íntimamente ligada al desarrollo del fenómeno del *sprawl* y constituye uno de sus ingredientes esenciales: la separación entre zonas residenciales y comerciales– puede jugar un papel en la protección del territorio y el paisaje, una fiscalidad sobre los bienes inmuebles que en la valoración del suelo tuviera en cuenta las externalidades negativas que su irracional utilización provoca sería sin duda alguna más eficaz.

⁹⁰ Para Rosembuj T., «*Es un impuesto de custodia del territorio, que no ambiental*». «Los impuestos ambientales...», cit. p. 13.

⁹¹ Rosembuj T.: «Los impuestos ambientales...», cit. p. 15.

La red de garantía de ingresos en España en tiempos de crisis. Las rentas mínimas de inserción frente a la alternativa de la renta básica

Borja Barragué Calvo

Investigador del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica
Universidad Autónoma de Madrid

Recibido: 23.11.09

Aceptado: 15.12.09

Resumen: El impacto de la crisis sobre el empleo ha puesto de manifiesto una de las principales carencias de la política social en España: la ausencia de una última red de garantía de ingresos que ofrezca una mínima seguridad económica a la población. Si bien en los últimos diez años España ha experimentado fases de crecimiento económico importante, la proporción de personas bajo el umbral del 60% de la renta media, casi un quinto exacto del total de la población, se ha mantenido constante. Es probable por tanto que, habiendo fracasado en el objetivo de reducir la proporción de pobres con tasas de crecimiento económico sustanciales, unas tasas negativas o muy escasamente positivas comporten un crecimiento significativo de la pobreza. El trabajo lleva a cabo un análisis de los programas de rentas mínimas en la Europa meridional, donde el haber quedado al margen de las políticas fiscales keynesianas durante la era fordista ha supuesto un significativo subdesarrollo social. A la luz de estas experiencias, el artículo sostiene que la incidencia de estos programas en la erradicación de la pobreza extrema ha sido escasa y su capacidad de respuesta ante la crisis prácticamente nula, por lo que concluye con la propuesta de un programa de renta básica.

Palabras clave: Crisis, pobreza, justicia social, rentas mínimas, renta básica.

Abstract: *The impact of the economic crisis on employment has revealed one of the main lacks of the social policy in Spain: the absence of an ultimate safety net which offers a minimum economic security to the population. Poverty levels in Spain have remained very similar during the last decades. However, the economic crisis is raising the percentage of people under the poverty line fast. During the past ten years, we have needed substantial rates of economic growth to maintain the proportion of poor people close to 20%; it is highly probable that the current situation significantly increases that proportion. The paper aims to contribute to the analysis of the minimum wages programs in southern Europe, by critically analyzing the impact of not having participated in the Keynesian fiscal policy during the fordist era on their present social underdevelopment. In view of this, the article holds that the actual incidence of the minimum wages in eradicating extreme poverty has been low and that their responsiveness to economic crisis almost null, so concludes presenting the Basic Income proposal.*

Key words: *Crisis, poverty, social justice, minimum wages, basic income.*

Sumario: Un contexto de crisis económica.—1. La situación social en el mundo. 1.1. Cambios en el nivel macroeconómico y pobreza. 1.2. Algunos datos. 1.3. Las dimensiones de la globalización. 1.4. Las desigualdades sociales en el contexto de la globalización. 1.5. Las causas de la situación social en el ámbito internacional: la concepción de la igualdad del liberalismo económico.—2. La situación social en Europa. 2.1. Cambios en el marco de la producción y del trabajo. 2.1. La situación social en la Europa del Sur. 2.2. Los sistemas de garantía de ingresos en la Europa del Sur: algunos datos. 2.3. Los agujeros de las mallas de seguridad en España. 2.4. Causas de la escasa protección de las rentas mínimas. 2.4.1. Causas de naturaleza práctica. 2.4.2. Causas de carácter ideológico.—3. La propuesta de la Renta Básica.

Un contexto de crisis económica

Han transcurrido ya más de sesenta años desde que el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos y, desde entonces, los cambios políticos, sociales, económicos, tecnológicos y científicos que han ido transformando las sociedades —tanto las nacionales como la internacional— han provocado que ni sus valores, ni sus instituciones, ni sus necesidades en materia de derechos humanos sean las mismas. En efecto, los últimos años han venido marcados por la discusión en torno al nuevo contexto en el que nos movemos. Un contexto que se ha dado en llamar *globalización* y que ahora ha de dar cuenta también de la situación de crisis económica actual y del impacto que esta va a tener sobre el empleo.

Al hilo de estas consideraciones, importa señalar que a pesar de que se trata de una crisis financiera cuyo origen parece hallarse en los Estados Unidos, la intensa internacionalización de la actividad económica mundial ha provocado que sus efectos se estén sintiendo en todo el mundo. Esta es, tal vez, una de las diferencias más notables respecto de la crisis de 1929: su mayor impacto sobre el comercio y las finanzas de la economía global.

Para el caso de España, algunas cifras ilustran la magnitud del problema. Ninguna previsión alertó de que la tasa de desempleo en España llegaría a situarse en el 18,9% en el segundo semestre, con lo que se empeoraba así en 7,1 puntos el dato respecto a hace un año y superando en más de 10 puntos la media de los Estados de la OCDE (8,6%)¹.

El impacto de la crisis sobre el empleo ha puesto de manifiesto una de las principales carencias de la política social en España: a saber, la ausencia de una última red de garantía de ingresos que ofrezca una mínima seguridad económica a la población. Salvo excepciones, los programas autonómicos introduci-

¹ *El País*, 13 de octubre de 2009.

dos a lo largo de los años ochenta y noventa no ofrecen a las personas en riesgo recursos suficientes para cubrir sus necesidades básicas. Incluso en sus formas más extremas, la pobreza sigue constituyendo un serio problema.

El porcentaje de pobres en España no ha variado significativamente en los últimos 30 años anteriores a la crisis, y se han situado siempre en torno al 20%. Cuando el crecimiento económico ha sido importante, y en ocasiones incluso muy notable, la proporción de personas bajo el umbral del 60% de la renta media, casi un quinto exacto del total de la población, se ha mantenido constante a lo largo de las últimas décadas. Es probable, por tanto, que habiendo fracasado en el objetivo de reducir la proporción de pobres con tasas de crecimiento económico substanciales, unas tasas negativas o muy escasamente positivas comporten un crecimiento significativo de la pobreza. La oportunidad de reabrir el debate sobre la modificación de algunos de los elementos de las «mallas de seguridad» en España parece ineludible.

1. La situación social en el mundo

Hoy por hoy la pertinencia de propuestas de reforma social viene dada fundamentalmente por dos circunstancias que se encuentran presentes en la mayoría de las sociedades modernas: el paro y la pobreza. Ocurre, además, que ambos hechos están íntimamente relacionados, de modo que, al menos en las sociedades desarrolladas, la pobreza está principalmente causada por el desempleo de larga duración. Por ello parece recomendable repasar, siquiera brevemente, los antecedentes inmediatos que han contribuido a dar forma al actual mercado de trabajo. Para ello nos detendremos en primer lugar en el período comprendido entre el final de la II Guerra Mundial en 1945 y la crisis del petróleo de 1973.

Tras el final de la II Guerra, los Estados asumen la reconstrucción de las instituciones políticas, seriamente dañadas a consecuencia de la guerra. Esta fuerte intervención, propia de la visión keynesiana y aplicada en el modelo socioprodutivo fordista, se instrumentaba a través de un modelo económico conocido como «círculo virtuoso del fordismo». Su funcionamiento se basaba en la alta productividad del sistema (resultado del desarrollo y profundización del principio mecánico aplicado a los procesos de trabajo) y la elevada necesidad de mano de obra, que deriva necesariamente en una situación de pleno empleo estable y una casi marginal tasa de paro friccional. Esta secuencia, aparentemente sin fisuras y que da como resultado sociedades bien integradas, basadas en el pleno empleo y con una redistribución de la riqueza satisfactoria para la mayoría, entra empero en crisis a comienzos de los setenta².

² En realidad, esta sociedad del pleno empleo «sin fisuras» es bastante limitada tanto históricamente, como en términos geográficos y de género. Tal y como señala F. Miguélez en «¿Por qué empeora el empleo?», *Sistema*, núms. 168-169, la situación del pleno empleo

Esta segunda fase tiene su inicio en la crisis de 1973, cuyo detonante fue el alza de los precios del petróleo decretada por los países exportadores. Esta nueva etapa económica va a conocer tanto grandes transformaciones en el marco general de la economía, como cambios más encuadrados en el ámbito de la organización de la producción y del trabajo.

1.1. *Cambios en el nivel macroeconómico y pobreza*

En lo atinente al primer grupo de cambios (cambios en el nivel macroeconómico), desde los inicios de los ochenta son ya observables los procesos de globalización. La noción más extendida del término *globalización* denota una situación en la que tanto el mercado como las empresas que operan en él han pasado a ser transnacionales, y han eludido las regulaciones de los Estados nacionales en sus actividades. Desde esta perspectiva económica, la globalización implica, por tanto, un nuevo contexto muy diferente al surgido tras el final de la II Guerra Mundial, cuando los Estados sociales se extendieron en Occidente como la forma generalmente aceptada de organización político-social. Dado que la globalización ha adquirido su mayor protagonismo en estos últimos 25 años, es lógico que nos preguntemos si tal fenómeno ha tenido impacto o no en la pobreza mundial.

1.2. *Algunos datos*

De la mano de la globalización, desde 1950 el Producto Mundial Bruto –suma del Producto Nacional Bruto de todos los países– se ha multiplicado por siete y la renta per cápita por tres. En la línea apuntada por estos datos, en mayo de 2001 el Banco Mundial publicó su informe *Globalization, Growth and Poverty: Building an Inclusive World Economy*, en el que se destaca la siguiente conclusión: como resultado del proceso de globalización, la pobreza había descendido 200 millones en el periodo comprendido entre 1980 y 1998, y definen la pobreza como el consumo menor o igual a un dólar estadounidense. Ahora bien, tal definición presenta problemas. A las personas se les pregunta qué han comprado, pero no si tienen o no acceso a servicios públicos como sanidad o educación, y se les interroga acerca del volumen total de lo adquirido durante un mes, con lo que las respuestas son más imprecisas que cuando se les pregunta por lo consumido la semana anterior. Es más, como consecuencia de que la gran mayoría de personas que viven en países pobres son pobres, cuando se han realizado encuestas sobre el alimento ingerido según las necesidades definidas científicamente, los niveles

estable es un fenómeno de los países ricos o centrales, que en algunos casos se prolongó durante 40 años, pero en otros no más de 20 y, sobre todo, aplicable exclusivamente al empleo masculino, en particular al del «cabeza de familia».

de pobreza hallados duplican prácticamente los de los estimados según el criterio del consumo igual o menor a un dólar por día³. Pero si ampliamos nuestro enfoque para incluir en él datos procedentes no solo del Banco Mundial, nos encontramos con que la economía global se ha gestionado de tal modo, que casi la mitad de la población mundial vive en la pobreza⁴, el mismo porcentaje aproximadamente vive en países con una desigualdad creciente⁵ y el número total de desempleados es de 190 millones de personas⁶.

1.3. *Las dimensiones de la globalización*

Pero las cosas no son tan sencillas. Ulrich Beck, por ejemplo, distingue entre *globalismo*, *globalidad* y *globalización*. El primero hace referencia a la ideología que sustenta el capitalismo global ensalzando el mercado y rechazando cualquier actividad social del Estado; según esta ideología la economía es la única variable a tener en cuenta. Por *globalidad* entiende la constitución de una sociedad mundial, en que los espacios aislados e impermeables no son posibles ya que ningún país ni grupo social dentro de estos es capaz ya de vivir al margen de los demás. Por último, la *globalización* comprende aquellos procesos a cuyo través los Estados nacionales se imbrican mediante la actuación de agentes transnacionales. Desde esta triple óptica, que las relaciones económicas internacionales han existido siempre es una evidencia. Ya los fenicios navegaban el mar Mediterráneo con el propósito de comerciar con otros pueblos. La novedad de lo que se ha dado en llamar *globalización* no puede radicar, por consiguiente, en las relaciones comerciales que se establecen entre empresas o particulares de diversas nacionalidades, sino en la ideología que acompaña a una internacionalización del comercio y de la producción alrededor de las economías. En efecto, es una falacia presentar el debate en términos de una confrontación entre quienes apoyan y promueven la globalización de la actividad económica y quienes se oponen a ella. Tal discusión es una falsedad; el punto que habría que debatir no es si se quiere o no una internacionalización del comercio, sino el establecimiento de los criterios que deben regirla: es decir, si esta debe realizarse mediante la desregulación de los mercados laborales y financieros, por cuanto los principales problemas económicos y sociales de nuestro tiempo provienen de la excesiva intervención del Estado y de la insuficiente libertad que tiene la iniciativa privada, o si por el contrario conviene que el Estado

³ Vicenç Navarro: *El subdesarrollo social de España. Causas y consecuencias*, Ed. Anagrama, Barcelona, 2006, p. 229.

⁴ Prog. Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano 2007/2008*.

⁵ Comisión Mundial sobre las Dimensiones Sociales de la Globalización, *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*, Organización Internacional del Trabajo, 2004. Documento disponible en <<http://www.ilo.org/>>.

⁶ Organización Internacional del Trabajo, *Tendencias Mundiales del Empleo 2008*.

intervenga en la actividad económica ya que no siempre la libertad conduce a la felicidad de la sociedad. Una cuestión que hasta el momento permanece relativamente indiscutida es la enorme influencia que desde los inicios de los ochenta ejerció el pensamiento de autores como Friedrich Von Hayek y Milton Friedman, no solo en los Gobiernos de Margaret Thatcher en el Reino Unido y de Ronald Reagan en Estados Unidos, sino también en la doctrina de las grandes organizaciones internacionales como el FMI y el BM.

1.4. *Las desigualdades sociales en el contexto de la globalización*

Al igual que ocurriría con la pobreza, las desigualdades sociales también varían en función de que se midan por el índice Gini o bien por otros métodos, de forma que las respuestas a la pregunta de si la eliminación de barreras y aranceles en el comercio internacional ha reducido o no las desigualdades varían. Y aún más cuando se introduce la consideración de si hemos de atender solamente a las desigualdades entre países o si hemos de incluir asimismo las existentes dentro de cada país. Ahora bien, dentro de esa variabilidad hay ciertas pautas que merecen ser señaladas.

Desde que en 1947 se realizaron los primeros estudios, en EE. UU. el coeficiente de Gini no había alcanzado nunca antes de 1990 el 0,40, y a partir de entonces se viene situando siempre por encima de esa cifra. En este sentido, Gar Alperovitz sostiene que, a pesar de que al hablar de las desigualdades sociales en EE. UU. existe cierta tendencia a hacerlo de forma poco rigurosa y en trazo demasiado grueso, la realidad de los datos es mucho más dramática de lo que la gente está dispuesta a aceptar. El 1% de la población (más rica) obtiene cada año ingresos superiores a los de los 100 millones de americanos más pobres conjuntamente. El 1% de la población más rica posee casi el 50% de todo el capital de inversión. Otra elite social, el 5% más rico, posee casi el 70% de toda la riqueza financiera del país. Y esto si ceñimos nuestro análisis a los EE. UU., porque al ampliar el objeto de estudio a la escena internacional los datos son aún más alarmantes. Aquí el 1% de la población mundial más rica obtiene cada año ingresos equivalentes a los del 57% más pobre tomados conjuntamente. Y el 5% de la población más rica tiene ingresos 114 veces superiores a los del 5% más pobre⁷. En comparación con EE. UU., Europa presenta sistemáticamente cifras propias de sociedades más cohesionadas, con índices de Gini más bajos y tasas menores de pobreza. El problema de los países europeos se encuentra, como se discutirá más abajo (2.1), en sus elevadas tasas de paro.

⁷ G. Alperovitz: «Time to Get Serious about Inequality and Sustainability», *Synthesis/Regeneration* 38, 2005, pp. 1-2.

1.5. *Las causas de la situación social en el ámbito internacional: la concepción de la igualdad del liberalismo económico*

Es ya habitual escuchar que los científicos que trabajan en cuestiones relacionadas con el bienestar social son aquellos que sostienen concepciones de la justicia social igualitarias. Pero así formulada esta afirmación es muy poco informativa, pues un problema preliminar relacionado con la idea de justicia es que, como señalara Bertrand Russell, apenas disponemos de un concepto preciso que haya obtenido general aceptación⁸.

Respecto a la diversidad de sentidos del concepto de *justicia*, ya Aristóteles dejó establecido que «lo justo es lo legal y lo equitativo»⁹. En el primer sentido, la justicia es el cumplimiento de la ley, «porque la ley manda vivir de acuerdo con todas las virtudes y prohíbe que se viva en conformidad con todos los vicios»¹⁰. En el segundo, la justicia es lo equitativo y comprende dos especies: «una especie es la que se practica en las distribuciones de honores, o dinero o cualquier otra cosa que se reparta entre los que tienen parte en el régimen [...] y otra especie es la que regula o corrige los modos de trato»¹¹. Aristóteles denomina *justicia distributiva* a la referida al reparto –según los méritos de cada cual– entre los que tienen parte y *justicia correctiva* a la que regula los intercambios de bienes y las sanciones penales.

Siguiendo al estagirita, «parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales»¹². De esta definición de la justicia como igualdad podemos extraer dos criterios de justicia; uno de igualdad estricta o aritmética, según el cual los casos iguales han de tratarse de la misma manera y aplicable a la esfera de la justicia correctiva, y otro de igualdad proporcional o geométrica, de acuerdo con el cual los casos desiguales han de tratarse de forma desigual, aplicable al ámbito de la justicia distributiva.

Así delimitados los diversos conceptos –como legalidad o como equidad– y ámbitos –según la apliquemos a las distribuciones o a los intercambios– de la justicia, aquí nos centraremos en el ámbito de la justicia distributiva, por cuanto las diversas concepciones de la justicia social se ocupan del modo como se distribuyen los bienes económicos y las oportunidades. Son

⁸ Para B. Russell «la palabra *justo* es muy ambigua, y no resulta nada fácil discernir los diversos significados que tiene en el lenguaje común», *Ensayos Filosóficos*, Alianza Editorial, Madrid, 1969, p. 29.

⁹ Aristóteles: *Ética a Nicómaco*, V, 1129 ab, edición de M. Araujo y J. Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

¹⁰ *Ibidem*, V, 2, 1130 b, 24-25.

¹¹ *Ibid.*, V, 2, 1130 b, 30-33; 1131 a, 3.

¹² *Política*, III, 9, 1280 a, 11-14, edición de M. Araujo y J. Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

tres las concepciones de la justicia distributiva más influyentes en la filosofía política moderna: la concepción liberal igualitaria, la marxista y la liberal clásica. Estos tres enfoques de la justicia distributiva se corresponden a su vez con tres formas de entender la igualdad: la igualdad de oportunidades, la igualdad de resultados y la igualdad ante la ley. Puesto que los propios Hayek y Friedman afirman frecuentemente que no hacen sino reiterar el antiguo credo de los fundadores del liberalismo clásico, en especial el de Adam Smith, parecería entonces interesante estudiar, siquiera de forma sucinta, el concepto de igualdad de esta tradición de pensamiento que desde los inicios de los ochenta ha venido ejerciendo una influencia tan determinante en las políticas de los Gobiernos occidentales más visibles y de organizaciones internacionales como el FMI y el BM.

Más allá de las figuras de F. Hayek y M. Friedman, ocupados fundamentalmente en asuntos de naturaleza económica, la filosofía política neoliberal tiene en Robert Nozick una de sus figuras centrales. De acuerdo con este filósofo, una persona puede adquirir «un derecho de propiedad permanente y transferible por herencia sobre una cosa que antes no era de nadie» siempre que «[no] empeore por eso la posición de otras que ya no tienen libertad para utilizarla»¹³. Puesto que la apropiación inicial lleva aparejado el derecho de transferencia, una vez que las personas adquieren propiedades se hace necesario un mercado libre para los recursos productivos.

En el escenario de este mercado libre, la principal razón que el liberalismo económico esgrime en contra de la rectificación de las desigualdades es la denominada objeción de la «pendiente resbaladiza». Según esta objeción, el intento de rectificación de algunas desigualdades injustas podría derivar, pues para algunos autores neoliberales como F. Hayek parece no haber término medio entre la libertad de mercado y la economía planificada, en un intervencionismo estatal abusivo e irrespetuoso con las libertades personales. Para este nuevo liberalismo¹⁴, la distribución de la riqueza es un caso de justicia procedimental pura donde basta con que el procedimiento se lleve a cabo correcta y limpiamente para que el resultado sea justo. Y es que la neutralidad del Estado o, por decirlo parafraseando a Rawls, la elaboración de una teoría de la justicia donde la concepción pública de justicia sea política y no metafísica¹⁵, es una vieja aspiración del liberalismo. Importa señalar

¹³ Robert Nozick: *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, inc., Nueva York, 1974, p. 178.

¹⁴ Francisco Vergara observa que «los estudiosos del pensamiento ultraliberal de los últimos años, especialmente el de Milton Friedman y Friedrich Hayek, han observado algunas diferencias entre estos pensadores y los liberales clásicos. Mientras que estos últimos, por ejemplo, apoyaban la educación pública, los ultraliberales rechazan la intervención del Estado en este ámbito»; *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*, Alianza, Madrid, 1999, p. 11.

¹⁵ John Rawls: «Justice as Fairness: Political not Metaphysical», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, N.º 3 (verano, 1985), pp. 223-251.

que en sus versiones más refinadas esto no significa que toda ley o política se tengan que discutir de forma que se evite invocar cualquier concepción del bien, sino tan solo que las reglas de toma de decisiones no deben dar ninguna ventaja especial a determinadas concepciones del bien sobre las demás. Esta es una de las principales bases normativas sobre las que se asienta el liberalismo, cuyo proyecto pretende ser una respuesta a los problemas de decisión colectiva que surgen cuando gente con diferentes concepciones del bien se halla en busca de un conjunto de reglas básicas que ofrezca a cada persona la posibilidad de obrar mejor de lo que ninguna de ellas podría razonablemente esperar en el caso de que cada uno decidiera perseguir el bien egoístamente y sin restricciones. En efecto, es la tradición que arranca en Hobbes. Pero ¿en qué tipo de reglas estarían de acuerdo las partes preocupadas de promover sus intereses personales más eficazmente?

Es razonable suponer que las reglas pertenecerían a dos amplias clases: las legales y las morales¹⁶. Pero es dudoso que un sistema de reglas morales tenga alguna operatividad en una sociedad formada por gente egoísta. Más aún, resulta difícilmente inteligible cómo en una sociedad de personas egoístas puedan llegar a existir normas morales, pues al aceptar que la crítica de personas cuya autoridad reconocemos provoca sentimientos de culpa o remordimiento estamos también reconociendo la existencia de motivaciones que van más allá del mero egoísmo. Los pactos que se alcanzan a la luz de modelos de la justicia entendida como provecho mutuo no son sino acuerdos temporales cuya vigencia depende de que se mantenga el equilibrio de fuerzas entre las partes que hizo posible el consenso, por cuanto fracasa a la hora de proporcionar una base moral estable que sustente las reivindicaciones de los más desprovistos de poder en la negociación. Es decir, si la situación social mundial no ha mejorado desde que M. Thatcher en el Reino Unido y R. Reagan en EE. UU. llegaron al poder a pesar de que desde 1950 el Producto Mundial Bruto –suma del Producto Nacional Bruto de todos los países– se ha multiplicado por siete y la renta per cápita por tres, ello no es el efecto azaroso de un conjunto de decisiones políticas bienintencionadas pero fracasadas, sino la consecuencia de un enfoque de la justicia donde el resultado de las distribuciones castiga la posición del relativamente más débil mientras premia la del más poderoso.

2. La situación social en Europa

Decíamos más arriba que a partir de 1973 comienza una nueva etapa económica que va a conocer tanto grandes transformaciones en el marco general de la economía, en el nivel macroeconómico, como cambios más

¹⁶ B. Barry: *Justicia como imparcialidad*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 59 y ss.

encuadrados en el ámbito de la organización de la producción y del trabajo. El debilitamiento del Estado es una característica común a ambas dimensiones. En efecto, se adopta en este nuevo período económico la idea del «Estado mínimo», de acuerdo con la cual el Estado debe interferir lo mínimo en la regulación de la economía.

2.1. Cambios en el marco de la producción y del trabajo

El paso de la sociedad industrial a la postindustrial, tecnológica e informacional ha supuesto importantes cambios. Desde mediados de la década de los setenta, y de conformidad con un juicio casi unánimemente compartido por la doctrina, se observa un cambio de rumbo en el ordenamiento laboral de la mayoría de los países desarrollados. A resultas de la crisis económica habida en la primera mitad de esa década y del resurgimiento de las tesis liberales, podría decirse que en ese momento comienza a operarse una ruptura con lo que se conocía como la «sociedad del trabajo» o «sociedad salarial», de modo que si esta se caracterizaba por un creciente grado de homogeneidad laboral y por la participación creciente de los trabajadores en los beneficios del crecimiento, a partir de entonces comienza la lenta pero constante implantación de un nuevo paradigma organizativo conocido como *estrategia de especialización flexible*.

La noción más comúnmente aceptada de esta estrategia se refiere a ella como «forma de organizar el proceso de elaboración de bienes y de prestación de servicios mediante el recurso a la contratación de proveedores y suministradores externos para la ejecución de ciertas fases o actividades»¹⁷. Estos cambios, que no se habrían traducido en un único tipo de organización empresarial, tienen sin embargo un elemento común a todos ellos: han dado como resultado la formación de la «empresa red», configurada como una empresa (matriz) que establece una red de contactos con empresas menores especializadas en una parte del ciclo productivo. Así, esta empresa madre se caracteriza por dos circunstancias: la fragmentación del ciclo de producción y su exteriorización.

De todos los efectos que se derivan de estas nuevas formas de organización de la empresa, el que aquí más nos interesa es el relacionado con la degradación de las condiciones del trabajo. En efecto, el masivo recurso de las empresas colaboradoras y auxiliares de la principal a las modalidades de contratación temporal y de trabajo a tiempo parcial ha desembocado en un peligroso proceso que Robert Castel ha denominado de *invalidación social*¹⁸, en

¹⁷ Véase, por ejemplo, Fernando Valdés Dal-Ré: «Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 168-169, 2002, donde se aportan abundantes referencias bibliográficas en este mismo sentido.

¹⁸ Cfr. Robert Castel: *Les metamorphoses de la question sociale. Une chronique de salariat*, París (Gallimard), 1999, pp. 28-29.

clara referencia a la dualización del mercado de trabajo impulsada por la descentralización productiva¹⁹.

En 2004 el Fondo Monetario Internacional publicó un informe en el que se concluía que la causa de que el fortalecimiento de la recuperación económica estuviera encabezado por Estados Unidos se debía, entre otras, a que tiene un mercado laboral más desregulado (despedir a un trabajador, por ejemplo, resulta más barato)²⁰ y una protección social más austera (no existe cobertura universal de los servicios sanitarios). De esta lectura del éxito de la economía estadounidense se desprenden las recomendaciones de los directores del Fondo Monetario Internacional para los países miembros de la Unión Europea: flexibilizar mediante su desregularización los mercados laborales y reducir el gasto público en las transferencias y servicios públicos de bienestar. El problema es que la situación social de los países que conforman la Unión Europea dista de ser homogénea.

2.2. La situación social en la Europa del Sur

En un trabajo ya clásico sobre la cuestión, Gosta Esping-Andersen distinguía tres modelos de Estado de bienestar atendiendo principalmente a seis criterios: 1.º las reglas de acceso que dan derecho a disfrutar de las instituciones de bienestar, distinguiendo básicamente entre dos modelos, el universalista y el selectivo; 2.º las ayudas y subsidios en sí, estudiando tanto su cuantía como su volumen; 3.º las formas de financiación, analizando si las instituciones de bienestar se financian a través de impuestos o vía cotizaciones; 4.º el protagonismo que los sindicatos y las organizaciones de trabajadores poseen en la negociación colectiva; 5.º el papel que se deja al mercado; 6.º el papel que en la provisión de bienestar juegan las familias. Esping-Andersen distinguía un modelo liberal que se identificaría con los países

¹⁹ La flexibilidad en el empleo no es *per se* una característica que haya de perjudicar en todo caso a los trabajadores. De hecho, el contrato a tiempo parcial puede ser una fórmula válida para aquellos empleados que quieran compatibilizar su vida familiar y laboral. Ocurre, empero, que la degradación del empleo viene asociándose en la mayoría de los países desarrollados (y en España significadamente) con la flexibilidad, porque esta suele ser impuesta unilateralmente, y en condiciones frecuentemente abusivas, a la mayoría de los trabajadores.

²⁰ En el informe se puede leer que «el fortalecimiento de la recuperación mundial estuvo encabezado por Estados Unidos y un grupo de economías asiáticas», en Europa «el prolongado período que se requiere para que se materialicen los aumentos de las tasas de participación laboral requerirán la adopción de medidas concertadas lo antes posible para frenar, si no revertir, la caída del crecimiento per cápita [...] En este contexto, los directores hicieron hincapié en la importancia de llevar a cabo la reforma del mercado de trabajo y de los sistemas de pensiones», pues «las rigideces en los mercados de trabajo [...] retrasaron los ajustes después del estallido de la burbuja y de los ajustes dentro de la zona [euro]», Fondo Monetario Internacional, *Informe Anual 2004*, esp. pp. 17-19.

anglosajones, un modelo conservador presente sobre todo en la Europa continental y un modelo socialdemócrata, propio de los países escandinavos²¹. Junto a estos tres, hoy es habitual añadir un cuarto modelo formado por los países del Sur de Europa gobernados por dictaduras autoritarias de escasa sensibilidad social durante la etapa de mayor desarrollo de los Estados de bienestar (1945-1980)²².

La cuestión del fortalecimiento y la consolidación de las mallas de seguridad de protección social han tenido una particular repercusión en la Europa del Sur. Se puede decir en términos generales que en aquellos países donde la familia ha jugado un papel importante en el mantenimiento del bienestar, como ha sido el caso de los países del Sur de Europa, el papel de la asistencia social ha sido marginal y las estrategias de lucha contra la pobreza limitadas. Sin embargo, y a medida que la familia está siendo sometida a un mayor estrés, su capacidad para funcionar como proveedor complementario de bienestar y asistencia doméstica es cada vez más incierta. Y es que, en realidad, el «contrato sexual» se basa esencialmente en el trabajo no remunerado de las amas de casa, cuya disponibilidad para tales tareas disminuye a medida que aumenta su participación en el mercado laboral²³.

2.3. *Los sistemas de garantía de ingresos en la Europa del Sur: algunos datos*

Según datos de 1996, las transferencias sociales (excluidas las pensiones) reducían de uno a tres puntos porcentuales los niveles de pobreza en Grecia e Italia, si bien importa observar que su eficacia era ciertamente superior –aunque por debajo del promedio en la UE– en España y Portugal²⁴.

²¹ G. Esping-Andersen: *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, trad. B. Arregui Luco, Edicions Alfons el Magnànim-IVEI, Valencia, 1993.

²² En este mismo sentido, V. Navarro, J. Schmitt y J. Astudillo consideran que «España, Portugal y Grecia tienen un Estado de bienestar con características propias y distintas del resto de los países de Europa», en «La importancia de la política en la supuesta globalización económica. La evolución de los Estados del bienestar en el capitalismo desarrollado durante la década de los años noventa», *Sistema*, núm. 171, 2002, p. 6.

²³ El trabajo, sin ulteriores precisiones, ha sido equiparado hasta los años sesenta con el trabajo asalariado o remunerado en el mercado. Pero el empleo hace referencia solamente a una de las varias formas de trabajo, concretamente la del asalariado. Aquí baste indicar que las otras dos formas de trabajo (no asalariado) más comunes serían el trabajo voluntario y el doméstico.

²⁴ Luis Moreno, Manos Matsaganis, Maurizio Ferrera y Luis Capucha: «¿Existe una «malla de seguridad» en la Europa del sur? La lucha contra la pobreza y la exclusión social en España, Grecia, Italia y Portugal», en *Digital. CSIC*, Unidad de Políticas Comparadas (CSIC), Documento de Trabajo 03-17, 2003, p. 3. Documento de acceso abierto disponible en <http://hdl.handle.net/10261/1579>.

De acuerdo con lo sostenido por Luis Moreno y otros en un trabajo que se pregunta por la existencia o no de una malla de seguridad en Europa del Sur, la modestia de las actuaciones para combatir la pobreza deben ser atribuidas, al menos en parte, a la incapacidad de hacer llegar los recursos a los pobres. Particularmente en Grecia e Italia, donde el problema es más grave, solo una de cada tres personas en el quintil más bajo de renta perciben prestaciones sociales, excluidas las pensiones²⁵.

Por otro lado, la afirmación de que la situación de los Estados miembros de la Unión Europea se encuentra lejos de ser homogénea se apoya en las siguientes consideraciones: 1) mientras que Noruega es el país con mayor Índice de Desarrollo Humano del mundo²⁶, Islandia el tercero, Países Bajos el sexto y Suecia el séptimo, España ocupa el puesto 15, Italia el 18, Grecia el 25 y Portugal el 34²⁷; 2) al comparar el Producto Interior Bruto per cápita de los países expresado en valores de poder de compra –lo que elimina las diferencias en los niveles de precios entre países permitiendo las comparaciones de sus PIB– en un índice cuyos datos fueron calculados en 2008 para la UE-27 (y donde a la media de los 27 países de la Unión se le asigna el valor 100), mientras que Noruega obtiene un valor de 190,2, Irlanda de 136,6, Países Bajos 135,0 y Suecia 121,5, España obtiene un 103,4, Italia un 100,5, Grecia un 93,9 y Portugal un 75,5; 3) en cuanto a la productividad laboral como PIB per cápita expresado en valores de poder de compra y donde la media UE-27 es igual a 100, si por un lado Noruega obtiene un 157,5, Irlanda un 131,4, Países Bajos 115,5 y Suecia 111,6, por el otro Italia logra un 108,3, España un 104,5, Grecia un 101,9 y Portugal 70,8; 4) en lo atinente al porcentaje del Producto Interior Bruto destinado a gastos de investigación y desarrollo, Noruega destinó en 2007 (último dato disponible) un 1,64, Islandia un 2,9, Países Bajos 1,7 y Suecia 3,6, mientras que España gastó un 1,27, Portugal un 1,18, Italia un 1,13 (2006) y Grecia 0,57²⁸.

²⁵ E. Marlier y M. Cohen-Solal: «Social benefits and their redistributive effect in the EU», *Statistics in Focus* (Theme 3 9/2000). Eurostat, Luxemburgo.

²⁶ El Índice de Desarrollo Humano comprende tres dimensiones esenciales: 1) la capacidad de gozar de una vida larga y saludable, medida a través de la esperanza de vida al nacer; 2) la capacidad de adquirir conocimientos, medida mediante una combinación del grado de alfabetización de las personas adultas y el nivel de asistencia escolar del conjunto de niños, adolescentes y jóvenes (de 6 a 24 años); 3) la capacidad de contar con el acceso a los recursos que permitan disfrutar de un nivel de vida digno, medido por el PIB per cápita ajustado al poder adquisitivo del dólar en los Estados Unidos en 2007.

²⁷ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2009*, pp. 181 y ss.

²⁸ Los datos relativos al Producto Interior Bruto per cápita de los países expresado en valores de poder de compra, la productividad laboral como PIB per cápita en expresado en valores de poder de compra y el porcentaje del Producto Interior Bruto destinado a gastos de investigación y desarrollo pueden consultarse en la página web de Eurostat: <<http://epags.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/>>; los referentes al

De la presentación de esta serie de datos se pueden extraer legítimamente un par de conclusiones. La primera es que convendría que las principales organizaciones internacionales tuvieran presente la extraordinaria heterogeneidad de las situaciones sociales presentes en los países miembros de la UE a la hora de emitir juicios y aconsejar la adopción de políticas que se presenten como adecuadas para el conjunto de los Estados de la zona; efectivamente, a la luz de los anteriores indicadores parece imaginable que una determinada recomendación del FMI tenga bastante sentido para Noruega, alguno para Portugal y ninguno para Bulgaria, y viceversa. La segunda es que una rápida lectura de estos indicadores parece confirmar lo apuntado por autores como Adam Przeworski en cuanto a la existencia de una correlación entre las variables de régimen democrático y alto desarrollo humano. Aunque se trata de una cuestión que requiere de multitud de matices.

2.4. *Los agujeros de las mallas de seguridad en España*

Durante el franquismo los programas de asistencia social eran muy escasos. De acuerdo con un esquema de bienestar típicamente conservador, las instituciones sociales franquistas jugaban un papel subsidiario respecto de la familia y las instituciones caritativas privadas gestionadas fundamentalmente por la Iglesia. A lo largo de la mayor parte del franquismo –y de manera muy acentuada en su fase autárquica (1940-1959)– la obsesión del régimen por mantener el equilibrio presupuestario retardó los cambios de la Hacienda Pública. A pesar de que el déficit del Estado alcanzó cifras altas entre 1940 y 1946 por motivo de los pagos atrasados de la guerra, el Plan de Estabilización de 1959 acentuó el carácter restrictivo de la política fiscal, característico de la etapa autárquica. Las primeras medidas del Plan pasaron por un descenso en el gasto público y una tímida reforma fiscal. Ello permitió que la media anual del saldo del Presupuesto del Estado entre 1952 y 1965 fuese positiva, mediante el diseño de una política fiscal restrictiva para el conjunto del periodo²⁹. Pero lo que a primera vista puede aparecer como la introducción de cierta «veta liberal» en la doctrina económica del franquismo, en realidad reflejaba el estricto control al que se sometía al gasto público. Contrariamente a lo que ocurría en Europa durante los años cincuenta y

PIB per cápita, aquí: <<http://epags.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsieb010>>; los relativos a la productividad laboral, aquí: <<http://epags.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsieb030>>; y por último los que hacen al porcentaje del PIB destinado a investigación y desarrollo, aquí: <<http://epags.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsiir020>>.

²⁹ Francisco Comín: «La Hacienda pública en el franquismo autárquico, 1940-1959», en *Autarquía y mercado negro: el fracaso económico del primer franquismo, 1939-1959*, Carlos F. Barciela, ed., Ed. Crítica, 2003, pp. 247-272.

sesenta, en que se expandían los principios keynesianos de la política fiscal, al Estado franquista de posguerra no se le encomendaban las tareas que por entonces comenzaban a asumir los Estados de bienestar.

Con la democracia, la Constitución Española de 1978 (CE) inauguró un período en que «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo» (art. 41 CE). De acuerdo con lo establecido en los artículos 149 y 148 CE, la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social es competencia exclusiva del Estado, mientras que en materia de asistencia social las comunidades autónomas podrán asumir competencias.

Los dispositivos para combatir la pobreza en España han ido apareciendo en distintos momentos (1987, «Plan Concertado para el Desarrollo de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales de las Corporaciones»; 1995, «Ponencia para el Análisis de los Problemas Estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las Principales Reformas que deberán acometerse»; 2001, «I Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social del Reino de España de 2001-03», etc.) y con distintas lógicas para cada uno de los colectivos protegidos. Se ha operado a través de una doble distinción; por un lado, se han distinguido los colectivos aptos y los no aptos (personas ancianas y discapacitadas) para el mercado laboral; por otro lado, se ha organizado su protección o bien como una extensión de la seguridad social contributiva (pues pertenecían a su ámbito de protección) o bien al margen de esta³⁰. Pero cuando se plantea el debate sobre la reducción de la pobreza la atención recae frecuentemente en las rentas mínimas, seguramente porque, si bien el panorama es mucho más amplio e incluye los complementos de mínimos de pensiones, las pensiones no contributivas y los subsidios asistenciales por desempleo, aquellas imponen toda clase de pruebas del estado de necesidad de sus potenciales beneficiarios, de forma que llegan a un porcentaje extraordinariamente bajo de quienes de hecho se encuentran en ese estado. De acuerdo con Laparra y Ayala, puede estimarse que las rentas mínimas llegan en España a 7 de cada mil hogares, y alcanzan a un total de 114.157 perceptores en total en 2008. Pero incluso este reducidísimo nivel de cobertura general capta sesgadamente la realidad, ya que uno de cada tres perceptores se encuentra en el País Vasco³¹. Las disfunciones asociadas a las rentas mínimas de las CC. AA. se explican por su insólita insistencia en adoptar como

³⁰ Ilustra muy bien esta doble distinción el Gráfico 3 sobre «Programas de garantía de mínimos en el sistema español de protección social» que elaboran Miguel Laparra y Luis Ayala en «El Sistema de Garantía de Ingresos Mínimos en España y la respuesta urgente que requiere la crisis social», *Colecciones FOESSA*, p. 20.

³¹ *Ibíd.*, p. 32.

presupuesto operativo un modelo social ya extinguido: el modelo del varón sustentador o *male breadwinner model*.

2.5. Causas de la escasa protección de las rentas mínimas

Sostiene Jon Elster que «hay básicamente dos tipos de argumentos a favor de [una] reforma [social]. Unos son consecuencialistas: la reforma se desea porque se cree que tendrá consecuencias buenas o deseables. Otros son deontológicos: se considera que la reforma es intrínsecamente valiosa»³². La inexistencia en España de una malla de seguridad como garantía última de unos ingresos mínimos atiende a dos razones de distinta naturaleza: una de tipo práctico y que se relaciona con el deficiente funcionamiento de los programas autonómicos de rentas mínimas; y otra de carácter ideológico y vinculada a la concepción de la igualdad como caridad.

2.5.1. CAUSAS DE NATURALEZA PRÁCTICA

A partir del acuerdo entre los Gobiernos central, autonómico y local posibilitado por el «Plan Concertado para el Desarrollo de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales de las Corporaciones», todas las comunidades autónomas comenzaron a poner en marcha programas de rentas mínimas al amparo del artículo 149 CE. El primero se introdujo en Euskadi, mediante el Decreto 39/1989 de 28 de febrero sobre Ingreso Mínimo Familiar del Gobierno vasco³³. A este le siguieron otros que, como en el caso vasco, siguieron el modelo de la *Revenue Minime d'Insertion* francesa. Esta primera fase concluye en 1995 con la aprobación de una renta mínima en las Islas Baleares.

La función de estos programas tendría que haber sido cubrir los huecos dejados por el conjunto de prestaciones de mínimos, sobre todo a aquellos colectivos pobres o excluidos pero que en principio son aptos para el trabajo remunerado y que, además, no tienen acceso a prestaciones asistenciales como los subsidios de desempleo. Sin embargo, durante todo el periodo de

³² J. Elster: «Comentario sobre Van der Veen y Van Parijs», trad. de Fernando Aguiar, *Zona Abierta*, núm. 46-47, 1988, pp. 113-114.

³³ Aquí también son visibles las consecuencias derivadas de que, como dijo Joseph Fontana, el franquismo retrasara «el reloj de la historia». El inicio de la aplicación de las rentas mínimas en Europa se lleva a cabo en tres olas: 1) una primera se situaría entre 1930 y 1970, coincidiendo con la era fordista de bonanza económica y social que dio lugar a la expansión del Estado del bienestar. En esta época se aprueba el primer programa de rentas mínimas en Dinamarca en 1933, seguido por Gran Bretaña, Alemania, Holanda, Austria, Suecia y Finlandia; 2) una segunda ola, entre 1970 y 1985, en que se crea el Minimex belga en 1974 y el sistema irlandés en 1977; 3) por último, la tercera etapa se sitúa entre 1985 y 1995, con la adopción de los programas de Luxemburgo, Francia, España, Italia y Portugal.

crecimiento económico continuado en España, el gasto público involucrado en el mantenimiento de estos programas ha sido pequeño (apenas un 0,3% en promedio de los presupuestos autonómicos en 2000)³⁴. Un estudio realizado en 1998 planteaba la necesidad de unos 160.000 millones para completar realmente el sistema de garantía de ingresos mínimos³⁵. Pero por estas mismas fechas se abre una segunda etapa en el proceso de implantación de rentas mínimas, también por el Gobierno vasco, con la Ley 12/1998 contra la exclusión social; a partir de entonces, los mecanismos de inserción no se van a limitar ya a la prestación económica, sino que van a tratar de ofrecer una solución integral al proceso de exclusión, previendo el desarrollo de un conjunto de actuaciones orientadas a la inserción.

Esta nueva forma en que se concibe la inserción y su relación con la prestación económica se conoce como *principio del doble derecho*. En la reciente Ley 18/2008, de 23 de diciembre, de Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social del Gobierno vasco, se mantiene este principio, por el que los colectivos desprotegidos tendrían tanto derecho a los ingresos mínimos que no consiguen alcanzar por carecer de trabajo, o de una prestación alternativa de cuantía suficiente, como a participar en las acciones de inserción que le permitan solucionar sus problemas por las vías que se entienden como normalizadas. El instrumento operativo en el ámbito de la inserción es el convenio de inserción, y aunque no desaparece del todo, el principio de negociación que regía las relaciones entre las partes queda sustancialmente diluido en la nueva Ley para la Garantía de Ingresos vasca (art. 88f).

El modo más simple de describir la Renta Básica para la Inclusión y Protección Social³⁶ vasca es que se trata de un contrato; así, facilita una ayuda económica como prestación no contributiva a cambio de participar en un programa de inclusión social. Un contrato cuyos efectos dependen además

³⁴ L. Moreno y otros: «¿Existe una «malla de seguridad» en la Europa del sur?», *op. cit.*, p. 6.

³⁵ A. Serrano y A. Arriba: *¿Pobres o excluidos? El Ingreso Madrileño de Integración en perspectiva comparada*, Fundación Argentaria-Visor, Madrid.

³⁶ Una de las principales novedades de la ley es que la prestación denominada Renta de Garantía de Ingresos, que ya está considerada como derecho subjetivo, se articula en tres modalidades diferenciadas en función de dos criterios básicos: por un lado, la existencia o no de ingresos en la unidad de convivencia y, en su caso, la procedencia de dichos ingresos –bien rentas de pensiones (100% del SMI), bien rentas de trabajo (88% SMI), más incentivos al empleo–; y, por otro, el tipo de vinculación de cada una de estas modalidades a un convenio de inclusión laboral. De modo que existirán tres modalidades: 1) la Renta Básica para la Inclusión y Protección Social, dirigida a las personas y unidades convivenciales que carecen de recursos económicos propios y que irá siempre acompañada de la firma de un convenio de inclusión; 2) la Renta Complementaria de Pensiones, destinada a personas perceptoras de pensiones tanto contributivas como no contributivas; 3) la Renta Complementaria de Ingresos de Trabajo, dirigida a personas que disponen de rentas de trabajo, pero cuyo nivel mensual de ingresos no alcanza el importe de la Renta Básica para la Inclusión y Protección Social.

de que el beneficiario realice determinados trabajos, actividades formativas o no practique la mendicidad ni permita su práctica a otros miembros de la unidad de convivencia. Esto es, un contrato sujeto a la condición potestativa que regula el art. 1.115 del Código Civil y que este permite, pues al establecer que la condición cuyo cumplimiento dependa de la *exclusiva* voluntad del obligado anula la obligación de que dependa, es admisible que no se dé este efecto cuando no haya esa dependencia exclusiva³⁷. Pero al margen de esta cuestión, el mayor inconveniente que en la práctica presenta el modelo de inclusión social en Euskadi es que descansa en la «centralidad del empleo como herramienta de inclusión social»³⁸.

Siguiendo con lo apuntado más arriba (2.1), la legislación sobre exclusión social tiene que comprender que, a diferencia de lo que ocurría en la «época dorada del capitalismo de bienestar» o fordista, hoy el paro ha dejado de ser un fenómeno aislado, coyuntural, para convertirse en un elemento estructural en nuestras sociedades. Cuando lo que está en cuestión es precisamente si los mercados de trabajo actuales tienen la suficiente capacidad o no de dar trabajo a todos³⁹, la solución no puede pasar por un modelo de

³⁷ Luis Díez Picazo y Antonio Gullón consideran «certada la doctrina que ve en la primera [condición puramente potestativa] una voluntad de la que nace un acto que es diferente realizar (si te saludo, si quiero, etc.), mientras que en la segunda [condición simplemente potestativa] operan sobre la voluntad una serie de motivos que son de libre estimación, pero que representan intereses, dificultades o apetencias a tener en cuenta para mover aquella en un sentido o en otro»; *Sistema de derecho civil, vol. II*, p. 96. No parece muy disparatado pensar que sobre la voluntad de una persona que se encuentra de hecho en una situación de exclusión operan una serie de dificultades (ausencia de redes sociales, de vivienda, toxicomanías, etc.) a tener en cuenta.

³⁸ Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, «La Ley para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social, en Euskadi», ponencia presentada en la *Jornada de Presentació de L'Observatori Social de les Illes Balears. La Inclusió Social a les Illes Balears*, Palma de Mallorca, 25 de febrero de 2009. Un resumen de la presentación en Microsoft PowerPoint puede consultarse en <www.uib.es/gi/osib/docs/feb09/llei_euskadi.pdf>.

³⁹ Han sido muchos los autores que, en el ámbito de las ciencias sociales, han presentado trabajos en que tratan la crisis del trabajo. Así, por ejemplo, en *El fin del trabajo*, Jeremy Rifkin sostiene la tesis de que los cambios tecnológicos de la era postfordista tienen como consecuencia la eliminación de una gran cantidad de empleos. Como solución a esta progresiva tendencia hacia la disolución de la centralidad del empleo en las biografías de las personas, Rifkin propone que aquellos que no puedan acceder al mercado laboral se incorporen a un tercer sector, «el de la economía social, el que se supone que en el siglo [XXI] ayudará a dirigir las necesidades personales y sociales que no pueden ser conformadas a través de las leyes del mercado». Una propuesta similar es la que plantea Ulrich Beck en *Un nuevo mundo feliz*; su tesis principal es que la sociedad del pleno empleo y, por consiguiente, el trabajo como mecanismo de integración social, es un modelo que ha entrado en crisis como resultado de los aumentos en la productividad, los procesos de globalización y el crecimiento de las formas de empleo precario. Ante este panorama, el remedio que propone consiste en el diseño de nuevas formas de trabajo, o «trabajo de compromiso civil retribuido», configurado como un trabajo voluntario y retribuido por medio de derechos de pensión, créditos y dinero cívico.

inserción fundamentado en la centralidad del empleo como herramienta de inclusión social, «porque lo laboral es precisamente lo que ya no funciona como mecanismo de integración»⁴⁰. Hasta el momento, las rentas mínimas en España responden a una lógica asistencial y no pretenden sino ejercer un control más directo sobre los beneficiarios, de ahí que estén sujetas tanto a prueba de necesidad como a la obligación de contribuir con la sociedad de la única forma que contemplan los programas de *workfare*: integrándose en el mercado laboral. El resultado es que las rentas mínimas llegan en España a 7 de cada 1.000 hogares (unos 115.000), una cantidad sin duda muy reducida si, concebidos como última red de seguridad destinada a garantizar unos ingresos mínimos a aquellos sectores más desfavorecidos, tenemos en cuenta que, de acuerdo con la encuesta FOESSA 2007, el porcentaje de hogares que se encontraban en España en situación de pobreza severa oscilaría entre el 4,1% y el 3,4%, lo que supondría entre 675.000 y 560.000 hogares⁴¹.

Por otro lado, el sistema de garantía de ingresos español aún sigue tomando como punto de partida de partida a la familia, no al individuo. A pesar de los avances observables en algunas legislaciones sobre rentas mínimas (así, la Ley Contra la Exclusión vasca habla de «unidad de económica de convivencia»), lo que se tiene en cuenta a la hora de calcular la cuantía de las prestaciones económicas son los ingresos de todas las personas del hogar. Ocurre además que la forma de calcular la prestación penaliza en casi todos los casos a las familias más numerosas, pues opera mediante economías de escala⁴². La combinación de un concepto amplio de familia con las referidas economías para el cómputo de la prestación tiene una gran trascendencia en el análisis de la incidencia de las rentas mínimas, pues reduce de forma muy notable tanto su cuantía como la extensión de su cobertura.

⁴⁰ José Luis Rey Pérez: «El Derecho al Trabajo, ¿forma de exclusión social? Las Rentas Mínimas de Integración y las propuestas del Ingreso Básico», ICADE, *Revista de las Facultades de Derecho y de Empresariales*, núm. 62, abril-mayo, p. 23.

⁴¹ Se define la pobreza severa como la situada bajo el umbral del 30% de la renta media por unidad de consumo.

⁴² Esta forma de cómputo ha recibido críticas porque «la cuantía asignada por cada miembro adicional es relativamente plana, es decir, que no crece lo que parece necesitar cada miembro adicional, donde no podemos dejar de leer un cierto intento de penalizar a minorías étnicas que tradicionalmente constituyen familias numerosas. Por otro lado, este tratamiento perjudicial hacia las unidades más numerosas resulta agravado por el hecho de que algunas comunidades establecen unos máximos en las cantidades finales a recibir, con lo que llega un momento en que el aumento de componentes en la unidad familiar no se traduce en un aumento de la prestación económica»; R. Susín: *La regulación de la pobreza*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2000, p. 326. Citado por J. L. Rey Pérez: «El derecho al trabajo, ¿forma de exclusión social?», *op. cit.*, p. 21.

2.5.2. CAUSAS DE CARÁCTER IDEOLÓGICO

Desde una perspectiva filosófica, la circunstancia de que las prestaciones de asistencia social en España respondan más a una «función latente de control-censura social llevada a cabo a través de los ingresos mínimos»⁴³ que a la de cubrir los agujeros dejados por el conjunto del sistema de mantenimiento de ingresos mínimos se explica en atención a la concepción de la igualdad a la que históricamente dieron respuesta estas instituciones. Es más, de acuerdo con esta tesis, la escasa protección que ofrecen las mallas de seguridad de los países del Sur de Europa se relacionaría causalmente no solo con unas «pautas socioeconómicas complejas, una limitada capacidad administrativa y un persistente fraude fiscal» específicamente meridionales⁴⁴, sino también con un enfoque de la igualdad característica de los Gobiernos conservadores y presente en los regímenes dictatoriales meridionales.

En lo tocante a España, durante la dictadura del general Franco los programas de asistencia social eran prácticamente inexistentes. La justicia social no era un tema dentro de la agenda política del régimen, que delegaba la provisión del bienestar en la estructura tradicional familiar y las instituciones caritativas gestionadas de modo más o menos directo por la Iglesia católica. Lo mismo cabe decir respecto de los casos de Grecia y Portugal. En cuanto al primero, la restauración de la democracia en 1974 produjo un incremento sin precedentes del gasto social, en parte como respuesta a las expectativas de una parte importante de la población discriminada durante décadas⁴⁵. Por el otro lado, en los años que siguieron a la Revolución de los Claveles en 1974, Portugal fue implantando un conjunto de derechos e instituciones sociales que dan forma a su actual Estado de bienestar. Sin embargo, y como consecuencia de las tensiones golpistas que, como en los casos de Grecia y España, siguieron a la aprobación de la Constitución de 1976, los recursos financieros necesarios para reorganizar un servicio de protección social raquíutico durante todo el período del *Estado Novo* no llegarían hasta 1986, con su integración en la Comunidad Económica Europea.

Tras 30 años de Gobiernos democráticos de diverso color político, se constata aún hoy un significativo subdesarrollo social en el contexto de los países europeos meridionales. El hecho de haber permanecido al margen de las políticas fiscales keynesianas que posibilitaron la construcción de los Estados de bienestar en la Europa democrática lleva aparejada una cierta des-

⁴³ R. Susín: *La regulación de la pobreza, op. cit.*, p. 347.

⁴⁴ M. Aguilar, M. Laparra y M. Gaviria: *La caña y el pez: el salario social en las comunidades autónomas 1989-1994*, FOESSA, Madrid.

⁴⁵ L. Moreno y otros: «¿Existe una “malla de seguridad” en la Europa del sur?», *op. cit.*, pp. 8 a 11. Una recomendación para aquellos que estén interesados en el caso griego y disfruten con el cine de corte político: *Z*, película dirigida en 1969 por Constantin Costa-Gavras.

convergencia social de la que la historiografía da cuenta solo en parte. La otra circunstancia a tomar en consideración es que la corriente de pensamiento neoliberal en que hallan su fundamento ideológico las *Reaganomics* irrumpe en el mundo occidental a comienzos de los ochenta; es decir, al mismo tiempo que los referidos países del Sur de Europa comenzaban a configurar sus Estados del bienestar.

No es este el lugar para analizar la importancia del liberalismo como doctrina que, al igual que, por ejemplo, el marxismo, hizo de la libertad de las personas su causa. Tampoco para verificar si el neoliberalismo pertenece a la misma familia de ideas que el liberalismo clásico. Aquí tan solo importa observar que tanto la tradición cristiana como la escuela neoliberal invocan una concepción de la igualdad coincidente en un punto: el principio de que quien no trabaja no debe comer. De acuerdo con esta visión de la justicia social, los derechos sociales pasan a ser confundidos con la caridad privada de instituciones más o menos relacionadas con la Iglesia o con la beneficencia pública, que ofrecen la asistencia como acto de buena voluntad del Estado, *con la condición*, eso sí, de que se merezca; esto es, siempre que se trabaje, pues en estos esquemas asistenciales no existen instituciones que den cobertura con un alcance universal.

El convencimiento de que mecanismos como los de las rentas mínimas no sirven para erradicar las situaciones de pobreza más severa ni han demostrado hasta el momento una capacidad mínima de respuesta ante la actual crisis económica hace que parezca pertinente la presentación de propuestas alternativas.

3. La propuesta de la Renta Básica

La Renta Básica (RB) es un ingreso pagado por el Estado a cada miembro de la sociedad, incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta, y sin importar con quién conviva⁴⁶. Pero antes de nada, aplicaremos la teoría general de las condiciones que se necesitan para realizar reformas sociales a gran escala sugerida por Elster y a la que hacíamos mención más arriba.

Ahora solo recordaré que, según la teoría, hay básicamente dos tipos de argumentos a favor de la reforma: por un lado, los de tipo consecuencialista,

⁴⁶ Esta es la definición más extendida de la Renta Básica y sobre la que existe un cierto consenso en la doctrina. Así, y sin afán exhaustivo, se puede encontrar en D. Raventós (coord.): *La Renta Básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Ariel, 2001, p. 22; o P. Van Parijs: *Libertad real para todos. Qué puede justificar el capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*, Barcelona, Paidós, 1996.

de acuerdo con que la reforma se desea porque se cree que tendrá consecuencias deseables; por otro lado, los deontológicos o *principle-based arguments*, a cuya luz se considera que la reforma es intrínsecamente valiosa. Comenzaré con una breve exposición de estos últimos, en la convicción, compartida con Daniel Raventós, de que «de poco serviría una medida social que fuera política o económicamente viable si no fuera éticamente deseable [...] Con su aceptación social no está garantizado el éxito, pero sin esta aceptación está asegurado su fracaso»⁴⁷.

Las teorías actuales de la justicia, según Dworkin, comparten todas ellas el mismo valor último, que es la igualdad. En lo que divergen, pues, es en la elección del criterio en que sea deseable una cierta igualdad. La cuestión que permanece abierta en la filosofía política contemporánea es, por decirlo con Amartya Sen, «igualdad de qué?»⁴⁸. Pues bien, hasta ahora la RB se ha tratado de justificar normativamente sobre la base de las siguientes dos principales concepciones de la justicia distributiva: la igualdad de bienestar marxiana y la igualdad de acceso a la herencia común del republicanismo propietario.

Comenzando por la primera, en 1986 Philippe Van Parijs y Robert J. van der Veen publicaron un artículo titulado «Una vía capitalista al comunismo» en la prestigiosa revista *Theory and Society*⁴⁹. El argumento de estos autores se puede resumir de la siguiente forma: mientras el comunismo tiene como fin la supresión de la alienación, el socialismo, al promover la propiedad colectiva de los medios de producción, implica la abolición de la explotación, ya que los trabajadores se apropian del producto social en su totalidad. El socialismo no es la única vía para llegar al comunismo, ni siquiera es una vía necesaria, pues no parece que la colectivización de los medios de producción sea un requisito imprescindible para acabar con la alienación. Pero aun si el socialismo ya no resulta *instrumentalmente* necesario para alcanzar la fase superior del comunismo –pues el capitalismo puede ser tanto o más eficaz que el socialismo en lo atinente al crecimiento de la productividad del trabajo–, todavía hay otra manera *directamente* ética de justificar el socialismo frente al capitalismo: no como un instrumento más eficaz para operar la transición, sino como intrínsecamente más justo y, por tanto, normativamente superior.

En este punto surge, sin embargo, un problema. Es dudoso que Marx defendiera algún modelo de justicia distributiva. Así, mientras que para autores como R. C. Tucker o A. Wood no es solo que Marx entendiera la justicia como un valor superfluo en la sociedad de la abundancia del comunismo,

⁴⁷ D. Raventós: *El derecho a la existencia*, op. cit., p. 23.

⁴⁸ Amartya Sen: *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza, Madrid, 1995.

⁴⁹ *Theory and Society*, n.º 15, 1986. Citaré por la atenta traducción de Natalia G. Pardo publicada por la revista *Zona Abierta*, n.º 46-47, enero-junio, 1988.

sino que objetaba incluso el principio de igualdad moral subyacente a esta, en opinión de Van Parijs y Van der Veen, Marx adopta una postura mucho más comprometida con el valor de la justicia, que se resumen en el enunciado «de cada uno según sus capacidades y cada cual según sus necesidades», tal como se describe en la *Crítica del programa de Gotha*. Este es, en efecto, el criterio de distribución de la igualdad de bienestar, procedente de la tradición socialista utópica, y en concreto de Louis Blanc. Para Marx, y frente al sistema de retribución conforme a las capacidades, el único criterio de distribución que igualaría con justicia a individuos desigualmente dotados sería el que considera las necesidades de las personas, entendidas no como necesidades básicas, sino en atención a la diferencia y la mayor variedad y riqueza de necesidades según distintos sujetos. La cuestión radica entonces, para P. V. P. y R. van der Veen, en si es posible introducir alguna medida de reforma dentro del capitalismo que permita la satisfacción de este criterio de justicia en las distribuciones operadas en las sociedades contemporáneas. Esta institución es la RB. Y es que con su implantación se lograría abolir la alienación, principal objetivo del comunismo, pues una vez cubiertas las necesidades fundamentales de todos los individuos, nadie se vería obligado a trabajar para poder existir.

Dada su intención explicitada de «mantenerse dentro de un marco teórico marxiano razonablemente ortodoxo» en el que la cuestión de la justicia y otras consideraciones éticas son secundarias, parece poco pertinente elaborar una crítica sobre aspectos normativos que los propios autores rechazan⁵⁰. Según el marxismo clásico, llegamos a la igualdad a través y como resultado de la historia. Por ello, solo apuntaré tres críticas que, en la medida en que se me antojan difícilmente salvables, hacen de la igualdad de bienestar un criterio distributivo inoperante:

1.º) No salva la objeción del esclavo satisfecho, pues las personas con mayores capacidades adaptativas recibirán menos medios.

2.º) Puede favorecer la irresponsabilidad individual y el desarrollo de gustos caros en algunas personas, y que ello contribuya a disminuir el bienestar de otras, que acabarían pagando por caprichos extravagantes y ajenos.

⁵⁰ En este sentido, para P. V. P. y R. van der Veen «lo que importa realmente cuando se valora un modo de producción no es hasta qué punto el producto social se reparte equitativamente, sino hasta qué punto estimula efectivamente el desarrollo productivo en dirección al comunismo pleno» (Van der Veen y Van Parijs, 1988, p. 29). Antes de la caída del comunismo europeo, los marxistas –o al menos algunos de ellos– vivían en la fe de que la consumación de siglos de explotación y lucha de clases sería una condición de la abundancia material que permitiría la autorrealización de todas las personas, en una sociedad en la que «el libre desarrollo de cada uno será la condición del libre desarrollo de todos» (Marx, 1848). Hoy, los marxistas analíticos han comprendido que, pese a la relativa abundancia de las sociedades occidentales modernas, la escasez se ha convertido en un problema crónico, y entienden «la cuestión de la justicia» como una cuestión primordial, y el criterio de las necesidades como un principio de justicia distributiva.

3.º) El bienestar no parece ser ni lo único ni lo más valioso, y además en las sociedades modernas y diversas las personas razonablemente divergirán sobre los elementos constitutivos de la vida buena.

Debido a los problemas que suscita el enfoque de la igualdad de bienestar, interesa señalar que el propio Van Parijs abandonó su inicial defensa marxista de la institución en el que seguramente constituya el mayor esfuerzo realizado hasta ahora por justificar normativamente la RB: *Real Freedom For All. What (if anything) can justify capitalism*. En este libro, y como es de esperar a tenor de su provocativo título, la conclusión que finalmente se alcanza es la de que el capitalismo es un sistema productivo superior al socialismo que, no obstante, solo resulta normativamente justificable en tanto incluya la institución de la RB.

Pero además de Van Parijs, otros muchos filósofos políticos han hecho intentos por justificar la RB desde enfoques muy distintos al de la igualdad de bienestar. Por su seriedad y rigor, así como por estar concebidos para el caso particular de España, merecen destacarse aquí los trabajos de José Luis Rey Pérez, Daniel Raventós, David Casassas o Antoni Doménech. Con la posible excepción del primero, es significativo el hecho de que el resto hayan optado por una defensa declaradamente republicana de la institución, en la que se pueden presentar conjuntamente las dos vías de argumentar –consecuencialistas y deontológicos– a favor de la RB. Unos argumentos que siquiera toman singular fuerza en un tiempo de crisis económica como el actual, fueron elaborados con una contundencia aún mayor hace ya más de dos siglos.

Thomas Paine comienza su «Argumento para mejorar la condición de los pobres» con la observación de que «preservar los beneficios de lo que se considera vida civilizada, y remediar, al mismo tiempo, los males que ella ha originado, debería ser considerado uno de los principales objetivos de una legislación moderna». Esta reflexión se encuentra recogida en *El sentido común y otros ensayos* y data de 1797. Su discurso suena, empero, contemporáneo. Y no solo porque continúa siendo urgente alumbrar soluciones que mejoren la situación de los pobres, sino también porque el argumento que inspira su Fondo Nacional es esencialmente el que aconseja hoy la adopción de una RB. Desde un punto de vista republicano, los derechos sociales no pueden ser confundidos con la beneficencia. La caridad pública (y privada), aunque loable, es incompatible con una concepción republicana de la ciudadanía, pues ofende la dignidad de quien la recibe. Si necesito ayuda porque soy pobre, o porque estoy enfermo, prefiero que dicha ayuda proceda del reconocimiento de mi derecho como ciudadano, antes que de la acción de un individuo en nombre del amor a Jesucristo. Estar enfermo o ser anciano no es una culpa, y un Estado republicano, a pesar de que muchos lo ignoren, no es una sociedad anónima, sino una forma de vida en común cuyo objetivo es garantizar la dignidad de las personas. Un Estado republicano debe asumir por consiguiente la responsabilidad de asistir a su ciudadanía sin encomen-

dar esa tarea a individuos particulares. Se mire por donde se mire, es preferible recibir ayuda en nombre de los derechos sociales que como resultado del ejercicio de la caridad cristiana. En una época, muy alejada del modelo socio-productivo fordista, que se caracteriza por elevadas tasas de paro y la extensión de la flexibilidad y la precarización de las condiciones del trabajo, los más recientes desarrollos legislativos sobre rentas mínimas como la Ley de Garantía de Ingresos vasca insiste en la centralidad del empleo como herramienta de inclusión social. Pero esta decisión no es tan incomprensible como a primera vista parece. Y es que mientras desde una perspectiva republicana la ayuda a quienes la necesitan se da y justifica por el principio de la igual dignidad de todas las personas y se recibe en nombre de los derechos, desde una óptica neoconservadora aquella se da (o no) por caridad y se recibe (o no) en nombre de Pablo.

4. Bibliografía

- AGUILAR, M., LAPARRA, M. y GAVIRIA, M. (1995): *La caña y el pez: el salario social en las comunidades autónomas 1989-1994*, FOESSA, Madrid.
- ARISTÓTELES (1989a): *Ética a Nicómaco*, edición de M. Araujo y J. Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1989b): *Política*, edición de M. Araujo y J. Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALPEROVITZ, G. (2005): «Time to Get Serious about Inequality and Sustainability», *Synthesis/Regeneration* 38.
- BARRY, B. (1997): *Justicia como imparcialidad*, Paidós, Barcelona.
- BECK, U. (2000): *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Paidós, Barcelona.
- CASTEL, R. (1999): *Les metamorphoses de la question sociale. Une chronique de salariat*, Gallimard, París.
- COMÍN, F. (2003): «La Hacienda pública en el franquismo autárquico, 1940-1959», en *Autarquía y mercado negro: el fracaso económico del primer franquismo, 1939-1959*, Carlos F. Barciela, ed., Ed. Crítica, Barcelona.
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS DIMENSIONES SOCIALES DE LA GLOBALIZACIÓN (2004): *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*, Organización Internacional del Trabajo.
- DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DEL GOBIERNO VASCO (2009): «La Ley para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social, en Euskadi», ponencia presentada en la *Jornada de Presentació de L'Observatori Social de les Illes Balears. La Inclusió Social a les Illes Balears*, Palma de Mallorca.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1999): *Sistema de derecho civil, vol. II*, Tecnos, octava Edición, Madrid.

- ELSTER, J. (1988): «Comentario sobre Van der Veen y Van Parijs», trad. de Fernando Aguiar, *Zona Abierta*, núm. 46-47.
- ESPING-ANDERSEN, G. (1993): *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, trad. B. Arregui Luco, Edicions Alfons el Magnànim-IVEI, Valencia.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (2004): *Informe anual del Directorio Ejecutivo correspondiente al ejercicio cerrado el 30 de abril de 2004*, Washington, D. C.
- LAPARRA, M. y AYALA, L. (2007): «El Sistema de Garantía de Ingresos Mínimos en España y la respuesta urgente que requiere la crisis social», *Colecciones FOESSA*.
- MARLIER, E. y COHEN-SOLAL, M. (2000): «Social benefits and their redistributive effect in the EU», *Statistics in Focus* (Theme 3 9/2000), Eurostat, Luxemburgo.
- MIGUÉLEZ, F. (2002): «¿Por qué empeora el empleo?», *Sistema*, núm. 168-169, pp. 37-53.
- MORENO, L., MATSAGANIS, M., FERRERA M. y CAPUCHA, L. (2003): «¿Existe una “malla de seguridad” en la Europa del Sur? La lucha contra la pobreza y la exclusión social en España, Grecia, Italia y Portugal», en *Digital.CSIC*, Unidad de Políticas Comparadas (CSIC), Documento de Trabajo 03-17.
- NAVARRO, V. (2006): *El subdesarrollo social de España. Causas y consecuencias*, Ed. Anagrama, Barcelona.
- NAVARRO, V., SCHMITT, J. y ASTUDILLO, J. (2002): «La importancia de la política en la supuesta globalización económica. La evolución de los Estados del Bienestar en el capitalismo desarrollado durante la década de los años noventa», *Sistema*, núm. 171, pp. 3-46.
- NOZICK, R. (1974): *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, inc., Nueva York.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2009): *Informe sobre Desarrollo Humano 2009*.
- RAVENTÓS, D. (1999): *El derecho a la existencia. La propuesta del subsidio universal garantizado*, Ariel, Barcelona.
- RAWLS, J. (1985): «Justice as Fairness: Political not Metaphysical», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, n.º 3, pp. 223-251.
- REY PÉREZ, J. L. (2004): «El Derecho al Trabajo, ¿forma de exclusión social? Las Rentas Mínimas de Integración y las propuestas del Ingreso Básico», *ICADE, Revista de las Facultades de Derecho y de Empresariales*, núm. 62, abril-mayo.
- RIFKIN, J. (1972): *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo; el nacimiento de una nueva era*, Paidós, Barcelona.
- RUSSELL, B. (1969): *Ensayos Filosóficos*, Alianza Editorial, Madrid.
- SERRANO, A. y ARRIBA, A. (1998): *¿Pobres o excluidos? El Ingreso Madrileño de Integración en perspectiva comparada*, Fundación Argenteria-Visor, Madrid.

- SUSÍN, R. (2000): *La regulación de la pobreza*, Universidad de La Rioja, Logroño.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2002): «Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 168-169, pp. 71-88.
- VAN DER VEEN, R. J. y VAN PARIJS, P. (1988): «Una vía capitalista al comunismo», trad. N. G. Pardo, *Zona Abierta*, n.º 46-47, enero-junio, pp. 19-46.
- VAN PARIJS, P. (1996): *Libertad real para todos. Qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*, trad. J. Francisco Álvarez, Paidós, Barcelona.
- VERGARA, F. (1999): *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*, Alianza, Madrid.

El convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993: una aproximación heterodoxa¹

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

y

Javier Carrascosa González

Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia

Recibido: 23.10.09

Aceptado: 16.11.09

Resumen: El convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993, presenta la curiosa incidencia de no precisar la ley aplicable a ciertos aspectos necesarios para acreditar la adecuación psicosocial de los adoptantes y del adoptando. En este trabajo, se propone una interpretación fáctica que permite solventar dicho problema: las autoridades que aplican el convenio citado no deben aplicar ninguna Ley estatal concreta a los aspectos reseñados, sino que deben limitarse a acreditar la adecuación psicosocial de los adoptantes y del adoptando con arreglo a criterios fácticos, sin que sea necesario aplicar una ley estatal determinada.

Palabras clave: Adopción internacional, convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 mayo 1993, ambiente psicosocial de la adopción, lagunas de Derecho internacional privado.

Abstract: *The Hague Convention on the protection of the child and co-operation in respect of intercountry adoption, signed on May 29, 1993 does not specify which is the Law applicable to the psycho-social conditions of the adoptive parents and the adopted child. This paper makes a new proposal. There is no need of specifying any applicable Law to that issue. The competent authorities should ascertaining an adequate psycho-social environment for the adopted child taking into account factual information and not by the application of any particular State Law.*

Key words: *Hague Convention on the protection of the child and co-operation in respect of intercountry adoption, applicable Law to the psycho-social conditions of the adoption.*

¹ Versión en castellano de la contribución presentada al *Convegno La famiglia senza frontiere*, celebrado en la Università degli Studi di Napoli Federico II, el 16 de octubre de 2009.

Sumario: I. Introducción.—II. El convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993: entre el Derecho administrativo y el Derecho internacional privado.—III. La fase administrativa previa a la adopción internacional introducida por el CH 1993.—IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. La adopción internacional es una institución legal que goza, en Derecho internacional privado, de permanente actualidad. Ello se explica por su elevado número (= nunca como en los primeros años del siglo XXI la adopción internacional había alcanzado semejantes cifras), así como por la sensibilidad de los intereses implicados (= menores, adoptantes y Estados constituyen colectivos que reclaman regulaciones legales no siempre en el mismo sentido)². Dos simples ejemplos extraídos no solo de la práctica legal española pueden servir para demostrar ambos aspectos.

2. Primer ejemplo: los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada en California y otros Estados que permiten dichos contratos, en los que los contratantes son personas solas o personas del mismo sexo procedentes de España y otros países occidentales se han disparado (*vid.* por ejemplo, el famoso caso que aborda la RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California y padres españoles])³. Ello se ha producido porque, ante la escasez endémica e incesante de menores de corta edad susceptibles de ser adoptados en Occidente, los sujetos que desean adoptar acuden a los países que cuentan con menores que sí pueden ser adoptados (Camboya, China, Vietnam, Rusia, Ucrania, Colombia, etc.). Pero resulta que la legisla-

² *Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: «Adopción internacional», en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), Derecho internacional privado, vol. II, 10.ª ed., Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 253-262; TH. STEIGER: Das neue Recht der internationalen Adoption und Adoptionsvermittlung, Köln, 2002, esp. pp. 11-19; G. PIZZOLANTE: Le adozioni nel diritto internazionale privato, Bari, Cacucci, 2008, esp. pp. 12-17; M.P. DIAGO DIAGO: «Revocable International Adoption and Spanish Law», SYLL, vol. VI, 1998, pp. 79-103; A. RODRÍGUEZ BENOT: «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural. Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la Kafala», RGD, n.º 667, 2000, pp. 4419-4447.*

³ *A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», CDT, vol. 1, n.º 2, octubre 2009, pp. 294-319; A. QUIÑONES ESCÁMEZ: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», Indret, julio 2009, versión on line. En la doctrina italiana, recientemente, C. CAMPLIGLIO: «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità», RDIPP, XLV, n.º 3, 2009, pp. 589-604.*

ción de dichos países suele prohibir la adopción por parte de personas solas o de parejas del mismo sexo. Un ejemplo se puede encontrar en la denegación del permiso para adoptar emitida por el Ministerio de Familia de Ucrania en relación con el artista ELTON JOHN. El músico británico había solicitado la adopción de Lev, un niño ucraniano de 14 meses, pero las autoridades de Kiev denegaron tal adopción, entre otras causas, por la orientación homosexual de ELTON JOHN⁴. Conclusión: los casos «internacionales» de gestación por sustitución aumentan porque la adopción nacional y la adopción internacional por parte de personas de orientación homosexual es, en la práctica, imposible.

3. Segundo ejemplo: son frecuentes los supuestos de adopciones internacionales constituidas por autoridades no competentes, adopciones en cuya constitución se ha prescindido de las fases procesales legalmente establecidas y/o de los consentimientos o asentimientos o informaciones legalmente exigidas, casos que encubren tráfico de menores mediante consentimientos «comprados», y adopciones que no han sido realmente aprobadas por la autoridad competente, entre otros. Por desgracia, estos casos son frecuentes. En marzo de 2009 se detectó que numerosos menores procedentes del Nepal habían sido adoptados en dicho país tras haber firmado sus padres biológicos la renuncia a su patria potestad mediante engaños. Se decía a dichos padres que los menores serían entregados a un Centro Público para su mejor cuidado y los padres, con frecuencia analfabetos, firmaban la renuncia a la patria potestad creyendo que estaban firmando la entrega de los menores a tales Centros Públicos⁵. Los orfanatos del Nepal obtienen pingües beneficios cuando entregan en adopción a ciertos menores, algunos de los cuales tienen padres que no han consentido entregarlos para la adopción. Según UNICEF, ello reportó a tales centros, en 2006, unos dos millones de dólares USA aproximadamente. La lucha contra el tráfico de niños nunca será lo bastante severa.

II. El convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993: entre el Derecho administrativo y el Derecho internacional privado

4. Hace ya dieciséis años que fue concluido el convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993. Tras casi quince años de vigencia en

⁴ Diario *El Mundo*, 15 septiembre 2009, p. 58.

⁵ Vid. diario *El País*, 3 marzo 2009 y <<http://www.parasaber.com/familia/adopciones/>>.

España (entrada en vigor para España el 1 noviembre 1995)⁶ y casi diez años de vigencia en Italia (entrada en vigor para Italia el 1 mayo 2000)⁷, parece llegado un buen momento para realizar ciertas consideraciones sobre dicho convenio internacional, limitadas a la fase administrativa previa a la constitución de la adopción, y dejando al margen de este estudio los aspectos relativos a la validez extraterritorial de la adopción que se ha constituido con arreglo al procedimiento recogido en el convenio.

5. El convenio de La Haya de 29 mayo 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (citado a partir de este momento como «CH 1993»), es un instrumento internacional de gran relieve en la regulación de las adopciones internacionales. Ha generado un notable cuerpo de práctica administrativa y judicial y, naturalmente, una inmensa cantidad de estudios específicos⁸. Este convenio se halla en vi-

⁶ Texto en BOE núm. 182 de 1 agosto 1995.

⁷ *Vid. Legge 4 maggio 1983, n. 184, successivamente modificata dalla Legge 31 dicembre 1998, n. 476, che ha autorizzato il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 29 maggio 1993 (Convenzione dell'Aja).*

⁸ *Vid. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO / B. CAMPUZANO DÍAZ: «El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del DIPr. español», BIMJ, n. 1888, 2001, pp. 827-ss.; A. BORRÁS RODRÍGUEZ: «La XVIII Sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, 30 septiembre 1996», REDI, 1996-II, pp. 367-363; A. BUCHER: «L'avant projet d'une convention de La Haye sur l'adoption internationale, RSDI-DE, 1993, pp. 153-182; A. BUCHER: «Commentaire sur la Convention de La Haye du 29 mai 1993», en J. DOEK, H. VAN LOON y P. VLAARDINGERBROEK (Eds.), *Children on the Move*, Kluwer Law International, 1996, pp. 87-93; M. BUSCH: «Adoptionswirkungsgesetz und Haager Adoptionsübereinkommen - von der Nachadoption zur Anerkennung und Wirkungsfeststellung», *IPRax*, 2003, pp. 13-23; W. DUNCAN: «Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (29 May 1993)», *International Family Law*, July 1999, p. 31-34; Id.: «The Hague Children's Conventions. Some News and Developments», *International Children's Rights Monitor*, Vol. 13, January 2000, pp. 16-22; Id.: «The Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption», *Adoption & Fostering*, vol. 3, 1993, pp. 9-13; Id.: «The Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption 1993. Some issues of special relevance to sending countries», *Intercountry Adoptions: Laws and Perspectives of «Sending» Countries*, Dordrecht / Boston / Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 217-227; Id.: «Intercountry Adoption: Some Issues in Implementing and Supplementing the 1993 Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption», en J. DOEK, H. VAN LOON / P. VLAARDINGERBROEK (Eds.), *Children on the Move*, Kluwer Law International, 1996, pp. 75-86; F. CALVO BABIO: «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumanía: situaciones patológicas», *La Ley*, 1998-V, D-241, pp. 1585-ss.; Id.: «Nota a la RDGRN 12 julio 1996», *REDI*, vol. XLIX, 1997-II, pp. 272-ss.; B.L. CARRILLO CARRILLO: *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 mayo 1993*, Granada, Ed. Comares, 2003; P. DIAGO DIAGO: «La ley francesa número 2001-111 de 16 de febrero, relativa a la adopción internacional», *REDI*, vol. LIII, 2001, pp. 735-739; W. DUNCAN: «Conflict and Co-Opera-*

gor para multitud de países, que son tanto «países de origen» de los menores, como «países de recepción» de estos (M. Vargas Gómez-Urru-

tion. The Approach to Conflicts of Law in the 1993 Hague Convention on Intercountry Adoption», en N. LOWE/ G. DOUGLAS, *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 577-589; R. FRANK: «The Recognition of Intercountry Adoptions in the Light of the 1993 Hague Convention on Intercountry Adoptions», en N. LOWE / G. DOUGLASS, *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 591-604; C. GONZÁLEZ BEILFUSS: «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional», *RJC*, 1996, pp. 313-345; ID.: «La entrada en vigor para España del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional», *REDI*, 1995 (II), vol. XLVII, pp. 485-488; N. GONZÁLEZ MARTÍN: «El Convenio de La Haya de 1993 y el procedimiento de cooperación a través de una entidad colaboradora de adopción internacional: España y México», en D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Ed. Colex, 2004, pp. 179-212; E. GUIGOU: «Circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale», *RCDIP*, vol. 88, 1999, pp. 600-604; M. GUZMÁN ZAPATER: «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho Internacional Privado clásico?», en A.L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 83-120; M. JAMETTI-GREINER / A. BUCHER: «La Dix-septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *RSDIDE*, 1994, pp. 55-102; M.F. LUCHER-BABEL: «Adoption Internationale: comprendre les nouvelles normes. Principes et mécanismes de la Convention de la Haye du 29 mai 1993», *Les Cahiers des Droits de l'enfant*, vol. 4. DEL, 1996, pp. 1-56; D.M. MARINA HERNANDO: «La intervención de las AACC españolas de comunicación en la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional», en D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Ed. Colex 2004, pp. 161-168; M.V. MAYOR DEL HOYO: «Notas acerca del Convenio de la Haya sobre adopción internacional», *RDP*, 1995, pp. 1019-1043; N. MEYER-FABRE: «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *RCDIP*, 1994, vol. 83, pp. 259-296; H. MUIR-WATT: «La Convention de La Haye du 29 mai 93 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *TCFDIP*, 1993/95, pp. 49-63; ID.: «Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale», *RCDIP*, 1999, pp. 469-492; G. PARRA-ARANGUREN: «An Overview of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention», en N. LOWE/ G. DOUGLAS (ed.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 565-576; ID.: «Rapport explicatif», *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conference de la Haye de Droit international privé, 1994, disponible en <www.hcch.net>; P.H. PFUND: «Implementation of the Hague Intercountry Adoption Convention in the United States: Issues and Problems», *E Pluribus Unum. Liber amicorum G.A.L. Droz. On the progressive unification of private international Law*, The Hague, 1996, pp. 321-336; E. POISSON-DROCOURT: «L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *JDI*, 1999-3, pp. 707-730; A. RODRÍGUEZ BENOT: «La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero (una relectura del art. 9.5 CC a la luz del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993)», en AA.VV., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 181-202; C. RUDOLF: «Das Haager Übereinkommen über die internationale Adoption», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 2001, pp. 183-198; G. STUBER: *Anerkennung internationaler Adoptionen*, Stuttgart, Boorberg, 2003; B. STURLÈSE: «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la

tia)⁹. Debe tenerse presente que el CH 1993 es un convenio *inter partes*. Solo se aplica entre los Estados partes en él y no en relación con terceros Estados. De dicho modo, las adopciones constituidas por autoridades de Estados no partes en el CH 1993 no surten efectos jurídicos en los Estados partes en dicho convenio a través de sus normas. Igualmente, las autoridades dependientes de terceros Estados no aplican, a la hora de constituir adopciones, el citado CH 1993.

6. El CH 1993 persigue tres objetivos: 1.º) establecer garantías para que las adopciones internacionales se realicen en atención al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que les reconoce el Derecho internacional; 2.º) fijar un sistema de colaboración entre las autoridades de los Estados partes para evitar el tráfico, la venta y la sustracción de los meno-

coopération en *matière d'adoption internationale*», *JCP*, I, 1993, pp. 427-433; ID.: «L'adoption des enfants étrangers: aspects relevant du droit international privé», en S. MANSOUR (Dir), *L'adoption des enfants étranger*, París, Centre International de l'Enfance, 1993, pp. 33-41; J.H.A. VAN LOON: «International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption», *RCADI*, 1993, vol. 244, pp. 191-456; ID.: «Noté sur l'opportunité de préparer une nouvelle convention sur une coopération internationale en matière d'adoption inter-étatique», *Actes et documents de la Sixième session*, t. I, Hague Conference on Private International Law, 1991, pp. 164-185; ID.: «Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger. Document préliminaire 1 d'avril 1990», *Actes et documents de la Dix-septième session*, Tome II, Conference de La Haye de droit international privé, 1994, pp. 10-119; ID.: «Intercountry adoption of children: a challenge for international co-operation to protect children's rights», *Hague Yearbook of International Law*, 1992, pp. 137-147; ID.: «The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law», *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer, Deventer, 1990, pp. 101-122; D. WINKELSTRÄTER: *Anerkennung und Durchführung internationaler Adoptionen in Deutschland: unter Berücksichtigung des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29. Mai 1993*, Jena, 2007.

⁹ El convenio se halla en vigor en los siguientes Estados (septiembre 2009): Albania, Alemania, Andorra, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Belice, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América (desde el 1 de abril de 2008), Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Gran Bretaña e Isla de Man, Guatemala, Guinea, Hungría, India, Islandia, Israel, Italia, Kenia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Mali, Malta, Mauricio, México, Moldova, Mónaco, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Rumania, República Checa, República Dominicana, República Popular China, San Marino, Seychelles, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Uruguay y Venezuela. Más datos sobre las Declaraciones de los Estados en relación con este convenio, así como sobre la entrada en vigor para cada Estado y sobre los nuevos Estados partes, pueden encontrarse en la web oficial de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (<<http://www.hcch.net/>>).

res; 3.º) potenciar de manera muy relevante el reconocimiento de pleno derecho, en los Estados partes, de las adopciones realizadas con arreglo a lo dispuesto en el CH 1993.

7. Ahora bien, para comprender cómo el CH 1993 trata de lograr dichos objetivos y para que dicho convenio deje de ser considerado un «objeto jurídico no identificado», resulta importante percibir que dicho instrumento legal constituye, en general, un convenio de Derecho administrativo internacional. En efecto, el CH 1993 regula las relaciones, competencias y funciones de las autoridades administrativas de los Estados partes que intervienen en la constitución de adopciones internacionales. Solo en lo que se refiere a los efectos jurídicos que surten en los Estados partes las adopciones constituidas según dicho CH 1993 en otros Estados partes puede considerarse que el Convenio opera en el ámbito del Derecho internacional privado (DIPr.).

8. Para lograr sus objetivos, el CH 1993 apunta en varias direcciones.

1.º) *Profundiza en la publicación de las adopciones*. El CH 1993 crea una «fase administrativa» previa a la constitución de la adopción internacional entre los Estados partes en el convenio. Esta fase aparece construida sobre la cooperación de autoridades de diversos Estados y supone un control exhaustivo de la adopción por parte de autoridades públicas. Su objetivo es evitar el «tráfico de niños» que trata con frecuencia de encubrirse con una adopción internacional «legalizante».

2.º) *Persigue alcanzar un auténtico «efecto útil»*. El convenio fomenta su ratificación por el mayor número posible de países, y procura que tales países sean tanto «países de origen» de los menores, como «países de recepción» de estos, lo que aumenta el «efecto útil» del convenio.

3.º) *Amplía su radio material de acción*. Visto que existen diferentes «modelos de adopción» en los países del mundo, el CH 1993 se declara aplicable a toda adopción, ya sea una adopción «simple», «menos plena» o «plena», revocable o irrevocable.

4.º) *Acoge el sistema del «reconocimiento de pleno derecho» de las adopciones constituidas con arreglo al convenio*. El CH 1993 busca evitar las «adopciones claudicantes» (= adopciones válidas en un país, pero consideradas «no existentes» y/o «no válidas» en otros). El convenio trata de alcanzar dicho objetivo mediante una «cláusula de reconocimiento de pleno derecho» (art. 23 CH 1993). Dicha cláusula obliga a los países signatarios del CH 1993 a aceptar como «existentes y válidas» las adopciones constituidas en otro Estado parte con arreglo al CH 1993, sin necesidad de *exequatur*, ni de reconocimiento por homologación ni de cualquier otro procedimiento.

III. La fase administrativa previa a la adopción internacional introducida por el CH 1993

9. El CH 1993 introduce, como se ha indicado, una nueva «fase administrativa» en la constitución de la adopción internacional. Dicha fase comprende una serie de controles administrativos que deben realizar las autoridades de los Estados partes, controles relacionados de modo sucinto en el Capítulo II del convenio. En el seno de dicha fase administrativa cabe distinguir dos aspectos.

En primer lugar, las autoridades del Estado parte de origen del niño deben asegurar la oportunidad de entregar a este en adopción (internacional) (*vid.* art. 4 CH 1993)¹⁰. En efecto, las autoridades administrativas del Estado de origen deben corroborar que una adopción internacional resulta la medida de protección más adecuada en relación con el menor del que se trate. A tal efecto, dichas autoridades deben acreditar que el niño es adoptable y que ha sido convenientemente informado del proceso de adopción y de las consecuencias que ello comporta, que una adopción internacional responde al interés superior del niño porque no resulta más beneficiosa para este que una adopción que suponga la colocación del niño en el Estado de origen de este,

¹⁰ Art. 4 CH 1993: «Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen:

a) Han establecido que el niño es adoptable;
 b) Han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;

c) Se han asegurado de que:

1. Las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular con relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.

2. Han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito.

3. Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados.

4. El consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño.

d) Se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que:

1. Ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario.

2. Se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño.

3. El consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito.

4. El consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna».

que la familia biológica del menor y/o demás personas o instituciones a cargo del niño han dado su libre consentimiento para la adopción internacional, y que todos los consentimientos requeridos no se han obtenido mediante pago de precio u otras compensaciones.

En segundo lugar, las autoridades del «Estado de recepción» del niño deben realizar una serie de controles administrativos para acreditar que el entorno familiar de destino del menor es el adecuado. En efecto, tales autoridades deben corroborar que los futuros padres adoptivos son «adecuados y aptos para adoptar», que han sido convenientemente asesorados, y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción (*vid.* art. 5 CH 1993)¹¹.

10. Este sistema de «reparto distributivo de competencias administrativas» entre las autoridades de los Estados partes funciona del siguiente modo: 1.º las autoridades del Estado de recepción elaboran un informe sobre los adoptantes y lo transmiten a la Autoridad Central del Estado de origen (art. 15 CH 1993)¹²; 2.º las autoridades del Estado de origen elaboran otro informe sobre el adoptando (art. 16 CH 1993)¹³ y lo remiten a la Autoridad

¹¹ Art. 5 CH 1993: «Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción:

- a) Han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar.
- b) Se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados.
- c) Han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado».

¹² Art. 15. 1 CH 1993: «Si la Autoridad Central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional y sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo. 2. Esta Autoridad Central transmitirá el informe a la Autoridad Central del Estado de origen».

¹³ Art. 16 CH 1993: «1. Si la Autoridad Central del Estado de origen considera que el niño es adoptable:

- a) Preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares.
- b) Se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural.
- c) Se asegurará de que se han obtenido los consentimientos previstos en el artículo 4.
- d) Constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño.

2. Esta Autoridad Central transmitirá a la Autoridad Central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación, procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad».

Central del Estado de recepción, junto con una «propuesta concreta de colocación del niño» y la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos (art. 16.2 CH 1993); 3.º) debe producirse un «acuerdo» entre las Autoridades Centrales de ambos Estados (= conocido como *The Matching Process*), en cuya virtud ambas autoridades consientan en que el proceso de adopción debe continuar (art. 17 CH 1993); 4.º) si existe acuerdo, las autoridades del Estado de origen confían el niño a los padres adoptivos, y se permite su salida del Estado de origen (art. 19 CH 1993); 5.º) la adopción del niño puede tener lugar en el Estado de origen o en el Estado de recepción, pero esta cuestión ya no se regula por el CH 1993.

11. Pues bien, la tesis, sin duda heterodoxa, que se mantiene en el presente estudio, puede formularse de manera sencilla en la siguiente proposición: las autoridades de los Estados partes que intervienen en la fase administrativa de la adopción internacional creada por el CH 1993 deben elaborar informes que acrediten la conveniencia de dicha adopción desde un punto de vista psicológico, social, médico, personal, sociológico y ético, y desde la doble perspectiva del Estado de origen (= adecuación psicosocial del niño para ser adoptado) y del Estado de recepción (= adecuación psicosocial de los solicitantes para ser padres adoptivos). En general, dichas autoridades competentes no pueden practicar, porque no es su función, un control «legal» sobre la futura adopción internacional. Es decir, tales autoridades no valoran, en ningún momento, la «legalidad» de la futura adopción. El control legal de la adopción escapa a sus funciones y el CH 1993 no regula dicha cuestión. Las autoridades que operan en virtud de los arts. 4 y 15 CH 1993, por un lado, y 5 y 16 CH 1993, por otra parte, solo realizan un control de carácter psicológico, médico, personal, sociológico y ético, y no realizan ningún control «legal» de la adopción. En conclusión, el CH 1993 introduce una fase administrativa previa a la adopción internacional, fase que reviste un perfil social, psicológico y ético (= pues consiste en un control de las «condiciones psicosociales de la adopción», frase que aparece repetidamente en el Informe Oficial del CH 1993, *ad ex.* en núm. marginal 308), pero no se controlan aspectos «legales» de la adopción internacional. Esta tesis constituye un potente *Flucht nach vorne*, un «audaz movimiento hacia adelante» y, por ello, no está exenta de riesgos. La tesis suscita, naturalmente, diversas reflexiones.

12. En primer lugar, esta tesis permite explicar por qué el CH 1993 no precisa qué ley estatal deben aplicar las autoridades competentes en virtud de los arts. 4, 5, 15 y 16 CH para acreditar los extremos que aconsejan entregar en adopción a un concreto niño a unos padres adoptivos específicos. En efecto, el CH 1993 no concreta esta cuestión porque los extremos que deben acreditar tales autoridades de los Estados de origen y de recepción constituyen meras «cuestiones de hecho» (= por ejemplo, la situación social de la

familia receptora, el perfil psicológico del niño, la situación económica de los adoptantes, sus cualidades sociales, psicológicas, éticas y morales, y otras cuestiones de este tipo). Por lo tanto, tales extremos se acreditan mediante meros «exámenes fácticos» de la situación que no requieren la aplicación de ninguna Ley estatal concreta. Además, resulta extraordinariamente llamativo que un convenio elaborado por la Conferencia de La Haya de DIPr. guarde silencio en relación con dichos extremos. Estaríamos en presencia de una presunta laguna legal de Derecho internacional privado en un convenio elaborado por una organización especializada en el Derecho internacional privado. Pues bien, no hay ninguna laguna legal y no la hay porque, en general, las autoridades de los Estados partes no necesitan aplicar ninguna ley estatal para cumplir con las funciones de carácter no jurídico que les asigna el convenio.

13. En segundo lugar, esta tesis puede defenderse a pesar del tenor del art. 15.1 CH 1993. En efecto, los arts. 4 y 5, así como el 16 CH 1993, señalan que las autoridades competentes deben acreditar una serie de extremos de tipo social, familiar, psicológico, ético, económico, familiar, pero en ningún momento se precisa que tales autoridades deban comprobar extremos de carácter jurídico (= capacidad legal, edad legal, impedimentos legales para la adopción, sujetos que deben dar su consentimiento o asentimiento a la adopción y modo en el que tales declaraciones de voluntad deben prestarse, etc.). Ahora bien, el art. 15.1 CH 1993 parece suscitar un difícil inconveniente para la tesis aquí defendida, porque el texto del precepto afirma que «[s]i la Autoridad Central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar...». Es decir, el precepto se refiere a extremos de carácter claramente jurídico (= la «capacidad jurídica y aptitud para adoptar» de los solicitantes de adopción). Sin embargo, la redacción del art. 15.1 CH 1993 constituye un inconveniente más aparente que real. En efecto, un examen del texto legal en el texto auténtico del CH 1993 en lengua inglesa permite despejar las nubes que surgen en el horizonte, ya que su *wording* excluye toda referencia a términos estrictos como es la «capacidad jurídica». Así pues, el art. 15.1 CH 1993 en lengua inglesa indica que «[i]f the Central Authority of the receiving State is satisfied that the applicants are eligible and suited to adopt, it shall prepare a report including information about their identity, eligibility and suitability to adopt, background, family and medical history, social environment, reasons for adoption, ability to undertake an intercountry adoption, as well as the characteristics of the children for whom they would be qualified to care». El término *eligibility* no debe ser traducido como «capacidad legal», diga lo que diga el texto oficial en lengua castellana publicado en el BOE, sino como «requisitos» o «idoneidad». Aunque el texto, también auténtico, del CH 1993 en lengua francesa, vuelve a sembrar dudas sobre la

cuestión, ya que se refiere expresamente a «*leur capacité légale et leur aptitude à adopter*», la tesis aquí sostenida permite explicar de modo más satisfactorio la, en principio, llamativa inexistencia en el texto del CH 1993 de una norma de conflicto que señale la ley aplicable a los extremos que deben acreditar las autoridades de los Estados partes que participan en la adopción internacional.

14. En tercer lugar, esta tesis permite proporcionar, además, una más adecuada explicación del sentido y alcance de esta fase administrativa previa a la adopción internacional. El Convenio carece de normas que regulan la competencia judicial internacional¹⁴ y la ley aplicable a la adopción internacional¹⁵. Por ello, resulta conveniente recordar que la fase administrativa previa a la adopción internacional es una fase que «se suma» a la necesaria constitución de la adopción por la autoridad competente al efecto y a la necesaria precisión de la ley aplicable. El convenio no regula ninguna de estas dos cuestiones: ni la «competencia judicial internacional» para constituir, modificar, revisar, modificar o declarar la nulidad de una adopción internacional, ni tampoco regula la «ley aplicable» a la adopción internacional. Así las cosas, el convenio solamente exige la superación de una fase administrativa previa a la adopción internacional en la que las autoridades de los Estados partes únicamente deben verificar «aspectos psicosociales» y no aspectos «estrictamente legales» (= la verificación de los requisitos legales necesarios para la constitución de la adopción es una «cuestión excluida del CH 1993»). Las expresiones contenidas en el Informe Oficial del CH 1993, que parecen indicar que las autoridades competentes para instruir la fase administrativa regulada por el convenio deben acreditar no solo los aspectos psicosociales de la adopción internacional sino también, en ocasiones, ciertos «requisitos legales» necesarios para la constitución de la adopción, no deben llamar a confusión. En efecto, el informe referido indica, con frecuencia, que el CH 1993 busca garantizar la elaboración de informes que acrediten, exclusivamente, las «condiciones psicosociales» tanto de los niños como de los padres adoptivos, sin entrar en aspectos relativos a los «requisitos legales» de la adopción¹⁶. En esta perspectiva, cabe recordar que aunque el informe

¹⁴ R. BARATTA: «La giurisdizione italiana in materia di adozione di minori», *RDI*, 1988, vol. LXXI, pp. 48-85; A. BEGHE LORET: *L'adozione dei minori nelle legislazioni europee*, Milán, 1986; A. BONOMI: «La disciplina dell'adozione internazionale dopo la riforma del diritto internazionale privato», *Rivista di diritto civile*, 1996, pp. 355-372.

¹⁵ F. PIETRANGELI: «Richiamo internazionalprivatistico e applicazione del diritto del foro nella costituzione delle adozione di minori secondo la legge di riforma», *RDIPP*, 1997-3, pp. 557-590; L. PINESCHI: «L'adozione da parte di persona singola: obblighi internazionali e profili internazionalprivatistici», *RDIPP*, 1995, pp. 313-340.

¹⁶ Vid. G. PARRA-ARANGUREN: «Rapport explicatif», *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conference de la Haye de Droit international privé, 1994, disponible en <www.hcch.net>, núm. 308 («*psychological conditions [of the child]*») y núm. 117.

explicativo del CH 1993 señala en su número marginal 180 que «*the competent authorities of the receiving State have to determine that the prospective adoptive parents comply with two different kinds of requirements: (a) to be “eligible”, i.e. to fulfil all legal conditions; and (b) to be “suited”, meaning to satisfy the necessary socio-psychological qualification*», y ello parecería invitar a pensar que las autoridades del Estado de recepción deben acreditar la capacidad jurídica de los futuros padres adoptantes, esta percepción debe matizarse para no incurrir en una conclusión errónea por precipitada. Y ello por varias razones.

Primera: porque tanto el convenio como su informe explicativo son perfectamente conciliables si se entiende que la autoridad del Estado de recepción debe limitarse a una «consideración general» sobre la capacidad de los adoptantes (= una mera aproximación sobre el sí/no de la capacidad legal de los adoptantes, un mero «juicio básico» sobre dicha capacidad). Dicho «juicio básico sobre la capacidad» tiene como objetivo descartar los supuestos más evidentes de incapacidad para evitar seguir adelante con un expediente relativo a una adopción que resultaría legalmente inviable. Así, por ejemplo, las autoridades que aplican el CH 1993 podrían descartar la emisión de informe favorable sobre los adoptantes en los supuestos en los que el solicitante sea una persona incapacitada judicial o legalmente, o una persona jurídica, y también se evitaría, por ejemplo, que se emitiera un informe favorable a la adopción de un sujeto que es evidentemente mayor de edad. De ese modo, la autoridad que ejerce funciones administrativas en virtud del CH 1993 no suplanta en sus funciones a la autoridad que debe proceder a la constitución de la adopción (= que es la que realmente ostenta la función de constituir la adopción: en España, los jueces y tribunales, no las autoridades administrativas competentes para la aplicación en España del CH 1993).

Segundo: porque esta interpretación conciliadora resuelve el problema que se plantearía si tales autoridades tuvieran que acreditar plenamente la capacidad jurídica de adoptantes y en su caso, del adoptado. En efecto, si ello fuera así, resultaría que la capacidad para adoptar debería ser corroborada dos veces: en primer lugar, por la autoridad competente en virtud del CH 1993 (= normalmente, una autoridad administrativa) y en segundo lugar, por la autoridad competente para la constitución de la adopción (= normalmente, una autoridad judicial), lo que resultaría cuanto menos llamativo y con frecuencia, inútil y absurdo.

Tercero: porque las autoridades competentes para la aplicación del CH 1993 no son las competentes, *ex convenio*, para constituir la adopción. En consecuencia, deben limitarse a una mera «apreciación general» de la capacidad de adoptantes y adoptando, ya que tales normas están diseñadas para ser «aplicadas» por las autoridades que, realmente, son competentes para constituir la adopción.

15. En cuarto lugar, esta tesis permite afirmar que, visto que el CH 1993 no regula ni la competencia judicial internacional ni la ley aplicable a la adopción internacional, en el caso de que las autoridades competentes en virtud de convenio deban acreditar la «capacidad jurídica básica» de los adoptantes y del adoptado, tales autoridades no deben aplicar ninguna concreta norma de competencia judicial internacional y ninguna concreta norma de conflicto. La precisión de la norma de DIPr. aplicable, en efecto, no es necesaria. Ello permite explicar de manera adecuada el silencio que mantiene el Informe Explicativo del Convenio en relación con las normas de conflicto que deberían, teóricamente, resultar aplicables a estos extremos. En efecto: la acreditación de la capacidad jurídica de adoptantes y adoptando que realizan las autoridades competentes según el CH 1993 no es más que una «aproximación básica» que, en modo alguno, vincula a la autoridad competente para constituir la adopción internacional. La autoridad que constituye la adopción internacional decidirá de modo independiente y con plena libertad sobre la capacidad jurídica de tales sujetos. De hecho, puede suceder que, superada la fase administrativa recogida en el CH 1993, la autoridad (= normalmente, una autoridad judicial) competente para la constitución de la adopción, decida no proceder a ella por falta de capacidad de los adoptantes o adoptando, o por cualquier otra causa recogida legalmente. Por otra parte, la adopción puede constituirse en el país de recepción del niño, con lo que puede suceder que la ley reguladora de la capacidad de este para ser adoptado se rija, en dicho país, por una norma de conflicto distinta y por una ley material diferente a la que aplicará la autoridad que realmente constituye la adopción en el Estado de recepción del niño. Y viceversa: la adopción puede constituirse en el Estado de origen del menor, con lo que la ley reguladora de la adopción será la fijada por la norma de conflicto de dicho Estado, que bien puede ser diferente de la norma de conflicto y de la ley material que aplicó la autoridad del Estado de recepción del niño a la hora de valorar la capacidad legal de los adoptantes. Por ello, puede afirmarse que las referencias de los arts. 4, 5, 15 y 16 CH 1993 a la capacidad jurídica para adoptar de los adoptantes y a la adoptabilidad del niño no son más que «aproximaciones generales» cuyo sentido es permitir que la autoridad que aplica el CH 1993 acredite que, en general, los padres adoptivos y el menor no parecen incurrir en incapacidades legales para la adopción (= aproximación básica sobre la capacidad legal para adoptar y ser adoptado), sin que sea preciso que la autoridad que aplica el CH 1993 realice un control legal estricto, con arreglo a la Ley designada por sus normas de conflicto, de la capacidad legal de niño y potenciales padres adoptivos. Finalmente, cabe recordar que las autoridades competentes en virtud de los arts. 4, 5 15 y 16 CH 1993 suelen ser autoridades administrativas, carentes de la formación jurídica y de las funciones legales propias de los jueces y tribunales, razón que aconseja limitar su intervención a la acreditación de la conveniencia psicosocial de la adopción sin permitir que se pronuncien sobre la legalidad de constitución de la adopción.

16. En quinto lugar, y visto que el CH 1993 no regula ni la competencia judicial internacional ni la ley aplicable a la adopción internacional, debe dejarse claro que el convenio no ha unificado dichos criterios en los Estados partes. Cada Estado parte sigue, por tanto, criterios distintos para acreditar la competencia de sus autoridades para constituir adopciones y criterios diferentes para señalar la ley aplicable a la adopción internacional. En esta perspectiva, el convenio no ha unificado nada de nada y en nada ha contribuido a la seguridad jurídica «internacional». El *Forum Shopping* sigue siendo posible en materia de adopción internacional y los particulares implicados deben estudiar, «país por país», los diferentes sistemas de Derecho internacional privado estatales antes de iniciar los trámites de adopción internacional.

IV. Reflexiones finales

17. No cabe duda de que el convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993, ha contribuido a un incremento notable de la lucha contra las prácticas fraudulentas y siniestras de tráfico de niños y de compraventa de menores encubiertas tras un maquillaje de adopción internacional. Desde este punto de vista, su mera existencia debe ser objeto de inmediata aprobación y juicio positivo. Sin embargo, el peculiar carácter de este instrumento legal ha suscitado dudas y controversias en la doctrina especializada y en la práctica judicial y administrativa. Aspectos que deben ser colocados *aufs Tapet* para una mejor comprensión del convenio en cuestión.

En primer lugar, ciertos autores han entendido que dicho convenio supone, al menos en España, una «desjudicialización» de la adopción, lo que no es cierto. El convenio ha supuesto un incremento del carácter administrativo de la adopción porque ha introducido una fase administrativa necesaria e imprescindible en la adopción internacional. Sin embargo, el convenio no pretende sustraer competencias a los jueces en relación con la constitución de la adopción para entregárselas en bandeja a las autoridades administrativas que aplican el convenio. El enfoque que se propone en este trabajo, aun a riesgo de convertirse en *vox clamantis in deserto*, permite asumir una visión más pragmática del CH 1993, que debe pasar a ser contemplado como un convenio que otorga competencias administrativas de carácter psico-social a las autoridades encargadas de aplicarlo y que no se pronuncia sobre los extremos jurídicos relativos a la legalidad de la adopción, que están excluidos del convenio. Al regular competencias de carácter administrativo de las autoridades competentes, este convenio se halla más cerca del Derecho administrativo internacional que del Derecho internacional privado, dejados aparte los aspectos concernientes al reconocimiento de adopciones certificadas con arreglo al CH 1993, que son aspectos que, tras trazar la oportu-

tuna «línea alejandrina» que los separa de las cuestiones de carácter administrativo, deben abordarse, indudablemente, con las técnicas propias del Derecho internacional privado.

En segundo lugar, el convenio es criticable porque, al añadir una fase administrativa en la adopción internacional, ello no evita la necesaria aplicación de las normas de competencia judicial internacional y de las normas de conflicto de los Estados partes, y el convenio, pudiendo haberlo hecho, no ha unificado tales normas probablemente porque era un objetivo demasiado ambicioso. Esta «estrategia del avestruz» no evita, naturalmente, que al no regular estos aspectos propios del Derecho internacional privado, estos desaparezcan. El resultado es inevitable: *Forum Shopping*, inseguridad jurídica internacional, criterios distintos de país a país... En suma, otro caso más de *Mystifikation* legal, tan frecuentes, por desgracia, en Derecho internacional privado.

En tercer lugar, el CH 1993 no se ha pronunciado sobre algunos extremos relevantes en la práctica jurídica actual. En particular, el CH 1993 se aplica cualquiera que sea el adoptante: cónyuges de diferente o mismo sexo, persona sola soltera o no y parejas de hecho del mismo o diferente sexo. Pero esa perspectiva no resuelve nada, porque deja la cuestión en manos del Derecho internacional privado de cada Estado parte. En consecuencia, en los Estados partes cuyas legislaciones prohíben la adopción por parte de personas de orientación homosexual, Estados que disponen de un elevado número de niños adoptables, resulta que las personas de orientación homosexual no pueden adoptar. En la práctica, ello conduce a que tales sujetos no puedan convertirse en padres adoptivos y se recurra a la gestación por sustitución «internacional».

La interpretación audaz del CH 1993 que se propone en este estudio permite comprender mejor el auténtico carácter del Convenio y permite también una aplicación incontaminada de este, que se circunscribe al ámbito puramente administrativo. Y sirve, además, de humilde homenaje a la siempre revolucionaria máxima de Gabriele D'Annunzio: «*memento audere semper*» (*recuerda atreverte siempre*).

La nueva ley sobre el contrato de transporte terrestre de mercancías: una primera aproximación

Carlos Llorente Gómez de Segura

Profesor doctor de Derecho mercantil (Universidad de Deusto)

Socio de AMYA Abogados

Resumen: Tras un meditado y sereno debate, se ha aprobado la ley del contrato de transporte terrestre de mercancías, que sustituye oportunamente, y con vocación de permanencia, a la caduca y desorganizada regulación vigente en esta materia en el Derecho español. La ley moderniza, con una buena técnica y siguiendo modelos contrastados, las reglas básicas regidoras de este tipo de contrato, por lo que merece un juicio positivo, si bien no exento de crítica en algunos aspectos en los que hubiese sido deseable una mayor decisión por parte del legislador, particularmente en lo que respecta a la regulación de los intermediarios del transporte y de la subcontratación. Aunque algunos de los aspectos contemplados por la ley resultarán ya familiares para los operadores del sector, y particularmente para quienes actúan en el ámbito del transporte internacional de mercancías por carretera, es recomendable, no obstante, iniciar una inmediata labor de divulgación sobre esta nueva legislación, tarea a la que se desea contribuir con este artículo en que se señalan sus claves más relevantes.

Palabras clave: Contrato, transporte, mercancías, reforma, legislación.

Abstract: *After a well-thought and calmed debate, an Act on the carriage of goods by land has been approved, which substitutes timely and permanently the old and disorganized legislation in force in Spain on this matter. The new Act updates the basic rules applicable to these contracts and does it with a good legal technique and following fully-accepted model legislation. This positive evaluation, however, is not exempted from critical views based on the legislator's lack of decision in addressing questions such as the regulation of transport intermediaries and carriage subcontracting. Some of the new rules will sound familiar to transport operators, especially those working in the area of international carriage of goods by road, but it is highly advisable to start with an immediate task of divulging the new legislation rules, a goal towards which this article is aimed.*

Key words: *Contract, carriage, cargo, reform, regulation.*

Sumario: I. Introducción.—II. Disposiciones generales.—III. Documentación del contrato.—IV. Contenido del contrato de transporte de mercancías.—V. Depósito y enajenación de las mercancías.—VI. Responsabilidad del porteador.—VII. Porteadores sucesivos.—VIII. Transporte multimodal.—IX. Normas especiales del contrato de mudanza.—X. Prescripción de acciones.

I. Introducción

El 12 de noviembre de 2009 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) la Ley 15/2009, de 11 de noviembre de 2009, del contrato de transporte terrestre de mercancías¹. Conforme a su Disposición Adicional Quinta («Entrada en Vigor»), la ley entrará en vigor a los tres (3) meses de su publicación en el BOE, periodo de *vacatio legis* adecuado y razonable, dada la relevancia del nuevo texto legal, que permite y facilita una adecuada labor de divulgación de los contenidos de la nueva regulación antes de que se cumpla dicho plazo.

En buena lógica, la nueva ley se aplicará a los contratos celebrados tras su entrada en vigor, si bien esta norma contiene una Disposición Transitoria Única («Contratos preexistentes») que señala lo siguiente:

Quedará regulada bajo los términos de esta ley la ejecución de todos los contratos que comience a partir del uno de enero del año siguiente al de la entrada en vigor de esta norma, aunque los mismos se hubieran celebrado con anterioridad.

Si la nueva ley entra en vigor a los tres (3) meses de su publicación en el BOE (que tuvo lugar el 12 de noviembre de 2009), lo anterior significa que el «uno de enero del año siguiente al de la entrada en vigor de esta norma» es el 1 de enero de 2011 (pues la ley entrará en vigor en febrero de 2010). Sorprende mucho, por lo tanto, esta fecha de 2011, sin duda, puesto que no entendemos por qué han de quedar excluidos de la aplicación de la ley los contratos concluidos antes del 12 de febrero de 2010, pero cuya ejecución se vaya a producir entre esa fecha y el 31 de diciembre de 2010. ¿Seguro que el legislador ha querido decir en realidad lo que finalmente ha quedado reflejado en la Disposición Transitoria Única?

Dos son, fundamentalmente, las razones que justifican la promulgación de la nueva ley.

Centrándonos en la primera de estas razones –la necesidad de modernizar la regulación del contrato de transporte terrestre de mercancías–, nadie

¹ BOE núm. 273.

² Por cierto, no puede calificarse el Preámbulo de esta ley como su parte más conseguida. Es significativamente breve y pasa por encima de determinados aspectos de la ley que hubiesen merecido mayor justificación y atención en esa sede por su novedad.

³ Preámbulo, I, primer párrafo: «La presente ley tiene por objeto actualizar el régimen jurídico del contrato de transporte terrestre de mercancías tanto por lo que se refiere al transporte por carretera como por ferrocarril. En sentido estricto, esta ley no venía obligada por la incorporación al Derecho español de directivas comunitarias. Sin embargo, pocos sectores existen más necesitados de reforma que el Derecho del transporte terrestre de mercancías. El Título VII del Libro II del Código de Comercio (artículos 349 a 379), en vigor sin apenas modificaciones desde el momento de la promulgación del Código en 1885, no

puede poner en duda la justicia de este propósito y, no en vano, el Preámbulo² de la nueva ley le dedica acertadamente sus primeras palabras³. Habla incluso de «anacronismo y desfase» de nuestra legislación anterior⁴. Con la nueva ley, por tanto, no se ha hecho más que reconocer y asumir de un modo claro y decidido una aspiración que entre nosotros se había venido reclamando desde hace mucho tiempo⁵ y que, lamentablemente, había caído en saco roto hasta ahora⁶.

Téngase en cuenta que en nuestro país el contrato de transporte terrestre de mercancías ha estado regulado, hasta la fecha, en un texto normativo de finales del siglo XIX (Código de Comercio de 1885: artículos 349-379 Ccom), que, además, ya había recibido en su época un influjo inequívoco, en algunos extremos relevantes (por citar un solo ejemplo, el artículo 379

estaba en condiciones de dar respuesta a las muy cambiantes necesidades del transporte actual. De hecho, en la práctica, tales preceptos del Código en la materia rara vez eran objeto de aplicación. Y es que el Derecho contractual del transporte ha venido siendo objeto en los últimos años de una actualización que empleaba una vía oblicua, como era la intervención de la Administración del Estado. Son muchos, en efecto, los ejemplos de normas de control u ordenación del sector del transporte en las que se contenían reglas de derecho privado-contractual. Si a ello se añaden las condiciones generales de la contratación de los transportes de mercancías por carretera establecidas por el Ministerio de Fomento mediante Orden de 25 de abril de 1997, se comprende la afirmación de que el Derecho codificado fuese escasamente aplicado en la práctica diaria del transporte».

⁴ Preámbulo I, párrafo segundo.

⁵ En este sentido, véanse los trabajos de C. Llorente Gómez de Segura («La reforma de la regulación mercantil del transporte terrestre en la España del siglo XXI»), E. Sidera Leal («Apuntes para una modificación de la regulación mercantil del contrato de transporte») y F. Martínez Sanz («En torno a una eventual reforma del contrato de transporte terrestre»), en *Actualidad Jurídica del Transporte por Carretera. In Memoriam F.M. Sánchez Gamborino*, Madrid 2005, pp. 269-276, pp. 277-283 y 285-298, respectivamente. Igualmente, L. J. Cortés, «Los aspectos mercantiles del transporte terrestre en la legislación vigente. La adecuación del Código de comercio a la realidad actual» (ponencia), en *Jornadas de estudio del nuevo marco ordenador de los transportes terrestres*, Barcelona, 4, 5 y 6 de abril de 1989, pp. 161 y ss. (también en *ADM*, 1989, VII, pp. 181 y ss.); F. Sánchez Calero, «El Código de comercio y los contratos mercantiles», en *Centenario del Código de comercio*, I, Madrid, 1986, pp. 211 y ss.

⁶ De ahí que no se pueda calificar a la ley como oportuna, porque la oportunidad de una nueva legislación sobre el contrato de transporte terrestre de mercancías ya se había puesto de manifiesto con décadas (sí, décadas) de antelación [Oportuno: «Que se hace o sucede en tiempo a propósito y cuando conviene», según el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22.^a edición, Madrid]. Probablemente, el impulso tardío de la nueva legislación ha tenido mucho que ver con el lento desarrollo del mercado de transporte en nuestro país, pero también con el hecho de que hasta finales del siglo XX no surgiese una nueva, numerosa y joven escuela española de Derecho del transporte, que es la que, precisamente, ha estado detrás de los estudios preliminares que han servido de base a la ley que ahora se ha aprobado y que, dicho sea de paso, no siempre han sido seguidos, como hubiera sido deseable, por el texto finalmente aprobado por el Congreso de los Diputados.

Ccom), provenientes del Código de Sainz de Andino (1829)⁷. El de 1885 era, además, un código de la primera época ferroviaria (el único «toque» de modernidad que se le puede atribuir), pero que pensaba más en una actividad de transporte realizada por medio de carretas y animales sobre caminos de tierra. No es de extrañar, por tanto, que, no obstante la correctísima y frecuentemente alabada calidad técnica de sus preceptos (una de las razones que han justificado su consentida longevidad), la regulación del código hubiese de complementarse, de tanto en cuando, con el recurso a actualizaciones parciales recogidas en normas de ordenación, o jurídico-públicas (p. ej., LOTT-ROTT)⁸, una técnica legislativa (que el Preámbulo de la nueva ley califica, con excesiva amabilidad y una cierta dosis de corrección política, como «vía oblicua») de la que, de una vez por todas, y a pesar de su innegable utilidad cortoplazista, habría que desprenderse⁹.

Junto a la necesidad de modernizar una regulación que desde el punto de vista patrio era a todas luces obsoleta, la reforma también se ha planteado como un paso adelante en la adaptación de nuestra normativa a las exigencias del mercado del transporte del siglo XXI en el que realizan su actividad económica nuestros transportistas terrestres, particularmente en el contexto comunitario. A esta justificación parece referirse, calificándola como «motivo de oportunidad histórica», el Preámbulo de la ley, al aludir a la liberalización del transporte ferroviario que se está produciendo en el entorno de la Comunidad Europea y que ha tenido un reflejo reciente en nuestro ordena-

⁷ Tal y como puso de manifiesto J. Rubio en su monografía *Sainz de Andino y la Codificación mercantil*, Madrid, 1950.

⁸ LOTT=Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (BOE núm. 182, de 31 de julio de 1987) y ROTT= Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (BOE núm. 241, de 8 de octubre de 1990), modificados posteriormente en varias ocasiones. Véase, p. ej., A. Barrio, «Aspectos mercantiles de la LOTT», *RGD*, 1989, pp. 307 y ss. Igualmente, A. Carretero, «Las innovaciones de la Ley de ordenación de los transportes terrestres en la vertiente mercantil» (Comunicación), en *Jornadas de estudio del nuevo marco ordenador de los transportes terrestres*, Barcelona, 4, 5 y 6 de abril de 1989, pp. 167 y ss.

⁹ P. Martínez-Gijón Machuca, «Consecuencias de la “intromisión” de normas jurídico-públicas en la regulación del contrato de transporte nacional de mercancías por carretera», *RDM*, núm. 253, 2004, pp. 1005-1339. En general, sobre una correcta técnica legislativa (y su enseñanza), F. Díaz Estella y J. Hernando Masdeu, «La redacción de textos legales», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y R. Palomino Lozano (Dirs.) y M. Goñi Rodríguez de Almeida y S. Messeguer Velasco (Coord.), *Enseñar Derecho en el Siglo XXI. Una guía práctica sobre el Grado en Derecho*, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 215-ss., especialmente, 224-ss.

¹⁰ Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2003).

miento a través de la promulgación de la Ley (LSF)¹⁰ y el Reglamento (RSF)¹¹ del sector ferroviario¹².

No está mal elegido el motivo, sin duda, si bien no acierta a explicar plenamente en esta sede el verdadero impacto que, sobre nuestra legislación del contrato de transporte terrestre, ha tenido, y sigue teniendo, el desarrollo de un verdadero mercado interior en el sector de los transportes. Porque, en sus orígenes, ha sido no tanto en el sector del transporte ferroviario, cuanto en el del transporte por carretera, donde desde hace bastantes años los países europeos comunitarios han venido dando pasos decisivos en su liberalización y en la reforma de su legislación interna para adaptarla a la legislación internacional (más propiamente europea) reguladora del contrato de transporte de mercancías por carretera¹³, de tal modo que se pudieran reducir las diferencias entre la legislación aplicable a uno u otro tipo de transporte dentro del espacio económico de la Comunidad¹⁴. Se trata de un fenómeno imparables en el que finalmente, aunque con tardanza, nuestro país también ha querido participar como era debido.

El Preámbulo de la ley también apunta a otro motivo de oportunidad histórica que habría justificado su promulgación: la inserción de esta reforma en el marco de un movimiento más general de reforma que afecta a todo el Derecho de los transportes¹⁵. Sin duda, la apreciación es certera porque coincide con una realidad innegable. En efecto, en los últimos tiempos se está produciendo una actualización imparables, y muy necesaria, del Derecho de

¹¹ Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre de 2004 (BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2004).

¹² Preámbulo I, párrafo tercero: «*El primero de ellos tiene que ver con el transporte ferroviario. En efecto, no puede olvidarse cómo, en el ámbito ferroviario, la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, abrió un nuevo escenario de liberalización, que bien requiere de un nuevo marco legal en lo que son las relaciones de derecho contractual. Es cierto que la liberalización, por el momento, no alcanza a todos los ámbitos del transporte ferroviario, y que la misma tardará algún tiempo en materializarse. Pero no lo es menos que conviene sentar un nuevo marco de relaciones contractuales en un entorno de apertura a la libre competencia.*».

¹³ Una referencia a este fenómeno se recoge en el Preámbulo de la ley («siguiendo así el camino antes trazado por otros países europeos»), en su apartado II, párrafo primero, al describir el modelo de política legislativa seguido por la ley.

¹⁴ Preámbulo II, párrafo primero: «*La consideración que subyace a esta decisión es sin duda alguna la de reconocer que no resultan tan distintos, en el momento actual, el transporte internacional y el puramente interno, al que van destinados los preceptos de la presente ley.*».

¹⁵ Preámbulo I, párrafo cuarto: «*El segundo de los motivos guarda relación con la reforma que se está llevando a cabo en otros modos de transporte. En efecto, parece una ocasión magnífica aprovechar el impulso que ha supuesto la tramitación de la Ley General de Navegación Marítima para acometer también la reforma del contrato de transporte de mercancías efectuado por otros modos, como pueda ser la carretera y el ferrocarril. Con ello se obtendría una actualización de una parte importante del Derecho del transporte.*».

los transportes, tanto en su dimensión interna como en el plano internacional. Y es bueno que el legislador español no haya querido desaprovechar esta oportunidad.

Ahora bien, lo deseable sería no quedarse, sin más, en la satisfacción de saber que no se ha perdido definitivamente el tren de la actualización, sino trabajar por conseguir, además, una mayor, y mejor, armonización de la legislación aplicable, de tal modo que, como se apuntaba antes, cada vez sean menores las diferencias entre la regulación interna e internacional del contrato de transporte de mercancías y que también lo sean las diferencias entre la regulación del contrato de transporte por un modo u otro (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo, sin perder de vista la promoción del transporte multimodal. En los ámbitos de la carretera y el ferrocarril, esa aspiración es real y su virtualidad ha quedado puesta de manifiesto con la nueva ley. En el sector aéreo también se están dando pasos importantes, particularmente en el ámbito de la legislación comunitaria (no obstante, la vigencia de la vetusta Ley de Navegación Aérea). Y, sin duda, es en el sector marítimo donde mayores dificultades habremos de encontrar.

De aquí que la referencia que se hace en el Preámbulo de la ley, en este contexto, al Proyecto de Ley General de Navegación Marítima (PLGNM) nos produzca alguna duda.

Primero, porque, como es bien sabido, ese proyecto, en la parte relativa a la contratación del transporte marítimo, y después de algunos vaivenes provocados por la intervención decisiva, y legítima, de determinados grupos de intereses (*lobbies*), ha renunciado a las plenas pretensiones de modernidad que inspiraban su redacción primigenia.

Y, segundo, porque, mientras se está tramitando dicho proyecto, ha tenido lugar en septiembre de 2009 la firma de las Reglas de Rotterdam, llamadas, según aseguran algunos (no todos), a ser el futuro inminente de la regulación del contrato de transporte marítimo internacional de mercancías¹⁶. Mucho me temo que, si queremos actuar correctamente en esta materia, en algún momento habremos de plantearnos la virtualidad futura del PLGNM a través del prisma de las Reglas de Rotterdam. Mal elegido, por tanto, el ejemplo de la LGNM en el Preámbulo de la ley. Porque si hay algún modelo de modernidad y uniformidad reguladora en el que se debe amparar e inspirar el transporte marítimo es precisamente el del transporte terrestre y no al contrario.

El Preámbulo de la ley identifica con claridad cuál ha sido el modelo de política legislativa elegido por sus redactores¹⁷. O, por ser más fieles a las

¹⁶ Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (11 de diciembre de 2008).

¹⁷ Preámbulo II, párrafo primero: «En cuanto al modelo de política legislativa que se ha tenido en cuenta a la hora de redactar la ley, puede decirse que la misma adapta, en lo sustancial, el Derecho del contrato de transporte terrestre español al modelo que suponen los

palabras del Preámbulo, los modelos, en plural. Porque la inspiración legislativa se ha tomado de dos convenios internacionales reguladores del contrato de transporte terrestre, el CMR (1956) (carretera)¹⁸, por un lado, y el COTIF-CIM (Protocolo de Vilna de 1999) (ferrocarril), por otro¹⁹. Pero, en realidad, no sería del todo incorrecto hablar de modelo, en singular, porque bien es sabido que la versión del COTIF-CIM de 1999 está inspirada en el CMR (así como el CMR, en su día, se inspiró en las Reglas CIM de 1952). De hecho, las distintas reformas de la regulación nacional del contrato de transporte terrestre que se han llevado a cabo en otros países europeos durante las últimas décadas se han inspirado inequívocamente en el CMR, de manera directa o indirecta²⁰. Es, por lo tanto, este último instrumento el modelo preponderante de legislación elegido por nosotros.

Lo tenía fácil el legislador español, sin duda, a la hora de elegir el modelo a seguir, al menos en su diseño general. Porque, además, hubiese sido un error plantear una reforma de nuestra legislación que hubiera dejado de lado lo que un buen número de países de nuestro entorno (todos ellos de enorme influencia en el sector transportador y la inmensa mayoría de ellos países comunitarios) habían hecho hasta entonces. No nos olvidemos, en este sentido, que, como dijimos, una de las aspiraciones de la ley es conseguir una aproximación entre las normativas interna e internacional del contrato de

convenios internacionales en la materia, básicamente al Convenio de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) y a las Reglas Uniformes CIM/1999, siguiendo así el camino antes trazado por otros países europeos. La consideración que subyace a esta decisión es sin duda alguna la de reconocer que no resultan tan distintos, en el momento actual, el transporte internacional y el puramente interno, al que van destinados los preceptos de la presente ley».

¹⁸ Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1974), modificado por el Protocolo de Ginebra de 5 de junio de 1978 (BOE núm. 303, de 18 de diciembre de 1982). Sobre este Convenio, véase C. Llorente Gómez de Segura, «Contratos internacionales de transporte por carretera, ferrocarril y marítimo», en A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (Dirs.), *Curso de contratación internacional*, Madrid, 2006, pp. 687-757.

¹⁹ Protocolo de Vilna de 3 de junio de 1999 (BOE núm. 149, de 26 de junio de 2006). Véase, C. Llorente Gómez de Segura, «El nuevo régimen del transporte ferroviario internacional. El Protocolo de Vilnius de 1999», *Derecho de los Negocios*, enero 2003, pp. 1-12. Con mayor detalle, A. Emparanza Soberano y A. Recalde Castells, *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, Cizur-Menor, 2008.

²⁰ Véanse, p. ej., los trabajos en este sentido de A. Schindler («La nueva Ley alemana de transportes de 1998 y su modelo la Convención CMR»), P. Csoklich («Las reglas CMR como derecho aplicable al transporte nacional: la favorable experiencia en Austria»), J. Putzeys («El transporte nacional de mercancías por carretera en Bélgica, bajo las reglas CMR: una experiencia positiva»), J. L. Saragoça («El nuevo régimen jurídico del contrato de transporte nacional de mercancías por carretera en Portugal: la asunción de las reglas CMR»), todos ellos en *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In Memoriam F.M. Sánchez Gamborino*, Madrid, 2005, pp. 185-194, pp. 195-202, pp. 211-225, pp. 331-349, respectivamente.

transporte terrestre de mercancías, particularmente en el ámbito del mercado interior²¹. Y qué mejor modelo que el del Convenio CMR, que desde 1956 ha demostrado su utilidad y eficacia contrastada en la regulación del contrato de transporte de mercancías por carretera²².

Cierto es, no obstante, que no todos los países que han adoptado como modelo de regulación nacional el CMR lo han hecho de un mismo modo. Algunos han elegido una vía directa consistente en acordar la aplicación, tal cual, del texto internacional al transporte interno (Austria, Bélgica, etc.), sin más elaboración (técnica de «cortar y pegar»). Y otros, los demás, reconociendo que el CMR ha sido su modelo central de política legislativa (en más o en menos), han optado por dar a luz un texto de elaboración propia²³. Este ha sido también el planteamiento de la norma española, tal y como pone de manifiesto expresamente el Preámbulo de la ley²⁴.

Probablemente, la opción empleada por el legislador español (o por los restantes legisladores europeos que han seguido anteriormente una vía similar) era inevitable, pero no deja uno de tener la sensación de que, a pesar del *mínimo común denominador* que proporciona el CMR, las «adaptaciones» nacionales del CMR, como es el caso de la ley española, no contribuyen, sino más bien lo contrario, a conseguir que, al menos en el mercado interior, todos los transportes, sean internos o internacionales (intracomunitarios), estén regulados por unas mismas normas²⁵. Por este motivo, en otras ocasio-

²¹ C. Llorente Gómez de Segura, «Integración europea y unificación de la reglamentación del contrato de transporte terrestre de mercancías por carretera: algunos datos y reflexiones», en F. Martínez Sanz (Dir.) y M.ª Victoria Petit Lavall (Coord.), *I Congreso internacional de transporte. Los retos del transporte en el siglo XXI*, tomo I, pp. 847-867.

²² C. Llorente Gómez de Segura, «La incidencia del CMR en la armonización del contrato de transporte en los Estados miembros de la Comunidad Europea», en A.-L. Calvo Caravaca y S. Areal Ludeña, *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, Madrid, 2005, pp. 745-764.

²³ Ha sido el caso, p. ej., de la regulación alemana. Véase, C. Llorente Gómez de Segura, «La nueva regulación del contrato de transporte en Alemania.-Transportrechtsreformgesetz (TRG)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 234, octubre-diciembre 1999, pp. 1601-1650. Igualmente, I. Koller, «La reforma del derecho del transporte: balance de la experiencia alemana», en F. Martínez Sanz (Dir.) y M.ª Victoria Petit Lavall (Coord.), *I Congreso internacional de transporte. Los retos del transporte en el siglo XXI*, tomo I, pp. 789-807; F. Martínez Sanz, «La reforma del Derecho del transporte en Alemania», *RDM*, 1997, pp. 1267-1295.

²⁴ Preámbulo II, párrafo segundo, primer inciso: «Ahora bien, si se tiene en cuenta que tales convenios distan de contener una regulación completa del contrato de transporte, no debe extrañar que la ley no se limite a incorporar acríticamente las soluciones contenidas en dichos textos, sino que, en una medida muy elevada, presenta soluciones propias a muchos de los problemas que ofrece el transporte terrestre de mercancías».

²⁵ Una visión escéptica en J. Putzeys, «El CMR como modelo de política legislativa para la regulación del transporte interno. El caso belga», en F. Martínez Sanz (Dir.) y M.ª Victoria Petit Lavall (Coord.), *I Congreso internacional de transporte. Los retos del transporte en el siglo XXI*, tomo I, pp.869-878.

nes nos hemos pronunciado a favor de la intervención legislativa directa del «legislador» comunitario en una materia de tanta trascendencia económica como es el transporte²⁶. Mientras esto no suceda, y si sucede en algún momento, debemos conformarnos al menos con haber dado un paso adelante en el camino de la «armonización» (que no «unificación»), homologando de este modo nuestra legislación con la de nuestros socios comunitarios.

No ha rechazado, por su parte, el legislador español recurrir a nuestra tradición jurídica en la materia a la hora de acoger o proponer determinadas normas (y de relevancia) en la nueva ley²⁷. Se trata de una opción legislativa razonable en la medida en que nuestro Derecho precedente en esta materia había consagrado reglas bien pensadas, útiles y, lo que es muy importante, generalmente aceptadas por los operadores del sector.

En cualquier caso, en este contexto, la nueva ley no podía obviar la necesidad de determinar cuáles de esas normas anteriores quedan derogadas y cuáles siguen vigentes, lo que hace a través de la denominada Disposición Derogatoria Única («Derogaciones y vigencias»)²⁸.

²⁶ Quizás sea en este contexto donde pueda encontrar sentido la frase del Preámbulo I, párrafo primero cuando señala que «[E]n sentido estricto, esta ley no venía obligada por la incorporación al Derecho español de directivas comunitarias». Lo que ha querido decir el legislador español es que la nueva ley no es fruto de la necesidad de trasponer directivas en la materia, lo cual es correcto porque no hay tales directivas. Llama la atención, no obstante, que el legislador español haya querido hacer esa afirmación tan explícita e innecesaria en una exposición de motivos ¡Como si toda la actividad legislativa de nuestro país hubiera de depender del previo impulso comunitario! Lo cual, por otro lado, no significa que no se puedan encontrar títulos competenciales que permitan al legislador comunitario desarrollar una regulación armonizada o uniforme del contrato de transporte terrestre de mercancías en el ámbito comunitario, que es lo que sugerimos en el texto.

²⁷ Preámbulo II, párrafo segundo, inciso segundo: «Sin embargo, sería erróneo pensar que la ley implica una ruptura total con la tradición española en la materia. En un número importante de casos, las soluciones que se acogen en el nuevo texto legal son actualización de las que ya se acogían en el Derecho anterior, o suponen una actualización o reubicación normativa de las mismas. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las obligaciones de carga, estiba, desestiba y descarga, contenidas hasta ahora en la Ley 16/87, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), o con la responsabilidad por paralización de los vehículos en el lugar de toma en carga o con la determinación de los límites máximos de responsabilidad del porteador por pérdidas, averías o retraso, igualmente contenidos en la ley referida».

²⁸ Disposición derogatoria única. «Derogaciones y vigencias».

1. Quedan derogadas las siguientes disposiciones:

- a) Los artículos 349 a 379, ambos inclusive y, en cuanto afecten al transporte terrestre de mercancías, los artículos 951 y 952 del Código de Comercio de 1885.
- b) Las normas recogidas en la legislación sectorial de los transportes por carretera y ferrocarril que se opongan a lo dispuesto en esta ley.
- c) Cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a esta ley.

2. En lo que no se opongan a lo dispuesto en esta ley, se declaran vigentes las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera, aprobadas

Por un lado, la nueva ley deroga expresamente los preceptos del Código de Comercio aplicables a esta materia, es decir, los artículos 349-379 (Libro II, Título VII: «Del contrato mercantil de transporte terrestre»), en una manifestación más del ¿inevitable e imparable? fenómeno de la descodificación del Derecho mercantil. También se derogan expresamente, por otra parte, los artículos 951 y 952 del Código de 1885 en cuanto afecten al transporte terrestre de mercancías. Como se recordará, estos dos preceptos regulan la prescripción de las acciones mercantiles en los ámbitos marítimo y del transporte terrestre en general.

También se derogan expresamente, además de cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a la ley, las reglas contenidas en la legislación sectorial de los transportes por carretera y por ferrocarril que se opongan a lo dispuesto en la nueva ley. Con esa expresión de «legislación sectorial», el legislador español se está refiriendo, fundamentalmente, a la LOTT (ROTT) y a la LSF (RSF), que, no obstante su carácter jurídico-público, han servido tradicionalmente de recipiente y acomodo de normas propias del contrato de transporte terrestre, normas de Derecho privado por lo tanto, exigidas, en cada momento, por la necesidad de actualizar la regulación del sector. La técnica de derogación no es directa, porque no se identifican las normas concretas objeto de derogación, sino que remite a un análisis posterior de cuáles de esas normas se oponen o no a la nueva legislación. Probablemente no había otra opción (eficiente). Y tampoco creemos que, por este motivo, se planteen problemas de aplicación normativa, pues la regla general habrá de ser que los contratos de transporte terrestre de mercancías se regulen por la nueva ley sin que haya que recurrir, por lo general, a preceptos contenidos en leyes especiales.

Mayores reparos ofrece, sin embargo, el mantenimiento de la vigencia de la O. M. de 25 de abril de 1997, modificada en 2008, que, prácticamente desde su entrada en vigor, ofreció serias dudas acerca de su legalidad y, en general, acerca de su calidad técnica y, en último extremo, de su utilidad para regular adecuadamente (o complementar la regulación) de este contrato (en realidad, las condiciones generales de la contratación recogidas en dicha orden ministerial apenas han tenido una aplicación práctica y real que justificase su existencia a lo largo de casi trece años)²⁹. Señala la Disposición Derogatoria, afortunadamente, que la O. M. de 1997 habrá de adaptarse a la nueva ley en el plazo de doce meses a partir de su entrada en vigor. Y no dudamos de que así se hará, dado el grado de compromiso con esta nueva ley

por la Orden del Ministerio de Fomento de 25 de abril de 1997, modificada por la Orden FOM/2184/2008, de 23 de julio. Dicha orden ministerial se adaptará al contenido de la presente ley en el plazo de doce meses a partir de su entrada en vigor».

²⁹ A. Emparanza Sobejano, «Un intento desencaminado de reformar el régimen jurídico del transporte por carretera: la Orden de 25 de abril de 1997», *DNeg*, 2000, pp. 1 y ss.

y el alto *expertise* técnico de los profesionales del Ministerio de Fomento que habrán de abordar esta labor. Pero no les arrendamos la ganancia, porque se tratará de una tarea ardua e ingrata, en la que habrá que definir bien qué y cómo se regula, y cómo se encaja en la nueva legislación, para evitar el modelo «pastiche» que caracterizó a la redacción de las reglas contenidas en las condiciones generales que se aprobaron con la fallida O. M. de 1997.

La previsión de revisión de la O. M. de 1997 contenida en la Disposición Derogatoria debe ser vista, por su parte, en el contexto de lo que establece la Disposición final tercera de la Ley («Condiciones generales de contratación»), que, una vez derogada la LOTT, y su Reglamento (ROTT) en lo que afecta al ámbito de aplicación de la nueva ley, se constituye en la base legal que soporta la competencia de la Administración a la hora de establecer contratos-tipo o condiciones generales de contratación³⁰. Esta Disposición, cuyo modelo se encuentra en la LOTT, va más allá del mero ámbito del transporte de mercancías, pues también comprende el transporte de viajeros, y, desde una perspectiva estrictamente contractual, recoge dos reglas de enorme trascendencia práctica, traídas también de la LOTT, que merece la pena recordar en estos momentos en la medida en que afectan a la regulación del contrato de transporte terrestre de mercancías.

La primera se recoge en su apartado 2, cuando señala que las condiciones generales de la contratación aprobadas por la Administración serán aplicables en forma subsidiaria o supletoria a las que libremente pacten las partes en los correspondientes contratos singulares de transporte. Se respeta, por lo tanto, en este contexto, el principio de autonomía de la voluntad de las partes, por supuesto dentro del ámbito de lo que la nueva ley no considere imperativo. Lo cual significa, a su vez, que los operadores de transporte, dentro

³⁰ Disposición final tercera. «Condiciones generales de contratación.

1. El Ministro de Fomento, de acuerdo con esta ley, podrá establecer contratos-tipo o condiciones generales de contratación para las distintas clases de transporte terrestre, en los que se determinen los derechos y obligaciones recíprocas de las partes y las demás reglas concretas de cumplimiento de los contratos singulares.

2. Las reglas de los contratos-tipo o condiciones generales, cuando se refieran a contratos de transportes de mercancías por carretera o por ferrocarril, o transportes de viajeros en ferrocarril o autobús contratados por coche completo, incluyéndose, a tal efecto, los regulares de uso especial, serán aplicables en forma subsidiaria o supletoria a las que libremente pacten las partes en los correspondientes contratos singulares.

3. En los transportes de viajeros por carretera en vehículos de turismo, así como en los transportes en autobús o por ferrocarril con contratación por asiento, los contratos-tipo o condiciones generales de contratación aprobados por la Administración se aplicarán con carácter imperativo, pudiendo, no obstante, incluirse cláusulas anexas a dichos contratos-tipo que se apliquen únicamente con carácter subsidiario o supletorio a los que pacten las partes.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, los portadores podrán ofrecer a los usuarios condiciones más favorables a las establecidas en los contratos-tipo, teniendo en este caso, estas últimas, el carácter de condiciones mínimas».

de ese marco dispositivo legal (artículo 3 de la nueva ley), y con el matiz que indicaremos a continuación, pueden tener sus propias condiciones generales de contratación distintas de las propuestas por la Administración (circunstancia esta que, por lo general, es la regla en otros países de nuestro entorno, donde son las asociaciones de transportistas u operadores de transporte las que elaboran esas condiciones).

La segunda regla de la que hablamos es la contenida en su apartado 4, mediante la que se establece que, no obstante la existencia de condiciones generales de contratación aprobadas por la Administración, los transportistas podrán ofrecer a los usuarios condiciones más favorables a las establecidas en los contratos-tipo, y en este caso, estas últimas, tendrán el carácter de condiciones mínimas. Se introduce aquí, en consecuencia, una corrección al principio de la autonomía de la voluntad articulado a través de la propuesta de condiciones generales de contratación de producción privada, en la medida en que las condiciones aprobadas por la Administración tendrán siempre ese carácter de mínimo inderogable (con independencia de lo que signifique tener «carácter de condiciones mínimas», que no es, dicho sea de paso, un problema de fácil solución).

Finalmente, en esta introducción no queremos dejar pasar la oportunidad de recordar que el texto legislativo ahora aprobado por las Cortes Generales tiene su origen en los trabajos realizados por una Sección especial de la Comisión General de Codificación, que fue la que elaboró, de manera concienzuda y, a mi juicio, muy completa, el Anteproyecto de Ley de Contrato de Transporte Terrestre. En esa Sección estuvo representada una parte muy relevante de la moderna doctrina española del Derecho del transporte, así como cualificados expertos de los Ministerios de Fomento y Justicia. Algunos aspectos relevantes de la normativa propuesta en el anteproyecto se han quedado fuera de la nueva ley, de manera más o menos (in-)explicable, pero sigue siendo un texto imprescindible para entender los orígenes de la ley actual y valorar, y juzgar, el alcance de la intervención parlamentaria en la concreción del texto final de la ley.

Dicho lo anterior, en los apartados siguientes abordaremos el análisis del contenido de la ley, para lo cual vamos a seguir, fundamentalmente, la estructura y orden articulado de su texto. Primero, analizaremos su Capítulo I («Disposiciones generales», artículos 1-9, que, no obstante ese carácter general, contiene algunos preceptos de enorme relevancia. Luego abordaremos el Capítulo II («Documentación del contrato», artículos 10-16. El Capítulo III («Contenido del contrato de transporte de mercancías», artículos 17-43, por su parte, es el más extenso de todos, lo que resulta comprensible dado que es el lugar en el que se aborda la regulación de los derechos y obligaciones de las partes de un contrato de transporte terrestre de mercancías. Más breve resulta, por su parte, el Capítulo IV («Depósito y enajenación de las mercancías», artículos 44-45, que también goza de una extraordinaria importancia en la resolución de algunos conflictos habituales en la ejecución de los contratos

de transporte. Se podría discutir la necesidad de contemplar estas cuestiones en un capítulo diferenciado, pero en modo alguno la necesidad de su regulación en el marco de la ley. El Capítulo V («Responsabilidad del porteador», artículos 46-63, también merece la extensión y dedicación reguladora que le ha concedido la ley. No en vano, el problema de la responsabilidad del porteador es el más relevante de todos los que puede presentar un contrato de transporte, tanto desde una perspectiva dogmática como, sobre todo, de orden práctico y exigía, en consecuencia, un especial tratamiento por parte del legislador. También constituye un *clásico* en cualquier regulación del contrato de transporte un capítulo como el VI («Porteadores sucesivos», artículos 64-66, pero en este ámbito de la regulación de la colaboración entre transportistas es donde la ley presenta sus mayores debilidades, como habremos de poner de manifiesto al hablar de la subcontratación. Como novedades, sin duda destacadísimas, de la nueva legislación se nos presentan, por último, los Capítulos VII («Transporte multimodal»), artículos 67-70, y VIII («Normas especiales del contrato de mudanza», artículos 71-77, probablemente las partes más flojas y desorientadas (aunque no por ello menos bienintencionadas) de la nueva ley. Y luego, para concluir, está el Capítulo IX («Prescripción de acciones», artículos 78-79, de indudable trascendencia y en el que se introducen algunas modificaciones sustanciales respecto al régimen normativo vigente hasta la fecha.

La ley concluye, por último, con las consabidas Disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales. A varias de ellas ya hemos hecho referencia en las páginas anteriores de este trabajo y por lo que respecta a las restantes (algunas bastante curiosas) no las trataremos de manera autónoma sino en el contexto de la exposición general de nuestra explicación.

Por supuesto, no daremos cuenta de aquellas Disposiciones que no tienen nada que ver con el objeto de la regulación de la ley (el contrato de transporte terrestre de mercancías), pero que se incluyen en su texto aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid (o el Manzanares por Madrid).

Nos referimos, y las transcribimos en nota para una mejor referencia del lector, a las reglas contenidas particularmente en la Disposición final primera («Modificación de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre del Sector Ferroviario»), tanto en sus apartados primero³¹, segundo³² y terce-

³¹ Disposición final primera. «*Modificación de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario.*

Uno. La letra e) del artículo 90.2 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, queda redactada como sigue:

“e) Viajar sin título de transporte o con título que resulte insuficiente en función de las características del viaje y condiciones generales de contratación establecidas que sean de aplicación, así como el uso indebido del título que se posea o viajar en lugares distintos de los habilitados para los viajeros”.

³² *Dos. Se añade una nueva disposición adicional décima en la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario con la siguiente redacción:*

ro³³. Y, también a la normas que se recogen en la Disposición final cuarta

“Disposición adicional décima de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. Servicios internacionales de transporte ferroviario de viajeros. Acuerdos marco.

1. A partir del 1 de enero de 2010 las empresas ferroviarias tendrán libre acceso a la Red Ferroviaria de Interés General para la explotación de servicios internacionales de transporte de viajeros. Para la realización de dichos servicios de transporte será preciso haber obtenido la correspondiente licencia de empresa ferroviaria otorgada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea. A dicho efecto se entiende por servicio internacional de transporte de viajeros, el servicio de transporte de viajeros en el que el tren cruce al menos una vez la frontera de España y cuyo principal objeto sea transportar viajeros entre estaciones situadas en Estados miembros distintos; el tren podrá formarse y/o dividirse, y las distintas partes que lo constituyan podrán tener procedencias y destinos diferentes, siempre que todos los coches crucen al menos una frontera. Se entiende por tránsito el paso a través del territorio español que se efectúa sin que se recojan o dejen viajeros y/o sin que haya carga o descarga de mercancías en el mismo.

A partir de la indicada fecha no será aplicable al transporte internacional de viajeros el régimen sobre gestión del transporte ferroviario de viajeros establecido en la disposición transitoria tercera de esta ley.

Durante la realización de los servicios internacionales de transporte de viajeros las empresas ferroviarias podrán recoger y dejar viajeros en cualquiera de las estaciones situadas en la citada Red en las condiciones que se indican a continuación:

a) Que el Comité de Regulación Ferroviaria, a petición de las autoridades competentes o de las entidades ferroviarias interesadas haya determinado previamente que el principal objeto del servicio internacional de transporte ferroviario de viajeros que se pretenda llevar a efecto es transportar viajeros entre estaciones españolas y las de otros Estados miembros de la Unión Europea.

b) Asimismo, el Comité de Regulación Ferroviaria determinará, previamente, si el equilibrio económico de un contrato de servicio público ferroviario preexistente puede verse comprometido cuando las estaciones españolas en que se pretenda tomar y dejar viajeros estén afectadas por la realización del servicio internacional de transporte ferroviario de viajeros proyectado.

A tal fin, el Comité de Regulación Ferroviaria, a petición previa del órgano que haya adjudicado el contrato de servicio público, de cualquier otra autoridad competente interesada que tenga derecho a limitar el acceso, del administrador de la infraestructura ferroviaria, o de la empresa ferroviaria que ejecute el contrato de servicio público, efectuará un análisis económico objetivo y de criterios predefinidos.

Las autoridades competentes y las empresas ferroviarias que presten los servicios públicos deberán facilitar al Comité de Regulación Ferroviaria la información suficiente para tomar una decisión.

El Comité estudiará la información facilitada, consultará a todas las partes interesadas y les comunicará su decisión motivada en un plazo de dos meses a partir de la recepción de toda la información pertinente. El Comité expondrá los motivos de su decisión y precisará dentro de qué plazo y bajo qué condiciones las autoridades competentes, el administrador de infraestructuras ferroviarias, la empresa ferroviaria que ejecute el contrato de servicio público, o la empresa ferroviaria que solicite el acceso, podrán solicitar una revisión de dicha decisión. La decisión tendrá eficacia ejecutiva, y podrá ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin perjuicio del derecho a interponer recurso de reposición.

El candidato que se proponga solicitar una capacidad de infraestructura con el fin de explotar un servicio internacional de transporte de viajeros informará al administrador de infraestructuras ferroviarias y al Comité de Regulación Ferroviaria.

de la Ley («Modificación de la Ley 20, 2007, de 11 de julio, del Estatuto del

Con el fin de permitir la evaluación de la finalidad del servicio internacional de transporte de viajeros entre estaciones situadas en distintos Estados miembros, así como el impacto económico potencial en los contratos de servicio público en vigor, el Comité de Regulación Ferroviaria velará por que se informe a la autoridad competente que haya adjudicado un servicio de transporte de viajeros por ferrocarril definido en un contrato de servicio público, a cualquier otra autoridad competente interesada que tenga derecho a limitar el acceso y a las empresas ferroviarias que ejecuten el contrato de servicio público en el trayecto del citado servicio internacional de transporte de viajeros.

2. Las empresas ferroviarias que deseen realizar transporte internacional de viajeros por ferrocarril a partir del 1 de enero de 2010 podrán solicitar al Ministerio de Fomento, desde el día siguiente al de publicación de esta disposición en el Boletín Oficial del Estado, la solicitud de licencia ferroviaria acompañando a tal efecto la documentación justificativa pertinente.

3. Vigencia de los acuerdos marco entre el administrador de infraestructuras ferroviarias y los candidatos:

a) En principio, los acuerdos marco tendrán una vigencia de cinco años, renovable por periodos iguales a la vigencia inicial. En casos concretos podrá acordarse un período mayor o más breve. Todo período superior a cinco años estará justificado por la existencia de contratos comerciales, inversiones especializadas o riesgos.

b) En el caso de los servicios que utilicen una infraestructura especializada que requiera inversiones de gran magnitud y a largo plazo, debidamente justificadas por el candidato, los acuerdos marco podrán tener un período de vigencia de quince años.

c) Será posible un período de vigencia superior a quince años solo en casos excepcionales y, en concreto, en caso de inversiones de gran magnitud y a largo plazo, y especialmente cuando estas sean objeto de compromisos contractuales que incluyan un plan de amortización plurianual. En dicho caso, las necesidades del candidato podrán requerir que se definan con precisión las características de la capacidad –con inclusión de las frecuencias, el volumen y la calidad de las franjas ferroviarias que se adjudicarán al candidato durante la vigencia del acuerdo marco. En el caso de infraestructuras congestionadas, el administrador de infraestructuras ferroviarias podrá reducir la capacidad reservada cuando, en un período de al menos un mes, esta haya sido utilizada por debajo de la cuota asignada al candidato.

d) No obstante lo anterior, a partir del 1 de enero de 2010 se podrá elaborar un contrato marco inicial con una vigencia de cinco años, renovable una vez, en función de las características de capacidad que utilicen los candidatos que exploten los servicios antes del 1 de enero de 2010, a fin de tener en cuenta las inversiones particulares o la existencia de contratos comerciales.

4. Las resoluciones que, en el marco de lo establecido anteriormente, sean dictadas por el Comité de Regulación Ferroviaria tendrán eficacia ejecutiva y serán vinculantes para las entidades que actúen en el ámbito ferroviario, siendo las mismas directamente recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa”».

³³ *«Tres. Se modifica la disposición transitoria segunda de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, con la siguiente redacción:*

“Podrán obtener, con arreglo a esta ley, asignación de capacidad de infraestructura, los candidatos nacionales de otros países de la Unión Europea que deseen prestar servicios de transporte ferroviario en España”.

Trabajador Autónomo)³⁴. No negamos la importancia de estas normas, que la tienen (y muchísima en algunos casos), sino que dudamos de la adecuación de su inclusión en un texto legislativo regulador del contrato de transporte terrestre de mercancías, por mucho que aquellas normas se refieran a la actividad de transporte. Son normas de ordenación y su ubicación debiera haber sido otra bien distinta³⁵.

II. Disposiciones generales

El Capítulo I de la ley contiene una serie de disposiciones generales, de distinto orden, en sus artículos 1-9, todos ellos de trascendencia a la hora de delimitar el alcance de la nueva legislación.

Su **artículo 1** comienza indicando que el «*objeto de la presente ley es la regulación del contrato de transporte terrestre de mercancías realizado por medios mecánicos con capacidad de tracción propia*».

De este pronunciamiento se derivan claramente tres circunstancias.

En todo caso, las previsiones de esta ley resultarán de aplicación a los referidos candidatos en la fecha en la que expire el plazo para que los Estados miembros de la Unión Europea liberalicen, con arreglo a las directivas comunitarias, cada tipo de servicio.

Se reconoce, asimismo, el derecho de acceso a la Red Ferroviaria de interés General a las empresas ferroviarias que presten servicios de transporte internacional combinado de mercancías».

³⁴ Disposición final cuarta. «*Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.*

El segundo párrafo de la disposición transitoria tercera de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, queda redactado como sigue:

“El trabajador autónomo en el que concurra la circunstancia de ser económicamente dependiente en el supuesto al que se refiere la disposición adicional undécima y en el supuesto del agente de seguros, deberá comunicarlo al cliente respecto al que adquiera esta condición, en el plazo comprendido desde la entrada en vigor de la presente ley hasta un año después de la entrada en vigor de las citadas disposiciones reglamentarias”».

³⁵ No obstante, el Preámbulo de la ley, en su apartado VI, las comenta con toda normalidad: «*Finalmente, en la disposición final primera de esta ley, se reforma la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, para cumplir los siguientes objetivos:*

En primer lugar, colmar una laguna jurídica en relación con la infracción de los viajeros sin título de transporte, conducta hoy carente de tipificación legal como infracción administrativa.

Y en segundo lugar, liberalizar el transporte internacional de viajeros por ferrocarril, de acuerdo con lo exigido en la Directiva 2007/58/CE del Parlamento y del Consejo de 23 de octubre de 2007 por la que se modifican la Directiva 91/440/CEE del Consejo, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, y la Directiva 2001/14/CE, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización; directiva cuya incorporación al derecho interno español es obligado se produzca antes del 4 de junio de 2009, fecha límite para su transposición».

Una, que el contrato de transporte terrestre de pasajeros o viajeros queda fuera del ámbito de aplicación de la ley. El comentario es procedente en la medida en que en el Anteproyecto de Ley sobre el Contrato de Transporte Terrestre, por el contrario, sí se recogieron con detalle normas reguladoras del transporte de personas, pero, finalmente, se decidió su exclusión del proyecto de ley, principalmente para evitar solapamientos con las normas y proyectos que al respecto se han elaborado, o se están elaborando, en el seno de la Comunidad Europea. Habrá que ver en qué queda finalmente toda la regulación comunitaria, vigente y proyectada, en esta materia, pero que este dato no nos impida recordar que existe en nuestro ordenamiento la necesidad de contar con normas reguladoras del contrato de transporte de personas por vía terrestre, en general; no solo, por tanto, en el sector ferroviario, en particular, que es donde la Comunidad Europea ha sido más activa hasta la fecha, sino, también y muy especialmente, en el sector de la carretera, que está huérfano de regulación.

En el texto de la ley, por cierto, y dicho sea de paso, hay una referencia específica al transporte de *viajeros* en su **Disposición adicional segunda** («Encargos en el transporte de viajeros»)³⁶, pero se trata de una regla especial de regulación de aquellos supuestos en los que se utiliza un medio de transporte de pasajeros para transportar un objeto (el llamado «encargo»), razón por la cual se señala que, en esos casos, el transporte de ese objeto, desde la perspectiva contractual, se regirá por las normas de la ley. Regla esta, por lo tanto, de especial interés para los empresarios de transporte terrestre de viajeros (y, particularmente, de la carretera) que, a cambio de un precio, se obliguen a transportar objetos que no guardan relación con ninguna de las personas que viajan en el mismo medio: la relación jurídica con la persona que les solicite el encargo será, propiamente, la de un contrato de transporte (de mercancías) de los sometidos a las reglas de la nueva ley.

La referencia a las mercancías como objeto exclusivo del contrato de transporte terrestre regulado por la nueva ley exige que también debamos recordar ahora la regla prevista en la **Disposición adicional tercera** («Transportes postales»)³⁷, en la medida en que regula el transporte de una «mercancía» con características particulares, los llamados «envíos postales». Lo que hace esta disposición es recordar que el transporte postal está sujeto a un

³⁶ Disposición adicional segunda: *Encargos en el transporte de viajeros.*

En el transporte de viajeros, cuando el porteador, a cambio de una remuneración, se obligue a transportar a bordo del vehículo cualquier objeto que no guarde relación directa con ninguno de los viajeros que ocupan plaza en el vehículo, dicho transporte se regirá por las normas de esta ley.

³⁷ Disposición adicional tercera: *Transportes postales.*

La contratación de los servicios de recogida, transporte y distribución de envíos postales en el marco del servicio postal universal se regirá por las normas reguladoras del sector postal y, en lo no previsto por estas, por la presente ley.

régimen normativo especial y específico y que, por lo tanto, la nueva ley solo entrará en juego en este tipo de transportes para cubrir las lagunas que pueda presentar aquel régimen³⁸.

La segunda referencia característica del artículo 1 es que la ley solo se aplicará en relación con el transporte terrestre, lo que incluye a la carretera y al ferrocarril, y excluye el transporte marítimo y aéreo. No así el transporte multimodal (si bien parcialmente), al que dedica la ley su novedoso Capítulo VII, del que hablaremos más adelante con alguna atención. Y tampoco se excluye, sino todo lo contrario, el transporte fluvial, en virtud de lo que establece la **Disposición adicional primera** de la ley³⁹. Lo cierto es que, a diferencia de lo que sucede en otros países europeos, en nuestro país el transporte fluvial es de escasísima importancia comparada, por lo que esa referencia que hace la citada Disposición adicional primera a la eventual elaboración de una ley especial reguladora del contrato de transporte fluvial de mercancías nos parece un *brindis al sol*. Pero no lo es la cobertura que se da a los eventuales contratos de transporte de mercancías por vía fluvial que puedan concertarse en nuestro país. La aplicación en estos casos de la nueva Ley nos parece una medida razonable y justificada, que, responde, además, a nuestra tradición en este sector, ya recogida en el artículo 349 Ccom.

En este contexto es importante recordar también que, como indica expresamente el Preámbulo de la ley, se «*opta por regular unitariamente el contrato de transporte terrestre de mercancías en sus dos variantes, por carretera y por ferrocarril. En principio, los preceptos son comunes a ambos modos, sin perjuicio de ofrecer soluciones específicas para el transporte ferroviario de mercancías en los lugares oportunos, cuando ello resulta necesario o conveniente*». Solución muy adecuada en aras de la unificación de la regulación del contrato de transporte terrestre y que mantiene, en casos concretos (muy pocos), como no podía ser de otro modo, las peculiaridades de cada sector.

Finalmente, el artículo 1 de la ley circunscribe su aplicación a los contratos de transporte terrestre de mercancías en los que utilicen «*medios mecánicos con capacidad de tracción propia*». Se trata de una caracterización del objeto de la ley no ajena a otras normativas de nuestro entorno⁴⁰, pero que tampoco tiene una trascendencia jurídica de fondo, sino que viene a constatar una realidad que, sencillamente, se deriva de la propia naturaleza técnica de los medios que se utilizan en la ejecución de contratos de transporte (terrestre, en este caso).

³⁸ El CMR excluye de su ámbito de aplicación a los transportes postales (artículo 1.4a).

³⁹ Disposición adicional primera: *Transporte fluvial*.

Mientras no se regule por ley especial el contrato de transporte fluvial de mercancías, este quedará sometido a la presente ley.

⁴⁰ Por ejemplo, el artículo 1.2 CMR define, por referencia a otros textos, lo que ha de entenderse por «vehículo».

Quizás, si tiene alguna significación destacar en estos momentos esta característica particular del objeto de la nueva ley es por comparación con la mención *pintoresca* que hace su **Disposición adicional quinta** al «transporte realizado con bicicleta»⁴¹, que, al igual que sucede con el transporte fluvial, podría ser objeto en el futuro de una regulación en sus aspectos contractuales («contrato de transporte realizado mediante la utilización de la bicicleta»).

Si el lector tuviera la curiosidad de analizar el proceso de debate parlamentario que hubo de llevar finalmente al texto de la ley ahora aprobada, podrá comprobar cómo esta regla sobre el contrato de transporte de mercancías realizado por medio de bicicleta fue prácticamente ignorada hasta el final del proceso de elaboración de la ley, momento en que consiguió *colarse* definitivamente en su texto, barrunto que, simplemente, para contentar (compensar) al grupo político que propuso esta medida llevado por sensibilidades ambientales e, incluso, culturales y deportivas. No descarto que en ese futuro *sostenible* que nos proponen nuestros gobernantes del siglo XXI, la bicicleta pueda jugar algún papel determinado (que no determinante) en el sector empresarial del transporte de mercancías. De hecho, muy poco antes de comenzar a redactar estas líneas, mientras paseaba por el centro de una ciudad europea no comunitaria, me topé con un ciclista que, debidamente ataviado con el uniforme de su empresa, con sus logos y demás parafernalia (al igual que su medio de desplazamiento), todo muy bien puesto y muy comercial, realizaba labores de transporte de paquetería de manera (creo) profesional. Ahora, sinceramente, no veo a nuestro legislador regulando por ley el contrato de transporte de mercancías por medio de la bicicleta (otro *brindis al sol* de la corrección política). Y, lo que es más importante, a diferencia de lo que sucede con el transporte fluvial, la aplicación de las normas de la nueva ley al contrato de transporte de mercancías realizado por ese medio tan ecológico habrá de sufrir un proceso de adaptación analógica de cierta intensidad y magnitud.

Moviéndonos hacia el **artículo 2**, este precepto aborda dos cuestiones diversas. Una primera, la definición del contrato regulado por la ley (artículo 2.1). Y otra, la identificación del régimen jurídico del contrato (artículo 2.2).

Por lo que respecta a la definición del contrato, en su **apartado 1**, el artículo 2 de la ley establece que *«[e]l contrato de transporte de mercancías es aquel por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición*

⁴¹ Disposición adicional quinta: *Transporte realizado con bicicleta.*

En tanto no se dicten disposiciones reguladoras del contrato de transporte realizado mediante la utilización de bicicleta, este quedará sujeto a las normas contenidas en la presente ley que le resulten de aplicación.

de la persona designada en el contrato». Nada nuevo bajo el cielo y nada, por tanto, que objetar a una definición que asume, por vez primera en nuestra legislación general sobre el contrato de transporte, una posición conceptual sencilla y plenamente aceptada desde hace mucho tiempo en el sector⁴². Luego haremos una referencia a los sujetos principales que figuran identificados en esta definición (cargador y porteador), pues aparecen delimitados específicamente en el artículo 4 de la ley. Y, quizás, lo único que merezca la pena destacar en estos momentos de esa definición legal es la referencia al carácter esencialmente oneroso del contrato («a cambio de un precio»), rasgo que deja fuera de la regulación de la ley a los transportes que se llevan a cabo sin contraprestación. La onerosidad ha sido tradicionalmente un elemento esencial del contrato de transporte, pero recientemente se ha venido desdibujando, o desapareciendo, como tal, como sucede, por ejemplo, en el transporte ferroviario internacional. En este aspecto, por tanto, la nueva legislación se mantiene en los cánones clásicos.

Mayor perplejidad suscita el **apartado 2** del artículo 2 relativo al régimen jurídico del contrato, que, para ser más precisos, habría que calificar de «regulación» del contrato. Según este apartado, «[e]l contrato de transporte terrestre de mercancías se regirá por los Tratados internacionales vigentes en España de acuerdo con su ámbito respectivo, las normas de la Unión Europea y las disposiciones de esta ley. En lo no previsto serán de aplicación las normas relativas a la contratación mercantil». Este es otro de esos preceptos de la ley (de los pocos habría que decir) a los que cabría aplicar aquella regla establecida por el conocido señor Murphy según la cual «lo que empieza mal, acaba mal». Si uno analiza la tramitación parlamentaria de la ley desde sus inicios hasta su conclusión, y conoce algo de sus entresijos, claramente se da cuenta de que la elaboración de este precepto ha dado demasiados (e innecesarios) quebraderos de cabeza, causados, muy probablemente, porque nunca se ha sabido cuál era el papel que debía jugar un precepto de tal naturaleza en la ley. Y aquí sí que se ha echado en falta alguna aportación particular, aunque fuese mínima, en la elaboración de la ley de un experto en Derecho internacional privado (DIPr), que hubiera podido arrojar alguna luz al respecto. Pero, ya se sabe, que, por su complejidad y por desconocimiento, el DIPr nunca ha sido, precisamente, manjar del gusto de nuestro legislador nacional de todos los tiempos.

Dejando a un lado esa referencia obvia al hecho de que el contrato de transporte terrestre de mercancías se regirá por «las disposiciones de esta ley», no resulta claro saber qué ha pretendido decir el legislador con su mención a los tratados internacionales y al Derecho comunitario.

⁴² C. Llorente Gómez de Segura, «El contrato de transporte terrestre de mercancías», en J. M.^a de la Cuesta Rute (Dir.) y E. Valpuesta Gastaminza (Coord.), *Contratos mercantiles*, II, Barcelona, 2009, p. 989.

Comenzado por esta última cita, no estoy muy convencido de que recordar la aplicación de las normas de la Unión Europea sea estrictamente necesario. O dicho de otro modo, ¿si no se hubiese establecido esa regla cabría entender que las eventuales normas comunitarias en la materia, si las hubiere, no serían de aplicación?

Por lo que respecta, por su parte, a los tratados o convenios internacionales en materia de contratación del transporte terrestre de mercancías, tampoco la referencia es demasiado afortunada. Parece evidente que los contratos de transporte terrestre de mercancías que caigan dentro del ámbito de aplicación de los respectivos convenios internacionales actualmente vigentes en este sector (p. ej., CMR o COTIF-CIM) se regirán por las normas de dichos convenios y no, en su caso, por las de la ley. Son contratos internacionales y, por lo tanto, serán gobernados, en primer lugar, por las normas materiales especiales que puedan existir (las previstas en los referidos convenios internacionales) y, en su defecto, por las normas del Derecho nacional (español o no) que resulten de aplicación en virtud de lo que establezcan las normas de DIP del foro (normas de conflicto). Y si se trata de contratos internacionales no cubiertos por el ámbito de aplicación de los correspondientes convenios, igualmente habrá que acudir a las normas de DIP del foro para determinar el Derecho nacional (español o no) aplicable al fondo del asunto. Probablemente, aunque no hubiese resultado necesario, lo más adecuado hubiera sido indicar que la nueva ley se aplicará no solo a los contratos de transporte internos (es decir, aquellos que carecen de elemento de extranjería) sino, también, a los contratos internacionales de transporte terrestre de mercancías sujetos al Derecho español en virtud de lo que establezcan las correspondientes normas de DIP del foro⁴³.

Lo que, en todo caso, no ha hecho la ley (y podría haberlo hecho) es acoger una norma como la que contiene el HGB alemán, según la cual cuando estemos ante un contrato de transporte terrestre de mercancías de naturaleza internacional (por contener algún elemento extranjero en su estructura), pero cuyos puntos de origen y destino se encuentren dentro del territorio español, habrán de aplicarse necesariamente a dicho contrato las normas imperativas recogidas en la nueva ley, con independencia de cuál sea el Derecho nacional aplicable al contrato. De este modo, se hubiese reproducido en nuestro ordenamiento, al igual que se hizo en el vigente sistema alemán, la regla de la aplicación de las normas imperativas del Estado miembro de acogida a los

⁴³ En el DIP español, las normas de conflicto aplicables al contrato de transporte son las establecidas en el Reglamento (CE) N.º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reg. Roma I) (DOUE n.º L177, de 4 de julio de 2008): C. Llorente Gómez de Segura, «La Ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2009), Vol. 1, N.º 2, pp. 160-178.

contratos de transporte de cabotaje de mercancías, norma que está contenida en el artículo 6.1.a del Reglamento (CEE) 3118/1993, de 25 de octubre⁴⁴. O dicho de otro modo, hubiésemos incorporado a nuestro ordenamiento una norma de DIPr de las llamadas «de extensión» que establece la aplicación (extensión) de las normas internas imperativas españolas a determinados supuestos de naturaleza internacional. Estoy convencido de que en algún momento del debate del anteproyecto este tipo de consideraciones se tuvieron en cuenta por sus promotores, pero finalmente el fragor parlamentario ha dado como resultado un precepto con referencias internacionales que nada aporta y que, lo que es peor aún, confunde.

Por lo demás, y por cerrar el análisis de este precepto, la referencia a la aplicación supletoria de las normas relativas a la contratación mercantil no merece mayor comentario. Quizás cuando contemos con un cuerpo único de normas aplicables en conjunto a las obligaciones civiles y mercantiles (lo cual sería de desear) habrá que plantear esta cuestión de otro modo. En cualquier caso, tampoco se trata de una regla especialmente significativa.

El **artículo 3** («Naturaleza dispositiva de la normativa») de la nueva ley es otro de los preceptos que hubiera quedado mejor, técnicamente hablando, si se hubiese respetado la propuesta del anteproyecto, dogmáticamente mucho más correcta. Pero, en suma, el texto definitivo es suficientemente claro: *«Salvo expresa estipulación contraria de esta ley o de la legislación especial aplicable, las partes podrán excluir determinados contenidos de esta ley mediante el correspondiente pacto. También podrá ser así, respecto de las condiciones generales de los contratos de transportes cuando sus obligaciones resulten más beneficiosas para el adherente»*. Lo que nos viene a recordar este precepto es que la autonomía de la voluntad de las partes juega un papel muy importante en la regulación del contrato de transporte⁴⁵, con el límite de la normativa imperativa o, si se emplean condiciones generales de contratación, siempre que estas sean más beneficiosas para el adherente respecto de lo establecido en la nueva legislación⁴⁶. Por cierto, llama la atención esa referencia a la «legislación especial aplicable». ¿A qué se estará queriendo referir el legislador? Probablemente, a las normas de ordenación del transporte que, aun siendo normas administrativas o de Derecho

⁴⁴ DOCE n.º L 279/1, de 12 de noviembre de 1993. Sobre este precepto, véase, Llorente, «Curso de contratación internacional», cit., p. 706.

⁴⁵ En el ámbito internacional, en particular, véase E. Castellanos Ruiz, *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en el transporte internacional*, Granada, 1999.

⁴⁶ Preámbulo II, último párrafo: *«Aspecto básico de la regulación normativa para las partes, respetando siempre los contenidos imperativos y de orden público, es el relativo a su índole dispositiva general. Las partes, por ello, disponen de libertad contractual bien en los términos negociados individualmente o bien según las condiciones generales de adhesión más beneficiosas»*.

público, puedan incidir en, o afectar a, la ejecución de los contratos de transporte terrestre de mercancías.

Por lo que se refiere al **artículo 4** («Sujetos»)⁴⁷, la nueva ley se limita a ofrecer sendas definiciones de los principales sujetos que intervienen en el contrato de transporte. Cargador y porteador⁴⁸, por un lado, que son las verdaderas y esenciales partes del contrato; por otro lado, está la figura del destinatario, al que la mejor doctrina siempre ha calificado como tercero beneficiario del contrato de transporte (dada la consideración dogmática mayoritaria de este contrato como contrato a favor de tercero)⁴⁹; y, por último, está la figura del expedidor, que es relativamente novedosa (surge entre nosotros, de una manera general, en la LOTT modificada en 2003). Nada hay, en suma, en las definiciones del artículo 4 que nos llame la atención, porque respetan lo que hasta la fecha ha sido consideración unánime entre nosotros. Pero, quizás sí merezca la pena destacar que la ley ha optado por fijar la denominación terminológica de los sujetos referidos de una manera más estricta. Al cargador se le llama *cargador*, y no *remite*. Al porteador no se le llama *transportista*, expresión que utiliza, por ejemplo, la legislación ordenadora. Y al destinatario no se le llama *consignatario*, como sucedía en la legislación anterior. La expresión de *porteador*, en particular, no es un ejemplo de modernidad, ciertamente, pero, a falta de consenso para encontrar una expresión sustitutiva más adecuada, no vemos objeción para su mantenimiento.

Con los **artículos 5** («Contratación del transporte en nombre propio») y **6** («Responsabilidad de los portadores efectivos») entramos en lo que, sin duda alguna, son las zonas más oscuras de la ley. Nosotros hubiésemos deseado que el legislador hubiera sido más valiente en el tratamiento jurídico de los intermediarios del transporte (artículo 5) y del fenómeno de la subcontratación del transporte (artículo 6). Y, de hecho, el Preámbulo de la ley resulta muy prometedor en sus planteamientos al respecto, cuando dedica, ni más ni

⁴⁷ Artículo 4: *Sujetos*.

1. *Cargador es quien contrata en nombre propio la realización de un transporte y frente al cual el porteador se obliga a efectuarlo.*

2. *Porteador es quien asume la obligación de realizar el transporte en nombre propio con independencia de que lo ejecute por sus propios medios o contrate su realización con otros sujetos.*

3. *Destinatario es la persona a quien el porteador ha de entregar las mercancías en el lugar de destino.*

4. *Expedidor es el tercero que por cuenta del cargador haga entrega de las mercancías al transportista en el lugar de recepción de la mercancía.*

⁴⁸ Para un análisis detallado de la figura del porteador entre nosotros: A. Empananza Sobejano, *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Madrid, 2003.

⁴⁹ Véase un resumen de las distintas posiciones doctrinales al respecto en Llorente, «El contrato de transporte terrestre de mercancías», cit., pp. 1004-1005.

menos, que prácticamente todo un apartado (IV) a explicar su postura en esta materia.

Comienza diciendo lo siguiente:

No cabe duda de que la determinación de los sujetos del transporte ha sido, en Derecho español, fuente de continuos problemas, tanto teóricos como prácticos, propiciados por una defectuosa regulación de tales cuestiones. No debe extrañar, por tanto, que la nueva ley dedique especial atención a la determinación de los sujetos del transporte y, de modo muy particular, a los problemas que plantea la intervención en el transporte de varios sujetos.

Leyendo el apartado anterior, uno no hubiese tenido la más mínima *duda razonable* de que el legislador español, de una vez por todas, se había decidido a abordar la regulación de estas cuestiones con aires nuevos. Pues bien, nada más lejos de la realidad. Lo que ha hecho nuestro legislador, ha sido mantener el *statu quo* en la materia.

Por lo que respecta a la figura de los intermediarios del transporte, su tratamiento se recoge en el **artículo 5**, precepto que también alude a otras situaciones (en su apartado 3) que no vamos a comentar en particular porque entendemos que se han abordado de manera correcta⁵⁰.

Según dicho artículo, los intermediarios de transporte (operadores y agencias de transporte, transitarios, almacenistas-distribuidores, etc.), no obstante su condición de intermediarios (comisionistas, en la jerga mercan-

⁵⁰ Artículo 5: *Contratación del transporte en nombre propio.*

1. *Los contratos de transporte de mercancías se presuponen celebrados en nombre propio. Excepcionalmente podrá alegarse la contratación en nombre ajeno cuando se acredite que así se había hecho constar de forma expresa y suficiente en el momento de contratar, indicado la identidad de la persona en cuyo nombre se contrata, y que la intermediación se realizó con carácter gratuito.*

2. *Los empresarios transportistas, las cooperativas de trabajo asociado dedicadas al transporte, las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización de transportes, los operadores y agencias de transporte, los transitarios, los almacenistas-distribuidores, los operadores logísticos, así como cualesquiera otros que contraten habitualmente transportes o intermedien habitualmente en su contratación, solo podrán contratarlos en nombre propio.*

3. *La relación de las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización de transporte con el socio transportista que efectivamente realice el transporte se regirá por lo que al respecto se encuentre determinado en los estatutos de cada cooperativa o sociedad, sin que lo dispuesto en dichos estatutos pueda implicar, en ningún caso, la inaplicación de lo dispuesto en la presente ley en los contratos celebrados por la cooperativa o sociedad de que se trate con terceros.*

Los socios de las cooperativas de trabajo asociado dedicadas al transporte solo podrán contratar transportes en nombre de la cooperativa a la que pertenecen, quedando esta obligada como porteador frente al cargador con quien contraten aquellos.

til), habrán de contratar siempre el transporte en nombre propio. No podrán hacerlo, por tanto, en nombre ajeno. Con este mandato, como se señala expresamente en el Preámbulo, se clarifica la situación de dichos empresarios «consagrando, en líneas generales, la solución que ya se ofrecía en la normativa de ordenación del transporte terrestre (y, en última instancia, también en el artículo 379 del Código de Comercio), que obligaba a tales intermediarios a contratar el transporte siempre en nombre propio y a asumir la posición del porteador».

Parece mentira tener que leer, a estas alturas, que el procedimiento que ha empleado el legislador español del siglo XXI para clarificar la posición de los intermediarios del transporte en nuestro Derecho ha sido, ni más ni menos, que recurrir a una regla contenida en el Código de Comercio ¡de 1885!, el artículo 379 Ccom en particular, que es, sin duda alguna, el precepto que más polémica (y debate hasta el hartazgo) ha generado en la doctrina española del transporte de todos los tiempos⁵¹. Seamos sinceros: la regla incorporada a la nueva ley, heredada de la LOTT, lo ha sido por presión, legítima, de los transportistas, en contra de la posición de los intermediarios de transporte. Pero, en el fondo, este no es un problema de *lobbying* sino de decidir si queremos tener una regulación moderna y homologable en la materia a la de nuestros socios europeos. La regulación de la actividad contractual de los intermediarios del transporte debería recogerse en una ley específica para ellos que admitiera la diversidad de modalidades de actuación que para este tipo de operadores se contempla en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno. Y en esta legislación se podría determinar cuándo los intermediarios responden o no de la ejecución del transporte llevado a cabo por los transportistas que han recibido de ellos tal encargo. No hay siquiera entre las disposiciones finales de la ley la previsión acerca de una futura regulación en la materia, algo que lleva reclamando nuestra mejor doctrina desde hace mucho tiempo⁵². En conclusión, que no se lleve nadie a

⁵¹ Recientemente, véase L. M. Piloñeta, *Las agencias de transporte de mercancías*, Barcelona, 1997; A. M. Tobío Rivas, *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*, Granada 2007. Igualmente, C. Llorente Gómez de Segura, «La regulación jurídico-privada de la actividad del transitario en el derecho español. Un recordatorio», *Estudios de Deusto*, Vol. 55/2, julio-diciembre 2007, pp. 157-183; J. L. Gabaldón, «Intermediarios del transporte y porteadores contractuales», *RDM*, 2000, pp.1723-1747. Otros trabajos indicativos de esta polémica a lo largo de los tiempos son los siguientes: M. García Amigo, «La relación contractual de transporte entre las agencias y sus usuarios, legislaciones y condiciones generales de contratación», *RDM*, 1964, pp. 311 y ss.; C. Pascual Arranz, «El contrato de expedición», *RJC*, 1958, pp. 499 y ss.; E. Seco, «El comisionista de transportes», *RDM*, 1965, pp. 237 y ss.; E. Valpuesta Gastaminza, «Naturaleza jurídica de la comisión de transporte tras la Ley de ordenación de los transportes terrestres», *CDC*, 1991, septiembre, núm. 9, pp. 79 y ss.

⁵² Sánchez Calero, «El Código de Comercio y los contratos mercantiles», cit., pp. 211 y ss.

engaño, la ley en este aspecto sin duda que clarifica la situación, pero lo hace retrocediendo en el tiempo y sin abordar decididamente un tratamiento jurídico del sector de la intermediación del transporte que sea más acorde con la realidad de los tiempos en que vivimos. Hubiese sido preferible, obviamente, y en todo caso, que el Preámbulo de la ley se hubiese pronunciado con mayor modestia.

Pero, donde el Preámbulo no solo no es modesto, sino hasta engañoso, es en la explicación que ofrece de la regulación prevista en el **artículo 6** de la ley («Responsabilidad de los portadores efectivos»).

Veamos lo que dice el Preámbulo:

De otra parte, y ello constituye verdadera innovación, la ley aborda la intervención de diversos sujetos por vía de subcontratación en el transporte y, de modo particular, la cuestión relativa a la determinación de las personas pasivamente legitimadas frente a las reclamaciones de responsabilidad, aportando seguridad jurídica en una materia notablemente litigiosa hasta el presente. Se consagra así definitivamente la posición del portador efectivo.

Vaya por delante una explicación que afecta a una cuestión de técnica legislativa, que no se ha querido advertir durante la fase de enmiendas del proyecto de ley. El texto del Preámbulo que se acaba de transcribir procede del anteproyecto de ley, donde sí se introducían novedades muy significativas en el tratamiento de la subcontratación del transporte, tomadas de la legislación comparada e internacional más moderna y respetada. Lo que ha sucedido es que, posteriormente, se ha cercenado del texto de la nueva ley la propuesta de fondo del anteproyecto, pero manteniendo la explicación del Preámbulo.

Con lo que, volviendo al texto del Preámbulo, ni hay «verdadera innovación», ni se aborda este problema con criterios distintos a los que hasta la fecha se habían utilizado, ni se aporta más «seguridad jurídica» de la que en la materia existía hasta el momento. Y, en fin, decir que se consagra así definitivamente la posición del portador efectivo es una *boutade*, porque la única vez que se cita a esta figura en el texto de la ley es, precisamente, en la rúbrica del artículo 6 y en el artículo 60.4. La consagración definitiva de la figura del «portador efectivo» (o subtransportista) se hubiese producido si, como pretendía el anteproyecto, se hubiera acogido una regulación de la relación jurídica existente entre cargador y/o destinatario, por un lado, y porteador (contractual) y porteador efectivo, por otro, como la que la más moderna legislación comparada del sector (y la mejor doctrina) propone desde hace algún tiempo⁵³. Nada de esto se encuentra en la nueva ley y créan-

⁵³ S. Zunarelli, *La nozione di vettore (contracting carrier ed actual carrier)*, Milán 1987.

me que es una lástima que nuestro país, también en esta materia, se haya quedado al margen de lo que constituye la regla general en otros países. Por cierto, aquí también han sido decisivas las presiones, legítimas, del sector transportista.

¿Cómo queda regulado, entonces, en nuestro ordenamiento, el fenómeno de la subcontratación del transporte?⁵⁴ Pues como siempre lo había estado (al margen de las correcciones jurisprudenciales, más atentas a la realidad del tráfico): aplicación del principio de relatividad de los contratos (el cargador o destinatario solo pueden dirigirse contra su contraparte contractual, el porteador con quien contrataron el transporte, sin perjuicio de la acción de repetición de este contra el porteador efectivo) y no se reconoce la acción directa⁵⁵ de cargador o destinatario contra el subtransportista o porteador efectivo del transporte.

El texto del artículo 6 es claro y no merece más comentario:

Artículo 6. Responsabilidad de los porteadores efectivos.

1. El porteador que contrate con el cargador responderá frente a este de la realización íntegra del transporte conforme a lo previsto en esta ley, aun cuando no la lleve a cabo por sí mismo en todo o en parte.

2. Cuando el porteador que haya contratado directamente con el cargador contrate, a su vez, la realización efectiva de la totalidad o una parte del transporte con otro porteador, quedará obligado frente a este como cargador conforme a lo dispuesto en esta ley y en el contrato que con él haya celebrado.

En suma, nos encontramos ante el texto más criticable de la ley, tanto por su contenido como, en particular, por esas alabanzas del Preámbulo pensadas para otra regulación. ¿Se podrá arreglar este entuerto?

Deslizándonos por la pendiente del Capítulo I de la ley nos encontramos ahora con el **artículo 7** («Bultos y envíos»), que no nos merece mayor comentario⁵⁶. Se trata de un precepto que contiene las definiciones de «bulto» y «envío» o «remesa», cuyo alcance jurídico es limitado, pero que tiene el valor de proponer una terminología que sirve para homogeneizar el len-

⁵⁴ M. T. De Gispert, «Algunas consideraciones en torno a la ejecución del transporte por un tercero», en *Estudios Broseta*, II, Valencia, 1995, pp. 1615 y ss.

⁵⁵ En general, sobre esta acción, M. Pasquau, *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989.

⁵⁶ Artículo 7: *Bultos y envíos*.

1. Se entiende por bulto cada unidad material de carga diferenciada que forman las mercancías objeto de transporte, con independencia de su volumen, dimensiones y contenido.

2. Se considera un envío o remesa la mercancía que el cargador entregue simultáneamente al porteador para su transporte y entrega a un único destinatario, desde un único lugar de carga a un único lugar de destino.

3. El contrato de transporte puede tener por objeto un solo envío o una serie de ellos.

guaje propio de esta materia a la hora de aplicar e interpretar la ley, particularmente entre los operadores del tráfico.

Mayor interés tienen los **artículos 8 y 9** con los que se cierra el Capítulo I de la ley. Pero digo interés porque son dos preceptos susceptibles de alguna reflexión, no porque sean preceptos jurídicamente innovadores por sí mismos o, siquiera, porque posean demasiada trascendencia.

El **artículo 8** («Transporte continuado»), por un lado, se limita simplemente a definir esta modalidad contractual y a ofrecer una regla muy general sobre su contenido⁵⁷. Es cierto que hay otros preceptos en la ley que abordan la regulación de algunos aspectos concretos del (contrato de) transporte continuado (artículos 15, 38.3, 39.3 y 43), pero, en conjunto, la impresión que uno deriva de esta reglamentación específica sobre el (contrato de) transporte continuado es que es insuficiente. Parece, más bien, que lo que el legislador ha pretendido, y esto no es criticable en sí mismo, es dar testimonio de la existencia en la realidad del tráfico de esta modalidad contractual, que, como demuestra la práctica, es muy importante y frecuente, porque son muy numerosos los contratos de transporte individuales que se llevan a cabo en nuestro país bajo la cobertura de estos contratos de transporte de larga duración («contratos-marco»)⁵⁸ celebrados entre el porteador y un cargador que requiere la prestación regular de servicios de transporte para la distribución de sus mercancías⁵⁹. A falta de una regulación más específica, en cualquier caso, los contratos de transporte continuado seguirán siendo *tailor-made*, hechos a medida en cada caso, sin perjuicio de que se deba respetar en ellos no solo los preceptos arriba indicados, sino las reglas imperativas de la ley que sean aplicables, en su caso, a cada uno de los contratos de transporte individuales que constituyen su objeto.

Finalmente, el **artículo 9** («Transporte contratado en el marco de una operación logística») introduce una regla de segmentación reguladora en el ámbito de las operaciones logísticas, al establecer que «*[c]uando se asuma la obligación de transportar mercancías en el marco de una operación logís-*

⁵⁷ Artículo 8: *Transporte continuado*.

1. *Por el contrato de transporte continuado, el porteador se obliga frente a un mismo cargador a realizar una pluralidad de envíos de forma sucesiva en el tiempo.*

2. *El número, frecuencia, características y destino de los envíos podrán determinarse en el momento de contratar o antes de su inicio.*

⁵⁸ Véase el artículo 16.2 de la ley.

⁵⁹ Como reconoce el propio Preámbulo IV, párrafo cuarto: «*El contrato de transporte se concebía en el Código de Comercio de 1885 como un contrato-viaje, sin tener aparentemente en cuenta que, en gran parte de las ocasiones, los contratos son, en realidad, relaciones contractuales duraderas en el marco de las cuales se lleva a cabo una pluralidad de envíos, en los términos, condiciones y periodicidad que las partes acuerden. Estos contratos de transporte continuado son reconocidos ahora expresamente por la ley, aunque el grueso de la regulación siga girando en torno a los contratos que tienen por objeto un envío concreto*».

tica de contenido más amplio, los derechos, obligaciones y responsabilidades relativos a dicho transporte se regirán por lo dispuesto en esta ley». Lo que este precepto nos viene a recordar, pues en realidad se trata de una regla prácticamente asumida y admitida desde hace tiempo en el sector de las operaciones de logística, es que cuando el problema que plantea la operación logística tenga que ver con la ejecución de un transporte, entonces habrá de aplicarse la nueva ley a dicho transporte, sin perjuicio de que este transporte se halle inserto en un marco contractual más amplio como los que suelen caracterizar a los contratos de logística⁶⁰.

III. Documentación del contrato

El **Capítulo II** de la nueva ley regula la «documentación del contrato» en sus artículos 10-16. Sigue, casi sin divergencias y con bastante fidelidad, la regulación que sobre esta materia se contiene en los modelos elegidos por el legislador español, particularmente el CMR⁶¹.

La ley parte del carácter consensual del contrato de transporte terrestre de mercancías (artículo 13.1)⁶², lo que significa que la existencia del contrato solo depende del acuerdo de las partes, con independencia de la forma elegida para concluir dicho acuerdo. No obstante, la mera existencia en el texto de la ley de una regulación específica sobre esta materia pone de manifiesto que la documentación del contrato de transporte no solo no es una cuestión menor, sino que resulta muy recomendable promover su utilización en el tráfico, en atención a los efectos beneficiosos que su emisión produce (y que señalaremos más adelante). Lo que impone, en suma, que este tipo de contratos sean formalizados por escrito mediante un documento determinado, concretamente el documento que la ley, acogiendo la terminología tradicional, denomina «carta de porte».

La importancia de este documento⁶³ se pone de manifiesto cuando la ley, tras conceder a cada parte del contrato de transporte el derecho a *exigir* a la

⁶⁰ En general, sobre este tipo de contratos, véase F. de la Vega García, *Contratos de prestación de servicios logísticos: Delimitación, contenido y estructura típica*, Madrid, 2006.

⁶¹ Véase, A. Recalde, «La carta de porte CMR: la documentación en el transporte internacional de mercancías por carretera», en F. Martínez Sanz, *Problemas en la aplicación del CMR. Especial referencia a la responsabilidad*, Madrid, 2002, pp. 5-28.

⁶² Artículo 13: *Irregularidad o inexistencia de la carta de porte*.

1. *La ausencia o irregularidad de la carta de porte no producirá la inexistencia o la nulidad del contrato.*

⁶³ Al margen, en su caso, de su eficacia como «documento de control» en el sentido de nuestra legislación administrativa: C. Llorente Gómez de Segura, «La formalización documental del contrato de transporte de mercancías por carretera a la luz de los recientes cambios normativos: la Orden 238/2003, del Ministerio de Fomento, de 31 de enero», *Revista de Actualización Aranzadi*, n.º 7-8, septiembre 2003, pp. 35-51.

otra que se extienda una carta de porte (artículo 10.1), acoge una regla novedosa en nuestra legislación (aunque presente en las condiciones generales previstas en la O. M. de 25 de abril de 1997), según la cual «[c]uando la parte contratante requerida a formalizar la carta de porte se negase a ello, la otra podrá considerarla desistida del contrato, con los efectos que, en su caso, correspondan de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18.2 y 19.1» (artículo 10.6).

La ley dedica particular atención, por otro lado, al contenido de la carta de porte (artículo 10), distinguiendo entre unas menciones que podríamos calificar de generales (aplicables en todo caso) (artículo 10.1)⁶⁴, otras menciones que podrán ser incluidas por las partes en supuestos específicos (artículo 10.2)⁶⁵ y, finalmente, aquellas que la legislación especial pueda reque-

⁶⁴ 1. Cualquiera de las partes del contrato podrá exigir a la otra que se extienda una carta de porte que incluirá las siguientes menciones:

- a) Lugar y fecha de la emisión.
- b) Nombre y dirección del cargador y, en su caso, del expedidor.
- c) Nombre y dirección del porteador y, en su caso, del tercero que reciba las mercancías para su transporte.
- d) Lugar y fecha de la recepción de la mercancía por el porteador.
- e) Lugar y, en su caso, fecha prevista de entrega de la mercancía en destino.
- f) Nombre y dirección del destinatario, así como eventualmente un domicilio para recibir notificaciones.
- g) Naturaleza de las mercancías, número de bultos y signos y señales de identificación.
- h) Identificación del carácter peligroso de la mercancía enviada, así como de la denominación prevista en la legislación sobre transporte de mercancías peligrosas.
- i) Cantidad de mercancías enviadas, determinada por su peso o expresada de otra manera.
- j) Clase de embalaje utilizado para acondicionar los envíos.
- k) Precio convenido del transporte, así como el importe de los gastos previsibles relacionados con el transporte.
- l) Indicación de si el precio del transporte se paga por el cargador o por el destinatario.
- m) En su caso, declaración de valor de las mercancías o de interés especial en la entrega, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61.
- n) Instrucciones para el cumplimiento de formalidades y trámites administrativos preceptivos en relación con la mercancía.

⁶⁵ 2. La carta de porte podrá contener cualquier otra mención que sea convenida por las partes en el contrato, tales como:

- a) La referencia expresa de prohibición de transbordo.
- b) Los gastos que el remitente toma a su cargo.
- c) La suma del reembolso a percibir en el momento de la entrega de la mercancía.
- d) El valor declarado de la mercancía y la suma que representa el interés especial en la entrega.
- e) Instrucciones del remitente al transportista concernientes al seguro de las mercancías.
- f) El plazo convenido en el que el transporte ha de ser efectuado.
- g) La lista de documentos entregados al transportista.

rir al respecto (artículo 10.5)⁶⁶. En este contexto, resulta particularmente interesante el pronunciamiento del artículo 13.2 de la ley, novedoso también en nuestra legislación, que determina el alcance de la irregularidad de una carta de porte cuando falte en este documento alguna de las menciones previstas de modo obligatorio («incluirá») en el artículo 10.1. Conforme a este precepto, «*la omisión de alguna de las menciones previstas en el artículo 10.1 no privará de eficacia a la carta de porte en cuanto a las incluidas*». La ley, en este mismo marco, establece, además, la responsabilidad respectiva de cargador y porteador por los «*gastos y perjuicios que se deriven de la inexactitud o insuficiencia de los datos que les corresponda incluir en la carta de porte*» (artículo 10.7). Lo que exige un *modicum* de diligencia por su parte a la hora de incluir, o proporcionar, los datos que les incumben y deban figurar en la carta de porte.

Con respecto a la firma de la carta de porte, esencial para la plena regularidad de dicho documento, la ley requiere que lo hagan tanto cargador como porteador (artículo 11.1), si bien otorga, a su vez, validez a «*la firma de la carta de porte por medios mecánicos, mediante estampación de un sello, o por cualquier otro medio que resulte adecuado, siempre que quede acreditada la identidad del firmante*» (artículo 11.2). Esta última norma, traída del CMR, también es novedosa en nuestra legislación interna, si bien, con anterioridad, la doctrina ya se había manifestado a favor de su admisión en nuestro ordenamiento⁶⁷.

Por lo que respecta a la *gestión documental* de la carta de porte, la ley exige que este documento se emita en tres ejemplares originales (artículo 11.1). El primer ejemplar se quedará con el cargador, el segundo viajará con la mercancía y el tercero será para el porteador (artículo 11.3). El papel desempeñado por el segundo ejemplar de la carta de porte es particularmente relevante como pone de manifiesto el **artículo 12** de la ley:

Artículo 12. Documentación de la entrega en destino.

El destinatario podrá exigir que la mercancía le sea entregada junto con el segundo ejemplar de la carta de porte. El porteador podrá exigir al destinatario que le extienda en su ejemplar de la carta de porte, o en documento separado firmado por ambos, un recibo sobre las mercancías entregadas.

⁶⁶ 5. En su caso, la carta de porte deberá contener cualquier otra mención que exija la legislación especial aplicable, por razón de la naturaleza de la mercancía o por otras circunstancias.

⁶⁷ A. Recalde Castells, «La firma de las partes del contrato en la carta de porte (firma manual y firma impresa, mecánica o electrónica). El régimen del Código de comercio y del Convenio internacional sobre transporte por carretera (CMR)», *RGD*, 1995, pp. 2229 y ss.

La entrega del segundo ejemplar de la carta de porte al destinatario, junto con la mercancía, por lo tanto, es prueba de la consumación del contrato de transporte, regla que se complementa con el derecho del porteador a exigir que se le extienda un recibo de la mercancía sobre la propia carta de porte (como sucede con el modelo de carta de porte CMR) o en un documento aparte.

En este ámbito de la gestión documental, por su parte, también hay que destacar otras dos reglas más previstas en la nueva ley. Así, conforme al artículo 10.3 «[s]erá necesario emitir una carta de porte para cada envío» (sobre el concepto de «envío», véase el artículo 7.2). Y según el artículo 10.4 «[c]uando el envío se distribuya en varios vehículos, el porteador o el cargador podrá exigir la emisión de una carta de porte por cada vehículo».

La ley no propone ningún formato específico de carta de porte. No sería, por otro lado, su función. Hay un modelo de carta de porte muy conocido, el de IRU, que se utiliza particularmente en el transporte internacional de mercancías por carretera. Y, también, la O. M. de 1997 propuso en su día un modelo que sigue en vigor mientras lo esté dicha norma. Pero lo importante es recordar que pertenece al ámbito de libertad de las partes el diseño y configuración formal de dicho documento siempre que se respeten los contenidos mínimos previstos en la ley y a los que nos hemos referido en los párrafos anteriores.

Una novedad significativa de la ley, por cierto, en este contexto formal, es la admisión expresa de la utilización de cartas de porte electrónicas (artículo 15: «Carta de porte emitida electrónicamente»), si bien con una regulación muy básica, que remite a desarrollos posteriores, normativos y técnicos, de esta materia⁶⁸. No dudamos, en cualquier caso, que en el futuro inminente del sector, este desarrollo tecnológico estará bien presente.

Por lo que respecta a las funciones que cumple la documentación del transporte y, en concreto, la carta de porte, la nueva ley se refiere, en su **artículo 14**, a la fuerza probatoria de dicho documento, que constituye, sin duda, la función más importante de todas las que puede llegar a asumir este documento.

El primer apartado del artículo 14 recuerda, en concreto, que «[l]a carta de porte firmada por ambas partes hará fe de la conclusión y del contenido del contrato, así como de la recepción de las mercancías por el porteador; salvo prueba en contrario». Triple prueba, por tanto, la que proporciona la carta de porte que esté debidamente firmada por las partes

⁶⁸ Artículo 15: *Carta de porte emitida electrónicamente.*

1. Si las partes están de acuerdo, podrán emitir la carta de porte por medios electrónicos con arreglo a la legislación vigente.

2. En este supuesto, la carta de porte deberá consistir en un registro electrónico de datos que puedan ser transformados en signos de escritura legibles.

(exigencia esta de la firma que, como dijimos, se constituye en requisito esencial y mínimo para considerar que una carta de porte se ha emitido regularmente): su emisión es prueba de la existencia del contrato (conclusión del contrato), de su contenido (es decir, de los derechos y obligaciones asumidos por las partes tal y como vienen reflejados en el texto del documento) y del hecho de la recepción de las mercancías por el porteador, datos todos ellos que tienen una extraordinaria trascendencia en el caso de que se produzca algún litigio respecto del contrato.

Además, conforme al apartado 2 del artículo 14, por regla general, la carta de porte se convertirá en un medio muy importante para que el porteador pueda formalizar sus protestas (o reservas) con respecto a determinados datos que figuran en dicho documento:

2. En ausencia de anotación en la carta de porte, o en documento separado firmado por el porteador y el cargador o expedidor, de las reservas suficientemente motivadas del porteador, se presumirá que las mercancías y su embalaje están en el estado descrito en la carta de porte y con los signos y señales en ella indicados.

Como puede comprobarse, esta regla también es de enorme relevancia en el contexto de la determinación de cómo, y en qué condiciones, se hizo cargo el porteador de la mercancía al comienzo del transporte (momento que marca el inicio del llamado «periodo de responsabilidad» del porteador: artículo 47.1).

Finaliza el Capítulo II de la Ley con su **artículo 16**⁶⁹, un precepto aplicable específicamente a la formalización documental del transporte continuado, modalidad definida, como sabemos, en el artículo 8 de la ley. El precepto acoge la regla general ya conocida sobre la consensualidad del contrato de transporte (apartado 1) (salvo cuando se trate de contratos de transporte celebrados con un transportista autónomo económicamente dependiente: apartado 4), así como la facultad de desistimiento en caso de que una de las partes se niegue a la emisión del documento (apartado 3). En el apartado 2, por su parte, se nos recuerda la caracterización de este tipo de contrato como

⁶⁹ Artículo 16: *Formalización de los contratos de transporte continuado.*

1. *El contrato de transporte continuado se formalizará por escrito cuando lo exija cualquiera de las partes.*

2. *Este contrato servirá de marco a las cartas de porte que hayan de emitirse para concretar los términos y condiciones de cada uno de los envíos a que diera lugar.*

3. *Cuando la parte contratante requerida a formalizar por escrito el contrato se negase a ello, la otra podrá considerarla desistida de este, con los efectos que, en su caso, correspondan de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18.2 y 19.1.*

4. *A los efectos de lo dispuesto en la normativa reguladora del trabajo autónomo, el contrato de transporte continuado celebrado con un trabajador autónomo económicamente dependiente deberá celebrarse por escrito y de conformidad con dicha normativa.*

«contrato-marco», pero, técnicamente, su redacción podía haber sido más afortunada, porque, en realidad, el contrato de transporte continuado no da tanto cobertura a las *«cartas de porte que hayan de emitirse para concretar los términos y condiciones de cada uno de los envíos a que diera lugar»*, como a los distintos contratos de transporte individuales que se ejecutan a su amparo, en los que se podrán emitir, o no, las correspondientes cartas de porte.

IV. Contenido del contrato de transporte de mercancías

Como se apunta más adelante, el Capítulo III («Contenido del contrato de transporte de mercancías») de la nueva ley es el de mayor extensión, pues abarca los artículos 17-43. En este capítulo se contiene la regulación de los principales derechos y obligaciones de las partes del contrato y se ha optado por hacerlo, desde una perspectiva sistemática, no regulando las obligaciones de una y otra parte por separado, sino considerando, por regla general, los distintos momentos sucesivos de la ejecución de un contrato de transporte: la fase previa a la recepción de la mercancía en origen, el desarrollo del transporte y la fase final de entrega de la carga una vez llegada a su destino. A la primera fase pueden adscribirse los artículos 17-27; a la segunda, los artículos 28-32; y a la fase final, los artículos 33-36 y 42. El Capítulo III de la ley, además, dedica una atención particular, y ciertamente novedosa en nuestra legislación, a la obligación del pago del precio del transporte (artículos 37-41). Y contiene, además, una norma específica para el transporte continuado (artículo 43). En nuestra exposición sobre esta materia seguiremos a continuación el esquema establecido en la ley.

Fase inicial del transporte

Comienza el nuevo texto legal con un precepto relativo a la «idoneidad del vehículo» (**artículo 17**), según el cual *«[e]l porteador deberá utilizar un vehículo que sea adecuado para el tipo y circunstancias del transporte que deba realizar, de acuerdo con la información que le suministre el cargador»*. La regla es ciertamente novedosa en nuestra legislación para el transporte terrestre y no deja de ser una *evocación*, sin duda no buscada, de la regla marítima sobre la «navegabilidad del buque». No se pretende, sin embargo, en el sector terrestre arrostrar las consecuencias que en el ámbito marítimo posee la falta de navegabilidad del buque, sino meramente poner de manifiesto una circunstancia que, en su caso, deberá ser tenida en cuenta a la hora de medir la responsabilidad del porteador en el supuesto de que su incumplimiento del contrato de transporte haya sido producido, en todo o en parte, como consecuencia de la falta de idoneidad del vehículo empleado. Es un precepto, por lo tanto, que ha de verse a la luz de reglas como las estableci-

das en los artículos 48.2 y 51 de la ley y, muy particularmente, en el marco de la eventual pérdida del beneficio de limitación prevista en el artículo 62.

El **artículo 18** («Puesta a disposición del vehículo»), por su parte, precepto claramente susceptible de desarrollo reglamentario dicho sea de paso, regula una de las primeras obligaciones que para el porteador se derivan de la conclusión del contrato de transporte: la de poner el vehículo a disposición del cargador para que pueda iniciarse el transporte⁷⁰. Se trata de un precepto que debe ser leído con cierta calma y ponderación, porque plantea varias hipótesis con consecuencias jurídicas diversas.

El precepto parte de una regla general («El porteador deberá poner el vehículo a disposición del cargador en el lugar y tiempo pactados»), para luego centrar su atención en la dimensión exclusivamente *temporal* (no espacial) relativa a la puesta a disposición del vehículo (cuándo). Y en este ámbito, distingue los casos en los que no ha habido pacto entre las partes al respecto de aquellos otros en los que sí ha habido tal pacto.

En el primer supuesto («[S]i nada se pacta respecto a la hora») (artículo 18.1), el precepto establece que *«el porteador cumplirá su obligación poniendo el vehículo a disposición del cargador con antelación suficiente para que pueda ser cargado el día señalado»*. Y añade, para el caso específico de que se trate de un transporte de mercancías por carretera (no se olvide que la ley también cubre el transporte de mercancías por ferrocarril), que si *«no se hubiere pactado plazo, el transportista cumplirá con su obligación poniendo a disposición el vehículo para su carga antes de las dieciocho horas del día señalado»*.

Por su parte, *«[S]i existe pacto expreso previo entre las partes acerca del día y la hora u hora límite para la puesta a disposición del vehículo»*, según el artículo 18.2 el porteador deberá lógicamente cumplir con dicho pacto y en caso de no hacerlo, *«el cargador podrá desistir de la expedición de que se trate y buscar inmediatamente otro porteador»*. Junto a esta novedosa facultad de desistimiento (que ya vimos aplicada también al supuesto de falta de emisión de la carta de porte por voluntad de una de las partes), el apar-

⁷⁰ Artículo 18: *Puesta a disposición del vehículo.*

1. *El porteador deberá poner el vehículo a disposición del cargador en el lugar y tiempo pactados. Si nada se pacta respecto a la hora, el porteador cumplirá su obligación poniendo el vehículo a disposición del cargador con antelación suficiente para que pueda ser cargado el día señalado. Si se trata de un contrato de transporte de mercancías por carretera, y no se hubiere pactado plazo, el transportista cumplirá con su obligación poniendo a disposición el vehículo para su carga antes de las dieciocho horas del día señalado.*

2. *Si existe pacto expreso previo entre las partes acerca del día y la hora u hora límite para la puesta a disposición del vehículo y el porteador no cumple dicho plazo, el cargador podrá desistir de la expedición de que se trate y buscar inmediatamente otro porteador.*

Cuando el cargador haya sufrido perjuicios como consecuencia de la demora, y esta fue imputable al porteador, podrá además exigir la indemnización que proceda.

tado segundo del artículo 18 le reconoce, además, al cargador el derecho a una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del retraso siempre que este sea imputable al porteador.

A la luz de lo anterior, y en atención a la división sistemática del artículo 18 en dos apartados, parece evidente que la facultad de desistimiento y de solicitud de daños y perjuicios es solo aplicable en los supuestos en los que se haya pactado de modo expreso y con carácter previo el momento de puesta a disposición del vehículo. Nada se dice, por el contrario, sobre las consecuencias del incumplimiento de las reglas previstas en el apartado 1. La conclusión no podrá ser en todo caso la de negar la posibilidad de exigir el correspondiente resarcimiento sino, simplemente, que aquel deberá sujetarse a los criterios generales de nuestro ordenamiento aplicables en materia de incumplimiento contractual.

En buena lógica, en correspondencia con la obligación del porteador de poner un vehículo idóneo a disposición del cargador en el correspondiente momento y lugar, surge la obligación del cargador de entregar al porteador la mercancía objeto del transporte. A este supuesto se refiere el **artículo 19** («Entrega de las mercancías al porteador»)⁷¹, donde se recoge la regla general en esta materia en el primer inciso de su apartado primero («El cargador deberá entregar las mercancías al porteador en el lugar y en el tiempo pactados»), para, posteriormente, introducir dos reglas aplicables a supuestos *patológicos* en el cumplimiento de dicha obligación.

La primera regla contempla el caso en que el cargador incumpla plena y totalmente la obligación de entrega de las mercancías en el momento y lugar pactados. En este supuesto, el artículo 19.1 le concede al porteador el derecho a solicitar una indemnización de daños y perjuicios tasada en una cuantía equivalente al precio del transporte pactado («previsto» dice exactamente la norma) o bien alternativamente, pero a elección del cargador, la posibilidad de realizar un transporte de similares características al que se hubiere frustrado por el incumplimiento del cargador, siempre y cuando «*se encuentre inmediatamente disponible*», es decir, sea un transporte de ejecución inmediata y no cree demoras adicionales al porteador.

En segundo lugar, se contempla la hipótesis de que la entrega de la mercancía sea solo de una parte, en cuyo caso, también a opción del cargador,

⁷¹ Artículo 19: *Entrega de las mercancías al porteador.*

1. *El cargador deberá entregar las mercancías al porteador en el lugar y en el tiempo pactados. En caso de incumplimiento, el cargador le indemnizará en cuantía equivalente al precio del transporte previsto, o bien le ofrecerá la realización de un transporte de similares características que se encuentre inmediatamente disponible.*

2. *Si el cargador solo entrega al porteador una parte de las mercancías deberá, sin perjuicio del pago del precio del transporte de esa parte, abonarle una indemnización igual al precio del transporte de la mercancía no entregada, o bien ofrecerle la inmediata realización de otro transporte de similares características al inicialmente convenido.*

deberá abonársele al porteador una indemnización en cuantía igual al precio del transporte de la mercancía no entregada (además, por supuesto, de pagarle el precio por el transporte de la mercancía efectivamente entregada) u ofrecerle, como en el caso del artículo 19.1, la realización inmediata de un transporte de características similares al inicialmente convenido.

El **artículo 20** («Sujetos obligados a realizar la carga y descarga»), por su parte, posee una importancia muy destacada, dada la incidencia que las operaciones de carga y descarga tienen sobre los supuestos de daños a la mercancía en las operaciones de transporte. Las reglas que se recogen en este precepto se inspiran, con algunas modificaciones, en la regulación que a este respecto ofrecía la LOTT, tras su modificación de 2003, y contemplan conjuntamente las operaciones de carga y descarga.

El precepto distingue, en primer lugar, entre los supuestos de transportes sometidos a reglamentación especial y los que podríamos calificar de supuestos sometidos a reglamentación general. Y lo hace, para aclarar, en su apartado 4, que en el caso de los primeros transportes habrá que estar a lo que se disponga particularmente en dicha reglamentación especial y no a lo que establece al respecto el artículo 20 de la nueva ley⁷².

En segundo lugar, el nuevo artículo ofrece reglas diversas para la carga y descarga según se trata de transportes de paquetería (o asimilados), por un lado, o de transportes de otra naturaleza, por otro. La ley ha renunciado, en contra de lo que establecía la LOTT, a utilizar en este contexto los conceptos de transporte de carga fraccionada y de carga completa, respectivamente.

Con respecto a estos últimos, el apartado 1 del artículo 20 indica que *«[L]as operaciones de carga de las mercancías a bordo de los vehículos, así como las de descarga de estos, serán por cuenta, respectivamente, del cargador y del destinatario, salvo que expresamente se asuman estas operaciones por el porteador antes de la efectiva presentación del vehículo para su carga o descarga»*. Se ofrece, por lo tanto, un amplio margen de maniobra a la autonomía de la voluntad de las partes (siempre que el pacto sea expreso y se produzca en el marco temporal previsto en el precepto). Y no siendo así, se aplicará la regla supletoria de la voluntad de las partes (carga = cargador; descarga = destinatario). Según el precepto, además, estas reglas serán aplicables a las operaciones de estiba y desestiba de las mercancías en el vehículo (apartado 1, inciso final). Añade el precepto, por su parte, como corolario de lo anterior, que *«[e]l cargador y el destinatario soportarán las consecuencias de los daños derivados de las operaciones que les corresponda realizar de conformidad con lo señalado en el apartado anterior»* (apartado 2, primer párrafo). Ahora bien, cuando el daño sea consecuencia de una estiba inadecuada de la mercancía en el vehículo realizada por el cargador

⁷² 4. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando la normativa reguladora de determinados tipos de transporte establezca específicamente otra cosa.

siguiendo las instrucciones del porteador, será este quien deba responder de los daños ocasionados a la mercancía (apartado 2, segundo párrafo).

En el apartado 3 del artículo 20 de la nueva ley se establecen, por su parte, las reglas aplicables a la carga y descarga de la mercancía en los supuestos de transporte de paquetería y asimilados, es decir, tal y como los describe la ley, «*cualesquiera otros similares que impliquen la recogida o reparto de envíos de mercancías consistentes en un reducido número de bultos que puedan ser fácilmente manipulados por una persona sin otra ayuda que las máquinas o herramientas que lleve a bordo el vehículo utilizado*». En estos casos, las operaciones de carga y descarga serán realizadas conforme a lo que establezca el pacto entre las partes (pacto que, sin embargo, no aparece cualificado como en el caso de la regla del apartado 1) o, en su defecto, deberán ser efectuadas por el porteador, en cuyo caso este será el responsable de los daños a la mercancía que se produzcan como consecuencia de las referidas operaciones (apartado 3, segundo párrafo, inciso final). Por lo que respecta a las operaciones de estiba y desestiba de las mercancías, en todo caso corresponderán al porteador (apartado 3, segundo párrafo, primer inciso).

Otro aspecto de relevancia práctica en la fase inicial o previa del transporte es el relativo al «*acondicionamiento e identificación de las mercancías*», cuestión a la que la nueva ley dedica su **artículo 21**. En primer lugar, la cuestión de a quién corresponde realizar estas labores de acondicionamiento e identificación de las mercancías se resuelve, como regla general, acudiendo a la autonomía de la voluntad de las partes. Habrá que estar, por lo tanto, a lo que las partes del contrato hayan podido pactar al respecto. En defecto de pacto, la regla será la de atribuir al cargador estas labores (apartado 1, primer inciso)⁷³.

La ley distingue, conceptualmente, entre el *acondicionamiento* y la *identificación* de las mercancías. Con respecto a las labores de acondicionamiento (concepto que incluye el embalaje), nada se dice respecto a cómo deben efectuarse. Y por lo que respecta a la identificación de las mercancías, el artículo 21.1, en su segundo inciso, señala que habrá de realizarse respecto de cada uno de los bultos que compongan el envío, que deberá ser hecha con claridad y que tendrán que utilizarse los correspondientes signos, los cuales deberán coincidir con la descripción que de los bultos se hubiere hecho en la carta de porte⁷⁴.

⁷³ Curiosamente, el artículo 21.1 solo atribuye al cargador, en su caso, la obligación de acondicionamiento de la mercancía y no la de su identificación.

⁷⁴ La ley emplea incorrectamente el verbo «señalizar» en este artículo (en dos ocasiones), pues según el Diccionario de la Lengua Española de la RAE, *señalizar* es «Colocar en las carreteras y otras vías de comunicación las señales que indican bifurcaciones, cruces, pasos a nivel y otras para que sirvan de guía a los usuarios».

El apartado 2 del artículo 20 contiene una regla específica para transportes de naturaleza o sometidos a circunstancias especiales, según la cual, en estos casos *«las mercancías deberán ser entregadas al porteador convenientemente acondicionadas, embaladas y, en su caso, identificadas y señalizadas mediante las oportunas marcas o inscripciones que avisen del riesgo que su manipulación pueda entrañar para las personas o para las propias mercancías»*. En realidad, con esta regla particular lo único que se pretende es reforzar la obligación de información que le es debida al porteador por parte del cargador cuando la manipulación de las mercancías objeto del transporte entrañe riesgo alguno.

Finalmente, el apartado 3 del artículo 20 recoge las consecuencias en el ámbito de la responsabilidad del incumplimiento de las reglas establecidas en los apartados precedentes. No es un precepto bien escrito, la verdad, pero tampoco es difícil entender su planteamiento.

Por un lado, se dice que *«[e]l cargador responderá ante el porteador de los daños a personas, al material de transporte o a otras mercancías»*. Habrá que entender, claro está, que el cargador será responsable cuando los daños que afecten a las personas, material de transporte u otras mercancías sean consecuencia de su incumplimiento de las obligaciones de acondicionamiento e identificación reguladas en los apartados precedentes.

Por otro lado, en ese mismo apartado 3, se recoge una regla específica para el caso de que se generen *«gastos ocasionados por defectos en el embalaje de las mercancías»*, de los que deberá responder también el cargador, *«a menos que tales defectos sean manifiestos o ya conocidos por el porteador en el momento de hacerse cargo de las mercancías y no haya hecho las oportunas reservas»* (el precepto se refiere concretamente a las reservas reguladas en el artículo 14.2). Habría que preguntarse, no obstante, si el legislador ha empleado la expresión de «gastos» como supuesto distinto o complementario del concepto de «daños» que figura en el primer inciso.

Precepto también de enorme trascendencia práctica es el **artículo 24** («Paralizaciones»), cuyos antecedentes legislativos hay que reconducir a la LOTT modificada en 2003 y que ahora se mejoran en beneficio del porteador. El precepto es aplicable tanto a las operaciones de carga (y estiba) como a las operaciones de descarga (y desestiba) y se refiere a supuestos de paralización del vehículo no imputables al porteador.

En estos casos, según la nueva ley, *«[c]uando el vehículo haya de esperar un plazo superior a dos horas hasta que se concluya su carga y estiba o desestiba y descarga, el porteador podrá exigir al cargador una indemnización en concepto de paralización»* (apartado 1). La cuantía de la indemnización podrá ser objeto de pacto entre las partes, si bien este pacto no podrá nunca ofrecer un resultado inferior al que resulte de aplicar lo que establece, a estos efectos, el apartado 3 del artículo 24. Por otro lado, si no existiese pacto, se aplicará directamente la regla del artículo 24.3 para el cálculo de la

indemnización (que se efectuará conforme al índice conocido como IPREM)⁷⁵.

El precepto se completa con su apartado 2 que establece que el plazo de paralización al que se refiere el apartado 1 (dos horas) «se contará desde la puesta a disposición del vehículo para su carga o descarga en los términos requeridos por el contrato». Lo que pone de manifiesto la trascendencia de que estos extremos figuren adecuadamente recogidos en el contrato.

Además de la documentación del contrato de transporte regulada en su Capítulo II, la nueva ley se refiere a otro tipo de documentación en su **artículo 23**, a la que denomina «documentación de la mercancía», para describir a la «documentación relativa a la mercancía que sea necesaria para la realización del transporte y de todos aquellos trámites que el porteador haya de efectuar antes de proceder a la entrega en el punto de destino» (apartado 1).

Pues bien, en estos casos, y en un plano obligacional, la ley establece que el cargador deberá adjuntar dicha documentación a la carta de porte o, en su caso, ponerla a disposición del porteador de otro modo (artículo 23.1, primer inciso). Asimismo, el cargador estará obligado a suministrar al porteador toda la información necesaria sobre la mercancía o para realizar los trámites indicados anteriormente (artículo 23.1 inciso final). Por su parte, conforme al artículo 23.2, en su primer inciso, «[e]l porteador no está obligado a verificar si estos documentos o informaciones son exactos o suficientes».

Finalmente, las consecuencias de las reglas establecidas precedentemente en el ámbito de la responsabilidad se establecen en un doble plano, que afecta respectivamente, y de manera diferenciada, a cargador y porteador. Por un lado, el segundo inciso del artículo 23.2 señala que «[E]l cargador es responsable ante el porteador de todos los daños que pudieran resultar de la ausencia, insuficiencia o irregularidad de estos documentos e informaciones, salvo en caso de culpa por parte del porteador». Y, por lo que respecta al porteador, el artículo 23.3 indica que este «responderá de las consecuencias derivadas de la pérdida o mala utilización de los citados documentos», añadiendo a continuación que «[e]n todo caso, la indemnización a su cargo

⁷⁵ Salvo que se haya pactado expresamente una indemnización superior para este supuesto, la paralización del vehículo por causas no imputables al porteador, incluidas las operaciones de carga y descarga, dará lugar a una indemnización en cuantía equivalente al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día multiplicado por 2 por cada hora o fracción de paralización, sin que se tengan en cuenta las dos primeras horas ni se computen más de diez horas diarias por este concepto. Cuando la paralización del vehículo fuese superior a un día el segundo día será indemnizado en cuantía equivalente a la señalada para el primer día incrementada en un 25 por ciento. Cuando la paralización del vehículo fuese superior a dos días, el tercer día y siguientes serán indemnizados en cuantía equivalente a la señalada para el primer día incrementada en un 50 por ciento.

no excederá de la que correspondería en caso de pérdida de la mercancía». Con esta última regla, se produce una remisión a las normas sobre limitación de la indemnización previstas en el artículo 57 (y, eventualmente, artículo 62) de la nueva ley.

El **artículo 24** de la ley establece a cargo del remitente (cargador) una obligación de información específica cuando se trate del transporte de mercancías peligrosas. En estos casos, el cargador *«habrá de especificar la naturaleza exacta del peligro que representan, indicándole las precauciones a tomar»* (apartado 1, primer inciso); el precepto establece la recomendación de que esta información se recoja en la carta de porte pues, de lo contrario, sigue diciendo que *«recaerá sobre el cargador o destinatario la carga de la prueba de que el porteador tuvo conocimiento de la naturaleza exacta del peligro que presentaba el transporte de dichas mercancías»* (apartado 1, segundo inciso).

Por su parte, las consecuencias del incumplimiento de la obligación de información que se acaba de consignar, se recogen en el apartado 2 del citado artículo 24 de un modo preciso: *«El porteador que no haya sido informado de la peligrosidad de las mercancías no estará obligado a continuar el transporte y podrá descargarlas, depositarlas, neutralizar su peligro, devolverlas a su origen o adoptar cualquier otra medida que resulte razonable en atención a las circunstancias del caso. El porteador deberá comunicarlo inmediatamente al cargador, el cual asumirá los gastos y daños derivados de tales operaciones».*

Los tres últimos preceptos que el Capítulo III de la nueva ley dedica a la fase previa a la ejecución del transporte (artículos 25, 26 y 27) están referidos todos ellos a comportamientos esperados del porteador con ocasión de la recepción de la mercancía en su origen.

El **artículo 25** («Reconocimiento externo»), en primer lugar, indica que *«[e]n el momento de hacerse cargo de las mercancías, el porteador deberá comprobar su estado aparente y el de su embalaje, así como la exactitud de las menciones de la carta de porte relativas al número y señales de los bultos»* (apartado 1) y, en su caso, *«[l]os defectos apreciados se anotarán por el porteador en la carta de porte, mediante la formulación singularizada de reservas suficientemente motivadas»* (apartado 2) (reservas a las que se refiere el artículo 14.2 de la ley). Añade el precepto, en su apartado 3, para concluir su regulación, que *«[e]l porteador que carezca de medios adecuados para verificar la coincidencia del número y las señales de los bultos lo hará constar justificadamente en la carta de porte».* En realidad, este precepto, a pesar de su dicción, no establece una obligación por parte del porteador de realizar el reconocimiento externo aludido, sino tan solo una *carga*, en sentido jurídico, de tal modo que, si no se comporta como el precepto exige, deberá sufrir las consecuencias derivadas de la falta de anotación de reservas en el plano probatorio con el régimen previsto a este respecto en el artículo 14 de la ley.

En este mismo marco hay que situar al **artículo 26** («Examen de las mercancías»), precepto que, en sus líneas básicas, toma sus raíces del derogado Comercio de Comercio.

En este precepto se contempla, fundamentalmente, el derecho que tiene el porteador a examinar las mercancías que le son entregadas por el cargador «*cuando existan fundadas sospechas de falsedad en torno a la declaración del cargador*» sobre dichas mercancías. En concreto, conforme a ese derecho, el porteador «*podrá verificar el peso y las medidas de las mercancías, así como proceder al registro de los bultos*», siendo de su cuenta los gastos derivados del examen «*[s]i la declaración del cargador resulta cierta*». En caso contrario, en buena lógica, los gastos se le imputarán al cargador (apartado 1).

El artículo 26, por otra parte, en su apartado 2, también reconoce al cargador el derecho a solicitar que el porteador realice el examen de la mercancía, con el mismo alcance que en el apartado 1, y no puede negarse el porteador a efectuar dicho examen siempre y cuando el cargador asuma expresamente el pago de los gastos correspondientes.

Tanto en un caso como en otro, señala la ley (artículo 26.3) que el examen deberá ser realizado por el porteador en presencia del cargador o de sus auxiliares (concepto este que la ley no define y que habrá que referir a nuestra doctrina general al respecto) y, no siendo posible, habrán de estar presentes en el examen bien un notario o bien el presidente de la Junta Arbitral del Transporte Terrestre que resulte competente o persona por él designada. En todo caso, concluye el precepto, «*[e]l resultado del reconocimiento se hará constar en la carta de porte o mediante acta levantada al efecto*» (apartado 4)⁷⁶.

Finalmente, el **artículo 27** («Rechazo de los bultos»), un precepto de reminiscencias decimonónicas actualizado debidamente en otros aspectos, concede al porteador el derecho a rechazar el transporte de los bultos que le entrega el cargador en tres supuestos (artículo 27.1, primer inciso). Primero, cuando «*los bultos (...) se presenten mal acondicionados o identificados para el transporte*» (véase el artículo 21). Segundo, cuando los bultos «*no vayan acompañados de la documentación necesaria*» (entendemos que la ley se refiere a la documentación mencionada en su artículo 23: «documen-

⁷⁶ Como no podía ser de otro modo, la nueva ley introduce varias referencias en su texto a las Juntas Arbitrales del Transporte Terrestre, creadas por la LOTT, y que cada vez son más relevantes en nuestro país a la hora de resolver los conflictos derivados de la ejecución de contratos de transporte. En general, véase, A.-L. Calvo Caravaca y C. Llorente Gómez de Segura, «El arbitraje de transporte», en A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2006, pp. 823-887. Igualmente, véase el trabajo más específico de S. Rodríguez Sánchez, *Las Juntas Arbitrales del Transporte: Constitución y funciones (en especial como «depositarias» de las mercancías)*, Valencia, 2005.

tación de la mercancía»). Y, finalmente, cuando la naturaleza y características de dichos bultos no coincidan con las declaradas por el cargador. La ley exige expresamente, por su parte, que el porteador comunique al cargador su rechazo (artículo 27.1, inciso final).

El apartado 2 del artículo 27, por último, contempla una novedosa regla en cuya virtud *«el porteador podrá supeditar la admisión de los bultos a la aceptación de las reservas que se proponga formular en la carta de porte, dejando constancia de los defectos apreciados»*. Se refuerza de este modo sustancialmente, frente al régimen anterior, la posición del porteador en la formulación de las reservas a las que se refiere el artículo 14.2 de la ley, con las correspondientes consecuencias en el plano probatorio.

Desarrollo del transporte

Los artículos 28-32 de la nueva ley pertenecen a la fase de ejecución o desarrollo, en sentido estricto, del transporte, Es decir, a aquella fase que discurre desde que el porteador recibe las mercancías del cargador hasta que las pone a disposición del destinatario.

El **artículo 28** («Custodia y transporte»), cuya tramitación parlamentaria no fue pacífica, es, en cierto modo, un precepto de contenido dogmático (y algunos pensarán que, por ello, innecesario) en la medida en que viene a recoger el principio general de que todo porteador, en un contrato de transporte, asume, frente a su contraparte, una doble e inescindible obligación de desplazamiento (transporte) y custodia de la mercancía⁷⁷.

A la primera obligación se refiere el artículo 28.2, en su primer inciso, cuando afirma que *«[e]l porteador asume la obligación de conducir a destino las mercancías objeto de transporte para su entrega al destinatario»*. Por su parte, la obligación de custodia se recoge en el artículo 28.1: *«El porteador está obligado a guardar y conservar las mercancías objeto de transporte desde que las recibe en origen hasta que las entrega en destino, de conformidad con lo estipulado en el contrato y las disposiciones de esta ley»*. Pero, junto a esas obligaciones esenciales de desplazamiento (transporte) y de custodia, el porteador puede asumir en el contrato de transporte otros deberes y obligaciones a los que también se refiere el artículo 28.3 cuando afirma que *«[e]l porteador también se obliga a cumplir las demás prestaciones complementarias o accesorias que haya asumido con motivo u ocasión del transporte, en los términos y condiciones pactados en el contrato»*. Nada nuevo, por tanto, bajo el marco dogmático del contrato de transporte.

La única regla particular recogida en el artículo 28, y que tampoco es novedosa, la encontramos en el párrafo segundo de su apartado 2 en relación con el itinerario del transporte. Este precepto se limita a señalar que *«[s]alvo*

⁷⁷ Llorente, «El contrato de transporte de mercancías», cit., pp. 1033 y ss.

que se hubiese pactado un itinerario concreto, el porteador habrá de conducir las mercancías por la ruta más adecuada atendiendo a las circunstancias de la operación y a las características de las mercancías». Habitualmente, no suele pactarse el itinerario del transporte, por lo que, por regla general, habrá que estar a los criterios supletorios (y amplios) previstos en el precepto a la hora de medir la diligencia del comportamiento desplegado por el porteador en la elección del correspondiente itinerario y su eventual tratamiento en sede de responsabilidad.

Los **artículos 29** y **30** de la nueva ley regulan el llamado «derecho de disposición» con un grado de detalle traído de la reglamentación internacional⁷⁸ que, dicho sea de paso, no se compadece con su escasa aplicación en el tráfico. Lo cual no impide reconocer la importancia que tiene esta facultad para el derechohabiente del contrato de transporte.

El **artículo 29** («Derecho de disposición»), en su apartado 1, comienza ofreciendo una definición ejemplificativa («en particular») del derecho de disposición al señalar que este derecho puede consistir en ordenar *«al porteador que detenga el transporte, que devuelva la mercancía a su origen o que la entregue en un lugar o a un destinatario diferente de los indicados en la carta de porte»*. La nueva regulación en este aspecto no ofrece novedades.

El derecho de disposición, por su parte, corresponderá al cargador (artículo 29.1) o bien al destinatario siempre que, en este último caso, así se haya pactado expresamente en el contrato. Ahora bien, *«[s]i el destinatario ejerce este derecho ordenando entregar la mercancía a otra persona, esta, a su vez, no puede designar un nuevo destinatario»* (artículo 29.2).

El **artículo 30**, por su parte, aborda dos cuestiones diversas. Una primera, la relativa al ejercicio del derecho de disposición (apartados 1-2). Y otra, la de su extinción (apartado 3).

Con respecto a la primera cuestión, el artículo 30.1 exige la concurrencia de tres condiciones para que el ejercicio del derecho de disposición sea válido:

a) El cargador o el destinatario debe presentar al porteador el primer ejemplar de la carta de porte, en el que constarán las nuevas instrucciones, y resarcirle de los gastos y daños que se ocasionen por la ejecución de tales instrucciones.

b) La ejecución de las nuevas instrucciones debe ser posible en el momento en que se comuniquen al porteador, sin dificultar la explotación normal de su empresa ni perjudicar a cargadores o destinatarios de otros envíos. En caso contrario, el porteador deberá comunicar inmediatamente la imposibilidad de cumplir tales instrucciones a quien se las dio.

⁷⁸ A. Recalde Castells, «El “derecho de disposición” en el transporte internacional de mercancías por carretera», *RDM*, 2006, pp. 945-993.

c) *Las instrucciones no podrán tener como efecto la división del envío.*

Por su parte, el artículo 30.2 establece que *«el porteador que no ejecute las instrucciones que se le hayan dado en las condiciones anteriormente señaladas, o que las haya ejecutado sin haber exigido la presentación del primer ejemplar de la carta de porte, responderá de los perjuicios causados por este hecho»*. Responsabilidad sobre cuya limitación, en términos indemnizatorios, no se pronuncia la ley como lo hace en el artículo 23.3.

Finalmente, por lo que respecta a la extinción del derecho de disposición, el artículo 30, en su apartado 3, establece que *«[e]l derecho del cargador regulado en este artículo se extingue cuando el segundo ejemplar de la carta de porte se entregue al destinatario o cuando este reclame la entrega de la mercancía o haga uso de los derechos que le corresponden en caso de pérdida o retraso en la entrega. A partir de ese momento el porteador deberá someterse a las instrucciones del destinatario»*. Los supuestos a los que se refiere la ley en este precepto son aquellos previstos en su artículo 35.

Los dos últimos preceptos (artículos 31 y 32) que la ley dedica a la fase de ejecución o desarrollo del transporte regulan los problemas derivados de aquellas situaciones que impiden llevar a cabo dicha ejecución. Son los que el **artículo 31** denomina «impedimentos del transporte», es decir, cuando *«el transporte de las mercancías no puede llevarse a cabo en las condiciones que fija el contrato por causas debidamente justificadas»*.

En estos casos, la ley indica cuál ha de ser el comportamiento que deberá desplegar el porteador. Y así, lo que el porteador deberá hacer, en primer lugar, es comunicar al cargador la existencia del impedimento y solicitar sus instrucciones (artículo 31.1)⁷⁹. *«A falta de instrucciones, el porteador tomará aquellas medidas razonables y proporcionadas que considere adecuadas para el buen fin de la operación, incluida la de restituir las mercancías a su lugar de origen, depositarlas en almacén seguro o conducir las a su punto de destino en condiciones diferentes»* (artículo 31.2). Gozará, por tanto, el porteador, en estos casos, de un amplio margen de actuación, siempre que lo haga dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad predicados por la ley. Y, en todo caso, *«[l]os gastos y los perjuicios derivados de la solicitud y ejecución de instrucciones o, en su caso, de la falta de estas o del retraso en su emisión serán de cuenta del cargador, a no ser que haya habido culpa del porteador»* (artículo 31.3).

El **artículo 32** («Riesgo de pérdida o daño de las mercancías»), por su parte, contempla la hipótesis de que, durante la ejecución del transporte, las

⁷⁹ El artículo 31.1 solo se refiere al cargador, no al destinatario aún cuando este pueda ser el titular del derecho de disposición. El artículo 32.1, por su parte, sí habla del «titular del derecho de disposición». Nos preguntamos dónde puede estar la diferencia.

mercancías corrieren el riesgo de sufrir pérdidas o daños. En estos casos, el apartado 1 de este precepto señala que *«[s]i, a pesar de las medidas que hayan podido adoptarse, las mercancías transportadas corrieran el riesgo de perderse o de sufrir daños graves, el porteador lo comunicará de inmediato al titular del derecho de disposición solicitándole instrucciones»*. Nuevamente, por tanto, se le impone al porteador la obligación de solicitar instrucciones al cargador, y este asumirá los gastos derivados de la solicitud y ejecución de las instrucciones, salvo que hubiese concurrido culpa del porteador (artículo 32.2).

En una circunstancia concreta, no obstante, el porteador quedará liberado de la obligación de solicitar instrucciones en estos supuestos problemáticos: *«cuando así lo justifique la naturaleza o el estado de la mercancía»*. En este caso, *«[e]l porteador podrá solicitar ante el órgano judicial o la Junta Arbitral del Transporte competente la venta de la mercancía»*, y el producto de dicha venta quedará *«a disposición de quien corresponda, previa deducción del precio del transporte y de los gastos ocasionados»* (artículo 32.3).

Fase final del transporte

La fase final del transporte comienza cuando el transporte llega a su destino y el porteador pone la mercancía a disposición del destinatario⁸⁰. Es una fase de importancia crítica en la vida jurídica del contrato de transporte, de ahí que la reglamentación le dedique una atención detallada.

Comienza la ley, en su **artículo 33**, estableciendo unas reglas relativas al *«lugar y plazo de entrega de la mercancía al destinatario»*. Como no podía ser de otro modo, en atención a la orientación liberal de la ley, el apartado 1 del artículo 33 comienza señalando que *«[e]l porteador deberá entregar la mercancía transportada al destinatario en el lugar y plazo pactados en el contrato»*. Primacía de la autonomía de la voluntad, por tanto.

En caso de que no haya pacto sobre el plazo de entrega, la ley establece reglas distintas según se trate del transporte por carretera o del transporte por ferrocarril, ofreciendo en este contexto una de las escasas normas específicamente ferroviarias de la nueva regulación.

En el primer caso, el artículo 33.1, en su párrafo segundo, dice que *«[e]n defecto de plazo pactado, la mercancía deberá ser entregada al destinatario dentro del término que razonablemente emplearía un porteador diligente en realizar el transporte, atendiendo a las circunstancias del caso»*. Con esta formulación se deja claramente en manos del intérprete la determinación del plazo atendiendo a esos criterios de razonabilidad, diligencia y circunstan-

⁸⁰ En el régimen anterior, véase F. Martínez-Conde, «La responsabilidad del transportista en la entrega de la mercancía», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 79 (1991-1992), pp. 179 y ss.

cias del caso previstos en el texto y que no siempre serán de fácil delimitación.

Tratándose de un contrato de transporte ferroviario, habrá que estar a lo previsto en el artículo 33.2, norma específicamente ferroviaria, que dice lo siguiente:

2. En el transporte ferroviario, en ausencia de acuerdo y sin perjuicio de lo establecido en los apartados 3 y 4, los plazos de transporte no podrán superar los siguientes límites:

a) Para vagones completos:

Plazo de expedición: 12 horas.

Plazo de transporte, por cada fracción indivisible de 400 kilómetros: 24 horas.

b) Para envíos en régimen de paquetería:

Plazo de expedición: 24 horas.

Plazo de transporte, por cada fracción indivisible de 200 kilómetros: 24 horas.

El apartado 2 habrá de ser complementado por el 3, también aplicable al transporte ferroviario de mercancías, conforme al cual *«[e]n el transporte ferroviario, el porteador podrá ampliar el plazo de duración del transporte en lo estrictamente necesario cuando: a) los envíos se transporten por líneas con diferente ancho de vía, por mar o por carretera cuando no exista conexión ferroviaria; b) circunstancias extraordinarias entrañen un aumento anormal del tráfico o dificultades anormales de explotación»*.

Por último, y con alcance general, el apartado 4 del artículo 33 ofrece una regla de cómputo del plazo de entrega, en los siguientes términos:

4. El plazo de entrega empieza a correr con la recepción de las mercancías para su transporte. Se prorrogará por el tiempo que las mercancías estén paradas por causa no imputable al porteador y su cómputo se suspenderá los días festivos y los inhábiles para circular.

Delimitados el lugar y plazo de entrega de las mercancías en destino, la ley se centra a continuación en la regulación del estado de las mercancías en el momento de su entrega al destinatario, cuestión a la que dedica su **artículo 34**.

Este precepto comienza recogiendo un principio general de la dogmática del contrato de transporte conforme al cual *«[l]a mercancía transportada deberá ser entregada al destinatario en el mismo estado en que se hallaba al ser recibida por el porteador, sin pérdida ni menoscabo alguno, atendiendo a las condiciones y a la descripción de la misma que resultan de la carta de porte»*. Se trata, por lo tanto, de una manifestación directa y esencial de la obligación de custodia (artículo 28) que compete a todo porteador, en la que, además, la información recogida en la carta de porte

sobre el estado de la mercancía juega un papel muy relevante a efectos probatorios.

Obviamente, las partes en conflicto, porteador y destinatario, pueden no estar conformes con el estado en que se entrega la mercancía en su destino, en cuyo caso el artículo 34 de la nueva ley establece dos reglas correlativas en sus apartados 2 y 3.

Conforme al primero de esos apartados, *«si el porteador y el destinatario no consiguen ponerse de acuerdo en torno al estado de las mercancías entregadas o a las causas que hayan motivado los daños, podrán disponer su reconocimiento por un perito designado a tal efecto por ellos mismos o por el órgano judicial o la Junta Arbitral del Transporte que corresponda»*. Se faculta a las partes, por lo tanto, para que acudan a una investigación pericial contradictoria, intervención pericial que siempre será recomendable⁸¹. Por su parte, en el caso de que las partes implicadas *«no se conformen con el dictamen pericial que, en su caso, se hubiese realizado ni transijan de otro modo sus diferencias, cada una de las partes usará de su derecho como corresponda»* (artículo 34.3).

El **artículo 35** («Derechos del destinatario»), por otro lado, describe de manera sucinta, pero suficiente, la posición jurídica del destinatario respecto del contrato de transporte. La consideración dogmática del destinatario como un tercero beneficiario del contrato de transporte encaja adecuadamente en el planteamiento normativo de la nueva ley cuando señala, en el apartado 1 del artículo 35, que *«[e]l destinatario podrá ejercitar frente al porteador los derechos derivados del contrato de transporte desde el momento en que, habiendo llegado las mercancías a destino o transcurrido el plazo en que deberían haber llegado, solicite su entrega»*. Su derecho básico, por lo tanto, es el de solicitar al porteador la entrega de la mercancía y, consecuentemente, una vez realizada esta solicitud, ejercitar todos los demás derechos que se deriven del contrato de transporte.

La ley, no obstante, establece una condición para que el destinatario pueda ejercer los derechos a los que se refiere el artículo 35.1. Deberá *«hacer efectivo el precio del transporte y los gastos causados o, en caso de disputa sobre estos conceptos, a prestar la caución suficiente»* (artículo 35.2). Cuando la ley hace mención al pago del precio no concreta si está pensando sólo en los supuestos en que el transporte sea «a portes debidos» o, también, cuando el transporte fuese «a portes pagados» pero no se hubieran abonado.

La ley contempla en su **artículo 36** («Impedimentos al transporte»), por su parte, determinadas situaciones, no infrecuentes en la práctica, en las que el porteador no puede hacer la entrega de la mercancía al destinatario⁸².

⁸¹ Véase el artículo 60.2 de la ley.

⁸² F. Juan y Mateu, *Los impedimentos para la entrega en el transporte de mercancías por carretera*, Granada 2005.

Estos supuestos de «impedimentos a la entrega» (que parecen ser *numerus clausus*) están recogidos en el apartado 1 del precepto y son concretamente los siguientes: «no hallarse el destinatario en el domicilio indicado en la carta de porte, (...) no hacerse cargo de la mercancía en las condiciones establecidas en el contrato, (...) no realizar la descarga correspondiéndole hacerlo o (...) negarse a firmar el documento de entrega».

En estos casos, la ley, siguiendo un planteamiento similar al que hemos visto en los casos de «impedimentos al transporte», le impone al porteador un determinado comportamiento, consistente, fundamentalmente, en comunicar al cargador la existencia del impedimento y solicitar sus instrucciones (artículo 36.1 *in fine*). Y «[s]i no fuera posible para el transportista solicitar nuevas instrucciones al cargador, o si dichas instrucciones no fueran impartidas por este en el plazo acordado por las partes, el transportista podrá proceder conforme se establece en el artículo 44 de la presente ley» (artículo 36.5). Por supuesto, «[e]l porteador tiene derecho a exigir del cargador el pago de los gastos y perjuicios que le ocasionen la petición y ejecución de instrucciones, así como el retraso o la falta de instrucciones, a menos que estos gastos sean causados por su culpa».

La regulación del artículo 36 sobre los «impedimentos a la entrega» se completa con dos reglas especiales.

Una es la prevista en su apartado 2, para el supuesto de que el impedimento cese antes de que el porteador haya recibido instrucciones del cargador, en cuyo caso el porteador «entregará las mercancías al destinatario, notificándolo inmediatamente al cargador».

La segunda regla especial se contiene en el apartado 4 del precepto: «si surgen impedimentos a la entrega después de que el destinatario haya dado orden de entregar las mercancías a una tercera persona en el ejercicio de su derecho de disposición, el destinatario sustituye al cargador y el tercero al destinatario a efectos de lo dispuesto en este artículo». Se aplicará solamente, como indica el precepto, cuando el derecho de disposición corresponda al destinatario.

Finalmente, y como indicamos en su momento, también puede adscribirse a la fase final de la ejecución del transporte la regulación prevista en el **artículo 42** («Entrega contra reembolso»), supuesto específico, pero no infrecuente, que ya había recibido tratamiento en el CMR⁸³ y que ahora se incorpora a nuestro sistema de normas de producción interna con una regulación más detallada que la recogida en la normativa internacional⁸⁴.

⁸³ A. Recalde Castells, «La entrega de las mercancías contra reembolso en el transporte internacional por carretera», *DNeg*, 195, 2006, pp. 5-13.

⁸⁴ Artículo 42: *Entrega contra reembolso*.

1. Cuando se haya pactado que la mercancía solo puede ser entregada al destinatario a cambio de que este pague una cantidad de dinero, el porteador deberá percibirla en efectivo o por otro medio expresamente autorizado. Si el destinatario no hace efectivo el reem-

Pago del precio del transporte

La regulación del precio (y gastos) del transporte recogida en la ley constituye, sin duda, una significativa novedad en nuestro ordenamiento, que nunca se había sentido especialmente inclinado a regular este aspecto tan relevante del contrato de transporte, ni en la normativa interna ni en la internacional⁸⁵. La regulación sobre esta materia, que es extensa (**artículos 37-41**), ha sido incorporada para satisfacer los intereses de los porteadores, que tradicionalmente se han visto perjudicados por la falta de una normativa más precisa sobre el que constituye el derecho más importante que nace a su favor del contrato de transporte (y el que, proporcionalmente, más litigios plantea)⁸⁶.

El primer aspecto que aborda la nueva regulación es el de quién debe abonar el precio (porte) y gastos del transporte y lo hace conforme a criterios plenamente aceptados. Así, «[c]uando nada se haya pactado expresamente, se entenderá que la obligación del pago del precio del transporte y demás gastos corresponde al cargador» (artículo 37.1). Es decir, se tratará de un transporte «a portes pagados». Y, por su parte, «cuando se haya pactado el pago del precio del transporte y los gastos por el destinatario, este asumirá dicha obligación al aceptar las mercancías» (artículo 37.2, primer párrafo) (transporte «a portes debidos»). Ahora bien, en este último caso, cuando el porteador no pague el precio del transporte, el cargador responderá subsidiariamente (artículo 37.2, párrafo final)⁸⁷.

bolso, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 36 en relación con los impedimentos a la entrega.

2. *Recibido el reembolso, el porteador deberá entregar lo cobrado al cargador o a la persona designada por este en el plazo de diez días, salvo que se haya pactado otro mayor.*

3. *El porteador que entregue la mercancía sin cobrar la cantidad pactada responderá frente al cargador hasta el importe del reembolso, sin perjuicio de su derecho de repetir contra el destinatario.*

4. *La entrega contra reembolso podrá concertarse tanto cuando sea el destinatario el obligado al pago del precio del transporte como cuando lo sea el cargador.*

⁸⁵ Lo recuerda el Preámbulo de la ley, en su apartado III, párrafo tercero, primer inciso: «No encuentra precedente en los convenios internacionales la regulación legal de la obligación de pago del precio del transporte».

⁸⁶ Preámbulo, apartado III, párrafo tercero, inciso final: «Con ello se busca poner fin a ciertos abusos de la práctica cometidos en perjuicio de los legítimos intereses del porteador».

⁸⁷ El Preámbulo de la Ley indica que «[l]a ley adopta aquí un planteamiento novedoso, en el que sin duda destaca la responsabilidad subsidiaria de pago que asume el cargador en aquellos casos en que se pacte el pago de los portes por el destinatario». Probablemente, la novedad radique en la incorporación de la citada regla a un texto legal, pero la regla en sí misma no es novedosa, porque siempre ha sido plenamente aceptada por la dogmática del contrato de transporte en atención a la naturaleza jurídica de dicho contrato.

Por lo que respecta a la determinación del precio del transporte, el artículo 39.4 señala que *«[e]n defecto de pacto entre las partes sobre la fijación del precio del transporte, el precio del transporte será el que resulte usual para el tipo de servicio de que se trate en el momento y lugar en el que el porteador haya de recibir las mercancías. En ningún caso se presumirá que el transporte es gratuito»*. Por su parte, en el **artículo 38** se establecen unas reglas de revisión del precio del transporte por carretera en función de la variación del precio del gasóleo, que parecen más propias de un texto reglamentario, pero sobre cuya oportunidad no es posible hacer ninguna crítica por razones obvias⁸⁸.

En relación con el devengo del derecho al pago del precio del transporte, por su parte, el **artículo 39** ofrece tres reglas de interés, dos de carácter general y una aplicable en exclusiva al contrato de transporte continuado (artículo 8). Estas reglas son las siguientes:

a) *«[C]uando otra cosa no se haya pactado, el precio del transporte y los gastos exigibles en virtud de una operación de transporte deberán ser abonados una vez cumplida la obligación de transportar y puestas las mercancías a disposición del destinatario»* (apartado 1). La regla se compadece plenamente con la naturaleza del contrato de transporte como arrendamiento de obra. El pago se debe cuando la obra se termina.

⁸⁸ Artículo 38: *Revisión del precio del transporte por carretera en función de la variación del precio del gasóleo.*

1. *En los transportes por carretera, salvo que otra cosa se hubiera pactado expresamente por escrito, cuando el precio del gasóleo hubiese aumentado entre el día de celebración del contrato y el momento de realizarse el transporte, el porteador podrá incrementar en su factura el precio inicialmente pactado en la cuantía que resulte de aplicar los criterios o fórmulas que, en cada momento, tenga establecidos la Administración en las correspondientes condiciones generales de contratación del transporte de mercancías por carretera.*

Dichos criterios o fórmulas deberán basarse en la repercusión que la partida de gasóleo tenga sobre la estructura de costes de los vehículos de transporte de mercancías.

2. *De la misma manera, el obligado al pago del transporte podrá exigir una reducción equivalente del precio inicialmente pactado cuando el precio del gasóleo se hubiese reducido entre la fecha de celebración del contrato y la de realización efectiva del transporte.*

3. *Los criterios o fórmulas señalados serán de aplicación automática siempre que el precio del gasóleo hubiera experimentado una variación igual o superior al 5 por ciento, salvo que, expresamente y por escrito, se hubiera pactado otra cosa distinta previa o simultáneamente a la celebración del contrato.*

Salvo pacto en contrario, en los contratos de transporte continuado se aplicarán de forma automática los incrementos o reducciones determinados por la aplicación de los anteriores criterios o fórmulas con carácter trimestral en relación con el precio inicialmente pactado, sea cual fuere el porcentaje en que hubiese variado el precio del gasóleo.

4. *El pacto en contrario se considerará nulo en todos aquellos casos en que tenga un contenido claramente abusivo en perjuicio del porteador y carecerá de efecto cuando se contenga en unas condiciones generales respecto de las que la parte que no las ha propuesto solo pueda mostrar su aceptación o rechazo global.*

b) *«En caso de ejecución parcial del transporte, el porteador solo podrá exigir el pago del precio y los gastos en proporción a la parte ejecutada, siempre que esta reporte algún beneficio para el deudor.*

No obstante, el porteador conservará su derecho al cobro íntegro cuando la inejecución se haya debido a causas imputables al cargador o al destinatario» (apartado 2).

c) *«En los contratos de transporte continuado, si las partes hubiesen acordado el pago periódico del precio del transporte y de los gastos relativos a los sucesivos envíos, dicho pago no será exigible hasta el vencimiento del plazo convenido»* (apartado 3).

También contempla la ley el problema de la «demora en el pago del precio», cuyas repercusiones prácticas son tan evidentes. En este aspecto, el **artículo 41** establece un régimen imperativo mínimo destinado a proteger al porteador de los comportamientos abusivos (nada excepcionales, por cierto) en esta materia y que, seguramente, introducirá cierto orden en el sector⁸⁹.

Finalmente, en este conjunto de reglas aplicables al precio del transporte, la nueva ley ha introducido un precepto, el **artículo 40**, relativo a la «enajenación de las mercancías por impago del precio del transporte» y que, también, plantea consecuencias prácticas de trascendencia.

En su primer apartado, el artículo recoge una regla que está en consonancia con lo establecido en los artículos 35.2 y 36.1 de la ley. Según este artículo 40.1, *«si llegadas las mercancías a destino, el obligado no pagase el precio u otros gastos ocasionados por el transporte, el porteador podrá negarse a entregar las mercancías a no ser que se le garantice el pago mediante caución suficiente»*. Se establece, de este modo, un derecho de retención a favor del porteador, cuyo régimen se completa con lo previsto en el apartado 2 del precepto analizado: *«[c]uando el porteador retenga las mercancías, deberá solicitar al órgano judicial o a la Junta Arbitral del Transporte competente el depósito de aquellas y la enajenación de las nece-*

⁸⁹ Artículo 41: *Demora en el pago del precio.*

1. *En todo caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, el obligado al pago del transporte incurrirá en mora en el plazo de treinta días, en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.*

2. *Cuando la fecha de recibo de la factura o la solicitud de pago equivalente se preste a duda, así como en todos los casos de autofacturación por parte del obligado al pago, los treinta días anteriormente señalados se computarán desde la fecha de entrega de las mercancías en destino.*

3. *El pacto en contrario se considerará nulo en todos aquellos casos en que tenga un contenido abusivo en perjuicio del porteador, conforme a las reglas que, a tal efecto, señala el artículo 9 de la Ley 3/2004.*

Asimismo, carecerá de efecto el pacto en contrario cuando se contenga en unas condiciones generales respecto de las que la parte que no las ha propuesto solo puede mostrar su aceptación o rechazo global.

sarias para cubrir el precio del transporte y los gastos causados, en el plazo máximo de diez días desde que se produjo el impago».

Transporte continuado

Como complemento a la regulación parcial del contrato de transporte continuado que recoge la nueva ley, el legislador ha creído conveniente incluir en su Capítulo II una norma relativa a la «extinción de los contratos de transporte continuado», que se recoge en su **artículo 43**⁹⁰.

V. Depósito y enajenación de las mercancías

En su Capítulo IV, la ley ha querido ofrecer, en dos artículos (44-45), una solución a los problemas que se plantean cuando el porteador se encuentra ante un supuesto de «impedimentos al transporte» (artículo 31) o de «impedimentos a la entrega» (artículo 36).

En ambos casos, el artículo 44.1 le ofrece al porteador la facultad de descargar las mercancías del medio de transporte y, a continuación, de proceder a su depósito bien en cabeza propia, bien recurriendo a un tercero o, finalmente, encomendándolo a la correspondiente Junta Arbitral del Transporte Terrestre. En el primer caso, el porteador seguirá siendo responsable de la custodia de la mercancía. En el segundo, responderá tan solo por culpa en la elección del depositario. Y en el tercero, el depósito «*surtirá para el porteador los efectos propios de la entrega, considerándose terminado el transporte*», por lo que esta última será siempre la opción más recomendable para el porteador.

Junto a la precedente facultad de depósito, la ley, en el apartado 2 de su artículo 44, también contempla el derecho del porteador a solicitar la enajenación de las mercancías, por vía judicial o acudiendo a la Junta Arbitral del Transporte Terrestre competente, sin necesidad de esperar a las instrucciones del derechohabiente sobre las mercancías, «*si así lo justifican su naturaleza perecedera o el estado en que se encuentren o si los gastos de custodia son excesivos en relación con su valor*». Pero fuera de este

⁹⁰ Artículo 43: *Extinción de los contratos de transporte continuado.*

1. *Los contratos de transporte continuado que tengan un plazo de duración determinado se extinguirán por el transcurso del mismo, salvo prórroga o renovación. Si no se hubiera determinado plazo se entenderá que han sido pactados por tiempo indefinido.*

2. *Los contratos pactados por tiempo indefinido se extinguirán mediante la denuncia hecha de buena fe por cualquiera de las partes, que se notificará a la otra por escrito, o por cualquier otro medio que permita acreditar la constancia de su recepción, con un plazo de antelación razonable, que en ningún caso podrá ser inferior a treinta días naturales.*

supuesto concreto, la enajenación solo será procedente «*si en un plazo razonable no ha recibido de quien tiene el poder de disposición sobre aquellas instrucciones en otro sentido cuya ejecución resulte proporcionada a las circunstancias del caso*».

Los precedentes apartados 1 y 2 del artículo 44 son aplicables al transporte que no sea de «paquetería o similar»⁹¹, pues, en este último caso (transporte de carga fraccionada), la ley ofrece algunas reglas especiales en el apartado 3 de dicho precepto, que constituyen una novedad en nuestro marco legal del transporte terrestre y que confieren al porteador facultades de disposición sobre las mercancías de enorme alcance y trascendencia práctica⁹².

La regulación del artículo 44 se completa con su apartado 4, aplicable a todos los supuestos regulados en dicho precepto y conforme al cual «*las mercancías quedan afectas a las obligaciones y gastos resultantes de estas operaciones y del contrato de transporte*».

VI. Responsabilidad del porteador

El **Capítulo V** de la ley regula el problema de la responsabilidad del porteador, al que dedica sus artículos **46-63**⁹³. Lo hace, como reconoce expresamente el Preámbulo de la ley, de un modo muy próximo, casi idéntico, al de

⁹¹ Entendemos que esta expresión habrá que identificarla con la que se describe en el artículo 20.3 de la ley.

⁹² «3. En el caso del transporte de paquetería o similar en que no se haya realizado declaración de valor, el porteador que haya optado por descargar la mercancía podrá entender abandonado el correspondiente envío si, transcurridos tres meses desde la fecha en que por primera vez intentó su entrega al destinatario, no ha recibido de quien tuviera el poder de disposición sobre aquél instrucciones al respecto.

En este caso, el porteador podrá ocuparlo y proceder a la enajenación de la mercancía, aplicando el producto de la venta a cubrir el precio y los gastos del transporte y los gastos de almacenaje que se hubieran generado hasta ese momento. En caso de que el valor venal de la mercancía fuera ínfimo, el porteador podrá destruirla y reclamar contra el cargador el importe total de lo debido por razón del transporte y del almacenaje. Para todo lo anterior, el porteador podrá abrir e inspeccionar los bultos cuyo transporte se le hubiera encomendado. El abandono del envío por parte de quien tuviera el poder de disposición sobre el mismo, no perjudicará al porteador quien, tanto en el caso de ocupación y enajenación como en el de destrucción del envío, quedará libre de cualquier reclamación formulada por terceros que sostengan algún derecho sobre la mercancía».

⁹³ Sobre este problema, entre nosotros, sigue siendo muy recomendable la lectura de la tesis de C. Górriz, *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías: carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal*, Bolonia, 2001. Desde una perspectiva general, sobre la responsabilidad contractual véase la decisiva monografía de J. Jordano Fraja, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.

la regulación internacional en la materia⁹⁴. Por este motivo, quienes se dediquen al transporte internacional de mercancías, particularmente por carretera, se sentirán muy cómodos con la nueva regulación⁹⁵. En este capítulo se abordan estrictamente cuestiones en materia de *responsabilidad*, así como todo lo referente a la determinación de la correspondiente *indemnización*. También se introduce una norma en materia de *reclamaciones* frente al porteador. Analizaremos estas tres cuestiones siguiendo el orden que se acaba de anunciar.

Responsabilidad

Comienza la regulación de la ley en esta materia con una referencia expresa al *carácter* del régimen de responsabilidad acogido en el texto legal, que se recoge en el **artículo 46** («Carácter imperativo»). Según este precepto, las normas de responsabilidad de la ley tendrán *carácter imperativo mínimo*, es decir, no podrán ser modificadas por voluntad de las partes, salvo cuando se aumente o amplíe el régimen de responsabilidad del porteador previsto en la ley⁹⁶.

También es importante, por su parte, desde una perspectiva general, el pronunciamiento del **artículo 63** de la ley («Aplicación del régimen de responsabilidad a las diversas acciones»), según el cual «*el régimen de responsabilidad previsto en este capítulo será aplicable a toda acción que persiga una indemnización por daños y perjuicios derivados del transporte, con independencia de cuál sea el procedimiento a través del que se ejercite o su fundamento contractual o extracontractual, tanto si se hace valer frente al porteador como si se dirige contra sus auxiliares*». Este precepto tiene una importancia extraordinaria porque unifica el régimen de responsabilidad por daños en materia de transporte terrestre de mercancías en nuestro ordenamiento, de tal manera que con independencia del fundamento de la preten-

⁹⁴ Preámbulo, apartado III, párrafo cuarto: *Una vez más, la influencia de los textos internacionales, fundamentalmente del CMR, se deja sentir muy profundamente en los preceptos dedicados a la responsabilidad del porteador por pérdidas, averías o retraso. Y es que, ciertamente, no se aprecian razones de peso para regular en términos muy distintos la responsabilidad del porteador en el ámbito internacional y en el nacional. Así, se acoge el mismo régimen de causas de exoneración, con la ya clásica distinción entre causas privilegiadas y ordinarias en atención a la existencia o no de facilidades probatorias.*

⁹⁵ En este ámbito es muy recomendable la consulta de la monografía de F. Martínez Sanz, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)*, Granada, 2002.

⁹⁶ Artículo 46: *Carácter imperativo.*

1. *Las disposiciones de este capítulo tienen carácter imperativo.*
2. *Las cláusulas contractuales que pretendan reducir o aminorar el régimen de responsabilidad del porteador previsto en esta ley serán ineficaces y se tendrán por no puestas.*

sión ejercitada, del procedimiento elegido o de que se dirija la acción contra el porteador o contra sus auxiliares (siempre que esto sea posible: artículo 6), las normas aplicables será las mismas⁹⁷.

Bajo la rúbrica de «supuestos de responsabilidad» se nos presenta, por su parte, el **artículo 47** de la ley, que, sin embargo, como veremos, va más allá en su contenido de lo que se sugiere con la citada rúbrica.

Es cierto que el artículo 47 establece cuáles son los supuestos de responsabilidad del porteador, y destacan como supuestos principales aquellos que aparecen señalados en su apartado 1: en su primer inciso, la pérdida total o parcial de las mercancías y sus averías (también totales o parciales, habrá que añadir) y, en su segundo inciso, el retraso en la ejecución del transporte⁹⁸. La ley no define ninguno de estos supuestos, pero se trata de conceptos sobradamente conocidos por nuestra dogmática. No obstante, en este marco conceptual, habrá que tener en cuenta el **artículo 54**, que regula algunos supuestos de responsabilidad que, a juicio de la ley, serán equiparables a la pérdida (o avería) total, con las correspondientes consecuencias jurídicas⁹⁹.

Junto a los supuestos de la pérdida, averías o retraso, que, como dijimos, son los principales, la ley, sin embargo, no puede obviar que hay otros supuestos de responsabilidad del porteador derivados del incumplimiento de las obligaciones que este operador asume en un contrato de transporte y a ellos se refiere, con una formulación general, el artículo 47.2, cuando señala que «[a] falta de regulación específica, el incumplimiento por el porteador de otras obligaciones derivadas del contrato de transporte se regirá por las normas generales de la responsabilidad contractual». Fuera de los supuestos principales de responsabilidad, por lo tanto, habrá que estar a lo que pueda establecer de manera específica la regulación aplicable (por ejem-

⁹⁷ M. Yzquierdo Tolsada, «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», *RCDI*, 1991, pp. 443 y ss.

⁹⁸ En general, sobre el último supuesto, en el régimen anterior, F. Oleo, «Responsabilidad del transportista por retraso en el transporte terrestre de mercancías», *RGD*, 1996, pp. 5445 y ss.

⁹⁹ Artículo 54: *Supuestos de equiparación a pérdida total.*

1. *El destinatario podrá rehusar hacerse cargo de las mercancías cuando le sea entregada tan solo una parte de las que componen el envío y pruebe que no puede usarlas sin las no entregadas.*

2. *Idéntico derecho asistirá al destinatario en los casos de averías, cuando las mismas hagan que las mercancías resulten inútiles para su venta o consumo, atendiendo a la naturaleza y uso corriente de los objetos de que se trate.*

3. *También podrán considerarse pérdidas las mercancías cuando hayan transcurrido veinte días desde la fecha convenida para la entrega sin que esta se haya efectuado; o, a falta de plazo, cuando hubiesen transcurrido treinta días desde que el porteador se hizo cargo de las mercancías.*

plo, artículo 30.2 de la ley) y, en su defecto, a las normas generales de nuestro ordenamiento en materia de responsabilidad contractual.

Pero, como dijimos, el artículo 47 de la ley no solo regula los supuestos de responsabilidad del porteador sino, también, otros aspectos importantes de dicho régimen de responsabilidad.

Comenzando por el llamado «periodo de responsabilidad» del porteador, al que se refiere el apartado 1 del artículo 47 («desde el momento de su recepción para el transporte hasta el de su entrega en destino») y conforme al cual el porteador solo podrá ser declarado responsable por supuestos que hayan ocurrido (tengan su origen) durante ese periodo de tiempo que discurre desde la recepción de la mercancía en su origen hasta su entrega en destino.

También acoge el artículo 47, en su apartado 3, el principio tradicional de responsabilidad del porteador (deudor) por sus auxiliares o colaboradores en los siguientes términos¹⁰⁰: «*El porteador responderá de los actos y omisiones de los auxiliares, dependientes o independientes, a cuyos servicios recurra para el cumplimiento de sus obligaciones*». Este precepto no exige, para la plena operatividad de su mandato, que los auxiliares deban haber actuado «con ocasión de» o «en el ejercicio de» sus funciones, como requiere la normativa internacional que se ha seguido de modelo en esta materia¹⁰¹. Lo cual llama la atención, salvo que por esta vía de la supresión del citado requisito se pretendan evitar los problemas interpretativos que dichas expresiones han venido causando en el plano internacional.

En relación con el principio asentado en el artículo 47.3, también habrá que tener en cuenta lo dispuesto por el apartado 4 del mismo precepto, aplicable exclusivamente al transporte por ferrocarril y conforme al cual «*[l]os administradores de la infraestructura ferroviaria sobre la que se realice el transporte se considerarán, a estos efectos, auxiliares del porteador*». La figura del administrador de la infraestructura ferroviaria es una consecuencia del fenómeno de la liberalización del transporte ferroviario llevado a cabo en nuestro país por la LSF (RSF) y que corre a cargo, fundamentalmente, de ADIF. El artículo 47.4 viene simplemente a recordar que si el incumplimiento del contrato de transporte es consecuencia de una acción u omisión del

¹⁰⁰ J. Jordano Fraga, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994. y P. Zelaya, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sus dependientes. Naturaleza y requisitos*, Pamplona, 1995. Igualmente, A. Cristóbal Montes, «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», *ADC*, 1989, pp. 5 y ss.; O. Torralba, «La responsabilidad de los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *ADC*, 1971, pp. 1143 y ss.

¹⁰¹ Artículo 3 CMR. Véase E. J. Hermes, «El art. 3 de la convención CMR: un caso concreto de responsabilidad del transportista, que es el más habitual», en *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In Memoriam F.M. Sánchez Gamborino*, Madrid, 2005, pp. 413-418.

citado administrador, el porteador seguirá siendo responsable frente a su contraparte (cargador o destinatario) en los términos del artículo 47.3 (sin perjuicio, claro está, añadimos nosotros, de la acción de repetición que pueda corresponderle contra el auxiliar).

Lo único que nos queda por destacar del artículo 47 es la definición descriptiva del concepto de «mercancías» que ofrece en el segundo párrafo de su apartado 1, lo que se hace a los efectos de la aplicación del régimen de responsabilidad del porteador previsto en el Capítulo V de la ley. Según este precepto *«se considerarán también como mercancías los contenedores, bandejas de carga u otros medios similares de agrupación de mercancías utilizados en el transporte cuando hubiesen sido aportados por el cargador»*¹⁰².

Pieza relevante del nuevo sistema de responsabilidad establecido en la ley es el correspondiente a las circunstancias en las que el porteador queda exonerado de responsabilidad, cuyo régimen está recogido en los **artículos 48-51**. Para entender la operatividad de estas circunstancias exoneratorias hay que partir del principio general sobre la fundamentación de la responsabilidad del porteador que se recoge en el artículo 47.1 y que establece lo que se ha venido en llamar un sistema de «responsabilidad presunta», es decir, el porteador será considerado (se presumirá) responsable de la pérdida, avería o retraso causados durante el periodo de responsabilidad, a no ser que ofrezca prueba liberatoria en contra o, lo que es lo mismo, a no ser que pruebe que concurren en el caso alguna de las causas o presunciones de exoneración de responsabilidad que vienen previstas expresamente en la ley.

La ley se refiere a las «causas de exoneración» en su **artículo 48** y a las «presunciones de exoneración» en su **artículo 49**, precepto este que deberá ser complementado, en supuestos concretos, por lo dispuesto en los **artículos 50-51**. La diferencia práctica última entre causas y presunciones de exoneración estriba, como comprobaremos enseguida, en el rigor de la prueba que se le exige al porteador en uno u otro caso para acreditar su exoneración.

Según el artículo 48.1, el porteador no responderá de los supuestos de responsabilidad previstos en el artículo 47 *«si prueba que la pérdida, la avería o el retraso han sido ocasionados por culpa del cargador o del destinatario, por una instrucción de estos no motivada, por una acción negligente del porteador, por vicio propio de las mercancías o por circunstancias que el porteador no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir»*. Por lo tanto, para exonerarse de responsabilidad, el porteador debe probar directa y positivamente que el supuesto de responsabilidad fue ocasionado por alguno de los hechos o circunstancias previstas expresamente en el artículo 48.1.

La regulación del artículo 48 se completa con dos apartados sobre cuestiones específicas propias de este ámbito. El apartado 2 señala que el por-

¹⁰² En relación con el transporte de contenedores, J. Pulgar Ezquerro, «Especialidades del transporte de mercancías en contenedores», *RDM*, núm. 247, 2003, pp. 37-73.

teador «[e]n ningún caso podrá alegar como causa de exoneración los defectos de los vehículos empleados para el transporte»¹⁰³. Y su apartado 3 indica que «[c]uando el daño sea debido simultáneamente a una causa que exonera de responsabilidad al porteador y a otra de la que deba responder, solo responderá en la medida en que esta última haya contribuido a la producción del daño». Se trata de una formulación particular, traída del CMR¹⁰⁴, del principio de «compensación de culpas».

Frente a las causas de exoneración del artículo 48, como adelantamos, el **artículo 49** de la ley se refiere a las que califica como «presunciones de exoneración». Según este precepto (apartado 1), «[e]l porteador quedará exonerado de responsabilidad cuando pruebe que, atendidas las circunstancias del caso concreto, la pérdida o avería han podido resultar verosímilmente» de algunos de los riesgos que describe a continuación. Como puede observarse, al porteador, a diferencia de lo que sucede con el artículo 48, no se le exige en estos casos que pruebe inequívocamente que el supuesto de responsabilidad es consecuencia directa de uno de los hechos previstos en la ley. Bastará, por el contrario, con que demuestre que «atendidas las circunstancias del caso concreto» el supuesto de responsabilidad «ha(-n) podido resultar verosímilmente» de alguno de los hechos (riesgos) que figuran recogidos en la ley. Es decir, se trata de casos en los que la ley presume que el porteador queda exonerado de responsabilidad, salvo que, como permite el apartado 2 del artículo 48, el reclamante aporte la prueba contraria a la presunción: «No obstante, el legitimado para reclamar podrá probar que el daño no fue causado, en todo o en parte, por ninguno de tales riesgos. Cuando resulte probado que el daño fue parcialmente causado por una circunstancia imputable al porteador, este solo responderá en la medida en que la misma haya contribuido a la producción del daño».

Las situaciones en las que conforme al artículo 48.1 operará la mencionada presunción de exoneración con las siguientes:

- a) Empleo de vehículos abiertos y no entoldados, cuando tal empleo haya sido convenido o acorde con la costumbre.
- b) Ausencia o deficiencia en el embalaje de mercancías, a causa de las cuales estas quedan expuestas, por su naturaleza, a pérdidas o daños.
- c) Manipulación, carga, estiba, desestiba o descarga realizadas, respectivamente, por el cargador o por el destinatario, o personas que actúen por cuenta de uno u otro.
- d) Naturaleza de ciertas mercancías expuestas por causas inherentes a la misma a pérdida total o parcial o averías, debidas especialmente a

¹⁰³ Artículo 17.3 CMR.

¹⁰⁴ Artículo 17.5 CMR.

*rotura, moho, herrumbre, deterioro interno y espontáneo, merma, derrame, desecación, o acción de la polilla y roedores.*¹⁰⁵

e) Deficiencia identificación o señalización de los bultos.

*f) Transporte de animales vivos en las condiciones previstas en el artículo siguiente*¹⁰⁶.

Indemnización

Una vez que se ha declarado la responsabilidad del porteador conforme a las normas indicadas precedentemente, corresponderá determinar las consecuencias de dicha responsabilidad en el plano indemnizatorio. Los artículos 52, 53 y 56 de la ley establecen los criterios generales de partida que deberán seguirse cuando se trate, respectivamente, de indemnización por pérdida, averías o retraso en la ejecución del transporte.

Conforme al **artículo 52** («Indemnización por pérdidas»), «*[e]n caso de pérdida total o parcial de las mercancías, la cuantía de la indemnización vendrá determinada por el valor de las no entregadas, tomando como base el valor que tuvieran en el momento y lugar en que el porteador las recibió para su transporte*».

Por su parte, el **artículo 53** («Indemnización por averías») establece que «*[e]n caso de averías, el porteador estará obligado a indemnizar la pérdida de valor que experimenten las mercancías*» (apartado 1, inciso primero), ofreciendo a continuación una regla de cálculo de dicha pérdida de valor en los siguientes términos: «*La indemnización equivaldrá a la diferencia entre el valor de las mercancías en el momento y lugar en que el porteador las recibió para su transporte y el valor que esas mismas mercancías habrían tenido con las averías en idéntico tiempo y lugar*». Este precepto ofrece, por su parte, dos reglas especiales para los supuestos respectivos de averías totales o parciales. Según el artículo 53.2, «*[c]uando las averías afecten a la*

¹⁰⁵ La regulación prevista en esta letra d) habrá de complementarse con lo que establece el artículo 51:

Artículo 51: *Transporte con vehículos especialmente acondicionados.*

Cuando el transporte haya sido contratado para realizarse por medio de vehículos especialmente acondicionados para controlar la temperatura, la humedad del aire u otras condiciones ambientales, el porteador tan solo podrá invocar en su favor la presunción de que la causa de la pérdida o avería fue la naturaleza de las mercancías cuando pruebe que ha tomado las medidas que le incumbían en relación con la elección, mantenimiento y empleo de las instalaciones del vehículo, y que se ha sometido a las instrucciones especiales que, en su caso, le hayan sido impartidas.

¹⁰⁶ Artículo 50: *Transporte de animales vivos.*

En los transportes de animales vivos el porteador tan solo podrá invocar a su favor la presunción de exoneración del artículo anterior cuando pruebe que, teniendo en cuenta las circunstancias del transporte, ha adoptado las medidas que normalmente le incumben y ha seguido las instrucciones especiales que le pudieran haber sido impartidas.

totalidad de las mercancías transportadas, la indemnización no podrá exceder de la debida en caso de pérdida total». Y, por su parte, el artículo 53.3 señala que «[Cuando las averías ocasionen la depreciación de tan sólo una parte de las mercancías transportadas, la indemnización no podrá exceder de la cantidad que correspondería en caso de pérdida de la parte depreciada».

Finalmente, para el caso de retraso, el **artículo 56** («Indemnización por retraso»), se limita a decir que *«se indemnizará el perjuicio que se pruebe que ha ocasionado dicho retraso».*

En consecuencia, en los tres supuestos anteriores, el reclamante deberá acreditar el valor real del perjuicio ocasionado atendiendo a las reglas previstas por la ley para cada caso. En los supuestos de pérdida y averías, en particular, esa acreditación deberá partir necesariamente de la determinación del valor que tengan las mercancías perdidas o averiadas, cuestión no exenta de dificultades, razón por la cual la propia ley ofrece en su artículo 55 («Valor de las mercancías») el criterio a seguir en esta materia: *«El valor de las mercancías se determinará atendiendo al precio de mercado o, en su defecto, al valor de mercancías de su misma naturaleza y calidad. En caso de que las mercancías hayan sido vendidas inmediatamente antes del transporte, se presumirá, salvo pacto en contrario, que su valor de mercado es el precio que aparece en la factura de venta, deducidos el precio y los demás costes del transporte que, en su caso, figuren en dicha factura».*

Pero una vez identificado el valor real del perjuicio ocasionado, debe entrar en juego el límite legal de indemnización previsto en la ley, que actúa como límite *máximo*, salvo en los supuestos excepcionales a los que haremos referencia más adelante.

A este límite máximo se refiere el **artículo 57** («Límites de indemnización»), conforme al cual, en caso de pérdida o averías, la indemnización *«no podrá exceder de un tercio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día por cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o averiada»* (apartado 1)¹⁰⁷. Si se trata de retraso, por su parte, conforme al apartado 2 del artículo 57, la indemnización *«no excederá del precio del transporte».*

Estos límites de indemnización no son inamovibles. Pueden ser modificados por voluntad de las partes del contrato. O, incluso, eliminados en los supuestos previstos en la ley.

A la primera hipótesis (modificación por voluntad de las partes) se refiere el **artículo 61** («Declaración de valor y de interés especial en la entrega»), que, no obstante su rúbrica, contempla no dos, sino tres, situaciones en

¹⁰⁷ Se abandona la referencia al límite en euros, como era el caso en la LOTT, y se acoge el IPREM. En el anteproyecto de ley se había propuesto la cuantificación de los límites indemnizatorios en Derechos Especiales de Giro (DEG).

las que la voluntad de las partes del contrato podrá modificar los límites legales de indemnización previstos en el artículo 57 de la ley.

La primera situación («declaración de valor») es la que se recoge en el artículo 61.1 conforme al cual «*el cargador puede declarar en la carta de porte, contra el pago de un suplemento del precio del transporte a convenir con el porteador, el valor de las mercancías, que sustituirá al límite de indemnización previsto siempre que sea superior a él*». Por lo tanto, en este caso particular, el límite máximo de indemnización previsto por el artículo 57.1 vendrá sustituido por el límite consistente en el valor de las mercancías conforme a la declaración realizada por las partes en el contrato (la carta de porte). Téngase en cuenta, adicionalmente, la exigencia de que se abone un suplemento del precio.

A la segunda situación («declaración de interés especial en la entrega») se le dedica el artículo 61.2 en los siguientes términos: «*Igualmente el cargador puede declarar en la carta de porte, contra el pago de un suplemento del precio del transporte a convenir con el porteador, el montante de un interés especial en la entrega de las mercancías, para los casos de pérdida, avería o retraso en la entrega. La declaración permitirá reclamar, con independencia de la indemnización ordinaria, el resarcimiento de los perjuicios que pruebe el titular de las mercancías hasta el importe del interés especial declarado*». Con esta declaración, las partes del contrato, también a cambio de un sobreprecio, acuerdan la posibilidad de reclamar no solo el daño emergente sino el lucro cesante.

Y, finalmente, conforme al apartado 3 del artículo 61, «*[s]in perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, las partes del contrato de transporte podrán acordar el aumento del límite de indemnización previsto en el artículo 57.1. El acuerdo dará derecho al porteador a reclamar un suplemento del porte, a convenir entre las partes*». Esta tercera posibilidad es novedosa con respecto al modelo seguido por nuestro legislador (CMR) y, simplemente, concede a las partes una alternativa más para adaptar a sus intereses la rigidez del límite legal máximo de indemnización previsto en el artículo 57.1.

Però el porteador puede, además, perder el derecho a limitar la indemnización debida conforme a las reglas precedentes. Esta situación está contemplada por el artículo 62 («Pérdida del beneficio de limitación»):

No se aplicarán las normas del presente capítulo que excluyan o limiten la responsabilidad del porteador o que inviertan la carga de la prueba, cuando el daño o perjuicio haya sido causado por él o por sus auxiliares, dependientes o independientes, con actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción.

Como puede comprobarse, este precepto, que se proyecta más allá del mero ámbito de los límites de indemnización, establece que, en las circuns-

tancias previstas en su texto, el porteador no podrá prevalerse de los beneficios que en esta materia le concede la ley. Lo relevante del precepto reside, precisamente, en la delimitación de las circunstancias en las que el porteador perderá el derecho a excluir o limitar su responsabilidad. Aquí no se ha seguido el modelo del CMR¹⁰⁸, por entenderse seguramente que, en este aspecto en particular, el precepto correspondiente ha sido polémico en su aplicación nacional a lo largo del tiempo¹⁰⁹. Pero tampoco se ha seguido el criterio adoptado por los más modernos textos internacionales en la materia, que era el acogido por el anteproyecto. Se ha optado, sin más, por una formulación propia, pergeñada en sede parlamentaria, cuyas consecuencias habrá que analizar a medida que se produzca la aplicación de este precepto en la práctica. No creemos que haya problema, en todo caso, en la determinación de cuándo una actuación deba ser calificada de «dolosa», pues el concepto y alcance del «dolo» es bien conocido entre nosotros. Más dudas tenemos, no obstante, con respecto a lo que significa «*una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción*». En uno u otro caso, no obstante, queda claro, a la luz de este precepto, que el porteador perderá su beneficio de limitación, tanto si la actuación analizada es atribuible a él directamente o indirectamente por ser reconducible a una actuación de sus colaboradores («*auxiliares dependientes o independientes*»).

Al margen de la indemnización que, en su caso, pueda percibirse en los supuestos de pérdida o avería, la ley también ha querido ser precisa en la determinación de qué otros conceptos o importes habrán de ser reembolsados al derechohabiente por parte del porteador, cuestión a la que se dedica el **artículo 58** («Reembolso de otros gastos») de la nueva ley, en el que se establece un *numerus clausus* de supuestos resarcitorios adicionales (apartado 3: «*No se resarcirá ningún otro daño o perjuicio*»). Conforme al apartado 1 de este artículo, «*[e]n caso de pérdida o avería total, además de la indemnización a que haya lugar, serán reintegrados en su totalidad el precio del trans-*

¹⁰⁸ Artículo 29 CMR. Véase F. Martínez Sanz, «Limitación de la deuda de responsabilidad y responsabilidad sin limitación: sobre los artículos 23 y 29 CMR», en F. Martínez Sanz, *Problemas en la aplicación del CMR. Especial referencia a la responsabilidad*, Madrid, 2002, pp. 63-69.

¹⁰⁹ Cuando se refería al «dolo o culpa grave equiparable al dolo». En este sentido, véase D. Morán Bovio, «El concepto de *dolo* o *culpa grave equiparable al dolo* por parte del transportista: artículo 29 del Convenio CMR» en *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In Memoriam F.M. Sánchez Gamborino*, Madrid, 2005, pp. 453-459. En la misma obra, igualmente, J. L. Concepción («El dolo como causa de inaplicación del límite de responsabilidad. El artículo 29 de la Convención CMR»), pp. 445-451 y R. Wijffels («Uniformización y desuniformización del derecho del transporte por carretera: el art. 29 de la CMR y otros factores»), pp. 461-464.

porte y los demás gastos devengados con ocasión del mismo. Si la pérdida o avería es parcial, se reintegrarán a prorrata». Además, también deberán ser reintegrados los gastos de salvamento en que hayan incurrido el cargador o el destinatario, pero dentro de los límites previstos en la ley: «siempre que hayan sido razonables y proporcionados» (apartado 2).

Finalmente, una norma particular en este ámbito indemnizatorio es la prevista en el artículo 59 («Recuperación de las mercancías perdidas»), que, como su propia rúbrica indica, establece el régimen que deberá seguirse en el caso de que se recuperen mercancías consideradas perdidas y por cuya pérdida se abonó en su día la correspondiente indemnización:

1. El que haya sido indemnizado por la pérdida de las mercancías podrá pedir por escrito, en el momento de recibir la indemnización, que se le avise inmediatamente en caso de que reaparezcan en el período de un año. El porteador le extenderá un recibo haciendo constar su petición.

2. En el plazo de treinta días desde el aviso, se podrá exigir la entrega de las mercancías reaparecidas, previo pago de las cantidades previstas en la carta de porte, si la hubiere, y la restitución de la indemnización recibida, deducción hecha de los gastos resarcibles, todo ello sin perjuicio del derecho a la indemnización por retraso en la entrega conforme a esta ley.

3. En defecto de petición de aviso o de instrucciones para la entrega o cuando la mercancía reaparezca después de un año contado desde el pago de la indemnización, el porteador dispondrá libremente de la mercancía.

Reclamaciones

La ley ha dedicado su **artículo 60** («Reservas») a la regulación del comportamiento debido por parte del destinatario cuando la mercancía llega a su destino con pérdidas, averías o retraso.

Una primera opción prevista por la ley, para los casos de pérdidas o averías, es que las partes en conflicto (porteador y destinatario) recurran voluntariamente al análisis conjunto de la mercancía con la intención de ponerse de acuerdo sobre su estado y las causas que lo han motivado (artículo 60.2, párrafo primero). A falta de acuerdo sobre estos extremos, se les ofrece a las partes la facultad de recurrir al procedimiento previsto en el artículo 26.3.

La segunda posibilidad, a la que se refiere la rúbrica del artículo 60, es la interposición de reservas por parte del porteador, procedimiento admisible tanto para los supuestos de pérdidas y averías (artículo 60.1) como para los de retraso (artículo 60.3)¹¹⁰. En ambos casos se exige que las reservas se

¹¹⁰ Sobre las reservas en el régimen internacional y en el régimen interno precedente, véase A. Emparanza Sobejano, «Las reservas o protestas en destino en el transporte terrestre y marítimo: contenido y alcance», *RDT* (2008) 1, pp. 77-98.

hagan por escrito y dentro de los plazos previstos en la norma: inmediatamente, si son pérdidas o averías manifiestas, siete (7) días naturales en caso de pérdidas o averías no manifiestas y veintiún (21) días (no se dice si naturales) en caso de retraso. Los plazos se contarán desde el día siguiente al de la entrega de la mercancía.

Las consecuencias de la falta de interposición de reservas también se regulan con claridad en la ley. En el supuesto de pérdidas o averías, «*cuan- do no se formulen reservas se presumirá, salvo prueba en contrario, que las mercancías se entregaron en el estado descrito en la carta de porte*» (artículo 60.1, párrafo final). Es decir, la ausencia de reservas no impedirá el ejercicio de la eventual acción de responsabilidad contra el porteador, pero el reclamante deberá probar, en contra de la presunción, que la mercancía se le entregó con pérdidas o averías. Por lo que respecta al caso del retraso, las consecuencias de la falta de reservas son aún más graves, pues de su interposición dependerá que el reclamante pueda obtener la correspondiente indemnización (artículo 60.3).

La regulación del artículo 60 se completa finalmente con una regla aplicable a los supuestos contratos de transporte realizados por medio de un sub-transportista («porteador efectivo»)¹¹¹.

VII. Porteadores sucesivos

Como señalamos en su momento, al hablar de los porteadores efectivos, la ley ha perdido una magnífica oportunidad de ofrecer una regulación moderna de los fenómenos de colaboración entre transportistas. Por un lado, la ley se ha negado a regular de manera adecuada el fenómeno de la subcontratación del transporte, con todas sus consecuencias. Y, por otro, en su **Capítulo VI** («Porteadores sucesivos») (**artículos 64-66**), aborda el tratamiento normativo de una modalidad de colaboración entre transportistas (el llamado «transporte sucesivo» o «transporte acumulativo»), recogido en el artículo 373 CCom¹¹² (y

¹¹¹ 4. *Las reservas por pérdidas, averías o retraso que deban dirigirse al porteador, podrán realizarse tanto ante este como ante el porteador efectivo y surtirán efecto frente a ambos. Si las reservas se dirigen exclusivamente a uno de los porteadores, este estará obligado a comunicárselo al otro. En caso contrario, aquel responderá frente a este de los daños y perjuicios que le cause tal falta de comunicación.*

¹¹² Para el régimen del Código de Comercio, N. Díaz Méndez, «Transporte combinado: obligaciones, derechos, responsabilidad», en R. Illescas (dir.), *El transporte terrestre nacional e internacional*, Madrid, 1997, pp. 13 y ss. También sobre esta figura en el artículo 373 CCom y en los principales textos internacionales, C. Llorente Gómez de Segura, «Régimen jurídico del transporte acumulativo de mercancías en el derecho español. Una nueva aproximación», *La Ley*, núm. 5690 (6 enero 2003) y núm. 5691 (7 enero 2003), donde se recogen las conclusiones de su tesis doctoral (inédita) sobre este tema (Pamplona, 1999). Igualmente, J. A. Gómez Segade, «El transporte combinado de mercancías a la luz del

en la normativa internacional)¹¹³, que está en franco desuso, salvo en el transporte ferroviario, que es donde, precisamente, tiene su origen histórico¹¹⁴. Y, probablemente, la única justificación práctica que tiene la presencia de los artículos 64-66 en nuestra nueva legislación sea la de su aplicación ferroviaria, si bien, todo sea dicho, ni siquiera en este ámbito creemos que tenga demasiado recorrido futuro.

Según el artículo 64.1 de la ley nos encontraremos ante un supuesto de transporte sucesivo «[c]uando diversos porteadores se obliguen simultáneamente, en virtud de un único contrato documentado en una sola carta de porte, a ejecutar sucesivos trayectos parciales de un mismo transporte (...)\», entrando a formar parte de ese mismo contrato el porteador segundo y subsiguientes, conforme al artículo 64.2, «a partir del momento en que el porteador precedente les haga entrega material de las mercancías y de la carta de porte, en la que deberá haberse hecho constar su nombre y domicilio, y hayan entregado a aquel un recibo firmado y fechado en el que conste su aceptación de ambas»¹¹⁵. La principal consecuencia de este tipo de contrato es que todos los porteadores «responderán de la ejecución íntegra (del contrato), de acuerdo con las disposiciones de la carta de porte» (artículo 64.1). Se establece, por tanto, entre todos los porteadores una responsabilidad solidaria en el cumplimiento de la obligación indivisible de transporte asumida por todos ellos.

El **artículo 65** («Ejercicio de reclamaciones»), por su parte, establece reglas, bien conocidas, sobre la determinación de la legitimación pasiva de los porteadores sucesivos, según las cuales «las acciones derivadas del contrato únicamente podrán dirigirse contra el primer porteador, contra el último o contra el que haya ejecutado la parte del transporte en cuyo curso se ha producido el hecho en que se fundamenta la acción», derecho de opción, calificado como tal por la nueva legislación, que «se extinguirá desde el momento en que el demandante ejercite su acción contra uno de ellos», pudiendo la acción «interponerse contra varios porteadores a la vez».

Finalmente, el **artículo 66** («Acción de repetición entre porteadores sucesivos») resultará aplicable a las relaciones internas que median entre los

art. 373 del Código de Comercio», en *Libro Homenaje al Profesor Alfonso Otero*, Santiago de Compostela, 1981, pp. 105 y ss., un trabajo muy apegado a la postura defendida en su momento por G. Valeri.

¹¹³ A. Zurimendi Isla, «Régimen jurídico de la pluralidad de porteadores en el CMR», *RDT* (2008) 1, pp. 99-143.

¹¹⁴ A. Emparanza Soberano, «El transporte sucesivo en el Convenio CMR, arts. 34 a 40: un modelo agotado», en *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In Memoriam F.M. Sánchez Gamborino*, Madrid 2005, pp. 465-474.

¹¹⁵ Señala el artículo 64.3 que «cuando el porteador que reciba las mercancías de otro precedente considere necesario formular alguna reserva, deberá hacerla constar en el segundo ejemplar de la carta de porte, así como en el recibo en que conste su aceptación».

porteadores sucesivos, responsables solidariamente¹¹⁶, una vez satisfecho el derechohabiente en la relación externa¹¹⁷.

VIII. Transporte multimodal

Extremadamente novedoso, y arriesgado, resulta el **Capítulo VII** («Transporte multimodal») de la ley, que comprende sus **artículos 67-70**. Novedad entendida en el sentido de que hasta la fecha nuestro ordenamiento no había conocido una regulación similar (que, dicho sea de paso, ha sido incorporada a nuestro Derecho siguiendo el impulso de modelos nacionales extranjeros)¹¹⁸. Y arriesgada en la medida en que el tratamiento jurídico del transporte multimodal sigue siendo una cuestión debatida, no obstante los numerosos intentos dogmáticos y legislativos que se han hecho hasta la fecha en esta materia¹¹⁹.

¹¹⁶ A. Cristóbal Montes, «El derecho de regreso en la solidaridad de deudores», *ADC*, 1991, pp. 1433 y ss.

¹¹⁷ Artículo 66: *Acción de repetición entre porteadores sucesivos*.

1. *El porteador que se haya visto obligado a pagar una indemnización en virtud de lo dispuesto en los artículos 64 y 65 tiene derecho a repetir por el principal, intereses y gastos contra el resto de los porteadores que hayan participado en la ejecución del contrato, imputándose el coste de la indemnización conforme a las siguientes reglas:*

a) *Cuando el hecho causante del daño sea imputable a un único porteador, este habrá de soportar el coste total de la indemnización.*

b) *Cuando el hecho causante del daño sea imputable a varios porteadores, cada uno de ellos deberá soportar una parte del coste de la indemnización proporcional a su cuota de responsabilidad; si no cabe valorar dicha responsabilidad, el coste se repartirá en proporción al precio que a cada uno corresponda por el transporte.*

c) *Si no se puede determinar quiénes son los porteadores responsables, el coste de la indemnización se repartirá entre todos los que hayan intervenido en el transporte de forma proporcional al precio que corresponda por este.*

d) *Si uno de los porteadores obligado a asumir total o parcialmente el coste de la indemnización es insolvente, la parte que le corresponda y que no haya sido pagada se repartirá entre los demás obligados en proporción a su participación en el precio del transporte.*

2. *El porteador contra el que se ejercite el derecho de repetición no podrá formular protesta o promover discusión por el hecho de que el porteador contra el que se presentó la reclamación haya pagado la indemnización cuando esta hubiera sido fijada por decisión judicial o arbitral y se le hubiere informado debidamente del proceso y de su derecho a intervenir en el mismo.*

¹¹⁸ Preámbulo IV, párrafo tercero: «Aunque breve, igualmente novedosa resulta la regulación que se contiene del contrato de transporte multimodal, cuando uno de los modos empleados sea el terrestre (...)».

¹¹⁹ F. C. López Rueda, *El régimen jurídico del transporte multimodal*, Madrid, 2000; M.^a de la Paz Martín Castro, *El transporte multimodal: Concepto y sujetos*, Cádiz, 2001. De esta misma autora, «La regulación del transporte multimodal internacional de mercancías: alternativas legales y prácticas», *RDT* (2008) 1, pp. 259-293. Igualmente, Y. Dutrey

En realidad, la regulación propuesta plantea dos situaciones distintas de transporte multimodal. Una, que podríamos denominar como transporte multimodal *en sentido estricto*, se aborda en los artículos 67-69. Y la otra, relativa al transporte *superpuesto*, se acoge en su artículo 70.

El **artículo 67** comienza ofreciendo una definición de transporte multimodal y señala que «[a] efectos de esta ley, se denomina multimodal el contrato de transporte celebrado por el cargador y el porteador para trasladar mercancías por más de un modo de transporte, siendo uno de ellos terrestre, con independencia del número de porteadores que intervengan en su ejecución». Se alude, por lo tanto, a la unicidad del contrato de transporte y a la presencia de dos o más modos de transporte en su ejecución (uno de ellos, al menos, terrestre), que son los elementos objetivos esenciales de todo contrato de transporte multimodal. Quizás el único matiz que habría que añadir es que, en puridad, es multimodal todo contrato de transporte en cuya ejecución concurren dos o más modos de transporte, sin perjuicio de lo que las partes hubieran podido prever a este respecto, pero entendemos que el legislador ha querido abordar esta cuestión en su **artículo 69**¹²⁰.

El precepto más importante, no obstante, es el **artículo 68** («Regulación»), donde se aborda la cuestión esencial de todo contrato de transporte multimodal: ¿qué normas son aplicables a esta modalidad de transporte en la que aparecen implicados modos sometidos a regulaciones diversas? Comienza el artículo 68.1 estableciendo una regla clásica: «El contrato de transporte multimodal se regirá por la normativa propia de cada modo, como si el porteador y el cargador hubieran celebrado un contrato de transporte diferente para cada fase del trayecto». Se sigue, en consecuencia, un sistema de red, que determina la aplicación de la normativa correspondiente a cada modo empleado en el transporte. Pero, claro, el problema crítico se plantea

Guantes, «La responsabilidad en el transporte multimodal internacional: normativa y soluciones existentes», en *Cuestiones actuales en materia de transporte*, Granada, 2006, pp. 139-166.

¹²⁰ Artículo 69: Normas aplicables a supuestos especiales.

1. Cuando se haya pactado la realización del transporte por dos o más modos determinados y se utilice en la operación solo uno de ellos o bien otro u otros diferentes a los acordados, se aplicará el régimen de responsabilidad del porteador correspondiente a aquel modo de transporte de entre los contratados que resulte más beneficioso para el perjudicado.

2. Asimismo, cuando se haya contratado un transporte terrestre y se realice por otro u otros modos diferentes, se aplicará el régimen de responsabilidad correspondiente a aquel modo de transporte, el terrestre o el efectivamente utilizado, que resulte más beneficioso para el perjudicado.

3. En los casos en que el contrato no especifique el modo de transporte y este se ejecute por vía terrestre, se aplicarán las normas correspondientes a dicho modo. Cuando en idéntico supuesto el transporte se realice por diversos modos, siendo uno de ellos terrestre, se aplicarán las normas establecidas en esta ley.

cuando no pueda identificarse el modo de transporte al que deba reconducirse el origen del incumplimiento del contrato, situación que no es infrecuente en este tipo de transportes. Pues bien, para estos casos, el artículo 68.3 señala que «[c]uando no pueda determinarse la fase del trayecto en que sobrevinieron los daños, la responsabilidad del porteador se decidirá con arreglo a lo establecido en la presente ley». La ley opta en este caso por adoptar un sistema uniforme de regulación por referencia del transporte multimodal. Es decir, la ley no construye un sistema normativo propio y específico para los supuestos de falta de identificación del lugar del incumplimiento contractual, sino que se remite expresamente a la aplicación de las normas recogidas «en la presente ley», es decir, a las normas reguladoras del contrato de transporte terrestre de mercancías¹²¹.

Por último, como modalidad específica de transporte multimodal, aparece regulado en la ley el supuesto del transporte *superpuesto* en su **artículo 70** («Contrato de transporte con superposición de modos»), que sigue el modelo del complejo, y polémico, artículo 2 CMR, si bien simplificándolo señaladamente¹²². Este precepto contempla los casos en los que el vehículo terrestre, junto con su mercancía, viaja sobre otro modo de transporte distinto durante una parte del trayecto total contratado. En estos casos, la ley establece la aplicación a todo el transporte de sus normas en materia de responsabilidad, sin perjuicio de que, en los casos y circunstancias previstos en la normativa (artículo 70.2)¹²³, la responsabilidad del porteador terrestre pueda ser determinada conforme a las reglas propias del otro modo de transporte en el que el viajaban el vehículo terrestre y su mercancía. La relevancia práctica de este precepto para nuestro país es destacada, tanto por nuestras particulares circunstancias insulares como en el contexto general del denominado transporte marítimo de corta distancia (TMCD), cuya promoción constituye un objetivo reciente de la política comunitaria de transportes¹²⁴.

¹²¹ Preámbulo IV, párrafo tercero: «prestándose especial atención a la responsabilidad por daños en las mercancías y fijándose una solución supletoria para aquellos casos en que no pueda determinarse la fase del trayecto en que sobrevinieron tales daños».

¹²² Sobre este precepto, véanse los trabajos de K. Haak («El transporte por superposición camión sobre buque 'ro-ro' –artículo 2 del Convenio CMR–: la solución holandesa») y J. Ramberg («Los transportes por superposición (camión sobre tren o buque): el art. 2 del Convenio CMR»), en *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In Memoriam F.M. Sánchez Gamborino*, Madrid, 2005, pp. 397-406 y pp. 407-412, respectivamente.

¹²³ 2. No obstante, cuando la pérdida, la avería o el retraso se produzcan durante una fase del transporte distinta de la carretera, por hechos que solo han podido darse con ocasión del transporte a través de ese otro modo, y que no han sido debidas a un acto u omisión del porteador por carretera, la responsabilidad de este último se regirá por las reglas imperativas aplicables al modo de transporte en que se haya producido el daño.

¹²⁴ C. Llorente Gómez de Segura, «Transporte marítimo de mercancías de corta distancia y responsabilidad del transportista. Una aproximación jurídico-internacional en el contexto de su promoción en el ámbito comunitario», *Estudios de Deusto*, vol. 54/2, julio-

IX. Normas especiales del contrato de mudanza

El **Capítulo VIII** (artículos 71-77) de la ley está dedicado a ofrecer unas reglas especiales sobre el contrato de mudanza. Cabría discutir si una ley, como la que ahora se analiza es el lugar más idóneo para incorporar la regulación de este tipo de contrato. De hecho, en su momento, también los redactores del CMR pensaron en hacer algo similar, para luego abandonar la idea, por entender que el contrato de transporte y el de mudanza eran contratos significativamente distintos y debían ser abordados separadamente. Quizás por este motivo, la ley, como su propio Preámbulo pone de manifiesto¹²⁵, se centra más en la dimensión de «transporte» propia de las operaciones de mudanza, que en aquellas otras actividades, no menos importantes, que comportan dichas operaciones. En este sentido resultan muy significativos, sobre todo, el artículo 71 («Objeto del contrato»)¹²⁶ y el pronunciamiento de su artículo 72 («Regulación»)¹²⁷. Pero, en general, el resto de los preceptos del Capítulo VIII también asumen una misma filosofía: así, las normas sobre documentación del contrato de mudanza (artículo 73)¹²⁸, donde destaca la

diciembre 2006, pp. 251-277. Igualmente, W. Czapski, «El transporte marítimo de camiones, remolques y semirremolques a corta distancia: aspectos jurídicos», *RGD*, 1992, pp. 4303 y ss.

¹²⁵ Preámbulo IV, párrafo final: *También incorpora la ley a su articulado la regulación del contrato de mudanza, como transporte que recae sobre un objeto especial y que conlleva unas obligaciones accesorias igualmente especiales.*

¹²⁶ *Por el contrato de mudanza el porteador se obliga a transportar mobiliario, ajuar doméstico, enseres y sus complementos procedentes o con destino a viviendas, locales de negocios o centros de trabajo, además de realizar las operaciones de carga, descarga y traslado de los objetos a transportar desde donde se encuentren hasta situarlos en la vivienda, local o centro de trabajo de destino. El resto de las operaciones, como la preparación, armado o desarmado, embalaje, desembalaje y otras complementarias, quedarán a la voluntad contractual de las partes contratantes.*

¹²⁷ *El contrato de mudanza estará sometido a las normas aplicables al modo de transporte que se utilice en cuanto no se opongan a lo establecido en este capítulo.*

¹²⁸ Artículo 73: *Documentación del contrato de mudanza.*

1. *Antes de iniciar la mudanza, el porteador estará obligado a presentar un presupuesto escrito al cargador en el que consten los servicios que se prestarán, su coste, el coste del presupuesto y el precio total de la mudanza, especificando, en su caso, si los gastos que generen los trámites administrativos o de los permisos que fuera necesario solicitar están o no incluidos. Una vez aceptado por el cargador, el presupuesto hará prueba de la existencia y contenido del contrato.*

2. *A falta de documento en el que se indiquen los bienes objeto de la mudanza, las partes podrán exigirse mutuamente, antes de iniciar el traslado, la realización y aceptación de un inventario de dichos bienes.*

3. *Cuando la parte contratante requerida a realizar o aceptar un inventario de los bienes se negase a ello, la otra podrá considerarla desistida del contrato, con los efectos que, en su caso, correspondan de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18.2 y 19.1.*

regulación del presupuesto y del inventario; las normas sobre las obligaciones del porteador (artículo 74)¹²⁹; las normas sobre presunciones de exoneración (artículo 75)¹³⁰, que complementan o modulan lo previsto en el artículo 48 de la ley; las normas sobre límites de indemnización (artículo 76)¹³¹; y finalmente, la regulación de las reservas en este ámbito (artículo 77)¹³². Habrá que seguir con atención, sin duda alguna, la evolución de la aplicación

¹²⁹ Artículo 74: *Obligaciones del porteador.*

1. *Las operaciones de carga y descarga, salvo que expresamente se pacte lo contrario, serán de cuenta del porteador. En los mismos términos, estará obligado a armar, desarmar, embalar, desembalar y colocar en el lugar que se le indique los bienes objeto de la mudanza.*

2. *El porteador deberá solicitar al cargador información sobre las circunstancias relevantes para la correcta ejecución de la mudanza, tales como las condiciones de acceso a las viviendas, locales y establecimientos para su personal y vehículos.*

3. *El porteador deberá informar, en su caso, al cargador acerca de las normas administrativas que sean aplicables al traslado pactado, pero no estará obligado a comprobar si los documentos puestos a su disposición son correctos y completos.*

4. *El porteador deberá informar al cargador acerca de la posibilidad de concertar un contrato de seguro que cubra el riesgo de daños a los bienes objeto de la mudanza. La conclusión del contrato de seguro no libera de responsabilidad al porteador.*

No será de aplicación la limitación de responsabilidad del porteador señalada en el artículo 76 cuando este incumpla la obligación de información anteriormente reseñada.

¹³⁰ Artículo 75: *Presunciones de exoneración.*

1. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48, el porteador quedará exonerado de responsabilidad cuando pruebe que la pérdida o avería de los bienes objeto de la mudanza ha podido resultar verosímelmente de alguno de los riesgos siguientes:*

- a) *Deficiencias en el embalaje o marcado de los bienes realizado por el cargador.*
- b) *La manipulación efectuada por el cargador.*
- c) *Carga o descarga de bienes cuya dimensión o peso no sea adecuado para los medios de transporte acordados, siempre que el porteador haya avisado al cargador del riesgo de daños y este hubiera insistido en la ejecución de la prestación.*
- d) *Falsedad o incorrección de la información proporcionada por el cargador.*
- e) *Transporte de animales vivos o de plantas.*
- f) *Naturaleza propia de los bienes objeto de la mudanza.*

2. *No obstante, el legitimado para reclamar podrá probar que el daño no fue causado, en todo o en parte, por ninguno de tales riesgos. Cuando resulte probado que el daño fue parcialmente causado por una circunstancia imputable al porteador, este solo responderá en la medida en que la misma haya contribuido a la producción del daño.*

¹³¹ Artículo 76: *Límites de indemnización.*

1. *La responsabilidad del porteador por daños o pérdida de los bienes transportados no podrá exceder de veinte veces el Indicador Público de Efectos Múltiples/día por cada metro cúbico del espacio de carga necesario para el cumplimiento del contrato.*

2. *Esta limitación de la responsabilidad no será de aplicación a los daños que, con ocasión de la mudanza, puedan sufrir bienes del cargador distintos de los transportados.*

¹³² Artículo 77: *Reservas.*

1. *La acción por pérdida o avería de los bienes objeto de la mudanza se extingue si el destinatario no manifiesta por escrito sus reservas al porteador o a sus auxiliares en el momento de la entrega o, en caso de pérdidas y averías no aparentes, dentro de los siete días siguientes al de la entrega, descontando domingos y festivos.*

práctica de estas normas en el tráfico y, particularmente, el tratamiento de las condiciones generales de la contratación que suelen emplearse en este sector y que no podrán sustraerse al carácter imperativo mínimo establecido en la ley con respecto a la regulación de los transportes terrestres (artículos 3 y 46).

X. Prescripción de acciones

Llegamos al final de este breve repaso del contenido de la nueva ley sobre el contrato de transporte terrestre de mercancías haciendo referencia a su último capítulo, el **Capítulo IX**, dedicado a la prescripción de acciones, materia que se trata en dos preceptos, los **artículos 78 y 79**.

El primero de estos preceptos es breve, pero resuelve una cuestión sobre la que ha habido un cierto debate en los últimos tiempos. El precepto, así como su rúbrica, son muy precisos y establecen inequívocamente que «*las normas de este capítulo tienen carácter imperativo*». Materia esta, por lo tanto, que queda sustraída a la voluntad de las partes, sin discusión.

Con mayor contenido, y no menor trascendencia, el **artículo 79** aborda la regulación de los aspectos más relevantes del problema de la prescripción de las acciones derivadas de un contrato de transporte terrestre de mercancías sometido a la nueva ley.

Primero, se establecen cuáles son los plazos de prescripción, distinguiendo entre el plazo general de un (1) año¹³³ y el plazo especial de dos (2) años cuando las «*acciones se deriven de una actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción, el plazo de prescripción será de dos años*».

Posteriormente, en su apartado 2, el artículo 79 determina cuándo comenzarán a contarse dichos plazos, proporcionando reglas, a estos efectos, para los distintos tipos de acciones¹³⁴. De particular interés, en este marco,

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no se aplicará cuando el destinatario sea un consumidor y el porteador no le haya informado por escrito, de forma clara y destacada, antes de la entrega, acerca de la forma y plazos en que deberá manifestar las reservas así como de las consecuencias de su ausencia.

¹³³ Artículo 79.1: *Las acciones a las que pueda dar lugar el transporte regulado en esta ley prescribirán en el plazo de un año.*

¹³⁴ 2. *El plazo de prescripción comenzará a contarse:*

a) *En las acciones de indemnización por pérdida parcial o avería en las mercancías o por retraso, desde su entrega al destinatario.*

b) *En las acciones de indemnización por pérdida total de las mercancías, a partir de los veinte días de la expiración del plazo de entrega convenido o, si no se ha pactado plazo de entrega, a partir de los treinta días del momento en que el porteador se hizo cargo de la mercancía.*

es el apartado 4 del artículo 79, que establece el *dies ad quem* del plazo de prescripción en los supuestos de acciones de repetición entre portadores (no se dice si entre portadores sucesivos o si también se aplicará esta regla a las acciones de repetición que se ejerciten entre portador y portador efectivo)¹³⁵.

Distingue, por su parte, la ley, en su artículo 79.3, entre la *interrupción* y la *suspensión* de la prescripción, una distinción traída de la normativa internacional pero desconocida entre nosotros y que nos tememos que planteará algunos problemas de aplicación práctica, no solo por ese desconocimiento, sino por los problemas de coordinación, y de compatibilidad, que se plantean entre ambos instrumentos a la luz de su regulación¹³⁶.

Sobre la interrupción de la prescripción, la ley dice simplemente que se producirá «*por las causas señaladas con carácter general para los contratos mercantiles*» (artículo 79.3, párrafo primero), lo que constituye una remisión a lo establecido no solo por nuestra legislación mercantil sino, no se olvide, por nuestra jurisprudencia más acertada.

Con respecto al otro expediente contemplado en la ley, la suspensión de la prescripción, el párrafo segundo del artículo 79.3 indica que «*la reclamación por escrito suspenderá la referida prescripción, reanudándose su cómputo solo a partir del momento en que el reclamado rechace la reclamación por escrito y devuelva los documentos que, en su caso, acompañaron a la reclamación*», regulación que se completa con otras reglas de aplicación sobre este instrumento especial de la suspensión de la prescripción¹³⁷.

c) *En todos los demás casos, incluida la reclamación del precio del transporte, de la indemnización por paralizaciones o derivada de la entrega contra reembolso y de otros gastos del transporte, transcurridos tres meses a partir de la celebración del contrato de transporte o desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, si fuera posterior.*

¹³⁵ 4. *Entre portadores, la prescripción de las acciones de regreso comenzará a contar-se a partir del día en que se haya dictado una sentencia o laudo arbitral firme que fije la indemnización a pagar según lo dispuesto en esta ley, y si no existe tal fallo, a partir del día en que el portador reclamante efectuó el pago.*

¹³⁶ R. de Ángel Yaguez, «Interrupción y suspensión de la prescripción. Convenio de Ginebra sobre transportes por carretera», *La Ley*, 1985-4, pp. 358 y ss.; A. Emparanza Sobejano, «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», *RGD*, 1992, pp. 11713 y ss.; A. Pérez Moriones, «La regulación de la prescripción de las acciones en el Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956, relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», *RDP*, 1999, pp. 203 y ss.

¹³⁷ Artículo 79.3: (...) *Una reclamación posterior que tenga el mismo objeto no suspenderá nuevamente la prescripción. En el caso de aceptación parcial de la reclamación, la prescripción se reanuda respecto de la parte aún en litigio.*

La prueba de la recepción de la reclamación o de la contestación y devolución de los documentos justificativos, corresponde a la parte que la invoque.

En torno a la Teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo

Augusto Martín de la Vega

Profesor titular de Derecho constitucional
Universidad de Salamanca

Recibido: 04.12.09

Aceptado: 09.12.09

Resumen: La literatura iuspublicista europea contemporánea está asistiendo a una revitalización de la Teoría de la Constitución. Existe en la doctrina una conciencia general sobre la oportunidad de repensar los presupuestos y fundamentos del Derecho constitucional. El autor defiende en este trabajo que se hace necesaria una Teoría de la Constitución que sea consciente de los cambios en el contexto filosófico, teórico y sociopolítico actual, y que evite que las reflexiones fundamentales del constitucionalismo se vacíen en teorías filosóficas de la justicia o de la comunicación y en teorías sociológicas del derecho, que puedan conducir a una desvalorización de la fuerza normativa y ordenadora del texto constitucional. Tres son los grandes rasgos que han de individualizar la reflexión sobre la Teoría de la Constitución: la existencia de un ambiente cultural que cambia paulatinamente, la evolución o transformación de las funciones del Estado y la necesidad de acometer una visión crítica de la Teoría de la Constitución asumiendo la variedad de métodos, objetivos y presupuestos conceptuales.

Palabras clave: Constitución, Teoría de la Constitución, constitucionalismo multinivel, legitimidad constitucional.

Abstract: *The current European publicist literature is experiencing a revival of the Constitutional Theory. The large majority of the doctrine shares the view that this is a good opportunity to rethink the assumptions and fundamentals of Constitutional Law. The author defends in this paper that it is necessary for the Constitutional Theory to be aware of the changes arising at the philosophical, theoretical and sociopolitical level and therefore that avoids that the fundamental thoughts of the constitutionalism could create a context in which the normative and structural power of the Constitution would be undermined by philosophical theories, justice or legal sociology approaches that do not take into account the current social developments. There are three aspects that any analysis should take into account: the existence of a cultural context that changes constantly, the evolution of the State tasks (and powers) and the need to develop a critical approach of the Constitutional Theory that do take into account the numerous methodologies, objectives and foundations of the legal theory.*

Key words: *Constitution, Constitutional Theory, multilevel constitutionalism, constitutional legitimacy.*

Sumario: 1. Los nuevos contextos del constitucionalismo. 1.1. El nuevo contexto cultural. 1.2. Crisis del Estado social y globalización.

1.3. Algunos rasgos de la actual reflexión constitucional: giro teórico, perspectiva constituyente y dinamismo constitucional.—2. Problemas en torno al concepto de Constitución desde la perspectiva de la Teoría de la Constitución. 2.1. La Constitución como orden jurídico. 2.1.1. El ordenamiento como problema. 2.1.2. Los límites de la eficacia ordenadora de la Constitución. 2.2. La Constitución como orden fundamental de la Comunidad. 2.2.1. La Constitución como marco y como decisión fundamental. 2.2.2. La legitimidad democrática como fundamento de la constitución: pluralismo y constitucionalismo multinivel.

1. Los nuevos contextos del constitucionalismo

La revitalización de la Teoría de la Constitución, como instancia crítica de las soluciones aportadas por el derecho positivo como fuente de determinación de principios, reglas y modelos constituyentes y como filtro de racionalización de las precomprensiones constitucionales, puede considerarse uno de los rasgos más novedosos de la literatura iuspublicista europea contemporánea¹. ¿Por qué actualmente parece necesario un enfoque más amplio del Derecho constitucional? Probablemente porque nos encontramos ante un cierto «malestar constitucional»² que se plasma en la necesidad de buscar «una teoría general de la Constitución y de sus cambios que ofrezca instrumentos conceptuales y teóricos para afrontar el futuro»³. Como señala Zagrebelsky, existe una conciencia general sobre la oportunidad de repensar los presupuestos y fundamentos del Derecho constitucional⁴.

Se insiste cada vez más en la situación precaria del Derecho constitucional, que no parece poseer una metodología propia, ni siquiera una propia doctrina del método, y donde existen grandes dificultades para precisar su objeto, que presenta en todo caso considerables dependencias de lo político. Así las cosas, el Derecho constitucional se entiende más como límite que como contenido, más como medida que como norma, más como función que como estructura. Se advierte en suma la imposibilidad de abarcar la realidad constitucional *sub specie legis* o jurisprudencial, de comprender el sentido y relieve de una traducción en forma jurídica de los datos de hecho. Por otra parte, son tantas y tan diversas las esferas de la realidad afectadas por la nor-

¹ Vid. por todos, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 1316, y *Constituição dirigente e vinculação do Legislador*, Coimbra, 2001, pp. 79 y ss.

² Gomes Canotilho, «Malestar de Constituição e pesimismo posmoderno» en *Luisiada*, n.º 1, marzo 1991, pp. 57 y ss. Vid. también Lucas Verdú, *La Constitución en la encrucijada (Palingenesia iuris politici)*, Madrid, 1994.

³ *Il futuro della Costituzione*, AA. VV., Turín, 1999, *op. cit.*, Introducción, pp. XI.

⁴ «Storia e costituzione», en *Il futuro della costituzione*, *op. cit.*, pp. 37.

ma constitucional, que impiden al derecho constitucional sostenerse tautológicamente sobre sí mismo sin pedir ayuda a otros sectores extrajurídicos⁵.

En este ámbito, una Teoría de la Constitución consciente de los cambios en el contexto filosófico, teórico y sociopolítico actual, puede evitar que las reflexiones fundamentales del constitucionalismo se vacíen en teorías filosóficas de la justicia o de la comunicación y en teorías sociológicas del derecho que conducen en definitiva a una desvalorización de la fuerza normativa y ordenadora del texto constitucional⁶.

Como pretensión constructiva es evidente que el esfuerzo sobrepasa con mucho los intentos singulares de los juristas, y actualmente se concreta, más allá de algún planteamiento global (Häberle) o más o menos crítico (Canotilho), en un nuevo enfoque que no deja de percibirse en parte de la literatura jurídica.

Es posible que nos hallemos ante una «moda» más, por la cual el jurista constitucional, para estar a la altura, debería dominar la concepción auto-poietica del derecho o la teoría de la comunicación «habermasiana». Aun cuando haya algo de cierto en ello, y sin olvidar que las modas pueden representar un modo privilegiado de contrastar la constitución y sus normas con la realidad social, puede entenderse que nos encontramos ante una nueva forma de «experiencia constitucional».

En este sentido, y salvando las profundas diferencias históricas, es sugerente recordar la experiencia de Weimar. Es obvio que siempre ha existido una teoría de la Constitución como reflexión sobre los grandes temas del poder y la libertad política. El término mismo, *Teoría de la Constitución*, y su significado más preciso, como acercamiento crítico-dogmático a la idea de Constitución, nacen sin embargo en la Alemania del primer tercio de siglo, en relación crítica con la preeminencia del positivismo jurídico. El contexto de crisis del Estado constitucional burgués, y sus posteriores consecuencias históricas, dotarán de un significado especial a esta literatura. Sus sugerencias, no obstante, aún siguen nutriendo gran parte de las más fecundas reflexiones constitucionales.

Destacaremos aquí tan solo tres grandes rasgos que individualizan semejante reflexión, profundamente diversa y bien conocida por la doctrina española⁷. En primer lugar, esta se produce en un ambiente cultural que cambia

⁵ Por todos, Cascajo Castro, «Notas para un breve ensayo sobre constitución e interpretación constitucional» en *Estudios de Deusto*, vol 51/1, 2003. Vid. también algunas de las respuestas a la encuesta sobre «Orientación y método del Derecho constitucional» en *Teoría y Realidad constitucional*, n.º 21, 2008, o el artículo en el mismo número de Wolkmann V., «El derecho constitucional, entre pretensión normativa y realidad política», pp. 187 y ss.

⁶ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, op. cit., pp. 1337 y ss.

⁷ Vid. por todos, García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1984, pp. 79 y ss., Lucas Verdú, *La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, 1987, o Estévez Araujo, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, 1988.

paulatinamente. La discusión en torno a las ciencias del espíritu como método aplicable al Derecho es el reflejo claro de una cierta crisis del positivismo cientifista en general.

En segundo término, se enmarca en un momento de transformación de las funciones del Estado, con su conversión paulatina hacia un activo agente social e intervencionista. En este sentido, si bien es clara la conciencia de los profundos enfrentamientos sociales e ideológicos que dominan la época, también lo es en parte la posibilidad de una estabilización a través del pacto constitucional.

En tercer lugar, dichas reflexiones constituyen, en el ámbito jurídico, una clara reacción contra el método positivista anterior, caracterizándose por realizar una reflexión sobre la esencia de la Constitución y sobre sus conceptos jurídicos límites (legitimación y poder constituyente, soberanía, constitución formal/material, entre otros muchos). Se produce así una enorme «policromía»⁸ en cuanto a métodos, objetivos y presupuestos conceptuales, que adquiere un tono más crítico que fundante.

1.1. *El nuevo contexto cultural*

Volviendo a nuestra época, no resulta difícil afirmar que en este momento también se ha producido un cambio importante en el contexto cultural. En este sentido se habla de posmodernidad y de derecho constitucional posmoderno. La reflexión filosófica del siglo es obviamente mucho más amplia, y es posible detectar la continuación de una tradición analítica, otra marxista-dialéctica, una tercera hermenéutica-fenomenológica y otra, más ecléctica, donde puede predominar el pragmatismo, el estructuralismo, el postestructuralismo o la posmodernidad en cuanto línea filosófica concreta⁹. Así y todo el concepto de posmodernidad puede quizás aún definir en términos generales y sincréticos el actual estado cultural¹⁰.

Lo que ha venido definiéndose como «la condición posmoderna»¹¹ encuentra un elemento de identificación en su crítica global al concepto mis-

⁸ Según la conocida expresión del discípulo de Smend, Hsü Dau Lin, acerca del concepto de Constitución en el Derecho político weimariano, «Formalistischer und antiformalistischer Verfassungsbegriff», en *AöR*, XXII, n.º 1, 1932, pp. 30.

⁹ Vid. Manuel Cruz, *Filosofía contemporánea*, Madrid, 2002, con una postura muy crítica sobre la importancia real del fenómeno y su permanencia en el tiempo. En el mismo sentido, U. Beck., *La democracia y sus enemigos*, Barcelona, 2000.

¹⁰ Fehér, «La condición de la posmodernidad» en Fehér y Sélter, *Políticas de la posmodernidad*, Barcelona, 1988, pp. 148 y ss., o Harvey, *La condición de la posmodernidad*, Buenos Aires, 2008. Una visión crítica tanto del proyecto ilustrado como de la situación actual, en la lúcida obra de Sloterdijk, *Crítica de la razón cínica*, Madrid, 2007, con un detallado análisis de lo que denomina «el síndrome de Weimar», *op. cit.* pp. 532 a 744.

¹¹ Lyotard, *La condición posmoderna*, Madrid, 1987. Curiosamente esta obra, precursora en parte del movimiento, tiene su origen en un informe del autor de 197, para el

mo de modernidad como desarrollo racional y progresivo de la sociedad occidental basado en categorías centrales como generalidad y abstracción, planificación y heterodisciplina o funcionalidad¹². La refutación de cualquier discurso entendido como metarrelato legitimante, constituye otra de las características esenciales del «espíritu de época». Se acentuará así no solo el carácter «ideológico» de todo «discurso» sino ante todo su naturaleza de sistemas aleatorios de sentido. El pesimismo en torno a cualquier ordenación finalista de la vida en común es una consecuencia inherente a esta actividad, desmitificadora de lo político y social¹³.

En el terreno del Derecho esta sensibilidad se desdobra en diversas perspectivas, que convergen en desvalorizar el Derecho del Estado en cuanto general, abstracto, heterónimo y planificador. En contraposición, se habla de un Derecho «de lo cotidiano», de un Derecho como «universo simbólico», remarcando las dimensiones no reflexivas ni funcionales de la norma jurídica, o de un Derecho flexible, que sustituya el centralismo y la abstracción de los sistemas jurídicos estatales por una arquitectura en red donde predomine la autoestructuración normativa¹⁴.

1.2. Crisis del Estado del social y globalización

La situación actual también se caracteriza por el aumento de las corrientes críticas ante el papel ordenador del Derecho en los modernos Estados de bienestar. Se cuestiona asimismo la permanencia del Estado como elemento central de la realidad política y económica.

Consejo Universitario del gobierno de Québec sobre la enseñanza de las humanidades y los nuevos cambios tecnológicos.

¹² Vid. Hal Foster, «Introducción al posmodernismo», en *La posmodernidad*, Habermas, Braudillard, Said, Jameson y otros, Barcelona, 1985. Una crítica a esta idea de cierre de la modernidad, en Habermas, «La modernidad, un proyecto incompleto», en *La posmodernidad*, Barcelona, 1983.

¹³ Vid. Baum, *La posmodernidad y sus descontentos*, Madrid, 2001, Fischer, Retzer y Scheizer (comp.), *El final de los grandes proyectos*, Barcelona, 1997 o Gil Villa, *Individualismo y cultura moral*, Madrid, 2001.

¹⁴ Vid. Hespana, *Cultura jurídica europea*, Madrid, 2002, pp. 248 y ss. Sobre el derecho reflexivo, Teubner, «After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Posregulator Law» en *International Journal of Sociology of Law*, 1984. En España, vid. por ejemplo, un primer acercamiento en Martínez-Carrasco Pignatelli, *Postmodernidad y Derecho Público*, Madrid, 2002, o Fariñas Dulce, *Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológica a la «actitud postmoderna»*, Madrid, 2006. Uno de los escasos autores españoles que ha abordado la relación entre posmodernidad y Derecho constitucional es Eloy García en su «Estudio preliminar» a la obra de Pocock, *El momento maquiavélico. El pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, Madrid, 2008.

Ferrajoli¹⁵ sostiene que en los países de democracia más avanzada estamos asistiendo a una crisis profunda y creciente del Derecho, que se manifiesta en diversas formas y en múltiples planos. Dentro de ellos distinguirá tres aspectos. Una crisis de la legalidad, en cuanto a las reglas vinculantes para los titulares de los poderes públicos, y que se expresa en la ausencia o insuficiencia de los controles y, por tanto, en una variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder. En segundo lugar, la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del Estado del bienestar. Desde una perspectiva más conservadora, Dieter Grimm¹⁶ considera que las insuficiencias regulativas detectadas en la Constitución y en el ordenamiento estatal se deben a una contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho, que se basaría en un conjunto de límites y prohibiciones jurídicas por parte del poder público, y el del Estado social, que demanda de estos mismos poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas. No solo se incrementarán así las tareas de regulación y control que incumben al Estado, sino que cambiará la propia naturaleza de sus funciones. Con ello se modifica el diseño del ordenamiento, que adquiere un carácter prospectivo, la finalidad de la actividad estatal, que se fundamenta en el logro de la seguridad y en la prevención, y en último término cambian también los instrumentos de acción. El mandato normativo se sustituye por una negociación, donde los grupos sociales y los partidos políticos diluyen las fronteras materiales y subjetivas entre estado y sociedad. La legalidad pierde por tanto su carácter de generalidad y abstracción, y adquiere una nota de fragmentación y corporativismo. En el nivel constitucional, Grimm se plantea si nos encontramos ante un déficit de adecuación o ante una inadecuación del propio instrumento constitucional¹⁷.

Desde distinta perspectiva, Habermas se preguntará si esta falta de eficacia vinculante del Derecho y esta «atrofia constitucional» no implica más bien un problema de efectividad del aparato estatal y de necesaria limitación de los instrumentos jurídicos, que no afecta al nivel constitucional, al ámbito de la legitimidad. En todo caso el problema apunta a la necesidad de vigorizar democráticamente el Derecho como mediación entre facticidad y validez¹⁸.

En tercer lugar, nos encontraríamos ante una crisis del Estado nacional, que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por tanto, en un debilitamiento del constitucio-

¹⁵ L. Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, 2001, pp. 15 y ss.

¹⁶ «Il futuro della Costituzione», *op. cit.*

¹⁷ Vid. también, el mismo cuestionamiento en O. Beaud, «Constitución» y «Constitucionalismo» en Raynaud y Rials (eds.), *Diccionario Akal de Filosofía Política*, Madrid, 2002.

¹⁸ Vid. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, 1998, pp. 515 y ss.

nalismo. Los procesos de interconexión mundial, y específicamente el de integración europeo, serían así los nuevos ejes espaciales del problema del poder político.

No se pretende aquí una descripción ni siquiera somera del complejo y debatido fenómeno de la globalización o internacionalización, un problema que ocupa a múltiples ramas científicas desde la década de los ochenta. Se subrayarán, no obstante, algunos de los rasgos que afectan sin duda a la Constitución como norma básica del Estado nacional. La globalización implica un desplazamiento del ámbito espacial de las organizaciones humanas hacia pautas de actividad e interacción interregionales y transcontinentales. Alude, pues, al menos, a dos fenómenos distintos, al que consiste en el alcance mundial de múltiples cadenas de actividad política y social, y al que implica una intensificación de los niveles de interconexión entre Estados y sociedades¹⁹. La globalización abarca por tanto una serie compleja de fenómenos a menudo contradictorios entre sí. No solo existiría un efecto expansivo, sino también una presión desde ámbitos territoriales inferiores al Estado. En la conocida expresión de Bell, «la nación se hace no solo demasiado pequeña para solucionar los grandes problemas, sino también demasiado grande para arreglar los pequeños».

David Held clasifica y analiza los cambios producidos en cuatro grandes campos, el de la economía mundial, el de la toma de decisiones de políticas internacionales, el del Derecho internacional regulativo, y por último el ámbito cultural y su entorno, ante todo en su faceta medioambiental y mediática²⁰. Este mismo autor realiza una precisión importante: desde la perspectiva jurídico-política cabe distinguir entre la soberanía del Estado, —como derecho a gobernar un territorio delimitado— y su autonomía, en cuanto que poder real del Estado nacional para articular metas políticas de manera independiente. De un análisis del fenómeno globalizador en los cuatro anteriores ámbitos mencionados, podría deducirse con claridad que el Estado encuentra ya muy limitada su autonomía y empieza a verse afectado cada vez en mayor medida por su soberanía. Un soberanía que, lejos de los términos clásicos, tiende a ser concebida actualmente como dividida entre un número de organismos nacionales, regionales o internacionales, y limitada por su propia pluralidad²¹.

Desde el punto de vista del ordenamiento nacional, esta globalización afecta, según Habermas, tanto a la seguridad y efectividad de la Administración del Estado, como a la identidad colectiva, como a la propia legitimación

¹⁹ Giddens, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, 2002, pp. 25 y ss.

²⁰ Held, *Modelos de Democracia*, Madrid, 2001, pp. 381 y ss.

²¹ *Ibidem*, pp. 393, *vid.* también, por todos, Castells, *La sociedad red (La era de la información, vol. I)*, Madrid, 1997.

democrática del Estado-nacional, produciendo así verdaderos «agujeros de legitimidad»²². Estaríamos hoy, como ciudadanos integrados en un «demos», sujetos a un imparable proceso de «heteronomización»²³.

Más allá de la específica problemática europea, parece cierto que, como se ha señalado, la mundialización conlleva una cierta crisis del principio democrático, replanteando los viejos problemas del tiempo y el espacio en el Derecho constitucional²⁴. El propio Hesse ha formulado, en términos sencillos pero radicales, el problema central: «la concepción tradicional del Estado es tan difícilmente mantenible como una idea de Constitución orientada al modelo nacional a la vieja usanza»²⁵. Y es por ello por lo que en la presentación de su manual colectivo de Derecho constitucional subrayará la necesidad de abordar también jurídicamente estos cambios, al ser este «el objeto de una moderna Teoría de la Constitución, que debe contribuir a consolidar, desplegar y progresar el nuevo orden estatal y a incardinarlo en la Unión Europea»²⁶.

1.3. Algunos rasgos de la actual reflexión constitucional: «giro teórico», perspectiva constituyente y dinamismo constitucional

Existe en el Derecho constitucional más reciente una mayor variedad de enfoques e intereses que hace tan solo dos décadas. La acentuación de esta nueva policromía no puede implicar, evidentemente, un paralelismo radical con situaciones anteriores. La Teoría de la Constitución alemana del primer tercio del siglo buscaba, con la notoria excepción de SCHMITT, la coexisten-

²² Habermas, «La constelación posnacional y el futuro de la democracia», en *La constelación posnacional*, Barcelona, 2000, pp. 92 y ss. Vid. también del mismo autor «El Estado nacional europeo. Sobre el pasado y el futuro de la soberanía y de la ciudadanía», en *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, Barcelona, 1999. Gadamer, por su parte, señala su convencimiento «de que no solo el marco de pensamiento nacional-estatal, sino también el europeo, se revelarán como sobrepasados», en Carsten Dutt (ed.), *Conversación con Hans-Georg Gadamer*, Madrid, 1998, pp. 99.

²³ Vallespín, *El futuro de la política*, Madrid, 2000, pp. 160 y ss.

²⁴ Pedro de Vega, «Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, 1998, pp. 13 y ss. o Teubner, «Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la Teoría Constitucional centrada en el Estado» en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, n.º 9, 2005. Vid. también, desde perspectivas más generales, Cassese, *La globalización jurídica*, Madrid, 2006, o Twining, *Derecho y globalización*, Bogotá, 2003. En la doctrina española, Mir puig-nalat O, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del derecho Administrativo*, Madrid, 2004.

²⁵ Hesse, «Constitución y Derecho Constitucional», en *Manual de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 15, o como subraya el título de la obra de Grasso, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, 2005.

²⁶ Hesse, «Presentación» al *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996, pp. XIX.

cia de una sociedad profundamente dividida a través del papel integrador del pacto constitucional. Los frutos de ese intento corresponden en mayor medida al constitucionalismo de posguerra. Como señalara ZAGREBELSKY²⁷, los textos de esta época configuran un gran acuerdo político-social que se plasma en la articulación del Estado del bienestar europeo y que incorpora la idea de una sociedad abierta y plural, pero sin enfrentamientos antagónicos. Es esta misma posibilidad la que va a permitir un desarrollo de la «dogmática constitucional», que alcanza en su vertiente analítica y garantista un elevado grado de elaboración, y que se consagra con la actividad efectiva de los Tribunales Constitucionales²⁸. En la situación actual, pues, no se parte de la necesidad de consolidar un estado democrático-constitucional, sino del triunfo de este sobre cualquier cosmovisión antagónica²⁹. En España, los treinta años de Constitución y la evolución de nuestro Derecho constitucional arrojan un resultado sin duda satisfactorio³⁰.

Es este el contexto en el que hay que encuadrar correctamente la crítica a lo que ha venido definiéndose como «positivismo jurisprudencial»³¹. Frente al rechazo «weimariano» al positivismo formalista y estatalista de finales de siglo, y cuyas implicaciones teórico-constitucionales han sido subrayadas en múltiples ocasiones³², este nuevo planteamiento apunta, en tonos más o menos críticos, a un seguidismo excesivo de los criterios marcados por la jurisdicción constitucional, y en último caso, a una excesiva reducción de la «problemática constitucional» a la dogmática de la interpretación del texto fundamental.

Situado en sus justos términos, el argumento asumible de este discurso coincidiría con su denuncia de una jurisprudencia utilizada como *Deus ex machina* capaz de solventar todos los problemas de la interpretación constitucional mediante el recurso al empleo de afirmaciones sustentadas en el texto de las sentencias constitucionales que guarden alguna relación con el tema a resolver o el mandato a interpretar. Dicho en forma más simplista, planearía especialmente sobre nuestra doctrina, como ha señalado

²⁷ Zagrebelsky, *Giustizia Costituzionale*, Bolonia, 1993.

²⁸ Vid. Acosta, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, 1998.

²⁹ Sartori, *La democracia después del comunismo*, Madrid, 1993, pp. 16 y ss.

³⁰ Por todos, Herrero de Miñón, «Entre la alegría y la confianza», en *20 años después. La Constitución cara al siglo XXI*, Madrid, 1998, pp. 7 y ss., o López Aguilar, *Lo constitucional en el derecho: sobre la idea e ideas de Constitución y orden jurídico*, Madrid, 1998.

³¹ Lucas Verdú, *La Constitución en la encrucijada*, op. cit., pp. 65 y ss. o Pedro de Vega, «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina española», *Teoría y Realidad constitucional*, 1998, pp. 65 y ss., Madrid, 1998.

³² Vid. por todos, lúcidamente, el propio C. Schmitt, en *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, 1996, pp. 32 y ss., o en «Hugo Preuss e la dottrina tedesca dello Stato», en *Democracia e liberalismo*, Milán, 2001, pp. 102 y ss.

López Guerra, el peligro de un cierto «talmudismo constitucional-jurisprudencial»³³.

Desde otro punto de vista, y dentro de la lógica diversidad nacional, sí pueden destacarse también algunos rasgos, característicos de la reflexión constitucional general de los últimos años. No existen dudas sobre la importancia y solidez alcanzada por una «metódica constitucional» que proporciona instrumentos rigurosos, en el plano de los conflictos de derechos, de la interpretación, de la ponderación de bienes o de la estructura de la norma, para concretar el Derecho constitucional en la práctica. Pero frente a esta perspectiva analítica, surge una tendencia difusa a recuperar lo que Alexy ya denominó perspectiva normativa, y que junto a la dimensión empírica, contribuye a dotar a la ciencia del derecho como disciplina práctica de un principio de unidad³⁴. Así, hoy en día cobran mayor realce las teorías materiales o más propiamente generales, sobre los derechos fundamentales, que el propio Alexy considera de escasa utilidad a la hora de la aplicación jurisprudencial del Derecho³⁵. Como señala Gomes Canotilho³⁶, desde mediados de los setenta, los intentos por elaborar una teoría de los derechos fundamentales, y cuyas variantes sintetizará ya clásicamente Böckenförde³⁷, presuponían que alguna de ellas podía ofrecer una comprensión lógica, global y coherente de todos los preceptos constitucionales. Lo cierto es que su localización en una teoría de la Constitución no dejaba de ser incierta y pronto fueron acercándose a la filosofía, a la vez que se iniciaba el «giro dogmático» que tan bien representarían autores como Alexy. Hoy en día parece, en cambio, sentirse la necesidad de una teoría basada en la Constitución positiva y que tenga en cuenta la realidad plural de los derechos y su evidente multifuncionalidad³⁸.

Este mismo «giro teórico» puede percibirse en la mayor atención que la literatura jurídico-constitucional viene prestando a las construcciones generales sobre el sentido y los límites de la jurisdicción constitucional, donde elaboraciones como la de Ely, Dworkin y Ackerman o Waldron³⁹ implican en

³³ López Guerra, *Revista Teoría y realidad constitucional*, n.º 1, 1998, pp. 43.

³⁴ Vid. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2001, pp. 32 y ss.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 1377 y ss.

³⁷ Böckenförde, «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales» en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, 1993, pp. 44 y ss. Vid. también, Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, 2000, pp. 25 y ss.

³⁸ Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria de la Constituição*, op. cit., pp. 1384 y ss.

³⁹ Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984. Ely, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Santafé de Bogotá, 1997. Ackerman, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, 1999, o Waldron, *Derechos y desacuerdos*, Madrid, 2005. En España, Ferreres comella, *Justicia constitucional y democracia*, 2.ª ed., Madrid, 2007.

sí mismas verdaderas teorías sobre la Constitución. En igual sentido, parece orientarse el entendimiento de los principios de estructuración territorial del Estado como principios constitucionales clave⁴⁰, y su nueva dimensión estructural a la hora de reflexionar sobre la Constitución europea⁴¹.

Junto a este «giro teórico», es importante la revitalización de una «perspectiva constituyente» en el Derecho constitucional. Y ello en varios sentidos. En primer lugar, la caída de los antiguos regímenes del Este supuso la aparición de una ola «constituyente» desconocida en el continente en medio siglo, y que reabre tanto la funcionalidad del Derecho comparado como la ingeniería constitucional, en su sentido más amplio⁴². En segundo término, adquiere vigor una consideración de la Constitución como «norma cuya cualidad diferencial consiste en construir a la comunidad política». En España ha sido sin duda Garrorena quien más claramente ha remarcado que con este nuevo enfoque se consigue tanto recuperar la dimensión de «totalidad» de la norma como tener en cuenta a los elementos no jurídicos presentes en el momento constituyente. Se evitará además la peligrosa tendencia a extremar el carácter abierto de los mandatos constitucionales⁴³.

Esta perspectiva implica también, en tercer lugar, una revitalización de la reflexión constitucional sobre el propio poder constituyente⁴⁴, concebido cada vez en mayor medida como autovinculación de la soberanía popular a través de un compromiso relativo a ciertos principios históricamente enmarcados⁴⁵. Con ello reaparece como problema central en términos jurídicos el principio democrático y sus implicaciones⁴⁶ y, a su vez, adquieren mayor significado los nuevos estudios sobre el sentido histórico del constituciona-

⁴⁰ Häberle, *El Estado constitucional*, México, 2001, pp. 261 y ss.

⁴¹ Vid. por todos, La Pergola, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994.

⁴² Vid. Elster, «Vinculi costituzionali e paradosso della democrazia» en *Il futuro de la Costituzione*, op. cit., pp. 167 y ss.

⁴³ Garrorena, «Cuatro tesis y un corolario sobre el derecho constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 51, 1997, pp. 45 y ss.

⁴⁴ Vid., por todos, Böckenförde, «El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho Constitucional» en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid 2000, pp. 159, Ackerman, *La política en el diálogo liberal*, op. cit., Holmes, «Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia» en *Il futuro della Costituzione*, op. cit.

⁴⁵ Sobre el concepto de autovinculación como explicación de la génesis constitucional vid. Elster, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México, 1980, pp. 152 y ss. Un importante replanteamiento de la veracidad de esta tesis, en el libro del mismo autor: *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Barcelona, 2002, pp. 111 y ss. La importancia del condicionamiento histórico-cultural en la elaboración de los nuevos textos fundamentales es acertadamente remarcada por Häberle, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, 2002, pp. 50 y ss., y *El Estado constitucional*, op. cit., pp. 135 y ss.

⁴⁶ Vid., por todos, Böckenförde «La democracia como principio constitucional», en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., pp. 47. o en España, Aragón, *Constitución y democracia*, Madrid, 1989.

lismo⁴⁷. En este contexto cobrará también importancia la reivindicación de la trascendencia de la «cultura constitucional» como «humus» necesario de toda ley fundamental⁴⁸.

Por último, esta acentuación del elemento cultural y social lleva en ocasiones a concebir la Constitución como punto de llegada más que como punto de partida, subrayando el aspecto dinámico de la norma. No se trata, sin embargo, de una comprensión meramente formal-procesal de esta, como simple *instrument of government* (Hennis). Se acerca más a los postulados de Smend, cuando afirma la naturaleza de la Constitución «como realidad integradora permanente y continua», o de la «Constitución en el tiempo» de Bäumlin. Así, y adaptando también el concepto dinámico implícito en la construcción de autores como Hesse y su concepción de la «voluntad de Constitución», adquiere relevancia la idea de U. Preuss⁴⁹ según la cual «una sociedad está articulada y constitucionalizada cuando se confronta consigo misma en las adecuadas formas institucionales y procesos normativamente dirigidos de adaptación, de resistencia y de autocorrección». Esta concepción encontrará acogida en un autor como Habermas, quien desde su entendimiento procedimental del Derecho y de la Constitución considera a la ley fundamental como «un proceso falible de aprendizaje por el que una sociedad supera progresivamente su incapacidad para autotematizarse normativamente»⁵⁰. El mismo planteamiento subyace también lógicamente en Häberle, quien, sin renunciar a la positividad de la norma, acentúa el aspecto dinámico y de aprendizaje, a la vez que el entendimiento de la Constitución desde un «pensamiento de posibilidades»⁵¹. Lejos de los presupuestos últi-

⁴⁷ Autores como Fioravanti, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, 2001, o *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2000, o Matteuci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, 1998, en Italia recuperarán la tradición de un Maclwain o un Kriele. Vid. también las reflexiones de Zagrebelsky, *Historia y Constitución*, Madrid, 2005.

⁴⁸ Así, Häberle ha realizado un intento teórico general de comprender la teoría de la Constitución como ciencia cultural, y específicamente como ciencia jurídica de los textos y la cultura. Acentuando la perspectiva integracionista, se concibe a la Constitución no sólo como texto jurídico, sino también como contexto cultural. Lo jurídico así es tan solo un aspecto de «la Constitución como cultura». El análisis textual comparativo permite no obstante que la Teoría de la Constitución y la ciencia del Derecho devengan por esta vía ciencia de la realidad. Vid. un planteamiento especialmente clarificador en Häberle, *Libertad, igualdad, fraternidad, 1789, como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, 1998, y con mayor densidad teórica, *Pluralismo y Constitución, op. cit.*, y *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, 2000. Una exposición global del pensamiento «häberliano» en *El Estado Constitucional*, México, 2001.

⁴⁹ Preuss, *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, Berlín, 1990, pp. 73.

⁵⁰ Habermas, *Facticidad y validez, op. cit.*, pp. 531.

⁵¹ Häberle, *El Estado constitucional, op. cit.*, pp. 3 y ss. 49 y ss. o 119 y ss.

mos de Häberle, un autor como Canotilho adopta también la definición de PREUSS, y entiende que la complejidad y contingencia de la sociedad contemporánea exige así «una reescritura permanente de las reglas constitucionales con base en experiencias y aprendizajes, y no el recurso a integracionismos ético-sociales, a unitarismos políticos o a homogeneizaciones de los ciudadanos»⁵².

Si la Constitución del pluralismo se concibe como un punto de llegada⁵³ adquieren importancia las «políticas constitucionales», entendidas como la configuración consciente y el desarrollo progresivo de una Constitución. En este sentido, señalará Häberle que, siendo estas una búsqueda de un buen ordenamiento constitucional, no pueden rechazarse por verse como demasiado próximas a la política, ya que hoy son especialmente necesarias en la nueva «era de la Constitución» tras 1989⁵⁴. Si la Constitución de una sociedad pluralista es en realidad un «compromiso de posibilidades», resulta lógico que, para Zagrebelsky, la política constitucional consista en la realización del texto fundamental en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectivo. O más gráficamente, «el Derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales». Parece evidente, sin embargo, que esta idea de una «Constitución en construcción», llevada a sus últimas consecuencias, puede terminar afectando a su propia fuerza normativa.

La historia del «concepto teórico de Constitución se ha movido siempre en el Estado constitucional democrático en torno a unos *topoi* clásicos como «historicidad», «proceso», «consenso-compromiso», «unidad-ordenación», y «apertura». La acentuación excesiva de cualquiera de ellos implica una pérdida del valor explicativo de las funciones de la norma en el sistema no del todo justificable. Sin caer en sincretismos reductores, pero de manera realista, Häberle subraya que un análisis comparativo de los textos constitucionales más actuales permite encontrar suficientes razones para aceptar una noción «mixta» de Constitución que dejara atrás las tradicionales posiciones enfrentadas⁵⁵.

⁵² Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 224 y ss.

⁵³ Zagrebelsky, «Storia e costituzione», op. cit., pp. 74-75.

⁵⁴ Häberle, *El Estado constitucional*, op. cit., pp. 303.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 115.

2. Algunos problemas en torno al concepto de Constitución desde la perspectiva de la Teoría de la Constitución

El nuevo contexto cultural, sociopolítico y teórico en que parece moverse el pensamiento constitucional en la actualidad no deja de plantear interrogantes hacia las precomprensiones de la norma fundamental más o menos compartidas desde la dogmática del Derecho constitucional. Es aquí donde la perspectiva de una Teoría general de la Constitución permite enmarcar una serie de problemas importantes para una completa inteligencia del significado de la Constitución en las sociedades democráticas contemporáneas. Se apuntarán aquí tan solo algunas de ellas, partiendo de la conocida definición de Hesse de la Constitución como orden jurídico fundamental de la Comunidad⁵⁶.

2.1. *La Constitución como orden jurídico*

2.1.1. EL ORDENAMIENTO COMO PROBLEMA

La noción de Constitución como orden jurídico alude, sin duda, a la necesaria función de ordenación normativa que, como ya señalamos, cumple toda ley fundamental. Pueden subrayarse sin embargo dos aspectos fundamentales de esta idea. En primer lugar, y como indica la mayoría de la doctrina, actualmente no cabe concebir el ordenamiento jurídico en los términos en que lo hacía el positivismo estatalista de comienzos de siglo. Como ha remarcado Zagrebelsky, por una parte, la premisa de la total estatalidad del Derecho es puesta en duda por las sociedades pluralistas actuales; y, por otra, la propia unidad del ordenamiento ya no es un dato sino un difícil problema⁵⁷. Los ordenamientos jurídicos reales son hoy órdenes jurídicos pluralistas, incompletos e integradores pero no «integracionistas». En definitiva, son sistemas complejos, compuestos por normas, instituciones y derechos, cuya integración es un resultado que no siempre es conseguir de forma rigurosa⁵⁸. Existe actualmente, además, una pluralidad de ordenamientos que se reclaman superiores y que son parcialmente concurrentes, de los que el Derecho comunitario y sus relaciones con el constitucional suponen el mejor ejemplo. A su vez, la propia concepción de la Constitución como un sistema abierto de reglas y principios, y la sustitución del principio de legalidad por el de constitucionalidad como criterio rector de la validez de la norma, implican profundos cambios ya evidentes en la concepción del Derecho, pero, ante todo, en la metodología jurídica apropiada a la nueva realidad. Como señala

⁵⁶ Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1992, pp. 3.

⁵⁷ Zagrebelsky, *Il Diritto mitte*, Turín, 1992, *op. cit.*, pp. 39.

⁵⁸ Canotilho, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 1127.

Canotilho, quien cree aún en una mecánica transposición de los métodos de un «epigonismo positivista» en la integración del Derecho (la solución se encuentra en el texto, y la interpretación/aplicación de las normas es aplicación de una regla general y condicionada suficientemente definida en los «códigos»), «no sabe nada de derecho constitucional»⁵⁹.

Conviene, pues, partir de la base de que no es posible, trasladando antiguas concepciones, entender la unidad jurídica que pretende la Constitución como mecánica unificación de arriba abajo, por medio de una fuerza jerárquica superior que se desarrolla unilateral y deductivamente a partir de la Constitución⁶⁰. La idea de la pirámide geométrica, debe pues matizarse y los propios resultados de una jurisdicción constitucional establecida para garantizar la supremacía jurídica de la norma fundamental cada vez lo confirma más. La dimensión valorativa y de ponderación del juicio de constitucionalidad se une a un entendimiento flexible del binomio inconstitucionalidad/nulidad de la norma que altera profundamente el esquema kelseniano⁶¹. La unidad jurídica conseguida por la Constitución es pues, en todo caso, a posteriori y no a priori. Es contingente, en cierto modo parcial, y basada ante todo en una concepción de esta como norma fundamental y superior del ordenamiento, estructurada según reglas y principios⁶².

⁵⁹ Canotilho, *Direito Constitucional, op. cit.*, pp. 1103.

⁶⁰ Luhmann, «La Costituzione como acquisizione evolutiva», *Il futuro della Costituzione, op. cit.*, pp. 111.

⁶¹ Vid. por todos, Aja, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Madrid, 1998.

⁶² Es a esta realidad, que surge del desarrollo del modelo constitucional de la posguerra, a la que intenta dar respuesta teórica el llamado, quizás impropriamente, *neoconstitucionalismo*, y que encuentra en autores como Dworkin, Alexy, Ferrajoli, El último zagrebely o Nino, sus exponentes más cualificados. Aun cuando puede hablarse de neoconstitucionalismo en múltiples sentidos, se trata en general de una denominación que engloba diversas posiciones teóricas y metodológicas, pero que coinciden en subrayar como elementos claves para la comprensión del Derecho occidental contemporáneo, su fuerte constitucionalización y su materialización en torno a valores y principios. A excepción de Ferrajoli, a todos ellos les une una común oposición al positivismo jurídico, sin caer por otra parte en el iusnaturalismo tradicional. En todo caso, y en paralelo a la conocida reflexión de Bobbio sobre el positivismo, puede hablarse como señala Comanducci del neoconstitucionalismo como método jurídico, como ideología y como teoría del Derecho. Es en esta última faceta donde parece cobrar mayor pujanza dentro de la filosofía del Derecho, y donde la tendencia a subrayar los vínculos entre derecho y moral suscita mayores recelos y respuestas teóricas como las del positivismo incluyente. Por otra parte, desde la óptica adoptada en este trabajo, el neoconstitucionalismo no deja de recordar a la Minerva filosófica en cuanto supone una reflexión, por otra parte muy fructífera, reflexión, en torno a un tipo de constitución y de constitucionalización del ordenamiento que, alcanzando su apogeo en la segunda mitad del siglo XX, parece sin embargo dar muestras de agotamiento y crisis ante los nuevos contextos constitucionales. Sobre el tema *vid.*, por todos, Prieto sanchis, «Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones» en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, 2003, y las compilaciones a cargo de Carbonell,

2.1.2. LOS LÍMITES DE LA EFICACIA ORDENADORA DE LA CONSTITUCIÓN

La segunda matización aludiría no tanto a las características internas de este orden jurídico, como a la capacidad real de ordenación normativa de la Constitución. Parece claro que, de un modo más o menos acentuado, el constitucionalismo guarda relación con lo que puede denominarse el proyecto racionalista de la modernidad. En la base de la idea constitucional se encuentra una pretensión constructivista del mundo político a través del Derecho.

Por otra parte, el moderno sistema de Derecho constitucional ha funcionado tras la II Guerra Mundial con un esquema, que, en los conocidos términos de Wahl⁶³, constituiría un «triángulo mágico»: imperativo constitucional de realización del sistema de valores incorporado al orden constitucional, judicialización del control de esta realización a través de las jurisdicciones constitucionales, y libertad de configuración del legislador en su cualidad de concretizador de estos valores normativos constitucionales.

En la actualidad, sin embargo, cualquier observador atento puede evidenciar disfunciones en este esquema de explicación. El equilibrio resulta cada vez más inestable entre unos sistemas sociales en permanente transformación como algo inherente a su naturaleza, y una Constitución ampliamente normativa que pretende convertirse en elemento de estabilidad del conjunto⁶⁴. La creciente búsqueda de respuestas adecuadas a la complejidad y autoorganización *in crescendo* del sistema social implica en el fondo la aceptación de la existencia de un «déficit regulativo» de la norma fundamental, algo que caracteriza al Estado democrático contemporáneo, y que lleva a hablar de pérdida de centralidad político-jurídica de la Constitución.

El debilitamiento de esta función de ordenación normativa del texto constitucional está sin duda en el origen del relieve que últimamente han alcanzado en el ámbito de nuestra disciplina las teorías sociojurídicas que explican el sistema social en términos de una pluralidad de sistemas autogenerados o autopoieticos. Es conocido el protagonismo de Luhmann en estas últimas propuestas y también sus dificultades de comprensión para el no especialista. Se remarcarán aquí tan solo algunos de los aspectos más gene-

Neoconstitucionalismo(s), Madrid, 2003 y *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, 2007. Posturas mucho más matizadas pueden encontrarse en la obra de Aguilo, Atienza y Ruiz Manero, *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*, Madrid, 2007, o Moreso, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, 2009. Una cierta reacción contra estos planteamientos y contra el «exceso» de constitucionalización del ordenamiento, en la importante obra de Laporta, *El imperio de la Ley. Una visión actual*, Madrid, 2007. En todo caso, todas estas obras demuestran el muy importante papel que la reflexión sobre aspectos de la Teoría de la Constitución juega en la iusfilosofía contemporánea.

⁶³ Wahl, «Der Vorrang der Verfassung» en *Der Staat* 1, 1981.

⁶⁴ Porras Nadales, «Derecho Constitucional y evolucionismo jurídico», en *Revista de Estudios Políticos*, 1995, pp. 107 y ss.

rales de este tipo de construcción y ello en cuanto se encuentran en la base de algunos de los nuevos enfoques del Derecho constitucional.

La construcción de Luhmann y su escuela pretende ser, ante todo, como es sabido, una teoría general de la sociedad, no pues exclusiva ni prioritariamente sociojurídica, que parte de la imposibilidad de encontrar un centro único de observación y descripción del fenómeno social⁶⁵. Su clave se encuentra en la elaboración de una teoría de la evolución social que la base en la progresiva diferenciación funcional entre los distintos sistemas sociales. Los diferentes ámbitos sociales se irían organizando a través de su especialización en distintas funciones. La diferenciación funcional permitirá a cada sistema una reducción de la complejidad del ambiente que, en conjunto, implicará sin embargo una mayor complejidad del sistema social. Entre los sistemas particulares no existen relaciones de jerarquía ni de causalidad. Su naturaleza es esencialmente autorreferencial, un sistema solamente puede determinar sus límites y su identidad si introduce una diferencia dentro/fuera, si se diferencia en suma del «ambiente». La idea de autopoiesis alude pues a esa capacidad de los sistemas para construir por sí mismos sus propias identidades y diferencias, para procesar sus informaciones, en códigos binarios, y las conexiones que establecen con su entorno.

Desde esta perspectiva autopoietica, Luhmann no ha prescindido del estudio de los sistemas políticos y jurídicos. Su concepto de la Constitución como fruto de un «acoplamiento estructural» entre estos dos últimos sistemas, que permite la diferenciación entre autorreferencialidad y heterorreferencialidad en las operaciones internas al ámbito político o jurídico, pretende salvar la inevitable naturaleza dual del fenómeno constitucional⁶⁶. Por otra parte, su análisis del problema del Estado del bienestar como el de un exceso de sobrecarga del entorno sobre el sistema jurídico, que le impide autoprocesar los límites de su identidad, aportó una lectura de altura teórica a las corrientes más críticas con la expansión de los derechos prestacionales⁶⁷. Desde el ámbito estrictamente constitucional, la crítica de Habermas parece sin embargo oportuna: la radical separación metodológica entre política y Derecho, ni responde a la realidad, ni permite explicar de ningún modo la legitimación democrática del Estado constitucional⁶⁸. Por otra parte, el presupuesto teórico según el cual ningún sistema puede ser analizado simultáneamente desde dentro y desde fuera, convierte al Derecho en una realidad

⁶⁵ Sobre la concepción sistemática de Luhmann, *vid.* Camou y Esteban, *La sociedad compleja. Ensayos en torno a la obra de Nicolas Luhmann*, México, 1997 o «La otra postmodernidad: la teoría de los sistemas» en *Historia de la Teoría Política*, vol. 6, Madrid 2006.

⁶⁶ Luhmann, *La Costituzione come acquisizione evolutiva*, *op. cit.*, pp. 110.

⁶⁷ *Idem*, *La teoría política en el Estado del Bienestar*, Madrid, 1993.

⁶⁸ Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 432-33.

«aprobable», cuando justamente su expansión conduce a un permanente debate público donde los elementos valorativos juegan un papel determinante⁶⁹.

Más allá de la concreta postura de este autor, y de las posibles implicaciones ideológicas de estos planteamientos, las teorías de este sociologismo jurídico han planteado sin duda importantes interrogantes sobre las funciones y los problemas actuales del ordenamiento constitucional. En un nivel general, y de manera sintética, han subrayado algunos aspectos a veces olvidados por la teoría jurídico-constitucional. En primer lugar, han puesto el acento sobre el evidente nivel de complejidad alcanzado por las sociedades actuales y la relativa autonomía de los diversos ámbitos o sistemas que las componen. En segundo término, han detectado correctamente las dificultades del sistema jurídico para proceder a la «juridificación» de muchas de las demandas que le llegan desde los distintos sistemas sociales. En este aspecto, como señalan algunos autores⁷⁰, han constituido un aviso y un antídoto ante los peligros de una excesiva mediatización del derecho por la política. En último lugar, y a la inversa, iluminan las múltiples resistencias que los diversos sectores de la realidad ofrecen ante su juridificación. Desde el momento en que la relación entre sistemas no es de causa/efecto, sino de interrelación y perturbación, queda en cuestión la frecuentemente presumida eficacia de la regulación de ciertos ámbitos sociales. La «interferencia» del Derecho provocará procesos de reajuste no siempre normativamente controlables, y no dejará de tener consecuencias para el propio sistema jurídico en cuanto tal. El discurso autopoiético implica pues una desconfianza y un claro escepticismo hacia la racionalización jurídica, que comparte así en el fondo, ya que no en la forma, algunos de los rasgos del discurso posmoderno⁷¹.

La mayor o menor aceptación de las premisas sistemáticas no impide, sin embargo, reconocer la existencia de problemas reales en la eficacia normativa de la Constitución, que una teoría general del Derecho constitucional no puede obviar. Se ha hablado así de una «crisis de materialización del Derecho constitucional», en cuanto a su falta de adecuación al cambio en los ámbitos sociales que se regulan, y de una «crisis de reflexión del Estado social del Derecho», en cuanto a su incapacidad para generar un sistema de respuestas coherentes y unitarias al exceso de expectativas sociales⁷². Cano-

⁶⁹ Vid. también su crítica al «estatismo» implícito en la noción de sistema jurídico, o a la imposibilidad de introducir una racionalidad normativa que distinga lo justo de lo injusto dentro de un sistema legal en el que solo se encuentran respuestas basadas en el binomio jurídico/no jurídico, *Facticidad y Validez*, op. cit., pp. 412-414 y 563 y ss.

⁷⁰ Vid. Hespánha, *Panorama histórico da cultura jurídica europea*, op. cit., pp. 259 y ss.

⁷¹ Vallespin F., «La otra postmodernidad: la teoría de los sistemas», op. cit.

⁷² Vid. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín, 1986, o Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Madrid, 1972.

tilho, sensible a un problema que le obliga a renunciar a su concepción programática de la Constitución, añadirá los problemas de «referencia» de una Constitución dirigida al individuo o el Estado, ante las nuevas entidades organizativas o neocooperativas, los problemas de fundamentación y universalización del discurso constitucional frente a otro tipo de discursos, y el problema evidente, en un ámbito europeo y globalizado, de la «reinención del territorio». Es este el marco en el que se propugna un «Derecho constitucional sin centro», un Derecho reflexivo, dúctil, líquido, posmoderno o postintervencionista, entre otras múltiples calificaciones⁷³.

Las características de posturas doctrinales tan matizadas y plurales sólo pueden sintetizarse aproximativamente. Parten en primer lugar de la conciencia de la crisis regulativa de la Constitución y de su pérdida relativa de centralidad y carácter planificador. En segundo término, aceptan con Teubner que debe superarse la dicotomía política/derecho, reforzando la consideración del papel y autonomía de los sistemas sociales en su relación con los sistemas anteriores⁷⁴. En tercer lugar, conciben el binomio normatividad/normalidad helleriano en términos de un continuo proceso de ajuste y aprendizaje entre sistemas, donde la función prescriptiva de la Constitución se atenúa en aras de la necesaria adaptación sistemática. Por último, subrayan el papel del Derecho constitucional como «discurso» no dominante pero sí posiblemente integrador de las distintas lógicas sociales⁷⁵. En definitiva, y a pesar del evidente peligro de debilitar la normatividad del texto constitucional, y de la dificultad de encontrar una plasmación concreta de unos postulados tan abstractos, vienen a llamar la atención sobre la existencia de unos límites a la eficacia y función de la norma, inherentes a su naturaleza y a su entorno. O como sabiamente ya afirmó García Pelayo respecto a este tema, «es conveniente no recaer en el mito del verbo»⁷⁶.

2.2. La Constitución como orden fundamental de la Comunidad

2.2.1. LA CONSTITUCIÓN COMO MARCO Y COMO DECISIÓN FUNDAMENTAL

La noción de orden jurídico fundamental remite en el propio pensamiento de Hesse a la relación existente entre la determinación de un contenido

⁷³ Canotilho, *Direito Constitucional*, op. cit., pp. 1392 y ss. y 1370 y ss.

⁷⁴ Teubner, en *Dilemas*, op. cit. o «Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado», en *Globalización y Derecho. Anuario de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 9, 2005, pp. 199 y ss, vid. también Porras Nadasles, *Derecho Constitucional y evolucionismo jurídico*, op. cit., pp. 111 y ss.

⁷⁵ Vid. Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 424 y ss. No muy lejos de estas posturas, Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, op. cit., pp. 14 y ss.

⁷⁶ García Pelayo, *Obras completas*, Madrid, 1991, Tomo III, pp. 1362.

material esencial y la necesaria apertura de la norma fundamental que posibilite el juego democrático y la evolución histórica. Es precisamente este equilibrio el que ha determinado en parte la aceptación general de esta concepción. En este contexto, un elemento indicativo de la incuestionable relación entre Teoría de la Constitución y dogmática del Derecho constitucional, lo constituye la conocida polémica doctrinal que protagonizarán principalmente Böckenförde y Alexy en torno a las consecuencias del principio de proporcionalidad como método de concretización de los derechos fundamentales.

Como es sabido, Böckenförde critica con dureza la concepción de los derechos como principios y el carácter objetivo de valor de los que los dota la jurisprudencia alemana. Una incorrecta dogmática de los derechos fundamentales conduciría así a anular el carácter de ordenamiento-marco del texto fundamental, y a entender la Constitución como un orden jurídico fundamental donde «todos los principios y todas las posibilidades de compromiso para la conformación del ordenamiento jurídico están ya *in nuce* contenidos en ella», convirtiendo por ende al Tribunal Constitucional en el señor de la Constitución⁷⁷.

Significativamente, Alexy, en su trabajo titulado «Derecho constitucional y Derecho ordinario»⁷⁸, intentará rebatir la crítica encuadrándola en el contexto de la Teoría de la Constitución. Según el autor, el problema básico de la relación entre Constitución y ordenamiento se sitúa en las coordenadas de la validez formal y la densidad normativa material. Asumida en los ordenamientos actuales la máxima validez formal, esta solo es admisible bajo la condición de que la densidad normativa material esté suficientemente delimitada y determinada.

La actual concepción de los derechos fundamentales es, sin embargo, la historia de una expansión material de la Constitución. Esto ha supuesto una constitucionalización material del ordenamiento jurídico que afecta directamente a los poderes públicos y a su margen de acción. La «sobreconstitucionalización» tan solo es evitable, por tanto, con una intensificación de la dogmática de los «márgenes de acción». Con ello podría compatibilizarse, en contra de la opinión de una parte de la doctrina alemana (Böckenförde, pero también Wahl o Starck), la idea de Constitución como orden marco y como orden fundamental.

⁷⁷ Böckenförde, «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras cuarenta años de Ley Fundamental», en *Escritos sobre los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 131 y ss.

⁷⁸ En el n.º 61 de la *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, 2002. Vid. también *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2004, y en la misma línea «Sobre los derechos sociales a protección» en *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007.

En síntesis, se trataría de distinguir entre un margen de acción estructural, formado a partir de los límites de lo que la Constitución ordena y prohíbe, y un margen de acción epistémico, que se forma a partir de los límites de la capacidad para reconocer «por una parte lo que ordena y prohíbe la Constitución y por otra lo que no ordena ni prohíbe». Aplicando el concepto de margen de acción a la ponderación de derechos fundamentales, en los casos de empate, se mantiene que existe un margen de acción para el legislador, lo que implica una novedad frente al principio de «favor iusfundamentalis» de la Teoría de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista de la Teoría de la Constitución, esta postura supone una acentuación del factor de libre configuración democrática dentro del ordenamiento, y una cierta consciencia por parte un representante significado de la perspectiva analítica de sus límites.

2.2.2. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA COMO FUNDAMENTO DE LA CONSTITUCIÓN: PLURALISMO Y CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL

La concepción de la Constitución como orden jurídico fundamental de la comunidad alude también, y más allá de la supremacía formal, al contenido material de la norma y, por tanto, en palabras de Hesse, a su carácter de «orden con un contenido determinado, recto y por ello legítimo»⁷⁹. El texto fundamental cumple así la doble función de conferir legitimidad al orden político y de dotar de legitimación a los respectivos titulares del poder político. No puede olvidarse sin embargo que, como ya de forma clásica escribió Rubio Llorente, por Constitución solo cabe entender «una ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de un modo tal que estos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática»⁸⁰. El principio de legitimación del Estado constitucional es pues esencialmente el democrático, en cuanto existe una conexión ineludible entre el principio de soberanía popular y los derechos fundamentales. Algo que ha señalado desde siempre la doctrina constitucional y que se convierte en el último Habermas en el elemento clave de legitimación del propio Derecho en cuanto tal⁸¹. Una teoría general de la Constitución no puede, pues, obviar la trascendencia del elemento democrático como principio de legitimación original y permanente del Estado, ni las consecuencias que se des-

⁷⁹ Hesse, «Concepto y cualidad de la Constitución», *op. cit.*, pp. 15.

⁸⁰ Rubio Llorente, «La Constitución como fuente del derecho», *La forma del poder*, Madrid, 1985, pp. 87.

⁸¹ Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 168 y 169.

prenden de su entendimiento como principio constitucional⁸². No parece consecuente, pues, que el constitucionalista no tenga en cuenta las disfunciones que en esta función de legitimación se están produciendo en los Estados contemporáneos⁸³.

De hecho, las grandes aportaciones de un Rawls o un Habermas han podido considerarse como la búsqueda de un punto de acuerdo sobre los fundamentos de la asociación y de la obligación política⁸⁴. En ambos, como señala Günther, los derechos básicos deben interpretarse como la condición que hace posible el proceso de autodeterminación democrática⁸⁵. Y ambos también han ido centrando sus reflexiones desde perspectivas más filosóficas o sociológicas hacia la consideración de los grandes temas jurídico-políticos. El «giro político» de Rawls, que ya era obvio en su libro *Liberalismo político*⁸⁶, se acentúa, o al menos se clarifica, en una de sus últimas obras⁸⁷, donde expresamente se mantiene que su teoría de la justicia «es una concepción política independiente que articula valores políticos y constitucionales fundamentales»⁸⁸. El «giro jurídico» habermasiano se plasma en una obra⁸⁹ que constituye a la vez un gigantesco esfuerzo por revitalizar el valor normativo del Derecho como elemento de legitimidad del orden social, y todo un manual de Derecho constitucional donde se recogen, desde un punto de vista crítico, las teorías sobre el Estado social, sobre la jurisdicción constitucional, sobre la naturaleza principal del ordenamiento y, ante todo, sobre la democracia como principio constitucional fundamental. La revitalización del contractualismo como base de la comunidad política en Rawls y su integración con el pluralismo, o la concepción procedimental-deliberativa del ordenamiento en Habermas, por mencionar tan solo a estos dos autores, son elementos necesarios para la comprensión del mundo jurídico constitucional de nuestro días. Son un buen ejemplo de cómo, en palabras de Canotilho, sin ideas no se puede hacer Derecho constitucional.

El intento de repensar a un nivel teórico tan general los fundamentos de la legitimación del sistema político convive con una literatura desbordante en

⁸² Böckenförde, «La democracia como principio constitucional», *op. cit.*, pp. 76 y ss.

⁸³ Por todos, Dahrendorf, *Después de la democracia*, Barcelona, 2002, Pasquino, *La democracia exigente*, Madrid, 2000, Beck, *La Democracia y sus enemigos*, Barcelona, 2000.

⁸⁴ Vid. «Introducción» a Habermas/Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, 1998, pp. 11.

⁸⁵ «¿Impera el derecho sobre la política?» en *Política y derecho, ¿se oponen la democracia y el constitucionalismo? La Política*, 1998, pp. 7.

⁸⁶ Rawls, *El liberalismo político*, Barcelona, 1996, pp. 35 y ss.

⁸⁷ *Ídem*. *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, 2002, pp. 70 y ss.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*

torno a la realidad del sistema democrático, en una línea general de denuncia ante la existencia, también en el interior de los sistemas nacionales, de un «déficit democrático». Como señala Manuel Castells, tras los cambios sociales y tecnológicos, las ideologías políticas que emanan de las instituciones y organizaciones industriales y del liberalismo democrático basado en el Estado nación corren el riesgo de verse privados de significado real en el nuevo contexto social⁹⁰. El «discurso» jurídico-constitucional puede integrar, sin embargo, al nivel de la Teoría General de la Constitución, las sugerencias que las teorías normativas de la democracia –liberal, comunista o republicana– aportan para una correcta comprensión, tanto de los derechos fundamentales de participación, como de la necesidad de una concepción de la libertad que, como señala Skinner, vaya más allá de la «libertad negativa de los modernos»⁹¹. Solo una fundada perspectiva teórica puede servir de instrumento crítico para enjuiciar las concretas intervenciones en estos campos desde el Derecho positivo.

Por otra parte, desde la perspectiva europea, la concepción normativa de la democracia que se mantenga no es indiferente a la hora de abordar el problema del pluralismo y de la que ya puede llamarse «construcción constitucional europea». Ambos son aspectos necesarios de una Teoría de la Constitución «temporalmente adecuada» y enlazan el problema de la fundamentación de la Constitución con esa problemática «Comunidad» a la que regula y en la que sustenta el orden jurídico constitucional.⁹²

El pluralismo, cuyo concepto era entendido en el constitucionalismo europeo fundamentalmente desde una dimensión política o social, se ha convertido en la realidad de Europa occidental en un pluralismo basado en el origen. El problema de lo que Habermas consagró como «la inclusión del otro»⁹³ no es abordado por igual desde una perspectiva comunitarista que prime los valores culturales identitarios (Taylor⁹⁴), o la idea de identidad

⁹⁰ Castells, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. El poder de la identidad*, v. II, Madrid, 1998, pp. 3944, *vid.* también recientemente, *Comunicación y poder*, Madrid, 2009, pp. 261-392.

⁹¹ Skinner, *La libertad prima del liberalismo*, Turín, 1998, pp. 78 y ss. Una distinción clásica entre las tres principales teorías normativas de la democracia en Habermas, «Tres modelos normativos de la democracia» en *La inclusión del otro*, Barcelona, 1999, pp. 231 y ss. *Vid.* también desde un punto de vista más histórico, Held, *Modelos de Democracia*, *op. cit.* Una comparación entre la cosmovisión «liberal» y la «democrática» del Estado, en Del Aguila, «El centauro transmoderno: liberalismo y democracia en la democracia liberal», en *Historia de la Teoría Política. op. cit.*, v. 6, pp. 549. Sobre los modelos de democracia como modelos culturales, *vid.* Giner, «Cultura republicana y política del porvenir», en *La cultura de la democracia: el futuro*, Barcelona, 2000, pp. 135.

⁹² Habermas, «Inclusión: ¿incorporación o integración? Sobre la relación entre nación, Estado de derecho y democracia» en *La inclusión del otro, op. cit.*, pp. 123 y ss.

⁹³ Habermas, *La inclusión del otro, op. cit.*, pp. 107 y ss.

⁹⁴ Taylor, *Multiculturalismo y política del reconocimiento*, México, 1993.

nacional (Böckenförde)⁹⁵, que por quien desde un paradigma procedimentalista de la democracia considere que la formación política de la opinión y la voluntad no tienen lugar únicamente en forma de compromisos, sino también según un modelo de discusión pública que fundamente su legitimidad⁹⁶.

Por último, es esta diversa concepción de la comunidad que sustenta la soberanía popular la que se encuentra en el centro del debate entre quienes consideran que una constitución europea no puede tener suficiente legitimación por no existir una homogénea comunidad popular⁹⁷ y quienes creen que esta identidad colectiva no necesita ser previa, sino que es constituyente a través del propio proceso democrático⁹⁸. Parece claro, no obstante, que, como señala Canotilho, dentro de la Teoría de la Constitución, es necesario actualmente incluir una teoría de la «interconstitucionalidad», entendida como el estudio de las relaciones de concurrencia, yuxtaposición y conflicto entre distintas Constituciones y distintos poderes constituyentes en un mismo espacio político⁹⁹, lo que, en terminología de origen anglosajón, ha terminado denominándose *constitucionalismo multinivel*¹⁰⁰, y ha llevado, en el ámbito de la Unión Europea, a hablar de «concertación constitucional», «pluralismo constitucional», «inclusión constitucional», «constitucionalismo dual», o «Comunidad constitucional (*Verfassungsverbund*)». En el caso europeo, y desde una perspectiva coincidente con HÄBERLE¹⁰¹, hace tiempo que subrayó LA PERGOLA¹⁰² que la apelación al poder constituyente y a la

⁹⁵ Böckenförde, «Welchen weg geht Europa?», en *Staat, Nation, Europa*, 1999, pp. 77 y ss.

⁹⁶ Habermas, «Inclusión: ¿Incorporación o integración? Sobre la relación entre nación, Estado de derecho y democracia», en *La inclusión del otro*, op. cit., pp. 117. Vid. también Denninger y Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, 2007.

⁹⁷ Grimm, «Una Costituzione per l'Europa?», en *Il futuro della costituzione*, op. cit., pp. 363

⁹⁸ Habermas, «¿Necesita Europa una constitución?», en *La inclusión del otro*, op. cit., pp. 143 y ss. y «¿Por qué Europa necesita una constitución?», en *New Left Review*, n.º 11, 2001, donde habla de «una constitución catalítica», pp. 16.

⁹⁹ Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 1407-1412.

¹⁰⁰ Vid. en español, Bustos Gisbert, *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Oñate, 2005. En la literatura sobre la Unión Europea, por todos, Pernice, «Multilevel constitutionalism in the European Union», en *European Law Review*, vol. 27/5, 2002. Con una visión más general, Bilacia y Pizzetti, *Aspetti e problema del costituzionalismo multilivello*, Milán, 2004.

¹⁰¹ Habermas, *El Estado Constitucional*, op. cit., pp. 66.

¹⁰² La Pergola, «¿Para qué una Constitución de la Unión Europea?», en *Los nuevos senderos del federalismo*, op. cit., pp. 181 y ss. Por todos, las aportaciones de Habermas, Habermas, Ferrajoli o Vitale en *La Constitucionalización de Europa*, México, 2004.

Constitución deben confiarse al desarrollo de un europeísmo maduro y constructivo, consciente de sus posibilidades de éxito. En todo caso, el debate en torno a la frustrada Constitución europea mostró claramente cómo en el proceso de integración europea resultaba ya ineludible una clarificación teórica que discurriera en términos y con categorías constitucionales, y cómo también, en palabras de Cruz Villalón, «el debate europeo devuelve como un espejo la imagen de la Constitución sobre el propio campo de la Teoría de la Constitución, en la medida en que viene a cuestionar la actual razón de ser de algunos de los postulados clásicos en los que la Constitución aspira a reconocerse»¹⁰³.

¹⁰³ Cruz Villalón, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, 2004, pp. 23. La obra es a nuestro juicio el más brillante estudio en castellano sobre los elementos de Teoría de la Constitución implicados en el proceso de integración. *Vid.* también en esta línea, por todos, los trabajos compilados por Zagrebelsky, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Milán, 2005.

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

Ramón Múgica Alcorta
Profesor de Derecho administrativo
Universidad de Deusto

Resumen: La reciente crisis económica ha puesto en el centro del debate el asunto de la responsabilidad de los administradores de las compañías. Las miradas se han vuelto hacia los principios de Buen Gobierno Corporativo, en los que se depositan muchas esperanzas como instrumento para evitar disfunciones empresariales y problemas macroeconómicos. Pero, a la vez, se cuestiona la eficacia del régimen legal relativo a la responsabilidad de los administradores. ¿Es adecuado, en la presente situación, agravar los deberes y las responsabilidades? ¿Cuál sería el grado óptimo de exigencia que garantizase un buen funcionamiento del sistema? Y en todo caso interesa plantearse aun si el Derecho es suficiente, o son necesarias una cultura y una ética en la gestión, y cómo, en su caso, atribuir algún grado de vinculación externa a los principios éticos. Ligado a lo anterior aún nos preguntamos si la cultura, la ética y el Derecho han de ser, en este campo del funcionamiento societario y los deberes de los administradores, locales o globales. La experiencia de los tribunales americanos ofrece pautas interesantísimas para hacer frente a los retos implícitos en lo que acaba de exponerse, e interesa analizar la posibilidad de su trasvase a otros ordenamientos.

Palabras clave: Gobierno Corporativo; crisis financiera y económica; responsabilidad de los administradores, *business judgement rule*; caso *Caremark*.

Abstract: *One of the main consequences of the recent economic crisis has been the narrow focus the scope of the debate has had on the managers of companies. Principles of Good Corporate Governance and Best Practice Recommendations are eventually being perceived as the instrument with which corporate dysfunction and macroeconomic problems could be avoided. Is it the moment to increase obligations and liabilities, specially regarding present situation? Which is the adequate degree of requirement that would ensure system's efficiency? Moreover, the role of law is being questioned, recalling the support of ethics and culture in management, henceforth linking somehow external liability and ethical principles. Connected to the latter it's not yet clear whether culture, ethics and law should be, in corporate and management duties, local or global. American courts' experience offer very interesting guidelines in order to deal with the previously exposed challenges, that could be transferred to other legal systems.*

Key words: *Corporate Governance, economic crisis, officers and directors liability, business judgement rule, Caremark decision.*

Sumario: I. Consideraciones preliminares.—II. Sobre Gobierno Corporativo.—III. La expansión del Buen Gobierno Corporativo.—IV. Crisis económica y gestión de riesgos.—V. El despliegue temporal del programa del Gobierno Corporativo.—VI. Remodelando el régimen legal de los deberes y responsabilidades de los administradores.—VII. El papel de los jueces. Un caso ejemplar. La sentencia Citigroup de la Corte de Delaware.—VIII. La regla del juicio de los negocios (o del buen juicio empresarial): *business judgement rule*.—IX. El caso y la decisión *Caremark*. X. Continuará.

I. Consideraciones preliminares

Constituye este capítulo el primero de los dos que componen un trabajo que tiene por objeto analizar cuál podría ser la medida óptima de la exigencia de responsabilidades a los administradores de las sociedades mercantiles. En el título que precede hay, ciertamente, algo de ambigüedad. Ello es debido a que pretende significar dos ideas a la vez. En primer lugar, la exacerbación de la severidad del régimen aplicable a la actuación de los administradores en tiempos de crisis financiera y económica en general, como son los actuales; segundo, describe el arco máximo que puede recorrer la aguja de la responsabilidad de los administradores, acotado en un extremo por las previsiones de *soft law* (los principios de Gobierno o Buen Gobierno Corporativo) y en el otro por la determinación del Derecho positivo que prevé sanciones de distinta índole que, en el tramo superior de la escala, pueden llegar a tener una máxima gravedad, como sucede con las de naturaleza penal. No es ocioso, a este respecto, recordar que en un mundo que avanza a impulsos de estímulos contradictorios (frente a la declaración del ocaso de los deberes¹

¹ La tensión entre el debilitamiento de los deberes y la exigencia más severa de responsabilidades puede ilustrarse con la lectura de los siguientes textos: Lipovetsky, G. «El crepúsculo del deber (la ética indolora de los nuevos tiempo democráticos)». Barcelona. Ed. Anagrama, 1994. En el otro extremo, para dar cuenta del inexorable avance de la legislación penal, Lascurain Sánchez, Juan Antonio. «¿Que les corten la cabeza?», *Revista Claves de la Razón Práctica*, n.º 145, 2004, <<http://www.cienciaspenales.net>>, pp. 1-18. El lector habrá reconocido la fuente de inspiración de este título. Se encuentra en *Alicia en el País de las Maravillas*, de Lewis Carroll, en el que encontramos la figura de la antipática Reina de Corazones que iba fulminando, a diestro y siniestro, la pena capital: «¡Que le corten la cabeza!». El Derecho Penal de autor, o Derecho Penal liberal-burgués, ha dejado paso al Derecho Penal actual de las nuevas sociedades de riesgo. El paradigma no es ya la lesión de los bienes individuales, sino de los colectivos. Movimientos de masa, como las corrientes feministas, ecologistas y sindicalistas han contribuido a la tipificación de los delitos de violencia de género, medioambientales y contra la salud y la seguridad de los trabajadores, respectivamente. El Derecho Penal se encuentra en un estado de expansión neta, en el que el enemigo no es ya el ratero, sino el gestor de actividades de riesgo. Un buen exponente de

se señala, en las antípodas de ese declinar de las obligaciones, la política de «¡Que le corten la cabeza!» parece prevalecer, cuando se trata de examinar las responsabilidades profesionales, la alternativa de la mayor exigencia.

todo ello es el Proyecto de Ley Orgánica, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de noviembre de 2009, núm. 52-1, por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entrará en vigor, cabe presuponer que con muy pocas variaciones sobre el texto conocido, con toda probabilidad en el presente año 2010. Su exposición de motivos explica las modificaciones que introduce en el texto vigente del Código Penal y destaca en ellas la proliferación de nuevos tipos que tienen que ver con actividades empresariales y financieras y, en general, el endurecimiento de la responsabilidad penal de los administradores formales y los administradores de hecho de las sociedades. Pero quizás la reforma estelar consista en el reconocimiento de responsabilidad criminal directa de las personas jurídicas. Esta responsabilidad no se predica respecto de todas ellas, ya que quedan exentas las Administraciones Públicas en general y, con más discutible fundamento, los partidos políticos y los sindicatos. Reza así el artículo 31 bis del proyecto: «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad. // En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. // 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de estas excluirá la responsabilidad penal de aquellas. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos. // 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. // 4. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la Comisión del Delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: // a) Haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ellas, a confesar la infracción a las autoridades. // b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran decisivas para declarar su responsabilidad. // c) Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral el daño ocasionado por el delito. // d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, normas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. // 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades». Como resulta del artículo 31 bis 1 que hemos transcrito, no pueden las personas jurídicas ser sujetos activos de otros delitos de los que, caso por caso y explícitamente, vaya refiriendo en cada tipo la propia legislación penal. Un examen general del Código Penal permite

La cuestión que entonces resulta pertinente plantear es si la medida de esa responsabilidad debe ser variable y ajustarse a los vaivenes y ciclos de la

descubrir que entre dichos delitos se encuentran los relativos a la manipulación genética (art. 162 C.P.), a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288), contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis), contra los derechos de los trabajadores (art. 318), sobre la ordenación del territorio (art. 319), contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325 y 327), contra la salud pública (arts. 366, 368, 369 y 369 bis), de tráfico de influencias (art. 430) y de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445).

Las penas previstas para las personas jurídicas se adaptan a la especial naturaleza de estas y tienen en todo caso el carácter de graves. Dice así el artículo 33.7 del referido proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal: «Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: // a) Multa por cuotas o proporcional. // b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. // c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. // d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. // e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal el plazo no podrá exceder de quince años. // f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. // g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. // La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa».

Para una ampliación básica sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueden consultarse Nieto Martín, Adán, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo», Justel, Madrid, 2008. Plantea aspectos tan sugerentes como los siguientes: la superación del principio *societas delinquere non potest*; el problema de la lesión del *non bis in idem*, cuando se sanciona a la vez por un mismo delito al agente persona física que lo ha cometido y a la persona jurídica; la sensible cuestión de la culpabilidad de la persona jurídica; el problema de la imputación, presentando los tres modelos: el vicarial o de transferencia de la responsabilidad (Reino Unido, Francia), el de la culpabilidad de la empresa (Austria y Suiza) y el mixto (EE. UU. e Italia). También, Wagner, Markus, «Corporate Criminal Liability. National and International Responses», Background Paper for the International Society for the Reform of Criminal Law, 13th International Conference, Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective, Malta, 8-12 de julio de 1999, The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy. El reconocimiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas topó con una dificultad de partida, que está paradigmáticamente expresada en estas palabras del Barón Thurlow, que fue Lord Chancellor de Inglaterra en el siglo XVIII: «Did you ever expect a Corporation to have conscience, when it has no should to be damned and no body to be kicked?». La cita está tomada de Coffee, John C: «No should to damn: no body to kick and undscandalized inquiry into the problem of Corporate Punishment». *Michigan Law Review*, v. 79, p. 386.

economía (para acentuarla en épocas de crisis y apaciguarla en las de prosperidad, como se adapta la velocidad de los automóviles en función de las circunstancias climatológicas) o ha de definirse sobre bases estables; y, en cualquiera de los dos casos, cuáles han de ser los factores o variables que han

Como es conocido, la primera vez que los Tribunales reconocieron la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue en el Reino Unido, en la sentencia *Birmingham and Gloucester Railway Com.* (1842) 3 Q.B. 223. Fue en el ámbito del ferrocarril en el que nació y se desarrolló la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siempre en el mundo anglosajón. Hasta el año 1909 no se admitió en los Estados Unidos tal posibilidad. El *Leading Case* fue *New York Central and Hudson River Railroad Company vs. U.S.* 212 U.S. 481 (1909). Puede ser ilustrativo recordar los hechos enjuiciados en este caso. Los precios del transporte ferroviario entre Nueva York y Detroit estaban establecidos por tarifa administrativa. En el caso del transporte de azúcar ascendían a 23 céntimos por cada cien libras cargadas, excepto durante el mes de junio, que se rebajaban a 21 céntimos. La Ley Elkins, para evitar que las compañías ferroviarias discriminaran a los clientes y alteraran las condiciones de una competencia limpia, había definido la responsabilidad penal de las compañías y de sus agentes que manipularan las tarifas en beneficio particular de determinados clientes. En nuestro caso, la compañía W.H. Edgar and Son, intermediaria mayorista en el sector del refinado del azúcar, consiguió de la compañía ferroviaria un precio de 18 céntimos por cada cien libras transportadas, esto es, una reducción de 5 céntimos sobre la tarifa ordinaria. Ello dio lugar a una serie de actuaciones que concluyeron en la apertura de un juicio criminal. En primera instancia se declaró la responsabilidad penal de la compañía ferroviaria, la cual recurrió ante el Tribunal Superior alegando la inconstitucionalidad de la sanción, basándose en que no resultaba conforme al texto fundamental la imputación de responsabilidades penales a una persona moral. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en esta sentencia de referencia del año 1909, vino a reconocer la posibilidad constitucional de atribuir responsabilidad penal a la compañía mercantil. Merece la pena recoger literalmente una de las *ratio decidendi* del fallo: «*Some of the earlier writers on common law held the law to be that a corporation could not commit a crime. It is said to have been held by Lord Chief Justice Holt that 'a corporation is not indictable, although the particular members of it are.' In Blackstone's Commentaries..., we find it stated: 'A corporation cannot commit treason, or felony, or other crime in its corporate capacity, though its members may, in their distinct individual capacities.' The modern authority, universally, so far as we know, is the other way. In considering the subject, Bishop's New Criminal Law... devotes a chapter to the capacity of corporations to commit crime, and states the law to be: 'Since a corporation acts by its officers and agents, their purposes, motives, and intent are just as much those of the corporation as are the things done. If, for example, the invisible, intangible essence or air which we term a corporation can level mountains, fill up valleys, lay down iron tracks, and run railroad cars on them, it can intend to do it, and can act therein as well viciously as virtuously.' Without citing the state cases holding the same view, we may note Telegram Newspaper Company v. Commonwealth..., in which it was held that a corporation was subject to punishment for criminal contempt; and the court, speaking by Mr. Chief Justice Field, said: 'We think that a corporation may be liable criminally for certain offenses of which a specific intent may be a necessary element. There is no more difficulty in imputing to a corporation a specific intent in criminal proceedings than in civil. A corporation cannot be arrested and imprisoned in either civil or criminal proceedings, but its property may be taken either as compensation for a private wrong or as punishment for a public wrong.' ...».*

de combinarse y ponderarse para fijar la medida adecuada de la responsabilidad.

Tal cuestión, así planteada, no está exenta de dificultades, como se puede intuir de manera inmediata, e implica no solo aspectos estrictamente legales, sino otros previos que son los que constituyen el soporte de la ley: ciencias del comportamiento, Análisis Económico del Derecho², funcionamien-

² Para una aproximación al concepto, contenidos, metodología y funciones del análisis Económico del Derecho, véase Múgica Alcorta, Ramón. «Una Introducción al Concepto y Aplicaciones del Análisis Económico del Derecho», *Apuntes de Derecho Mercantil*, Universidad de Deusto, 2007. El movimiento Law and Economics (L&E) o Análisis Económico del Derecho, no ha tenido en nuestro país la fortuna que ha hecho en otros. Se merecería que le prestáramos una mayor atención. La bibliografía en este campo es oceánica. A continuación se ensaya una selección muy elemental: Alfaro Águila-Real, Jesús. «Imperialismo Económico y Dogmática Jurídica». *Revista de Derecho Mercantil*, número 233, 1999, páginas 925 y ss.- Becker, Gary S. (1976). «The economic approach to human behaviour». *University of Chicago Press*, 1976. También «Crime and Punishment». *Journal of Political Economy*, 6, 167 (1968).- Calabresi G. «The Cost of Accidents». *University of Chicago Press*, Chicago, 1971.- Coase, R. H. «La empresa, el mercado y la ley». Alianza Editorial, S. A. Madrid, 1994.- Cooter, Robert y Ulen, Thomas. «Derecho y Economía». Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México, 1998.- Hodgson, G. M. (2004). «The Evolution of Institutional Economics». Routledge.- Ibáñez Sorribes, Bartolomé. «Un ejemplo de análisis económico del Derecho: análisis de los criterios de adjudicación de un contrato de concesión». Universidad Jaime I, Castellón.- Krecké, Elisabeth. «The nihilism of the economic analysis of law». Faculty of Applied Económica, University of Aix-Marseille III, France. Levitt, Steven D. y Dubner, Stephen J. «Freakonomics (Un economista políticamente incorrecto explora el lado oculto de lo que nos afecta)». Círculo de Lectores, 2006.- Llebot Majó, J. O. «Doctrina y Teoría de la empresa en el Derecho Mercantil (una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)». *Revista de Derecho Mercantil*, número 220, 1996. Páginas 319 y ss.- Mercurio, Nicholas and Medema, Steven (1997). «Economics and Law: form Posner to Post-Modernism». *Princeton University Press*.- Nicita, Antonio y Pagano, Ugo. «Law and Economics in Retrospect». *Cambridge University Press*, 2005. North, Douglas. «Instituciones, cambio social y desempeño económico». Fondo de Cultura Económica, México, 1995.- Paz-Ares, Cándido. «Principio de Eficiencia y Derecho Privado». Estudios Broseta, Valencia, 1995, Volumen III, páginas 2843 y ss.- Polinsky, Mitchell. «Introducción al Análisis Económico del Derecho». Ariel Derecho. Barcelona, 1985.- Posner, Richard A. «El Análisis Económico del Derecho». Fondo de Cultura Económica, México, 1998. También «The Law and Economics Movement». Número 77 de *American Economic Review*, 1-13, año 1987.- Roemer, Andrés. «Introducción al Análisis Económico del Derecho». ITAM, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.- Rubin, Paul H. «The economics of crime». *Atlantic Economic Review*, julio-agosto, vol. 28, páginas 38 y ss.- Schäfer, Hans-Bernd y Ott, Claus, «Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts». Hay traducción española de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde: «Manual de Análisis Económico del Derecho Civil», Ed. Tecnos, Madrid, 1991.- Tommasi, M. & Ierulli, K.. «The new economics of human behavior». *Cambridge University Press*, 1995.- Vázquez, Rodolfo. «Comentarios a los fundamentos filosóficos del Análisis Económico del Derecho de Robert Coole». *Gaceta de Economía*, año 5, número 9.- Valle Carmona, Ariadna. «El análisis económico del delito como marco conceptual para explicar la inseguridad pública en el Distrito Federal». *Gaceta de Economía*,

to de mercados, etc. Es decir, a cuestiones de política legislativa, pero también de interpretación conforme a la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada la norma (art. 3.1 del Código Civil). El endurecimiento del régimen de la responsabilidad de los administradores puede producir dos indeseables efectos. El primero, de carácter disuasorio, consistente en desalentar a los más aptos para el ejercicio de la función, ya que, como más aptos, posiblemente sean también más conscientes y cuenten con una mayor capacidad de anticipación de las consecuencias adversas ligadas al desempeño del cargo, con lo que el sistema de selección de administradores se volvería perverso al fundarse en una especie de darwinismo a la inversa. El segundo efecto indeseable consistiría en la producción de ineficiencias, pues los administradores tratarían de acorazarse contra las responsabilidades fundando sus decisiones en un tinglado de papel (certificaciones de auditores sobre estados financieros, informes de bancos industriales sobre valor de las compañías y sobre proyectos empresariales, dictámenes jurídicos, etc.) que acaso no estén justificados conforme a la lógica del análisis coste-beneficios. No es solo una suposición la de este fenómeno (*paper walls*), sino que se ha verificado su existencia allí donde la exigencia de las responsabilidades se ha elevado.

La política legislativa del «¡que le corten la cabeza!» puede traer otros desarreglos, a saber: un régimen sustantivo y procesal especialmente agresivo en materia de responsabilidad de los administradores «envía mensajes» inequívocos a los accionistas que especulan con la posibilidad de la presión jurídica para «guiar» al órgano de administración, haciendo de este un títere bajo la «espada de Damocles» de llevarle a los tribunales en cuanto no atienda a las demandas del grupo de accionistas activos. Este chantaje es un dato de experiencia, bien conocido por las personas que se encuentran familiarizadas con el funcionamiento de las juntas de socios de las grandes compañías. Ya Berle y Means³, en su obra clásica, y que suele citarse como antecedente del movimiento *Corporate Governement*, identificaban, al clasificar los casos por los que se puede ejercer el control de una sociedad, el caso marginal de las personas que, sin tener ninguna participación en el capital, lograban imponer su voluntad al órgano de administración basándose en argumentos puramente fácticos, tales como el uso de la fuerza. Esta categoría es perfectamente comprensible en el tiempo en que se publicó el libro, en pleno apogeo de las bandas de gánsteres de Chicago y Nueva York.

Año 6, número 11.- Veljanovsky, C. «Wealth Maximization, Law and Ethics: on the Limit of Economic Efficiency». *International Review of Law and Economics*, tomo 1, 1981, páginas 5 y siguientes.

³ Berle, A. C. y Means, G. C. «The Modern Corporation & the Private Property», New Brunswick, Transaction Publishers, 2003 (reimpresión de la obra original, que data de 1932).

En el anterior contexto tiene sentido preguntarse si los administradores han de tener garantizado un ámbito de inmunidad; es decir, si cuando toman decisiones de gestión o de supervisión que les competen, el examen de su responsabilidad por los tribunales se halla completamente abierto, de suerte que los jueces, poniéndose –retroactivamente, pero con nuevos elementos de juicio– en el lugar de los administradores, pueden desautorizar sus decisiones y actuaciones en general; o si, por el contrario, y habiendo los administradores respetado ciertas pautas materiales y procedimentales en su iniciativa, su actuación escapa al control de los tribunales. No se trata, en consecuencia, de que se declare, después de analizada bajo la lupa judicial el detalle de esa actuación, que el administrador actuó diligente y lealmente, sino de que se limite –o autolimite– la revisión judicial, de suerte que no penetre en el examen de ese detalle, siempre que se cumplan unas condiciones previas.

Planteada así la hipótesis, resta añadir que no se debe a una ocurrencia, sino a una experiencia. En los EE. UU. existe un bagaje judicial suficientemente significativo que permite construir una doctrina al servicio de la inmunidad de los administradores. Es la *Business Judgement Rule* (ocasionalmente la citaremos más adelante como BJR, por su acrónimo), que no se presenta como una regla definida de una vez y para siempre, sino que es esencialmente proteica y maleable, pero, por otra parte, lo suficientemente sólida como para que no padezca la seguridad jurídica. A dicho principio, que lo aplican con solvencia los tribunales de distintos Estados y, más significativamente, la Corte de Delaware⁴, ha de añadirse una referencia a la doctrina recaída en el caso *Caremark*, que complementa la BJR y deslinda su campo de aplicación.

⁴ Sobre la Corte de Delaware puede recomendarse la siguiente bibliografía: Parsons JR, Donald F. y Slight III, Joseph R. «The History of Delaware's Business Courts, their rise to preeminence». *Business Law Today*. Vol. 17, Number 4 March/ April 2008. En Delaware tienen su sede social más del 60% de las más importantes empresas del país, las *top* del «500 Fortune». Se trata de una Corte extraordinariamente eficiente por la claridad de sus fallos y la agilidad de sus procedimientos. Hasta la segunda década del siglo xx el Tribunal de referencia del país en el ámbito societario era el de New Jersey, pero cuando fue designado Gobernador de ese estado el luego presidente Woodrow Wilson, promovió una legislación *antitrust* muy severa, que obligó a huir a muchas compañías establecidas en su territorio. Emigraron en busca de nuevos aires, que fueron en los más de los casos los de Delaware. Los magistrados del tribunal de Delaware mantienen un «diálogo» (encuentros, jornadas, conferencias) abierto y constante con los abogados especialistas en Derecho de Corporaciones, con los empresarios y administradores y con los demás agentes del mundo societario. Tienen un conocimiento de la realidad más amplio que el que permite otear el periscopio de la norma. Quillen, William T. y Hanrahan, Michael. «Breve Historia del Tribunal de Justicia de Delaware. 1792-1992». Escuela de Derecho de la Universidad de Widener.

La regla del buen juicio de los negocios y la doctrina *Caremark*, por efecto de la globalización jurídica⁵, han proyectado su eficacia también en latitudes muy alejadas del lugar en que surgieron. En esta primera parte del trabajo las analizaremos en el contexto de los principios del Gobierno Corporativo. En la segunda parte, que se anuncia para el próximo número de la revista, se examinará la posibilidad de «trasplantar» aquellos planteamientos a nuestro país, considerando si se puede trazar o seguir su rastro en la legislación, en la práctica de los tribunales y en los Códigos de Buen Gobierno hasta la fecha aprobados. Y, aunque sea adelantar mucho y disipar el suspense, no me resisto a anunciar que son tantas y tan significativas las coincidencias entre nuestro régimen y los planteamientos en el origen americano que no pueden resultar fortuitos o casuales, sino que la prueba de la genética desvela una influencia y una línea de continuidad que permiten hablar de un modelo y de una inspiración. De corroborarse esta más que hipótesis se seguirá una consecuencia inapelable: la doctrina judicial americana, un caudal de altísima calidad y cantidad, en un ámbito en el que el banco de precedentes judiciales propios tiende a ser muy limitado (sobre todo, en materia de responsabilidades por quiebra o incumplimiento del deber de lealtad de los administradores) puede ser de considerable utilidad para dar respuesta a la fenomenología que el funcionamiento de nuestras sociedades vaya depurando⁶.

II. Sobre Gobierno Corporativo⁷

El movimiento del Gobierno Corporativo dista mucho de ser una moda. Su implantación y arraigo resultan definitivos y su expansión espacial y

⁵ La globalización jurídica en el ámbito del Derecho de Sociedades es fundamentalmente «americanización». Del mismo modo, el movimiento *Corporate Governance* es, en origen, una corriente norteamericana que ha acabado por exportarse con éxito a otras muchas partes del globo. En el contexto del Derecho Administrativo Económico (pero no solo en él) puede seguirse el proceso de globalización en Ballbé, Manuel. «El futuro del Derecho Administrativo en la Globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública*, Madrid, septiembre-diciembre 2007, núm. 174, págs. 215-276.

⁶ Sobre la vocación expansiva del derecho americano de sociedades, Romano, R. «The genius of American Corporate Law». Washington, D.C., Ed. AEI Press, 1993. También Murthy, Narayana N.R. «Good Corporate Governance - A checklist or a mindset?». Robert P. Maxon Lectura. Georgia Washington University, 6 de febrero de 2006, para quien el derecho americano ha sido precursor o heraldo en este ámbito: «*When the U.S. capital market sneezes, capital markets in ever other country match a cold*».

⁷ La atención sobre asuntos que acabarían formando parte del Gobierno Corporativo viene de lejos. Podríamos remontarnos mucho más atrás, pero por su elocuencia, como manifestación de la existencia de un interés remoto, cabe citar Brandeis, Louis D. «El dinero de los demás (y de cómo lo utilizan los banqueros)». Barcelona. Ed. Ariel, 1994. Brandeis, que fue

material, imparables. Lo mismo sucede con su «intensificación», esto es, con su grado de vinculación. La crisis económica actual ha puesto al Gobierno

juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América entre 1916 y 1939, escribe en la p. 81, en el Cap. IV, «Sirve a un único señor»: «La Comisión Pujo ha expuesto los hechos concernientes al *Trust* del Dinero tan claramente que sus conclusiones se revelan como inevitables. Su diagnóstico pone en evidencia la intensa concentración financiera y los medios mediante los cuales se lleva a cabo. La concentración —el entrecruzamiento de intereses— aparece como el mal que impregna todo el sistema actual. Con el propósito de liberar a la industria, la Comisión recomienda la implantación de 21 medidas legislativas específicas. La mayor parte de las medidas propuestas están sabiamente configuradas para hacer frente a alguno de los abusos puestos en evidencia por la investigación, y si todas ellas se adoptasen por el legislador, aliviarían sin duda el sufrimiento que hoy se padece y contribuirían a atajar la enfermedad. Pero la mayor parte de las soluciones propuestas tienen un alcance tópico; y la sanción no es posible sin un tratamiento que ataque la raíz. De hecho, lo que se necesita es cirugía mayor: la Comisión no se ha atrevido a formular tan severa recomendación. No obstante, el remedio necesario es simple: “Solo se puede servir a un señor”».

La bibliografía sobre la rúbrica *Corporate Governance* es prácticamente inabarcable. Solo una muestra en lo que sigue: Augustine, M. Sean y Cooper, Cecily D. «Getting the Most from Strategic Partnering: A Tale of Two Alliances». *Organizational Dynamics*. Vol. 38, Issue 1, enero-marzo 2009, pp. 37-51.- Asare, Stephen Kwaku, Cunningham, Lawrence A. y Wright, Arnold. «The Sarbanes Oxley Act: Legal Implications and Research Opportunities». *Research in Accounting Regulation*. Vol. 19, 2007, pp. 81-105.- Borio, Claudio y Tsatsaronis, Kostas. «Accounting and prudential regulation: from uncomfortable bedfellows to perfect partners?». *Journal of Financial Stability*. Vol.1, Issue 1, septiembre 2004, pp. 111-135.- Bainbridge, Stephen M. «The new Corporate Governance in theory and practice». *Oxford University Press Us*.2008. ISBN 0195337506, 9780195337501.- Idem. «Why a Board? Group Decisionmaking in Corporate Governance». *Vanderbilt Law Review*. Vol. 25, N.º 1, enero 2002.- Idem. «Director Primacy: The means and the ends of Corporate Governance». *Northwestern University Law Review*. Vol. 97, N.º 2, 2003.- Baums, Theodor y Scott, Kenneth E. «Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany». *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 53, N.º 1, Invierno 2005.- Bozec, Richard y Dia, Mohamed. «Board structure and firm technical efficiency. Evidence from Canadian state-owned enterprises». *European Journal of Operational research*. Vol. 177, Issue 3,16, marzo 2007, pp. 1734-1750.- Clarke, Donald C. «The Independent Director in Chinese Corporate Governance». *Delaware journal of Corporate Law*. Vol. 31, N.º 1, pp.125-228, 2006. Clarke, Donald C. «The Independent Director in Chinese Corporate Governance». *Delaware journal of Corporate Law*. Vol. 31, N.º 1, pp. 125-228, 2006.- Clark, Gordon L. y Wojcik, Darinsz. «The geography of finance: Corporate Governance in The Global Marketplace». *Oxford University Press*. Oxford, 2007.- Dooley, Michael P., Veasey, E. Norman. «The Role of Corporate litigation in the Twenty-First Century». *Delaware journal of corporate Law*. Vol. 25, N.º 1, pp.131-160, 2000.- Everett, Jeff, Neu, Dean y Rahaman, Abu Shiraz. «Accounting and the global fight against corruption». *Accounting, Organizations and society*. Vol. 31, Issue 6, agosto 2007, pp. 513-542.- Friedman, Milton. «The Social Responsibility of Business Is to increase Its profits». *The N.Y Times*. 13 de septiembre de 1970, pp. 1232 y ss.- Fulmer, Robert M. «The Challenge of Ethical Leadership». *Organizational Dynamics*, Vol 33, Issue 3, agosto 2004, pp. 307-317.- Guerra, Jorge E. «The Sarbanes-Oxley Act and Evolution of Corporate Governance». *The CPA Journal*, marzo de 2004.- Hatch, Mary Jo y Schultz Majken. «Of Bricks and

Corporativo en el centro de la escena del Derecho y de la práctica de las compañías. El debate postcrisis en este campo encuentra un exponente ejemplar en el *Informe Walter*⁸, publicado el 26 de noviembre de 2009 y que, si bien incide sobre las rúbricas de siempre (las funciones y estructura del consejo de administración; su tamaño, composición y cualificación de sus miembros; el funcionamiento del consejo y evaluación de su rendimiento; el papel de los inversores institucionales, la gestión del riesgo; y la remuneración de los consejeros), aporta nuevas reflexiones y consejos de alto interés.

Brands: From Corporate to Enterprise Branding». *Organizational Dynamics*. Vol. 38, Issue 2, abril-junio 2009, pp. 117-130.- Herrigel, Gary. «A New Wave in the History of Corporate Governance». *Oxford University Press on behalf of the Business History Conference*. Publicado online el 27 de agosto de 2007.- Hutchinson, Harry G. «Director Primacy and Corporate Governance: Shareholder Voting Rights Captured by the Accountability/Authority Paradigm». *Loyola University Chicago law Journal*. Vol. 36, pp. 1111-1203, 2005.- Kammerer, Matthias. «Creative Accounting, the Enron Case and its Impact in Corporate Governance». *Akademische Schriftenreihe*. Grin Verlag, 2009.- Kerr Jeffrey L. y Werther Jr., William B. «The Next Frontier in Corporate Governance: Engaging the Board in Strategy». *Organizational Dynamics*. Vol. 37, Issue 2, abril-junio 2008, pp. 112-124.- Kiessling, Timothy S., Marino, Louis D. y Richey, R. Glenn. «Global Marketing teams: A Strategic Option for Multinationals». *Organizational Dynamics*. Vol. 35, Issue 3, 2006, pp. 237-250.- Macavoy, Paul W. y Millstein, Ira M. «The recurrent crisis in Corporate Governance». New York: Palgrave MacMillan, 2003.- Moehrle, Stephen R. y Reynolds-Moehrle, Jennifer A. «Developments in Accounting Regulation: A Synthesis and Annotated Bibliography of Evidence and Commentary in the Academic Literature (2003-2004)». *Research in Accounting Regulation*. Vol. 18, 2005, pp. 233-277. Napier, Christopher J. «Accounts of change: 30 years of historical accounting research». *Accounting Organizations and Society*. Vol. 31, Issues 4-5, julio-agosto 2006, pp. 445-507.- Okereke, Chukwumerije. «Global environmental sustainability: Intragenerational equity and conceptions of justice in multilateral environmental regimes». *Geoforum*. Vol. 37, Issue 5, septiembre 2006, pp. 725-738.- Prokopiadou, Georgia, Papatheodorou, Christos y Moschopoulos, Dionysis. «Integrating Knowledge management tools for government information». *Government Information Quarterly*. Vol. 21, Issue 2, 2204, pp. 170-198.- San Sebastián Flechoso, F. «El gobierno de las sociedades cotizadas y su control». Madrid. Ed. Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1996. - Idem. «Reflexiones sobre Gobierno Corporativo comparado». *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1988.- Idem. «Algunas reflexiones sobre Gobierno Corporativo». *Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto*, 2008.- Sleeman, Bill. «Recent literature on government information». *Journal of Government Information*. Vol. 30, Issue 1, 2004, pp. 20-41.- Waddock, Sandra. «Pragmatic Visionarios: Difference Makers as Social Entrepreneurs». *Organizational Dynamics*. Vol. 38, Issue 4, octubre-diciembre 2009, pp. 281-289. Wade, James B., Porac, Joseph F., Pollock, Timothy G. y Graffin, Scout D. «Star CEOs: Benedict or burden?». *Organizational Dynamics*. Vol. 37, Issue 2, abril-junio 2008, pp. 203-210. Williams, Paul. F, Jenkins, J. Gregory y Ingraham Laura. «The winnowing Hawaii of behavioural accounting research in the US: The process for anointing academia elites». *Accounting, Organizations and Society*. Vol. 31, Issue 8, noviembre 2006, pp. 783-818.

⁸ «A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities. Final recommendations».

El Gobierno británico ha anunciado su intención de introducir un régimen fiscal gravoso para los *bonus* que las entidades de crédito abonen a sus ejecutivos⁹. Entre nosotros, el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible contempla, en su caleidoscópica relación de medidas, la de reforma de la Ley del Mercado de Valores para incorporar la obligación de las sociedades cotizadas de poner a disposición de los accionistas un informe sobre remuneraciones de los administradores y la necesidad de votarlo en la Junta General, así como el detalle de las retribuciones «individuales» de cada uno de los consejeros.

En fin, la referida atención creciente por las cuestiones de Gobierno Corporativo no es sino una manifestación particular de un fenómeno más comprensivo, que es el de la importancia que adquieren los asuntos de la «Gobernanza», la cual, trascendiendo su marco conceptual originario, alcanza también al sector privado de los negocios¹⁰.

Hay del Gobierno Corporativo dos concepciones metodológicas fundamentales. La primera consiste en concebirlo como un cuestionario o lista de condiciones normalizadas. La segunda presenta una versión más flexible, y también más etérea, del Gobierno Corporativo, considerándolo una mentalidad o una especie de cultura empresarial. Posiblemente ambas visiones sean complementarias. En cualquier caso coinciden en algo fundamental: las dos tienen aspiraciones de globalización; es decir, una y otra subrayan la necesidad de que las condiciones del buen Gobierno Corporativo sean universales, pues el modelo de mosaico o astillamiento geográfico obligaría a realizar ajustes en la concepción de los agentes cada vez que se produjera un traslado o cambio de país. En un mercado global la exigencia de Gobierno Corporativo ha de ser también global o uniforme, la misma para cualquier lugar¹¹.

⁹ Se puede leer en *The Wall Street Journal* del 10 de diciembre de 2009 la siguiente crónica: «*Authorities on both sides of the Atlantic are moving to enact tough curbs on pay, in an indication that governments are taking increasingly aggressive steps to rein in compensation after the financial crisis. In the U.S., the Treasury Department's pay czar, Kenneth Feinberg, is poised to enact tougher-than-expected rules for employees at companies that received large amounts of government assistance. The U.K. on Wednesday slapped banks with a 50% tax on portions of bonuses they pay to individuals, in perhaps the most aggressive move yet by a government*». (Deborah Solomon, Sara Schaefer Muñoz y Alistair Macdonald).

¹⁰ Véase Cerrillo i Martínez, A. (Coordinación). *La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005. Especialmente la «Introducción», del propio Cerrillo, pp. 11-31 y Peters, G. B. y Pierre, J. «¿Por qué ahora el interés por la Gobernanza?».

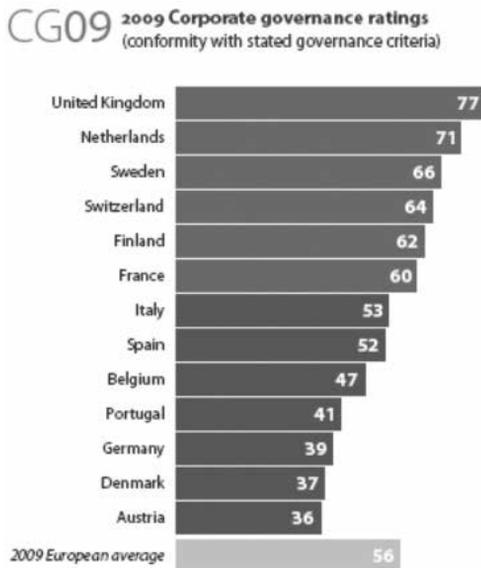
¹¹ Sobre las dos concepciones del Gobierno Corporativo es muy ilustrativa la Conferencia de Narayana N. R. Murthy, *op. cit.* Es fácilmente localizable en Internet. Para el autor el sistema de una regulación *checklist* no puede asegurar el comportamiento ético de las compañías y propone un nuevo balance o equilibrio de poder dentro de ellas, el incremento de la obligación de dar cuentas los administradores a los accionistas, la creación e impulso de una mentalidad de decencia y honestidad, un liderazgo de los administradores, que

En el proceso de normalización de los factores que dan la medida de un buen Gobierno Corporativo de la compañía se han llegado a elegir tres como principales: la transparencia, la composición del Consejo de Administración y el estilo de trabajo del Consejo. A su vez, cada uno de estos factores se descompone en diversos subfactores o variables. Así, la transparencia abarca la apertura de información sobre los administradores (si son ejecutivos, accionariales o independientes; identidades; género; conexiones empresariales; experiencia y formación, etc.), el sistema de su retribución e incentivos, y la existencia de Comités Delegados de Consejo (por ejemplo, de retribuciones, de auditoría, de responsabilidades, de cumplimiento normativo, incluso del Gobierno Corporativo, etc.). El segundo factor, relativo a la composición del Consejo, incide en la existencia de Consejeros o Administradores independientes, su diversidad (buscando la internacionalización, la complementariedad en la experiencia que aporta cada uno y también la diversidad de sexo) e igualmente en la composición de los Comités Delegados (procurando, como opción preferible, que el Presidente de los Comités sea independiente y tratando de conseguir una distribución personal que garantice la calidad del órgano). Y en cuanto al estilo de actuación o trabajo del Consejo, se hace hincapié en la disponibilidad del órgano de Administración (frecuencia de las sesiones, asistencia a estas, dedicación de los Administradores), en la existencia de sistemas de evaluación del Consejo (liderazgo, procesos, etc.) y en el análisis de los factores de inercia (duración en el cargo, permanencia en el Consejo, rotación en él, etc.).

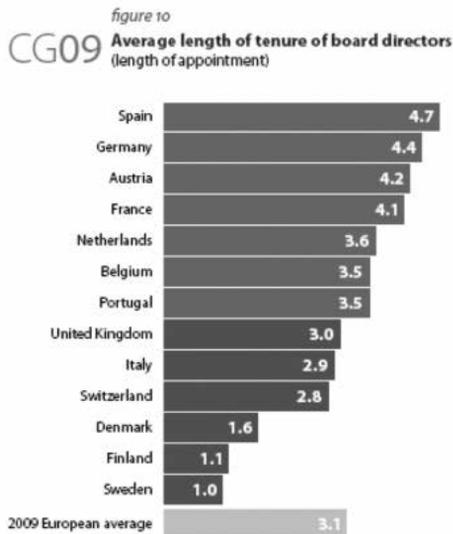
Heidrick & Struggles, en su Informe para 2009¹² presenta un *ranking* sobre calidad del Gobierno Corporativo de los trece países objeto de su estudio, que reproducimos a continuación, porque da una idea cabal de lo que, en términos generales, ha de recorrerse todavía.

abandonando su estilo de casi-Dioses, les lleve a predicar con el ejemplo («Walk the talk») y, finalmente, propugna la simplificación de las reglas: «*CEOs must follow simple business rules. Great corporate leaders are expert simplifiers. They operate on simple business rules. Such rules are easy to understand, easy to follow and easy to communicate. After all, you cannot cheat people with simple rules. Without exception, every corporation that violated basic governance principles did so by creating a web of complex and confusing rules.*».

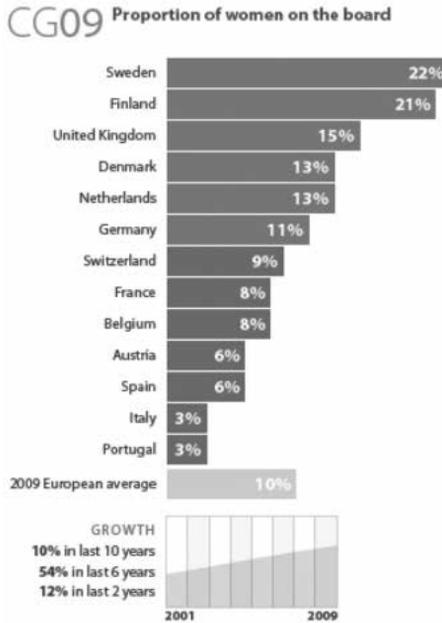
¹² Heidrick & Struggles. *Corporate Governance Report 2009*. «Boards in turbulent times». Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Italy, Netherlands, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom. Se puede localizar en Internet.



Del mismo informe interesa en este momento reflejar el cuadro de la duración media en el cargo de los administradores.



Por último, se refleja en el siguiente cuadro la proporción de mujeres miembros del Consejo de Administración, con indicación de la tendencia desde el año 2001 hasta el presente.



III. La expansión del Buen Gobierno Corporativo

El Gobierno Corporativo es una creación norteamericana. Su historia formal se remonta a un par de décadas atrás, sin perjuicio de que con anterioridad, sin utilizar la etiqueta «Gobierno Corporativo», ya fueran analizados con detenimiento asuntos que constituyen su objeto típico de atención (remuneración de los administradores, equilibrio de poderes entre socios y administradores, delegación de votos, comités delegados del consejo, concentración o no en una misma persona del doble rol de primer ejecutivo –CEO– y de presidente del Consejo de Administración –*Chairman of the board*–, etc.).

Es sabido, por otra parte, que el Gobierno Corporativo aspira a alinear los intereses de los accionistas con los incentivos y los intereses de los administradores, lo que, en el ámbito de la responsabilidad de estos, en el que focalizamos la atención de nuestro estudio, significa que han de cumplir con los deberes fiduciarios de diligencia, lealtad y buena fe, actuando siempre en

servicio del interés social, entendido este como el interés de los socios. Explicado sumariamente, este interés consistiría en maximizar el valor de las inversiones de los accionistas, con la importante precisión de que esa maximización habría de obtenerse de manera sostenible¹³, es decir, en el medio y largo plazo, y no rabiosamente en el corto. No puede confundirse el concepto de Gobierno Corporativo con el de Responsabilidad Civil Corporativa. Este segundo objetivo es multidimensional, y apela a una relación de servicio y cumplimiento de la compañía con una pluralidad de agentes, colectivos y bienes con los que se relaciona o entra en contacto: proveedores, clientes, trabajadores, gobiernos locales, medio ambiente, etc. Es decir, apela a la forma de integrarse la compañía en el conjunto de la sociedad.

El movimiento *Corporate Governance*, avanzando en mancha de aceite, ha experimentado una triple expansión:

a) la *de índole geográfica*, al traspasar las fronteras de su país de origen y alcanzar a las economías con un cierto tejido empresarial de base corporativa. No ha detenido su progreso en la Europa occidental, sino que llega a las economías emergentes y, así, por ejemplo, en China e India empiezan a proliferar las obras científicas sobre el tema y la atención de los empresarios hacia el Gobierno Corporativo es bien palpable;

b) la que afecta *al campo normativo* de juego, con lo que quiere expresarse que los principios de Buen Gobierno Corporativo, extraídos del solar de la ética, se transvasan al terreno de lo jurídico. Se puede rastrear este paso con seguridad en alguna de nuestras leyes¹⁴. Bien puede decirse que aquí, como en otros muchos casos, las recomendaciones que contienen los Códigos de Buen Gobierno en una buena medida serán las leyes del futuro. Por lo tanto, se encuentran en un estado intermedio o de tránsito. De hecho, la condición *comply or explain* ya lleva al ánimo la idea de que, aunque no sean normas jurídicamente vinculantes, tienen más fuerza jurídica que las reglas morales; y

c) la ampliación que hace referencia a *los sujetos o entidades destinatarios de los principios*, pues si en la fase actual proyectan su eficacia sobre las sociedades cotizadas en los mercados de valores, en lo sucesivo podrían estirar su radio para aplicarse también a las sociedades no cotizadas.

Este pronóstico obliga a intentar alguna explicación adicional que nos ayude a enmarcar el ámbito de influencia del Gobierno Corporativo. Tal vez la forma más sencilla de adquirir una visión comprensiva y sistémica consista en representarse la compañía mercantil como el centro planetario en tor-

¹³ Narayana R. N. Murthy. *Op. cit.*: «Longevity is the best index of success of a corporation».

¹⁴ Así, en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la LSA y la LMV con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (BOE núm. 171, de 18 de julio).

no al cual orbitan una serie de exigencias de conducta, hasta tres. La primera viene representada por la demanda del mercado (de los mercados de capitales, de los mercados de valores). La legislación tradicionalmente no garantizaba la «calidad» del producto de inversión que se podía adquirir en la Bolsa. Es una constante histórica del régimen legal regulador del procedimiento de admisión a cotización de las acciones que este se centrara en un examen de carácter fundamentalmente formal y externo de la sociedad que hacía la solicitud. Al inversor correspondía la decisión de invertir si quería, y de hacerlo entre las diferentes acciones o sociedades cotizadas. Eran suyos la decisión y el riesgo anejo, y en gran medida siguen siéndolo. Puede optar por dirigir sus ahorros a una *blue chip* o a un «chicharro», y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, entre nosotros, no responderá si la elección resulta poco afortunada. Más recientemente, sin embargo, los inversores han demandado un buen comportamiento de las compañías cotizadas, y el legislador ha considerado de interés general responder a esa pretensión a través de un instrumento que persigue tendencialmente implantar una cultura ética de diligencia, honestidad y racionalidad, en la organización y funcionamiento de las compañías cotizadas. Así nacen los Códigos de Buen Gobierno¹⁵.

¹⁵ La enumeración de los Códigos de Buen Gobierno se haría interminable. En los últimos años han proliferado de tal modo que su seguimiento –e incluso su mera cita– constituiría una labor extenuante; y no digamos ya su exposición detallada: el lector perecería en el intento de abarcarla. Sí cabe decir, a los meros efectos de facilitar la construcción de un mapa mental, que todo ese material puede sistematizarse del siguiente modo: a) Códigos de Buen Gobierno de origen privado, las más de las veces procedentes de asociaciones empresariales u otras organizaciones semejantes. Tal sería el caso, por ejemplo, de los «Principios de Buen Gobierno Corporativo» del ICA, Instituto de Consejeros-Administradores, que contiene una relación de buenas prácticas para los consejeros y el consejo (Madrid, primera edición de 2004). Otra referencia ilustre la constituye el «Code de Gouvernement d'Entreprise des Sociétés Cotées», de la AFEF, Association Française des Entreprises Privées, diciembre de 2008; b) Códigos procedentes de organismos internacionales y cuya utilidad radica en su propósito normalizador, que se aviene muy bien con las demandas de la globalización. Sirvan de muestra, primero, la inevitable cita del activismo que opera en el seno de la Unión Europea, que arranca con las dos entregas del Informe Winter –Informe del Grupo «de alto nivel» de expertos en Derecho de Sociedades: «Un marco normativo moderno para el Derecho de Sociedades en Europa»–, seguido de incontables medidas implementadas; y, segundo, el documento «Principles of Corporate Governance», 2004, de la Organización para la Cooperación y el desarrollo Económicos, OCDE.; c) Códigos oficiales de escala nacional, cuyo procedimiento de elaboración suele ajustarse a un esquema muy semejante: encargo del Gobierno a un grupo de expertos, que presenta un informe, el cual acaba siendo encapsulado en una norma en cuya aprobación se produce una intervención destacada del organismo rector correspondiente de los mercados de valores. Es el caso de referencia, del Reino Unido, que se remonta al año 1992, con el famoso y tantas veces referido Informe Cadbury, así llamado por ser Sir Adrian Cadbury el presidente del Comité que presentó «The Code of Best Practice». En España, las Comisiones Olivencia, Aldama y Conthe también rindieron sus respectivos informes. Fruto de la última es el vigente Código Unificado de Gobierno Corporativo, aprobado por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado

¿Son garantía estos códigos de la calidad del producto de inversión? No necesariamente. Incluso algún cínico o descreído podría llegar a alegar que, cuanto más inmoral resulte la gestión de una compañía (por ejemplo, si pagara comisiones para inclinar a su favor la adjudicación de contratos públicos o recurriera al espionaje¹⁶), más exitosa resultará en términos económicos, al menos en el corto plazo.

de Valores el 22 de mayo de 2006, con el carácter de «documento único con las recomendaciones de gobierno corporativo, a efectos de los dispuesto en el apartado primero f) de la Orden ECO/3722, de 26 de diciembre». Constituye una empresa ambiciosa y extensa, pues reúne hasta 58 recomendaciones. No obstante, esta realización, que obedecía a un encargo de refundición de textos anteriores, posiblemente incurra en *ultra vires*: desborda los términos de la encomienda.

Aún interesa añadir dos precisiones: I) que los principios de Buen Gobierno Corporativo pueden ampliarse o complementarse mediante reglas individuales dictadas para cada compañía (contenidas en sus estatutos sociales o, cuando resultan preceptivos o existen, en los reglamentos de la junta general y del consejo y, aún todavía, en eventuales códigos de principios éticos); II) que con el tiempo, algunos de los principios o recomendaciones de Buen Gobierno terminan transmutándose en normas jurídicas de derecho imperativo. Dos ejemplos de ello lo constituyen, para EE. UU. la Ley Sarbanes-Oxley de 23 de enero 2002, cuyas secciones 101 a 109 constituyen y regulan, para asegurar la eficacia de las medidas que contiene, un organismo público: «Public Company accounting Oversight Board» (Sec. 101 [a]. Establishment of Board.— *There is established the Public Company Accounting Oversight Board, to oversee the audit of public companies that are subject to the securities laws, and related matters, in order to protect the interests of investors and further the public interest in the preparation of informative, accurate and independent audit reports for companies the securities of which are sold to, and held by and for, public investors. The Board shall be a body corporate, operate as a nonprofit corporation, and have succession until dissolved by an Act of Congress*). El segundo caso es el español, en el que cabe recordar cómo la Ley 26/2003, de 17 de julio por el que se modifican la LSA y la Ley del Mercado de Valores, ley llamada de transparencia de sociedades anónimas cotizadas, opera un transvase parcial de los principios de Buen Gobierno a normas puras y duras.

¹⁶ El caso del espionaje empresarial no es tan infrecuente como pueda imaginarse. Nos referimos ahora, no al espionaje industrial, como actividad contraria a la competencia o a la propiedad industrial, sino al espionaje de los propios socios de la compañía. El pasado verano saltó a la prensa un caso muy ilustrativo, el de Deutsche Bank. El diario *El País* del 27 de julio de 2009 daba la noticia bajo el titular «El Deutsche Bank protagoniza otro escándalo en Alemania». Se trataba de una historia de espías, seducción e intriga. El despacho de abogados BuB, Gauweiler and Partner concedió una entrevista de trabajo a la Srta. Traudel Schmitt, de la que más tarde se sospechó podía ser espía del Deutsche Bank. El despacho en cuestión prestaba asistencia legal al magnate de los medios Leo Kirch, quien mantenía un pleito multimillonario contra el Banco. La razón última de su demanda consistía en que un expresidente ejecutivo de Deutsche Bank provocó en el año 2002 la bancarrota del imperio mediático de Kirch al manifestar públicamente que era «cuestionable» que Kirch pudiera refinanciar los miles de millones de euros de deuda que soportaba su empresa.

Por otra parte el accionista rebelde de Deutsche Bank, Michael Bohndorf, abogado jubilado de Hamburgo, cuestionaba insistentemente la línea de acción del Presidente Clemens Börsig, habiéndole hostigado con cierta firmeza en la Junta de Socios. El Presidente Börsig pidió al Director de Relaciones con los inversionistas de Deutsche Bank, Schmitt, que inves-

La pregunta que cabe entonces hacer es si los principios de Buen Gobierno añaden valor –económico– a la empresa. En realidad, la pregunta se podría formular con más precisión bifurcándola: (a) ¿es el Buen Gobierno un activo intangible que produce una mayor estima o aprecio de parte de los inversores, de suerte que estos estarían dispuestos a pagar más por la acción de una sociedad que respeta los principios de Gobierno Corporativo?; y (b) ¿son los principios de Buen Gobierno fuentes de generación de riqueza o beneficio adicional para la compañía, pues la mejor administración se traslada de manera mensurable y objetiva a la cuenta de resultados y al valor de las inversiones? Son dos aspectos diferentes del mismo tronco. El primero hace referencia a la apreciación subjetiva, que se traduce en un dato mensurable: la cotización bursátil. El segundo guarda relación con el valor fundamental de la empresa. No hay evidencia empírica que permita asegurar respuestas concluyentes, pero la ciencia económica sí intuye con vehemencia la existencia de un nexo o relación de causalidad que autoriza a concluir

tigara a Bohndorf. Estaba muy interesado en conocer si el abogado trabajaba en conexión con Kirch, el ex magnate mediático.

Smitt contactó con el Jefe de Seguridad de Alemania del DB, y luego ambos buscaron la ayuda de Bernd Bühner, un ex oficial de seguridad del ejército alemán que contaba con una agencia de detectives privados. El encargo que se hizo a este consistió en averiguar si Bohndorf y Kirch trabajaban juntos. A tal fin le entregaron una lista de veinte objetivos a investigar. Bühner organizó un plan de acción con dos equipos: el equipo Deutschland y el equipo Balearia. En 2006 este segundo equipo fue destinado a Ibiza. Unas pocas semanas después, declaró Bohndorf, se encontraba él sentado en la terraza de un café cuando una joven brasileña ocupó la mesa de al lado. «Esta es una isla tan romántica...», dijo sonriéndole. Se presentó como Adriane. Vivieron un romance de una semana, según contó Bohndorf. Luego ella desapareció sin despedirse ni dejar rastro. Bahndorf manifestó que creía que el DB montó esta operación para obtener información sobre él, pues la mujer no dejaba de hacerle preguntas. El equipo despachado a Ibiza registró sus dos casas, una en la isla y otra en Múnich.

La joven abogada, Traudel Schmitt (ahora utiliza su nombre de casada, Traudel Blecher), que había acudido a la entrevista de trabajo en respuesta a un anuncio de la prensa, solo participó en una reunión en que se planteó cuál debía ser la estrategia en el pleito de DB con Kirch. DB decidió poner fin a todas sus iniciativas de investigación, pero el abogado señor Gauweiler, miembro del Parlamento alemán, declaró que había que seguir haciendo indagaciones porque había indicios de que gerentes del DB estuvieron implicados durante semanas en una actividad delictiva organizada. En cualquier caso, estos hechos llegaron al fiscal de Frankfurt, que inició las consiguientes actuaciones. DB, al objeto de depurar los hechos, encargó una investigación a la firma de abogados neoyorkina Cleary Gottlieb Steen & and Hamilton LLP, que en julio de 2009 presentó un informe de 180 páginas en el que se identificaban cuatro casos de investigación o de espionaje, pero las responsabilidades se detenían en cargos directivos medios. En cualquier caso, todos estos sucesos debilitaron las expectativas de Börsig, que aspiraba a colocarse a sí mismo como sucesor de Akermann en la presidencia del DB. El intento de Börsig de alzarse a la presidencia, que algún diario alemán calificó de «intentiona golpista» podría haber contribuido a la filtración del escándalo del espionaje.

que el Buen Gobierno Corporativo es fuente de ventajas. Sin embargo, en punto a la estimación de la compañía desde el punto de vista del inversor, parece que este preferiría, *ceteris paribus*, invertir en acciones de compañías que observen los Códigos de Gobierno Corporativo, pero si la opción económica (posibilidad de ganancia) es más favorable para una inversión bursátil competitiva que no fuera tan escrupulosa, optaría por esta última, lo que significa que en la opción entre ética y economía sería la segunda la fuerza dominante. Podría, no obstante, tener gran interés construir la curva de la preferencia economía-ética del inversor sobre un eje de abscisas y ordenadas según una muestra significativa de datos.

Habíamos reseñado más arriba que alrededor del «núcleo compañía mercantil» giran una serie de demandas y condicionamientos. El económico (o del mercado de capitales) ha sido examinado y es hora de añadir los otros dos: el moral y el jurídico. A estos dos últimos no es necesario hacer ahora una referencia detenida, pues ya han quedado aludidos, de manera suficiente a nuestros efectos, con anterioridad. Pero sí interesa decir que todos ellos, los tres, no son elementos fijos, sino dinámicos, y giran alrededor de la empresa, e interactúan unos con otros entre sí y también con la realidad central o planetaria de la compañía. Retener esta imagen, esta estampa «astronómica», puede servir como mapa general para entender mejor la acción que despliega el Buen Gobierno Corporativo.

IV. Crisis económica y gestión de riesgos

La presente crisis ha producido enorme desconcierto y, sin la suficiente reflexión, como quien se agarra a un clavo ardiendo, se hacen propuestas precipitadas para enderezar el rumbo y evitar repetir el suceso^{17/18}. Los espe-

¹⁷ Para una aproximación, aunque sumaria vívida, a la crisis financiero-económica de los dos últimos años y una exposición elemental de sus consecuencias pueden ser de utilidad las siguientes fuentes:

Carr, Edward. «Greed and fear: A special report on the future of finance», *The Economist Magazine*, 24 de enero de 2009.- Kiviat, Barbara. «Can Wall Street find a safer way to package assets?» *Time Magazine*, enero de 2009.- Mc Donald, Lawrence y Robinson, G. Patrick. «A Colossal Failure of Common Sense: The Inside Story of the Collapse of Lehman Brothers». Deckle Edge, julio de 2009.- Palmer, Andrew. «Rebuilding the Banks: A special report on international banking», *The Economist Magazine*, 16 de mayo de 2009.- Saporito, Bill (30 de marzo de 2009), «How AIG became too big to fail», *Time Magazine*, págs. 14-22.- Serwer, Andy y Sloan, Allan. «The price of greed: how Wall Street took a mighty fall- and brought markets around the world down with it». *Time Magazine*, 29 de septiembre de 2009, págs. 18-23.- Sorkin, Andrew R. «Too Big to Fail: The Inside Story of How Wall Street and Washington Fought to Save the Financial Systems-and themselves», Viking, 2009.- Taleb, Nassim N. «The six mistakes executives make in risk management», *Harvard Business Review - Spotlight on risk*, octubre 2009.- The Economist Magazine. «Wall Street's new shape: Rearranging the towers of gold», 10 septiembre 2009.

cialistas en Gobierno Corporativo son unánimes al señalar que ha fallado la gestión de los riesgos empresariales. En muchos casos, el riesgo ni siquiera se gestionaba, no se incorporaba como una variable más a considerar en el diseño y ejecución de la estrategia empresarial. Aún más importante, encuestas realizadas entre miembros de los Consejos de Administración revelan con claridad que los administradores permanecían en un gran número de casos ignorantes de los riesgos a que se enfrentaban sus respectivas compañías¹⁹.

¹⁸ Sobre la ambivalencia de los «Resultados empresariales y económicos» de la observancia de los principios de Buen Gobierno Corporativo que arroja las investigaciones empíricas, pueden consultarse: Shivdasani, A. y Yermack, D. «CEO Involvement in the Selection of New Board Members: An Empirical Analysis», *Journal of Finance*, 54 (1999), pp. 1829-1854; Agrawal A. y Knoeber Ch. R., «Firm Performance and Mechanisms to Control Agency Problems between Managers and Shareholders», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 31 (1966), pp. 377-378; Rediker, K. J. y Seth A., «Boards of Directors and Substitution Effects of Alternative Governance Mechanisms», *Strategic Management Journal*, 16 (1995), pp. 97-98; Fama, E., «Agency Problems and the Theory of the Firm», *Journal of Political Economics*, 88 (1980), pp. 288-307; Perry T., «Incentive Compensation for outside Directors and Ceo Turnover», *working papers* disponibles en <<http://papers.ssrn.com>> (julio 2000); y Romano R., «Less is More: Making Institucional Investor Activism a Valuable Mechanism of Corporate Governance», *working paper* disponible en el sitio <<http://papers.ssrn.com>> (2000). En este último trabajo se cita una amplia relación de estudios de alto interés.

Quizás una síntesis definitiva acerca de la falta de resultados concluyentes en este asunto sea la del premio Nobel Robert M. Solow: «*in economics, model-builders busywork is to refine their ideas to ask questions to which the available data cannot give the answer... We have the overeducated in pursuit of the unknowable*». En «How Did Economics Get That Way and What Way Did it Get?», *Journal of American Academy of Arts and Sciences* (Winter 1997), 57, Solow también apuntó: «*there is a tendency to undervalue keen observation and shrewd generalization... There is a lot to be said in favour of staring at the piece of reality you are studying and asking, just what is going on here?*». Se preguntaba Millstein Ira M., «The State of Corporate Governance» en su discurso ante la National Association of Corporate Directors, 1 noviembre de 1993, recogido en Monks, R. A.G. y Minow, N., «Corporate Governance» (1995), 445, p. 451: «*But does the absence of conclusive empirical proof... mean we should ignore the obvious linkage*». Y se respondía así: «*To me is intuitively correct that to maximize the corporation's wealth-producing capacity we must ensure that the accountability mechanism provided in the legal structure of the governance system works... Think about it: no one questions that the CEO's performance matters a great deal to corporate performance. And the board is charged with hiring the best CEO it can find, helping the CEO set goals and priorities for the long-term viability of the corporation, monitoring his or her accomplishments against those goals and, if necessary, replacing him or her in a timely manner. How can board performance no matter to corporate performance?*».

¹⁹ OECD. «Corporate Governance and the Financial Crisis: Key Findings and Main Messages». Junio 2009. En este informe puede leerse en el primer apartado contenido en la rúbrica «Effective Implementation of Risk Management»: «*Perhaps one of the greatest shocks from the financial crisis has been the widespread failure of risk management*». En el informe se consignan otros aspectos a los que debe prestarse especial atención: el sistema de remuneración de incentivos de los administradores; los indicios de responsabilidad

Pero no solo ha sido deficiente la gestión de riesgos, sino que la estructura y composición de los Consejos de Administración hacía vulnerables a las grandes compañías. Se señalan como prácticas indeseables la coincidencia de las funciones de *Chairman* y de CEO; y el hecho de que gran número de Consejos funcionaran como auténticos clubes privados, donde las reglas del favoritismo y la reciprocidad en las recompensas están a la orden del día. La pregunta no es ahora ya «dónde estaba el Consejo»²⁰, sino «dónde se encontraban los accionistas» para haber tolerado que las cosas llegaran a ese extremo.

El informe pone el dedo en la llaga cuando expresa que los Consejos de Administración, al desplegar la función de supervisión o monitorización que les incumbe, tienden a ser en épocas de vacas flacas más reactivos que proactivos. En suma, que en su función de supervisión se comportan cíclicamente. La supervisión es mínima cuando los resultados económicos acompañan y se torna de máxima intensidad cuando las cosas van mal. Esto significa que la función de supervisión se va a ejercer siempre a destiempo, *ex post*, y no previsoramente, lo que es tanto como llegar a la parada cuando el autobús ya ha partido.

En el informe también se proponen medidas radicales de cambio en el funcionamiento del Consejo. Al ser muy importante la independencia de los miembros, para lo sucesivo debería prestarse mayor atención a los aspectos de la competencia y de la dedicación exclusiva. En particular, los consejeros independientes en el sector bancario deberían tener dedicación *full-time*. En consecuencia, no es suficiente la actitud o el talante, sino que deben complementarse con la aptitud y el talento.

En este estado de cosas no es de extrañar que se levante un clamor coincidente que aboga por el reforzamiento de los deberes y la agravación de las responsabilidades de los consejeros. En suma, que se preconiza el reforzamiento de los principios del Gobierno Corporativo.

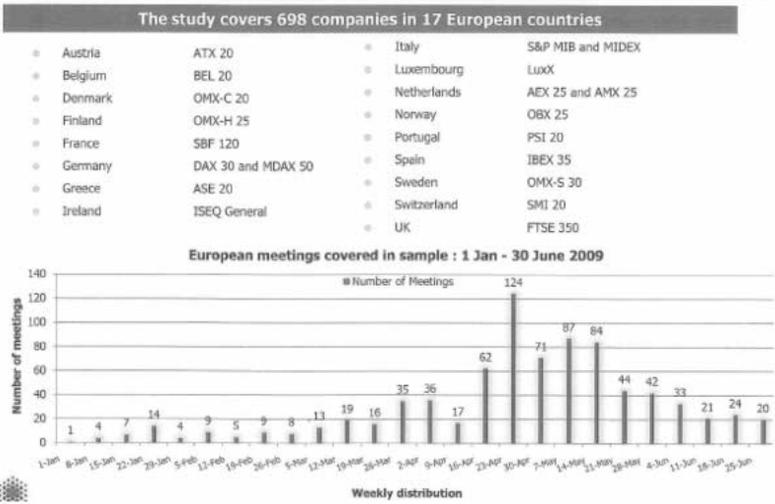
En estos tiempos de crisis se están produciendo algunos sucesos y procesos significativos que afectan a los principios de Gobierno Corporativo. Uno de ellos consiste en el incremento del número de Juntas Generales que se constata en los momentos difíciles, cuando los problemas y preocupaciones se acumulan. En el siguiente cuadro, que cubre una muestra de diecisiete países europeos, puede verificarse el referido fenómeno²¹.

apuntan a los Consejos de Administración; y la cuestión de si son los propios accionistas capaces de proteger sus respectivos intereses. En cualquier caso, el informe subraya que estas preocupaciones no son exclusivas de las empresas bancarias o entidades de crédito, sino comunes a todas las empresas con independencia de cuál sea su actividad.

²⁰ Macavoy, Paul V. y Millistein, Ira M., *op. cit.*, páginas 86 y siguientes.

²¹ El cuadro fue presentado por Caprase, Jean-Nicolas, European Governance Head, de RiskMetrics Group, durante la exposición de su ponencia «El Gobierno Corporativo y la crisis», que tuvo lugar en el Instituto de Empresa, Centro de Gobierno Corporativo, Madrid, 26 de noviembre 2009.

Voting results in Europe - 2009



Del mismo modo, puede apreciarse que el grado de contestación de accionistas, o el número de accionistas disconforme con las propuestas que lleva para su deliberación y aprobación en la Junta el Consejo de Administración, ha ido en aumento.

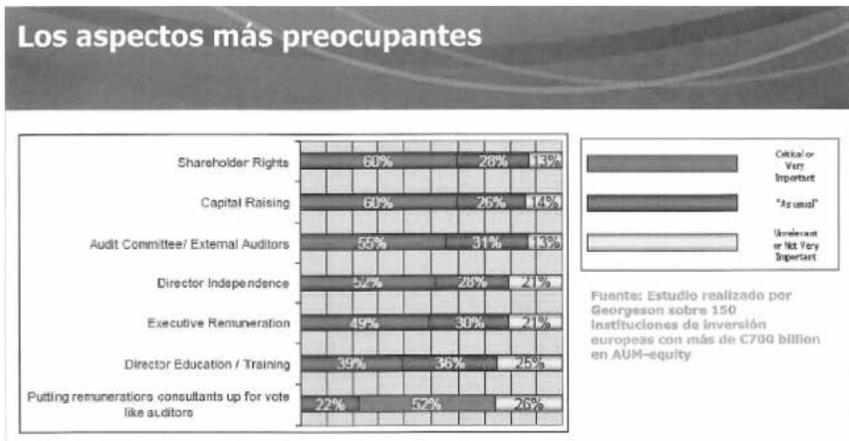
Relevant dissent per issue

Nominations:

Country	Company	Item	Proposal	FOR	AGAINST	ABSTAIN	DISSENT	OUTCOME
UK	Rio Tinto	5	Reelect Rod Eddington as director	59.1%	32.3%	8.5%	40.9%	Accepted
France	Total	9	Reelect Daniel Bouton as director	58.9%	41.1%	0.1%	41.1%	Accepted
Luxembourg	Arce or Mittal	9	Reelect Narayanan Vaghul as director	93.2%	6.8%	0.0%	6.8%	Accepted
Luxembourg	Arce or Mittal	10	Reelect Wilbur Ross as director	91.7%	8.3%	0.0%	8.3%	Accepted
Luxembourg	Arce or Mittal	11	Reelect Francois Pinault as director	91.2%	8.8%	0.0%	8.8%	Accepted

Fuente: Jean-Nicolas Caprase, European Governance Head, de RiskMetrics Group.

Por último, para completar la referencia a la relación entre el Gobierno Corporativo y la situación de crisis, cabe preguntarse cuáles son las preocupaciones que en el momento actual manifiestan los inversores institucionales, quienes, por su grado de profesionalidad y responsabilidad, es de suponer que tienen un criterio más racional y fundado sobre este punto.



Fuente: Pedro Saá, «El Gobierno Corporativo y la crisis. La visión de los inversores institucionales». Noviembre, 2009.

A finales del año 2008, se formuló a los inversores institucionales la pregunta de si iban a reaccionar a la situación de crisis con mayores niveles de activismo y de control en las Juntas Generales de Accionistas de los ejercicios por venir. Las respuestas que dieron tales inversores no permiten alcanzar una conclusión bien definida. Al contrario, cabe pensar que no existe una visión uniforme sobre su actitud para los siguientes meses en asuntos de *Corporate Governance*, aunque continúan manteniendo la recurrente demanda de más supervisión y vigilancia y de mayor transparencia. También parece que los inversores institucionales serán más cautelosos en la política de delegación de su voto en el órgano de Administración. Los inversores, por otra parte, manifiestan que prestarán más atención a los asuntos estratégicos o de mayor importancia que se acometan en las compañías en las que toman posiciones. Por último, un tercio de los inversores institucionales prevé cambios en las políticas de ejercicio de voto, y este giro es más intenso en el Reino Unido y en Francia²².

²² Los aspectos más preocupantes para los inversores institucionales en el campo del Gobierno Corporativo pueden representarse en el siguiente cuadro, en el que se emplea una escala sobre el grado de importancia o preocupación de cada una de las rúbricas consideradas; escala que periodifica la trascendencia del asunto en tres niveles: asuntos críticos o muy importantes; asuntos que tienen la importancia corriente o que siempre se les ha venido prestando; y asuntos irrelevantes o no muy importantes.

V. El despliegue temporal del programa del Gobierno Corporativo

Entre nosotros ha sido Cándido Paz-Ares quien ha llevado a cabo una exposición convincente de los hitos o aspectos del Gobierno Corporativo que a lo largo del tiempo han ido reclamando mayor atención. En un primer momento, los instrumentos del Gobierno Corporativo se centraron en la constitución de un Consejo de Administración que tuviera alta capacidad de supervisión de los responsables ejecutivos de la compañía y en el establecimiento de un sistema de OPA²³ y de mecanismos de competencia para la obtención de delegaciones de voto que facilitarían la concurrencia por el control de la compañía. En una segunda fase de despliegue, la atención se centró en diseñar un sistema de remuneraciones y de incentivos capaces de hacer convergir los intereses de los *managers* y los de los inversores, a la vez de fomentar la concentración parcial de la propiedad y la centralización del control en manos de uno o varios accionistas de referencia con incentivos suficientes para vigilar a los administradores. En un tercer momento, ya en las vísperas de la actual crisis financiera y económica, se ha puesto el énfasis en definir la posición de los inversores institucionales como fuerzas preactivas

Toda la anterior información está tomada de la firma Georgeson, y fue elaborada para la presentación de la ponencia de Saá, Pedro, «El Gobierno Corporativo y la crisis. La visión de los inversores institucionales», que tuvo lugar en el Instituto de Empresa, Centro de Gobierno Corporativo, Madrid, el 26 de noviembre de 2009.

²³ La bibliografía sobre las OPA, *Mergers* o *Take Over-Bids* es inabarcable. Es recomendable el trabajo de Jovanovick, B. y Rousseau, P. «Mergers as reallocation». *NBER working papers*, October 2002. Según los citados autores las operaciones de adquisición del control de las compañías o *mergers* a menudo se producen en oleadas. Una primera oleada puede situarse en los últimos años del siglo XIX, y a ella la denominan la oleada del establecimiento de los monopolios; una segunda se produjo en la década de los veinte del pasado siglo, y es la fase de la creación de economías de escala. Una tercera oleada se produjo en los ochenta, que fue la década de la codicia; y, en fin, el último movimiento de *mergers* que identifican los autores es el de la oleada motivada por la globalización y arranca en los últimos años de la década de los noventa. Aún cabría considerar si no nos encontramos en el preludio de una quinta ola de *mergers*, a la que podríamos bautizar como la de la «resaca de la crisis». Hacen notar los autores citados que estos ciclos de *mergers* suelen coincidir con *shocks* tecnológicos, tales como la electrificación en los felices años veinte o, incluso, recientemente Internet. Ello debe de ser porque, a pesar de que los adquirentes del control hagan sobreprecios o primas por hacerse con él, todavía consideran que tienen capacidad para crear valor. Ellos adquieren ventajas derivadas de las oportunidades que generan los cambios tecnológicos. Murthy, Narayana R. N., *op. cit.*, se ha referido a un caso que genera perplejidad desde la óptica del Buen Gobierno Corporativo en relación con las OPA o *mergers*: «*These days, it has become common for a CEO who argues strongly in favor of a certain merger or acquisition to expect a retention bonus, alter consumating the M & A. This is oxymoronic. This practice simple does not make sense and has to stop.*»

llamadas a desempeñar un papel significativo en las Juntas de Accionistas²⁴ y en la implantación de un sistema efectivo de responsabilidad de los administradores que venga precedido de una adecuada definición de sus deberes.

²⁴ La legislación española sobre Instituciones de Inversión Colectiva ha venido a establecer la obligación de las Sociedades Gestoras de ejercer el derecho de voto correspondiente a las acciones incorporadas a las carteras y patrimonios que gestionan en los siguientes términos. Dispone el art. 46 de la Ley IIC 35/2003, de 4 de noviembre: «d) *En relación con los fondos gestionados, reglamentariamente se establecerán aquellos supuestos en los que, en atención a la relevancia cuantitativa y al carácter estable de la participación del fondo en el capital de una sociedad, la sociedad gestora estará obligada a ejercer todos los derechos inherentes a los valores integrados en el fondo en beneficio exclusivo de los partícipes, especialmente el derecho de asistencia y voto en las Juntas Generales.* // *En todo caso, las sociedades gestoras deberán informar a los partícipes de su política en relación con el ejercicio de los derechos políticos inherentes a los valores que integren la cartera del fondo, justificando bien el no ejercicio del derecho de voto o bien el sentido del mismo. Asimismo, deberán dejar constancia de dicha política en los documentos informativos que se determinen.*»

En desarrollo del anterior precepto de la ley, el artículo 81 del Reglamento IIC, aprobado por RD 1.309/2005, de 4 de noviembre, apartado I) establece: «*En cuanto a la obligación establecida en el artículo 46.1.d) de la Ley, la SGIIC estará obligada a ejercer, con especial atención al derecho de asistencia y voto en las Juntas Generales, todos los derechos políticos inherentes a los valores integrados en los fondos que aquella gestione, siempre que el emisor sea una sociedad española y que la participación de los fondos gestionados por la SGIIC en la sociedad tuviera una antigüedad superior a doce meses y siempre que dicha participación represente al menos el 1% del capital de la sociedad participada. Asimismo, en cualquier caso, la SGIIC deberá dejar constancia en el correspondiente informe anual de su política en relación con el ejercicio de los derechos políticos inherentes a todos los valores integrados en el conjunto de fondos que aquella gestione, siempre que el emisor sea una sociedad española.*»

Siguiendo estrechamente y en todo a Alba Fernández cabe afirmar que las normas transcritas constituyen uno de los cambios más llamativos que entre los introducidos por la Ley de IIC. La cuestión del papel de las IIC ya fue planteada por Sommer a principios de los noventa, en un estudio denominado «Gobierno Corporativo en los noventa: Managers vs. Inversores Institucionales». Se trata de superar la tradicional pasividad de los accionistas en las grandes sociedades, su progresiva tendencia a renunciar a cuestionar la dirección de la empresa social a través del ejercicio de sus derechos. Ello es una consecuencia de la dispersión del capital y se ha explicado desde los postulados del Análisis Económico del Derecho y de las «ciencias del comportamiento», que ven en tal actitud una «apatía racional», pues en un análisis costes-beneficios el accionista minoritario constata que carece de incentivos suficientes para implicarse en la vida de la Junta de accionistas con la finalidad de hacer valer sus derechos y tratar de contribuir a la mejora de la dirección del negocio social. Tal implicación en la vida social tiene un coste de oportunidad, que resulta de comparar dicha alternativa con la de negociación de las acciones de los mercados de valores y salirse de la compañía: el alto grado de liquidez de las acciones induce al socio inversor a abandonar la sociedad a través de su negociación en la Bolsa antes que a tratar de corregir la marcha de la sociedad en que se encuentra a disgusto mediante el ejercicio de sus derechos. A este factor se le conoce como la *Wall Street Rule*. En suma, las opciones entre las que permanentemente se mueve el accionista inversor son retener sus acciones, y permanecer en la sociedad como convidado de piedra, o marcharse negociándolas: *hold or trade*.

La etapa inicial del desarrollo del movimiento *Corporate Governance*, que tenía en su guión los dos primeros puntos que acaban de recordarse, es

En el anterior panorama irrumpen las instituciones de inversión colectiva. Pueden optar por la pasividad o por la intervención en ejercicio de sus facultades como socios en un sentido concreto, quizás no alineado con los intereses gestionados. Un ejemplo que muy frecuentemente se cita es el interés que tienen determinadas IIC (por ejemplo, las sensibles por razón de su actividad al flujo de información, así, los fondos de inversión) en mantener una buena relación con el consejo de administración de la sociedad, o con el núcleo directivo. Buena relación en este caso, como se ve, es un eufemismo para expresar sumisión, y esta sumisión puede responder al deseo de no perder cierta información sobre la sociedad, pero también al de conservar las relaciones comerciales (y los ingresos consiguientes) que la institución pueda mantener con la sociedad participada, independientes y totalmente ajenos a la relación societaria, es decir, a la participación. Cabe recordar a este respecto los llamativos cambios de política seguidos por el Deutsche Bank, como depositario de acciones de uno de sus *mutual funds*, en la campaña y votación previas al acuerdo de la Junta General de Hewlett Packard que finalmente llevó a la fusión de esta última con la compañía Compaq.

La obligación legal de que las IIC ejerciten el derecho de voto se basa en su concepción como un activo integrado en la propia acción, en la medida en que presenta una clara vocación instrumental en la posición y posibilidades del socio para influir en las consecuencias de naturaleza y contenido económico o patrimonial del funcionamiento de la sociedad.

El deber de votar impuesto a las IIC parece incompatible con el principio de diversificación del riesgo que informa su actuación. Sin embargo, la recelosa partícula que en definiciones anteriores impedía a los fondos de inversión llegar a integrar participaciones que otorgasen la «mayoría política o económica» en sociedades del portafolio, y que formaba parte de la expresión del objeto especializado típico de los fondos, ha desaparecido la legislación actual. Pero esta supresión es solo aparente, pues tanto la LIIC como su Reglamento mantienen los niveles de diversificación «en origen» y «en destino» de la normativa anterior, además de que, en lo que a esta última se refiere, las limitaciones a la presencia del fondo en la sociedad participada en términos cualitativos adquieren un tono aparentemente más restrictivo. A pesar de haber sido extraída de la definición del fondo la referencia a este extremo, en la actualidad tanto la LIIC como su Reglamento especifican que la participación de los fondos en un emisor «en ningún caso» podrá ser tal «que pueda implicar la posibilidad de ejercer una influencia notable sobre dicho emisor» por parte de la SC.

La cuestión entonces estriba en precisar los confines de la «influencia notable». A este respecto ha de señalarse que la SG puede ostentar la gestión de participaciones en una sociedad muy superiores a los límites individuales impuestos a cada fondo o SICAV, sin que ello resulte en una violación de los límites del art. 38 del Reglamento IIC. El límite a la participación, por otro lado, y a diferencia de lo que sucede con los límites a la concentración de participaciones, está formulado en términos cualitativos, y no cuantitativos, como aquel que permite ejercer una «influencia notable». Queda así por determinar lo que sea esta influencia. Se trata de un concepto jurídico indeterminado; la ley no señala qué pueda significar «influencia notable» en el contexto de las normas que en este momento nos interesa, como tampoco establece orientación alguna sobre cuándo pueda presumirse su presencia.

¿Qué papel se espera de las sociedades gestoras de fondos en las Juntas Generales? En primer lugar, hay que partir de que los deberes de información que se imponen a las Sociedades Gestoras, como al resto de los actores de los mercados financieros, han acabado por consagrarse, como sabemos, como una de las herramientas principales que el legislador maneja para la protección, en nuestro caso, del inversor. En tal sentido, la labor que presumiblemente se encomienda a las Sociedades Gestoras con la imposición de los deberes de

típicamente anglosajona. En la fase intermedia es cuando se da la expansión del Gobierno Corporativo a la Europa continental, donde, a diferencia de Estados Unidos y Reino Unido, se constatan elevadas tasas de concentración

voto y de información, no es otra que la de asumir una mínima vigilancia o fiscalización de la gestión del negocio social determinada por el *statu quo* en cada momento vigente en la Junta General, la Administración resultante y el ejercicio de sus funciones por parte, tanto de la Administración, como de la Dirección.

El modelo rector de la obligación de ejercitar los derechos políticos del socio se concentra en la regla del «exclusivo beneficio de los partícipes». ¿Y cuál es ese interés? ¡La maximización del valor del patrimonio gestionado, es decir, la maximización del rendimiento colectivo y, por consiguiente, también del individual! Mas hay que empezar por admitir que si el interés a que ha de responder la actuación de la SG es el de los partícipes inversores, este no siempre coincidirá con el interés social. Recordemos que el interés social, aunque ha sido un concepto muy discutido (donde pugnan la tesis contractualista y la institucionalista) ha acabado por inclinarse, de acuerdo con la tesis contractualista, con el interés común de todos los socios, lo que conecta con la idea del ánimo de lucro que está en el origen causal del contrato de sociedad. Una fórmula más depurada hace del interés social la promoción, generación o maximización del valor para el accionista, pero presuponiendo que la generación de valor encuentra como presupuesto la preservación de la continuidad de la empresa y requiere por ello una aproximación basada en el crecimiento sostenido y una visión largo-placista de la gestión, que de este modo matiza la noción hasta el punto de formular como «creación de valor a largo plazo». Además, la maximización del valor, que es el eje del interés social, ha de ser real, lo que significa que es el valor de la empresa, el valor económico acumulado en la sociedad y, por vía de consecuencia, correspondiente a cada una de sus fracciones o acciones, y no necesaria y simplemente la cotización bursátil de la acción lo que resulta relevante a estos efectos.

La valoración final que hace el autor citado de nuestra legislación de IIC con relación al ejercicio obligatorio del derecho de voto por las Sociedades Gestoras es que la medida legal es insólita. Es un caso único en que se impone a un socio el ejercicio de los derechos políticos de su participación para tutelar sus intereses. Pero no carece de ratio: se tutelan los intereses «de otros» (no de la Sociedad Gestora), de los inversores, lo que es conforme a la obligación de administrar sus inversiones y a la consideración del voto como activo financiero que, bien gestionado, contribuye a incrementar el valor de la inversión del cliente. Esto significará probablemente una «perturbación» en el *modus operandi* de las Gestoras, que hasta ahora venían aplicando modelos matemáticos, métodos de valoración de inversiones y tenían que desarrollar también destrezas adicionales en las tareas administrativas anejas. Ahora se introduce un deber que requiere de una dinámica muy diferente. La rigidez de los artículos 46 LIIC y 81 RIIC puede generar el problema de votos precipitados, autómatas o protocolizados. *El País*, 11 de octubre de 2006, daba cuenta del voto en contra del nombramiento de cuatro consejeros para el Consejo de REPSOL YPF porque «la propuesta no se detalló con la misma antelación que el resto de las que se sometieron a la Junta, lo que llevó a algunos fondos a rechazarla no por un desacuerdo de fondo, sino por la aplicación de sus propias reglas internas al respecto». En fin, pueden surgir distorsiones en la labor que se espera de las Sociedades Gestoras, que es la de actuar como «guardianes» del buen gobierno y de la buena gestión. A los efectos de implementar esta filosofía fiscalizadora el derecho de designar consejeros conforme al sistema de representación proporcional (en el caso de las Sociedades Gestoras preferentemente consejeros independientes), ex art. 137 LSA, sería una opción interesante.

de propiedad (Garrido distingue, a estos efectos, dos sistemas de estructura del capital de las sociedades: el *market system*, de accionariado muy disperso, y en que las compañías apelan con mayor intensidad a la financiación a través de los mercados de valores; y el accionariado o capital por bloques, propio de la Europa continental, en que se produce esa concentración de participaciones en accionistas de referencia)²⁵. Y en la tercera de las fases descritas aún cabe precisar que en la agenda del Gobierno Corporativo anglosajón es donde se presta especial significado al papel de los inversores institucionales, y en el resto del mundo preocupa el régimen de los deberes y responsabilidades de los administradores.

Pero avancemos en el tiempo. Todo lo anterior es ayer ya. Fijemos la mirada en lo que constituye el tema de nuestro tiempo, del momento presente. En la actual situación de crisis económica y financiera, el Gobierno Corporativo ha puesto la gestión de riesgos en la cabecera de la agenda²⁶. Se pretende que se trate de una efectiva gestión, y de una gestión además integral, superando la vieja concepción del mero «control interno» que en el ámbito

La experiencia, ¿qué resultados muestra? Que este activismo de las IIC forzado por la ley está dando lugar a la externalización de la actividad conectada a la obligación de votar (surgen así empresas especializadas en *voting consulting*) y a la ampliación de los servicios de *rating*, que ahora califican añadiendo el factor de la «calidad del gobierno corporativo» del emisor, esto es, el valor reputacional.

Todo lo expuesto lleva a pensar que de las dos obligaciones que establecen la Ley y el Reglamento de IIC, más que la de voto, la de información de la política seguida en el ejercicio del voto es fundamental. En general, siempre la información al inversor lo ha sido. Pero no solo debería alcanzar esta información, como resulta de la legislación, al participe del fondo –al que sí que hay que emitir un documento, de acuerdo con la normativa–, sino a todo el mercado.

A continuación se relaciona una bibliografía mínima sobre este asunto. Alba Fernández, M. «El deber de ejercicio de los derechos políticos del socio de las sociedades gestoras de fondos de inversión». Madrid. Ed. Marcial Pons, 2009. Fernández Atela, G. y Zunzunegui, F. «Derecho de voto e inversión colectiva», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, marzo 2005. <<http://rdmf.wordpress.com>>, pp. 1 y 2. Paz Arias, J. M. de. «Los inversores institucionales como medio de resolución del conflicto de intereses entre administradores y accionistas de la sociedad abierta». *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 60, 1995, pp. 857-919.

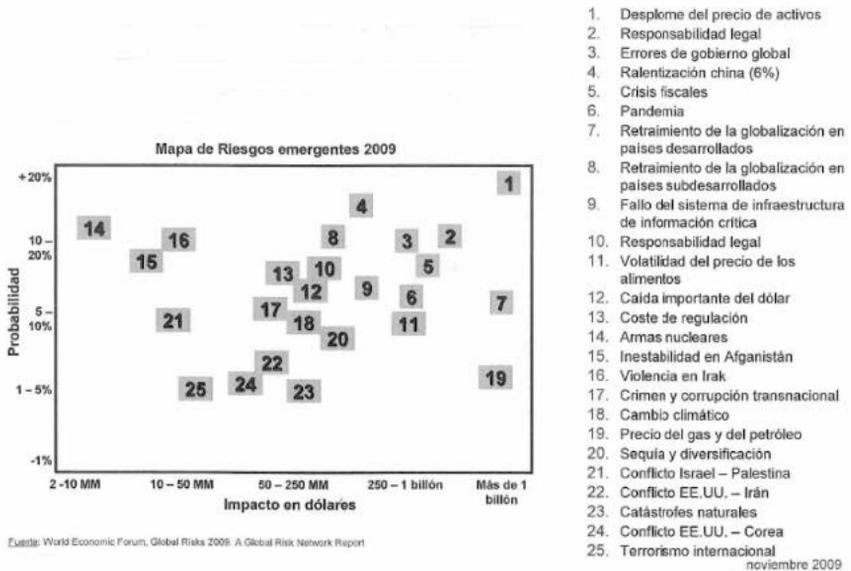
²⁵ Mateu de Ros Cerezo, Rafael. *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*. Ed. Thomson-Aranzadi. Cifur Menor, 2007. Y de este, conferencia no editada, «Los derechos de los accionistas significativos». I Jornada de Gobierno Corporativo, Instituto de Empresa, 26 de noviembre de 2009, Madrid.

²⁶ En la Ley del Mercado de Valores, con ocasión de la reforma en ella operada por la Ley de 2003, de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas, ya se hacía una referencia explícita a este extremo, al establecer su art. 116 el contenido mínimo del Informe Anual de Gobierno Corporativo que venían obligadas a publicar las sociedades anónimas cotizadas. Figuraba en el apartado 4 d) los «Sistemas de control del riesgo». Claro que la referencia al «control» se queda muy lejos de una «gestión integral» de los riesgos, que es lo que ahora se preconiza.

financiero se venía considerando desde comienzos de la década de los noventa. Los retos actuales de la gestión de riesgos alcanzan a una diversidad de dimensiones: la estrategia, el acceso a los mercados de capital y su coste, la mejora de la información, la reducción de costes y el aumento de la eficacia de las actividades de control (riesgo operativo), el desarrollo de resuestas inmediatas ante los riesgos emergentes, el cumplimiento normativo y los aspectos reputacionales (cabe recordar aquí lo que tantas veces ha repetido Warren Buffet: «Lleva veinte años construir una reputación y cinco minutos arruinarla. Si piensa sobre ello, hará las cosas de diferente manera»).

El foro económico mundial ha identificado una serie de riesgos globales y los ha clasificado en función de su probabilidad en pacto a través del siguiente mapa:

Evolución de la Gestión de Riesgos



La importancia que ha adquirido la gestión de los riesgos en el actual contexto se puede apreciar analizando los recientes pronunciamientos de la Corte de Delaware, que pueden servir como estímulo y faro para otros tribunales.

VI. Remodelando el régimen legal de los deberes y responsabilidades de los administradores

El sistema del régimen legal de los deberes y responsabilidades de los administradores se presenta en la mayoría de los países como un auténtico rompecabezas. Entre nosotros, y sin perjuicio de que sea desarrollada la idea con otro detenimiento cuando el momento llegue, podríamos tratar de ordenar dicho sistema según tres ejes o vectores: el primer eje estaría constituido por la relación puntual de deberes que la legislación societaria y los estatutos de la compañía imponen a los administradores²⁷; en segundo lugar, nos

²⁷ Solo dentro de la LSA encontramos varias decenas de obligaciones concretas de los administradores. Sin pretender ser exhaustivos enumeramos a continuación algunas de ellas:

informar a los accionistas sobre las adquisiciones a título oneroso en los dos primeros años de vida de la sociedad (artículo 41); velar por el desembolso de los dividendos pasivos (45 y 46); suscribir los títulos representativos de las acciones (53); llevar el libro-registro de acciones nominativas e informar a los accionistas en relación con sus acciones (55 y 56); cumplimentar las funciones relativas a la sustitución de los títulos (59); cumplir las obligaciones impuestas a la sociedad en materia de adquisición y tenencia de las propias acciones (74 y ss.), así como sobre las participaciones recíprocas (82 y ss.); convocar las juntas generales y fijar su orden del día (94, 97, 98 y 100), así como los relativos a determinados acuerdos específicos, como transformación, fusión, escisión, etc.; asistir a las juntas generales (104.3); subordinar la solicitud de representación a los accionistas a los requisitos formales requeridos (107.1); proponer la prórroga de la junta (109); atender el derecho de información de los accionistas (112); requerir la presencia del notario para que levante acta de la junta (art. 114); impugnar los acuerdos de la junta general (117.1) y del consejo de administración (143.1); deber de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal (127); deber de guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial (127.2); atender a la provisión interina de las vacantes producidas entre los miembros del consejo (138); establecer la regulación del funcionamiento del propio consejo y la delegación permanente de sus facultades (141); proponer la modificación de los estatutos sociales (144) y publicar los correlativos acuerdos (150); ejecutar el acuerdo de aumento de capital por delegación de la junta general y decidir el aumento del capital en los supuestos de capital autorizado (153); conceder el plazo a los accionistas para el ejercicio del derecho de suscripción preferente (158); elaborar la memoria justificativa del aumento de capital cuando se pida a la junta la supresión del derecho de suscripción preferente (159.1.); cumplir los requisitos y garantías exigidos para la reducción del capital social (165 y 166); rendir cuentas y formular, suscribir y presentar a la junta los documentos relativos a las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado (171 y ss., 175 y ss., 189 y ss., 199 y ss. y 202 y ss.); cumplir con el deber de la sociedad relativo a la información de sus accionistas (212.2); acordar el reparto de cantidades a cuenta de dividendos y formular un estado contable que acredite la suficiente liquidez (216); depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil (218 y 221); redactar y suscribir el proyecto de fusión o escisión (234); solicitar al Registrador mercantil la designación de expertos para que lo informen (236 a 256) y elaborar un informe explicativo y justificativo de estas (238 y 257), así como informar a la junta sobre sus modificaciones (238.2); convocar la junta en caso de disolución de la sociedad y pedir la disolución judicial si el acuerdo de la junta fuese contrario a la misma (262); prestar su

encontraríamos con aquellas normas sectoriales que también contemplan deberes y responsabilidades de los administradores; y, por último, enmarcan-

concurso si fueren requeridos para la práctica de las operaciones de liquidación (267.2); y, en general, inscribir y dar la publicidad requerida a los acuerdos de la junta y, en su caso, del consejo.

A todos estos deberes habría que añadir lo que el resto de la legislación mercantil –especialmente el Código de Comercio en materia de contabilidad y registro, el Reglamento del Registro Mercantil y la Ley del Mercado de Valores para las sociedades cotizadas–, civil, fiscal y laboral configura como propios del órgano de administración en sus respectivas materias.

Por último, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, aunque no retoca las normas sobre deberes y responsabilidad de los administradores, sí afecta a algunas obligaciones concretas (información a los socios en caso de transformación, 9.1; redacción y suscripción del proyecto de fusión, 30.1; etc.) y da nueva redacción a muchos preceptos de la LSA en la Disposición Adicional, entre ellos algunos que hacen referencia a obligaciones de los administradores, como la del artículo 75.3.

A las anteriores obligaciones de los administradores deben añadirse las que contiene la legislación sectorial. Así, la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de julio de 2003, al referirse a la calificación del concurso como culpable (artículos 164 y 165), al contenido de la sentencia de calificación (art. 172.2) y a la específica responsabilidad concursal de los administradores en el caso de concurso culpable con desenlace liquidatorio (art. 172.3), amén del régimen cautelar que contiene su artículo 48; la legislación en materia laboral; la legislación tributaria (artículos 42 y 43 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que regulan, respectivamente, los casos de responsabilidad solidaria y subsidiaria); la legislación penal; y la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. Esta última dispone en su artículo 13: «*Los gestores y administradores de hecho y de derecho, incluso aunque hayan cesado en sus actividades, pueden ser responsables subsidiarios de los deberes en materia de responsabilidad medioambiental y, en particular, de las obligaciones pecuniarias. También pueden serlo los que sucedan en responsable en la titularidad o en el ejercicio de la actividad causante del daño, con determinados límites y excepciones; y, en ciertos casos, los liquidadores de administraciones concursales y los liquidadores de las personas jurídicas.*»

Sobre responsabilidad civil en general y extracontractual, imprescindible De Ángel, R. «La responsabilidad civil». Bilbao. Ed. Universidad de Deusto, 1988. Específicamente sobre responsabilidad de los administradores de sociedades: Arroyo, I., Embid Irujoi, J. M. y Górriz, C. (Coords). «Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas». Madrid, Ed. Tecnos, 2.ª edición, 2009.– Idem. «Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada». Madrid, Ed. Tecnos, 2.ª edición, 2009.– Cerdá Albero, F. «Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿Solos ante el peligro? Un análisis jurisprudencial (1990-2000)». *InDret* 1/2001.– Díaz Echegaray, J. L. «Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital». Cizur Menor, Ed. Thomson-Aranzadi, 2.ª edición, 2006.– Llebot Majó, J. O. «La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles», (Directores Beltrán, E. y Rojo, A.), pp. 23-54. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 3.ª edición, 2009.– Marín Castán, F. «Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada». Madrid. Ed. La Ley, 2007, pp. 81-319.– Moya Jiménez, A. «Aspectos prácticos de la responsabilidad civil, mercantil y administrativa». Barcelona. Ed. Bosch, S. A., 2005.– Moya Jiménez, A. «La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes». Barcelona. Ed. Bosch, S. A., 6.ª edición, 2009.– Rodríguez Ruiz de Villa, D. y Huerta Viesca, M. I. «La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital». Pamplona, Ed. Aranzadi, 2.ª edición, 2008.– Sánchez Calero, F. «Los administradores en las sociedades de capital». Navarra. Ed. Thomson-Civitas, 2.ª edición, 2007.

do las dos categorías anteriores –que, reiteramos, tienen carácter corpuscular por razón de acopiar innumerables deberes particulares–, y como sinfonía de fondo, que cubre los amplísimos vanos que no pueden llegar a cubrir los dos ejes anteriores, aparecen los deberes generales o inherentes; esto es, los de diligencia (y formando parte de este, la obligación de informarse), el deber de fidelidad al interés social, el de lealtad y el de secreto de las informaciones de carácter confidencial. Estos son los deberes que figuran en el Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, tras la reforma operada por 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. Como ha podido decir un autor²⁸, la reforma de 2003 constituyó un parto múltiple, pues del antiguo artículo 127 resultaron cuatrillizos: arts. 127, 127 bis, 127 ter y 127 quáter. Tal esponjamiento o *split* del originario artículo 127 vino a resolver algunos problemas de interpretación y a completar el régimen de los deberes de los administradores, pero, en contrapartida, suscitó cuestiones nuevas.

Interesa adelantar, no obstante, que nuestro régimen pasa a homologarse, casi miméticamente, con los de otros países de nuestro entorno; todos ellos se han puesto en la estela del modelo norteamericano, tal como venía siendo establecido por los tribunales.

El formato universal de los deberes de los administradores, común a una gran parte de ordenamientos nacionales, puede exponerse entonces del siguiente modo:

a) Así como los dos primeros vectores arriba señalados hacen referencia al «qué» de la obligación de los Administradores, los llamados deberes inherentes o generales (diligencia, fidelidad, lealtad y confidencialidad) significan el «cómo» deben comportarse los administradores en el desempeño de sus funciones. Interesa insistir en que no se trata de obligaciones coextensas. Ciertamente han de respetarse los deberes inherentes con ocasión de cumplirse las obligaciones puntuales o corpusculares que se definen en las leyes o en los estatutos de las sociedades. Pero estos son solo parte de los cometidos de los administradores, y fuera de ese piélago intersticial los administradores desempeñan una enorme variedad de funciones que no están tipificadas legal o estatutariamente, pero que inequívocamente pertenecen al ámbito propio de la función de administrar. Cuando el artículo 127.1 de la LSA, sobre el deber de diligente administración, establece que «los administradores desempeñan su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de

²⁸ Es indispensable, para un cabal seguimiento de este tema, leer a Font Galán, «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales». *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 25, 2005, páginas 71 a 107.

un representante leal», es evidente que está señalando un ámbito de competencia que excede –y en mucho– a la relación de obligaciones puntuales, de carácter marcadamente formal, que se recogen en determinados preceptos legales o en los estatutos. La decisión de designar a un director financiero, de diseñar el plan estratégico, de acometer la absorción de otra compañía, de abordar una expansión geográfica, etc. no son deberes, pero sí cometidos imaginables que forman parte de la genérica función de administrar y de representar. Pues bien, también en este círculo de competencias materiales que exceden del inventario de deberes formales que resultan de la ley de los estatutos, los administradores deben atenerse al «cómo» que la ley establece como marco (diligencia, fidelidad, lealtad, confidencialidad), de suerte que en toda circunstancia en que aparezcan desempeñando su misión específica se conduzcan con esas diligencia, fidelidad, lealtad y respetando el secreto. Esta serie de cuatro deberes de actuación, según ya se ha indicado, se repite con ligeras variantes en los distintos ordenamientos nacionales de las sociedades mercantiles. Pero la estructura del sistema de deberes inherentes también se mantiene con la misma vocación general y se resume en la idea de que es el deber de diligencia el principal y estructurante de los demás, el que los ensarta y los vivifica con un nuevo y más intenso significado. Así, la dimensión proactiva del deber de diligencia consiste en cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos y, además, en conducirse en toda ocasión en el desempeño del cargo, con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad (art. 127 bis LSA); y la versión propositiva estribará en la observancia del deber de lealtad, que impide a los administradores utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de tales para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas, y a abstenerse de realizar, en beneficio propio o de personas vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que hayan tenido conocimiento con ocasión del ejercicio 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 (art. 127 ter, LSA).

b) Puesta la atención ahora en los deberes inherentes o generales de los administradores, que son los que aquí interesan, procede señalar que tales deberes se definen según conceptos jurídicos indeterminados u *open texture*, por tomar la expresión de Hart²⁹. Nuestra LSA, por ejemplo, se expresa con

²⁹ Hart, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires. Ed. Abeledo, Perrot, 2009, p. 159. «Cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura” abierta. Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación. Como una característica

calculado laconismo en cuanto al significado del deber de diligencia de los administradores (art. 127.1, LSA), que solo llega a concretarlo en uno de sus haces, la obligación de informarse, a cuyo efecto dispone el 127.2 que «cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad». Ha recordado entre nosotros Font³⁰ que este deber es individual y no un acto colectivo, como resulta de los términos claros de la ley: «Cada uno de los administradores...». Y añade el mismo autor que «el cumplimiento del deber y su correlativo ejercicio del derecho de informarse debe y puede acometerse en cualquier momento (y lugar)», lo que, añade, «quiere decir que no queda limitado ni por la convocatoria ni por la celebración de las reuniones del Consejo de Administración, lo que resulta concorde con el Código de Obligaciones Suizo, cuyo artículo 715 a) distingue entre la obligación de todo Administrador –e incluso de toda persona encargada de la gestión de suministrar información en las sesiones del Consejo de Administración (ap. 2)– y el derecho de todo administrador de exigir información de las personas encargadas de la gestión al margen de las sesiones del Consejo de Administración, tanto sea para conocer la marcha general de los asuntos sociales como para conocer asuntos u operaciones concretas (ap. 3)».

El empleo de términos *open texture* en los textos legales presenta a la vez ventajas e inconvenientes. La ventaja es que permite cierta flexibilidad y adaptación de la norma en su aplicación al caso concreto y facilita la interpretación evolutiva de la ley en los términos que establece el artículo 3.1 de nuestro Código Civil: «Las normas se interpretarán ... en relación con ... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». El problema de los textos legales que emplean términos vagos o imprecisos es que producen incertidumbre en cuanto al resultado final, esto es, no permiten realizar una previsión fiable de lo que el juez hará en concreto en el caso que se pueda someter a su conocimiento. Recargar los cuerpos legales con normas de detalle produce una *ossification* del Derecho, pero posiblemente refuerza la seguridad jurídica que, no lo olvidemos, es un principio constitucionalmente garantizado (art. 9.3 CE). En cualquier caso, no parece superior la opción de llevar a la ley la definición más acabada posible de situaciones a que ha de aplicarse

general del lenguaje humano. La falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales –tal como el idioma inglés– muestran, cuando se los usa así, una irreducible textura abierta».

En relación con la función significativa de los términos resulta inexcusable la consulta de Wittgenstein, L. *Investigaciones filosóficas*, Biblioteca de Grandes Pensadores. Ed. Gredos. Madrid, 2009. En especial, la deliciosa referencia a las fichas del ajedrez, páginas 193 y siguientes.

³⁰ Font Galán, J.I. *Op. cit.*, páginas 105-106.

cuando hacen referencia a realidades extraordinariamente vitales y dinámicas. La *business judgment rule*, que en los Estados Unidos opera en el ámbito de las decisiones judiciales, como creación de los tribunales, ha sido llevada en Australia al soporte legal³¹ sin gran beneficio.

c) De todo cuanto antecede resulta la importancia del rol que se atribuye a los jueces en la aplicación y concreción del Derecho. Sin poder llegar al extremo del realismo jurídico más acentuado, que encuentra su mejor exponente en el juez Oliver Wendell Holmes, para quien «Derecho es lo que deciden los jueces», ha de reconocerse que en este campo que consideramos ahora la palabra de los órganos jurisdiccionales tiene una relevancia muy notable. Ello es así porque manejan normas *open texture* y, además, porque no hay dos casos iguales que se sometan a su decisión³².

³¹ Hernando Cebriá, L. *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La Regla del –buen– juicio empresarial*. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2009. Australian Corporations Act de 2001, 180: «Care and diligence-civil obligation only. Care and diligence-directors and other officers.

(1) A director or other officer of a corporation must exercise their powers and discharge their duties with the degree of care and diligence that a reasonable person would exercise if they:

(a) were a director or officer of a corporation in the corporation's circumstances; and
(b) occupied the office held by, and had the same responsibilities within the corporation as, the director or officer.

Note: This subsection is a civil penalty provision (see section 1317E).

Business judgment rule.

(2) A director or other officer of a corporation who makes a business judgment is taken to meet the requirements of subsection (1), and their equivalent duties at Common Law in equity, in respect of the judgment if they:

(a) make the judgment in good faith for a proper purpose; and
(b) do not have a material personal interest in the subject matter of the judgment; and
(c) inform themselves about the subject matter of the judgment to the extent they reasonably believe to be appropriate; and

(d) rationally believe that the judgment is in the best interests of the corporation.

The director's or officer's belief that the judgment is in the best interests of the corporation is a rational one unless the belief is one that no reasonable person in their position would hold.

Note: This subsection only operates in relation to duties under this section and their equivalent duties at common Law or in equity (including the duty of care that arises under the Common Law principles governing liability for negligence) –it does not operate in relation to duties under any other provision of this Act or under any other laws.

(3) In this section: business judgment means any decision to take or not take action in respect of a matter relevant to the business operations of the corporation».

³² Cabe recordar aquí la concepción del Derecho de Dworkin, R. *El imperio de la Justicia*. Barcelona. Ed. Gedisa, 1988, para quien el proceso de creación y aplicación del derecho se asemeja a una novela escrita en cadena, en la que cada nuevo autor puede aportar algo original pero respetando el rumbo o el curso que han establecido cuantos le preceden. Esta metáfora telescópica de creación y realización del Derecho constituye un adecuado punto de partida para alcanzar varias certezas: 1) que el Derecho no se agota en el texto de la ley,

No quedaría completa la exposición del asunto si no planteáramos una cuestión que, en razón de su importancia práctica, ha preocupado a la doctrina. Es la de la estratificación o diversificación de la responsabilidad de los administradores. Diversificación que opera en dos planos: el de los deberes entre sí; y el de las funciones de los administradores. En el primer aspecto, se trata de examinar si los deberes inherentes de diligencia y de lealtad (que son los de mayor trascendencia real) han de exigirse con severidad pareja; en el segundo, ha de considerarse si, debido a que las normas de Buen Gobierno Corporativo distinguen dos clases de miembros del consejo (los ejecutivos y, junto a ellos, los no ejecutivos que, a su vez, pueden ser accionariales o estrictamente independientes), a los que, en consecuencia, atribuye funciones también diferentes (la gestión recae en los ejecutivos, la supervisión en todos y, señaladamente, en los no ejecutivos), ha de exigirse a unos y a otros una diligencia distinta (por ejemplo, a los no ejecutivos se les hará responder de la culpa *in omitiendo*, *in vigilando*, *in eligendo*, *in instruendo*; y a los ejecutivos, además, de la culpa *in comittendo*). Y aún hacemos gracias de los problemas que se suscitan si parte de las funciones se delegan en comités y en cómo repercute ello en la responsabilidad de delegantes y delegados.

1) *La discriminación de la exigencia según el deber incumplido*

Hace unos pocos años Cándido Paz-Ares³³ formuló entre nosotros la propuesta de diversificar el régimen de responsabilidad de los administradores. Construía su tesis tomando como punto de partida la existencia de un régimen unitario perturbador. Para él era de todo punto necesario «separar nítidamente la *vertiente tecnológica* (relativa a la producción de valor) y la *vertiente deontológica* (relativa a la distribución de valor) en que se descompone toda la actividad de gobierno de una empresa y, a partir de allí, elevar a categoría la distinción entre el deber de cuidado y el deber de lealtad». La conclusión que alcanzaba la formulaba en *la regla de la diferenciación*: «el régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia».

bien porque la ley no lo prevé todo o bien porque sus términos no son suficientemente claros y redondos; 2) que el juez, en el trance de aplicación de la norma se va a ver casi siempre abocado a tomar su decisión final dando un «salto», desde el trampolín representado por la ley hasta el destino representado por la realidad sobre la que opera, y que ese salto puede ser de canguro o de pulga, en razón del grado de determinación que corresponda a la norma aplicable; y que así como la decisión jurídica –norma más sentencia– opera sobre una realidad, la realidad está operando constantemente sobre el significado de la norma y, en tal sentido, construyendo derecho. Al complejo norma-sentencia le precede la realidad, que se introduce en la decisión jurídica con ocasión de la definición del supuesto de hecho; pero no acaba ahí su función, sino que, además, en el trance de la aplicación de ese complejo norma-sentencia a la realidad esta está refluendo sobre tal decisión y configurándola.

³³ Paz-Ares, C. *Op. cit.*, pp. 14 y ss.

Justificaba el autor la diversificación en una serie de consideraciones: la diligencia interesa tanto al accionista como al administrador (si no gestiona o la empresa va mal acabará perdiendo su fuente de ingresos y la oportunidad de mandar; su prestigio decaerá en el selecto tramo de mercado de trabajo en el que participa, etc.). Estos estímulos metalegales son lo suficientemente fuertes como para excitar el cuidado del administrador. No ocurre lo mismo con el deber de lealtad. Primero, porque los administradores, por la cuenta que les trae, ya se preocupan de que su conducta desleal no alcance visibilidad (*tunnelling*)³⁴; segundo, porque las violaciones del deber de lealtad, los «pelotazos», suelen producirse en la fase epigonal de las relaciones de los administradores con la sociedad, y en estos momentos la disciplina que procuran las fuerzas del mercado está muy debilitada. Es decir, el incumplimiento del deber de lealtad no puede ser combatido eficazmente con la mera respuesta del mercado.

Las anteriores consideraciones llevaban a Paz-Ares a preguntarse cuál sería el nivel óptimo de rigor del régimen de responsabilidad de los administradores. Y se contestaba que para determinar ese nivel óptimo hay un factor relevante (no único, pero sí el decisivo), que es el grado de incertidumbre jurídica a que están sujetas las decisiones de los administradores, entendiendo por incertidumbre el hecho de que los administradores no pueden anticipar con seguridad cuáles serán las consecuencias jurídicas de tales decisiones. Las causas que provocan incertidumbres son las siguientes: (a) la ambigüedad del mandato legal (en cuanto que las obligaciones están definidas en la norma con frecuencia mediante términos *open texture*). En este caso existe un margen de apreciación por el juez y, en consecuencia, también de error en la anticipación de lo que será la decisión judicial; (b) las dificultades de prueba; (c) las deficiencias de conocimiento del

³⁴ Paz-Ares recuerda la existencia de un índice significativo que puede resultar infalible para «sospechar» la posible existencia de deslealtad, cuya constatación, como queda dicho, es muy dificultosa porque tiende a enmascarse. Cuando el valor bursátil de una sociedad (es decir, el resultado de multiplicar la cotización de una acción por el número de acciones de una sociedad) posterior a la OPA de que haya sido objeto resulta menor de lo que ha estado dispuesto a pagar quien lanza la OPA para adquirir su control, ello solo puede ser debido, en buena lógica económica, a que la sociedad en realidad vale más para quienes pasan a ejercer el control. Esa diferencia de valor ha de consistir en la obtención de ventajas personales diferenciales que perciben los titulares del control en relación con el resto de los accionistas: contratos privilegiados con la propia sociedad, remuneraciones específicas, dietas, oportunidades de negocios, o incluso la remuneración de la vanidad (*empire buildings*). El diferencial más bajo entre ambos valores se registra en los países anglosajones (aproximadamente, un 2,5%). En cambio, en España, la «prima de control» se situaba hace unos años en un 18,5%. En suma, que parece razonable pensar que la prima de control se paga por razones no confesables y, en particular, porque el adquirente opera en un marco institucional que le permite obtener de la compañía más valor del que le corresponde por su participación en el capital.

propio agente o errores del administrador en la determinación de la decisión correcta. Cabe distinguir a estos efectos, de acuerdo con Lonergan³⁵, tres tipos de situación de riesgos: (a) los riesgos conocidos (que hacen referencia a aquellas situaciones para las que podemos plantear preguntas y darles respuesta); (b) los riesgos conocidos-desconocidos (situaciones ante las que podemos plantear preguntas –por lo tanto, el escenario es imaginable–, pero no tenemos respuesta); y (c) riesgos desconocidos-desconocidos (situaciones inimaginables: no solo carecemos de respuesta, sino que ni siquiera somos capaces de plantearnos la pregunta; y si hay otros que la formulan, carece para nosotros completamente de sentido o no tiene ningún interés la respuesta que pudiera recaer).

El temor de los administradores a incurrir en responsabilidad por actos que ellos no consideraron incorrectos cuando los decidieron o realizaron puede dar lugar al problema del «sobrecumplimiento» u *overcompliance*. El administrador que anticipa la posibilidad de error del juez extremará el celo adoptando precauciones por encima de las legalmente exigibles.

Tratándose de la responsabilidad por falta de diligencia, una normativa muy rigurosa puede introducir graves perturbaciones en la marcha de la empresa, y ello bajo dos aspectos: «conservadurismo» en la gestión y «murallas de papel». El fenómeno del «conservadurismo», producto de la aversión al riesgo, induce a los administradores a planificar las estrategias empresariales con un nivel de riesgo inferior al que convendría a los accionistas (estos, si han diversificado sus carteras, son neutrales al riesgo). Tal inercia conservadora, que empuja a los administradores a renunciar a proyectos de inversión altamente rentables (aunque entrañen riesgo) y a promover proyectos de inversión poco rentables (aunque de reducido riesgo) puede ir en contra de los intereses de los inversores. Y el problema se exacerba si el régimen de la responsabilidad de los administradores se vuelve más riguroso.

En cuanto a las «murallas de papel», son consecuencia de una aversión al riesgo que desencadena precauciones altamente ineficientes. Efectivamente, la exigencia de responsabilidad rigurosa conduce al administrador a rodear de barreras defensivas cualquier operación, a «amurallarla» con toda clase de papeles, dictámenes y opiniones de expertos, como ya se ha indicado con anterioridad en este trabajo. Ello puede representar un dispendio poco productivo de los recursos de la sociedad.

La conclusión para Paz-Ares es obvia: hay un error de defecto en el tratamiento de la deslealtad y un error de exceso en el tratamiento de la negligencia en el régimen de la responsabilidad de los administradores.

³⁵ Lonergan, B. (S. J.). *Insight. Estudio sobre la comprensión humana*. México. Ed. Sígueme y UIA, 1999 (2.ª edición, 2004).

En punto al deber de lealtad o, en términos negativos, a la deslealtad, el mismo autor explica que son varias las razones de la inoperatividad de tal deber en nuestro derecho: (I) la insuficiente definición de las conductas desleales –lo que en parte se ha corregido con la introducción del art. 127 ter de la LSA por la reforma de la Ley de 2003, de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas; (II) la insuficiente identificación de los destinatarios de los deberes de lealtad; (III) la insuficiencia de los cauces previstos para exigir la correspondiente responsabilidad; y (IV) la insuficiencia en el volumen de las sanciones aplicables.

Para que el sistema de la responsabilidad funcione es preciso contar con jueces dotados de formación específica y experiencia, que vayan más allá del planteamiento formalista del Derecho. Han de tener «cultura empresarial» o sensibilidad, como la tenía el Consejo de Estado Francés al tratar asuntos administrativos. Además, si ha de operarse con conceptos *open texture*, la seguridad jurídica aconseja que exista un *stock* suficiente de precedentes judiciales que haga previsible la decisión del juez y reduzca la incertidumbre. En nuestro país, e incluso en otros países vecinos de Europa, observamos una escasísima litigiosidad en materia de deber de lealtad. La pobreza y debilidad que exhiben nuestros sistemas jurídicos en este campo se deben en buena parte a la falta de oportunidades de que han dispuesto los jueces para crear un repertorio de precedentes y orientaciones en materia de responsabilidad.

Luego están las barreras procedimentales: el accionista que quiera litigar en España tiene que obtener primero una resolución de la Junta General que deniegue el ejercicio de la acción por la sociedad y, además, ha de ostentar al menos (y nada menos) que un 5% del capital social (art. 134, LSA). Por ello no estaría contraindicado abrir nuevas vías de solución a los conflictos de responsabilidad: mediación, como se está ensayando en la Corte de Delaware desde hace unos pocos años; arbitraje, etc.

Paz-Ares recomienda, para reforzar la responsabilidad por deslealtad que «en caso de duda acerca del cumplimiento del deber de lealtad, la carga de prueba corresponda al administrador», ya que es un *insider* y está en situaciones de asimetría con el demandante para justificar que no ha incurrido en deslealtad. Según el mismo autor, habría que reforzar las sanciones asociadas a la deslealtad, e indica que las sociedades podrían incorporar a sus estatutos, a estos efectos, cláusulas penales garantizadoras del cumplimiento de los deberes de lealtad.

Por último, la percepción de que se ha endurecido la responsabilidad por negligencia de los administradores (la reforma de la LSA de 1989 suprime la franquicia por culpa leve, establece la responsabilidad solidaria, reduce del 10 al 5% el porcentaje de capital necesario para ejercitar la acción de responsabilidad, elimina la posibilidad de excluir la responsabilidad mediante autorización o ratificación por la Junta del acto lesivo, etc.), ha llevado en ocasiones a la «colateralización» de la responsabilidad, es decir, a endosársela a un tercero vía contrato de seguro.

La mayor benevolencia en el trato que ha de dispensarse a los fallos de diligencia³⁶ conduce a indagar si cabe reconocer un ámbito de inmunidad a los administradores, esto es, de discrecionalidad³⁷ de sus decisiones empre-

³⁶ Recuerda Paz-Ares, *op. cit.*, un caso sobre los efectos perversos a que puede conducir la exigencia de una diligencia desmesurada a los administradores y sobre la inmediata rectificación de tal política de endurecimiento.

A finales de los años ochenta en los Estados Unidos se produjo una ola de fusiones y adquisiciones y el frenesí de operaciones de reestructuración que sacudió aquel mercado generó una elevada tasa de litigiosidad, lo que se saldó con un endurecimiento por parte de los Tribunales de la aplicación de la normativa legal y, en particular, de las exigencias de la *Business Judgment Rule*. Como consecuencia de ello sobrevino una crisis sin parangón de la industria del seguro de responsabilidad civil. La reacción frente a esa tendencia no se hizo esperar. Los Estados reformaron sus leyes de sociedades con el fin de limitar la exposición de los consejeros a riesgos de responsabilidad y ampliar sus derechos a ser indemnizados por la sociedad. La reforma más popular fue la del Estado de Delaware, que desreguló totalmente en 1986 la responsabilidad por negligencia (y en los dos años siguientes les secundaron otros 41 Estados de la Unión). La reforma permitió modificar los Estatutos de las sociedades para eliminar la responsabilidad de los consejeros por los daños negligentes y ellos se hizo sin oposición de los accionistas y sin destrucción de valor. La evidencia empírica con que contamos así lo acredita: los precios del mercado no experimentaron ningún impacto negativo cuando las sociedades anunciaron sus propósitos de reformar sus Estatutos para rebajar el *duty of care* o cuando sus Juntas Generales adoptaron los correspondientes acuerdos.

³⁷ El término discrecionalidad no es privativo del Derecho Mercantil, sino que constituye una de las rúbricas fundamentales –y más apasionantes– del Derecho administrativo. En este constituye todo un desafío para el especialista porque concentra de manera dramática todas las dificultades que entraña el sujetar la Administración al Derecho a través de un sistema de control y enjuiciamiento eficaz de su actividad, pero de tal forma que no se comprometa la eficacia con que han de quedar servidos los intereses generales. Tal vez por eso el juez del Tribunal Supremo americano Antonin Scalia haya podido afirmar que el derecho administrativo no es un Derecho para pusilánimes –el calificativo original, *sisies* es más expresivo, pero está justificado el eufemismo en aras de la integridad del papel soporte de este artículo y del buen nombre de la revista–. La referencia está tomada de Schwartz, Bernard. «Shooting the piano player? Justice Scalia and Administrative Law». *Administrative Law Review*, American Bar Association, 1995, pág. 1 (la cita) y siguientes hasta la 57.

Entre la discrecionalidad administrativa y la discrecionalidad de los administradores de las sociedades mercantiles existen evidentes analogías, pero también alguna dependencia. Son tantas las primeras que, hasta cierto tramo del análisis comparado, se podrían establecer consideraciones generales comunes. Efectivamente, en ambos casos actúan administradores o servidores de intereses ajenos: la Administración Pública y los administradores societarios; su función se orienta a la gestión de intereses supraindividuales (ya los intereses generales, en la fórmula del art. 103.1 *in fine* de la Constitución española, y al «interés social», que se define en el art. 127 bis LSA como el interés de la sociedad); en ambos casos se pretende acotar espacios de inmunidad de la actividad de los administradores frente al control o fiscalización judicial, pero con aparente (y añadiría que «solo aparente») distinta intención: en el caso de la discrecionalidad administrativa impedir la eventual declaración de ilegalidad de la actuación; en el ámbito mercantil bloquear una demanda de responsabilidad civil o por daños dirigida contra los administradores. Fuera de esto la finalidad a que obedecen una y otra especie de discrecionalidad difiere, como se podrá advertir cuando

sariales. A tal efecto cabe partir de una clasificación de los casos de negligencia en cinco grandes categorías, que ordenamos en función de su gravedad creciente: (a) casos de deficiencia de juicio: valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas; (b) no haberse informado adecuadamente los administradores; (c) no haber observado los protocolos establecidos o los procedimientos previstos para la adopción de decisiones; (d) haberse conducido con actitud perezosa e indolente (dejadez, «consejeros de adorno» o «consejeros pasivos»); y (e) casos de deficiencia de imparcialidad, o presencia de algún interés personal en las decisiones (aquí nos acercamos a la deslealtad). Pues bien, en relación con el caso *a*), deficiencias de juicio, los tribunales americanos desde hace tiempo vienen construyendo un espacio de exención al enjuiciamiento a favor de los administradores. Se trata de la regla, tantas veces mencionada en el presente trabajo, del buen juicio empresarial o *Business Judgement Rule*, que más adelante desarrollaremos con alguna atención.

II) Hay, además, según anunciábamos, un segundo factor de estratificación de la responsabilidad de los administradores, en razón del tipo de funciones que se les asignan³⁸. Supuesto que a no todos les corresponden igua-

se explique más adelante cuál es el fundamento racional del blindaje frente al control judicial. Por otra parte, las fronteras verbales que delimitan los espacios de inmunidad se construyen por la norma mediante una profusa utilización de términos *open texture*, como más adelante tendremos ocasión de desarrollar. Se relaciona a continuación una sumarisísima bibliografía sobre la discrecionalidad administrativa. Cassagne, Juan Carlos. «La discrecionalidad administrativa y el control judicial». *La Ley*, 8 de septiembre de 2008, Año LXXII N.º 172. Coviello, Pedro J. J., «El control judicial de la discrecionalidad administrativa», *Cuestiones del contencioso administrativo*, publicación de las VII Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 271-272. Cano Campos, Tomás. «La actividad de las Administraciones Públicas», Tomo III, Volumen I, «La forma», Iustel, Madrid, 2009 (vid. en particular Lección 1, «Las potestades administrativas», Bacigalupo Saggese, Mariano, págs. 14 a 41, especialmente a partir de la 25). Halliday, Simon. «Judicial Review and compliance with administrative law». *Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004*, pp. 188 y ss. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, T I, cit., p. 459 y ss. Rana, Shurti. «Streamlining the Rule of Law: How the Department of Justice is Undermining Judicial Review of Agency Action». *82 University of Illinois Law Review* 2009. Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, 3.ª ed., Little Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991, p. 652.

³⁸ Alonso Ureba, A. «Diferenciación de funciones (de supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) en la perspectiva de los artículos 133.3 (responsabilidad de los administradores) y 141.1 (autoorganización del consejo) del TRLSA». Ed. Thomson-Aranzadi. *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 25, 2005, pp. 19-69. Contiene una amplia panorámica del debate en Europa sobre la cuestión.

Sánchez-Calero Guilarte, J. «Gran Bretaña: sentencia sobre la diligencia exigible a los consejeros independientes». *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 100, 2005, pp. 252-256. El autor da cuenta de la sentencia recaída en un caso que enfrentaba a la Administración Pública con dos administradores, tomado las referencias de la autora Howell, C.

les funciones, cada uno ha de responder de acuerdo con la doctrina evangélica de los talentos recibidos. Por referirnos a los cometidos más evidentes, gestión y supervisión, es claro que los administradores ejecutivos deberán responder por el incumplimiento de las obligaciones inherentes a las tareas gestoras y aquellos a los que se encomendó la vigilancia, por la quiebra de los mismos deberes (diligencia, fidelidad, lealtad, secreto) conectados a esta actividad de «monitorización»³⁹.

«Secretary of State v. Swan and North», J.B.L. septiembre 2005, pp. 640-647. En un marco legal de creciente exigencia de responsabilidades a los consejeros independientes en relación con sus deberes de supervisión se produjeron los siguientes hechos: el Sr. Swan era CEO de una sociedad cotizada, que formaba parte de un grupo empresarial. Firmó una serie de cheque, entre dos sociedades pertenecientes a dicho grupo por importantes cantidades. En el plazo que medió entre el libramiento y su compensación bancaria el valor de los cheques aparecía contabilizado doblemente, como activo de las dos sociedades. En esas fechas se produjo la venta de otra filial del mismo grupo. Esta operación de venta requería que se aportara una declaración a los accionistas acerca del endeudamiento de las compañías. La operativa de los cheques afectaba a la validez de esta información. El Sr. North era un consejero independiente, presidente además del Comité de Auditoría y Retribuciones. Tenía amplia trayectoria como consejero y especial preparación en asuntos de contabilidad. Cuando un ejecutivo de la compañía le advirtió de la posible irregularidad, se contentó con mantener una breve reunión con el presidente Sr. Swan y con el responsable financiero, sin realizar averiguaciones complementarias que le hubieran permitido descubrir la manipulación de los cheques. El juez fue especialmente severo con su actitud. Era un momento en que cabía esperar del Sr. North, de un consejero independiente, que actuara con criterio propio, decisión y valentía, que le llevara a enfrentarse, si resulta necesario, con sus propios compañeros, en lugar de «mirar para otro lado». Howell apostilla: «*Mr. North was not dishonest and he had done nothing wrong, but that was the problem, he had done nothing*».

³⁹ El fundamento legal de tal conclusión es entre nosotros bastante evidente. Baste recordar que el art. 1.104 del Código Civil –en sede de responsabilidad derivada de culpa en el cumplimiento de las obligaciones– dispone en su primer párrafo: «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». La referencia a la «naturaleza de la obligación permite sostener que la función específica de cada administrador modela la medida de la diligencia que le es exigible. Aún hay una referencia legal más próxima materialmente, pues se encuentra en el ámbito del Derecho de Sociedades. Cuando la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, añade a la LSA los artículos 312 y ss., contempla la posibilidad de que tal tipo de sociedades opten en los estatutos por un sistema de administración monista o dual (art. 327). En el sistema dual existirá una dirección y un Consejo de control (art. 329), encargada la dirección de la gestión y representación de la sociedad (art. 330.1). Al Consejo de control le corresponde la misión que su propio nombre sugiere y podrá acordar tal Consejo que determinadas operaciones de la dirección se sometan a su autorización previa (art. 334). Pues bien, al regular el art. 335 LSA la responsabilidad de los miembros de los órganos de administración, contiene una previsión de «exigir a cada cual según lo que debe» en términos inequívocos: «Las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de sociedades anónimas se aplicarán a los miembros de los órganos de administración, de dirección y del Consejo de control en el ámbito de sus respectivas funciones». No podía ser de otro modo.

Como sinfonía de fondo del régimen legal de los deberes de los administradores debe subrayarse que su acción ha de ir siempre encaminada a la realización del interés social. Este concepto, ciertamente necesitado de precisión o definición depurada en el caso concreto, da rumbo, orientación o «sentido» a los deberes inherentes o generales. No es lugar para regodearnos en examinar morosamente el concepto de interés social. Baste decir, a nuestros efectos, que la Ley de Transparencia de 2003, al incorporar el nuevo art. 127 bis a la LSA, declaró que el interés social es el «interés de la sociedad», lo que parece aludir a la idea del interés común de los accionistas. El *Informe Olivencia* había expresado con anterioridad que el interés social coincide con la maximización del valor de la empresa a largo plazo.

La fórmula legal no deja de ser enigmática. Hay que admitir que muchas veces «el recurso a fórmulas ambiguas se convierte en una necesidad política, ya que constituyen la única estrategia que permite presentar el disenso como consenso»⁴⁰.

Es sabido que hay dos concepciones fundamentales sobre el interés social: (a) la tesis contractualista, para la que el interés social consiste en el interés de los accionistas; y (b) la tesis institucional, para la que el interés social es el de la empresa, en el que se conciliarían y se sintetizarían los intereses no siempre convergentes de los distintos grupos que en ella participan: accionistas, trabajadores, proveedores, clientes, comunidad local, etc. Esta segunda concepción institucionalista conecta la noción de interés social con la de «responsabilidad social corporativa»⁴¹, aludida con anterioridad en el presente trabajo.

VII. El papel de los jueces. Un caso ejemplar. la sentencia Citigroup de la Corte de Delaware

Se trata de una de las más tempranas decisiones que sobre una compañía afectada por la crisis ha adoptado la Corte de Delaware. En ella se apli-

⁴⁰ Paz-Ares. *Op. cit.*, p.122.

⁴¹ Añade Paz-Ares, *op. cit.*, pp. 123 y 124, que, en cualquier caso, la formulación del interés en términos de maximización del valor de la empresa parece una directriz neta y clara que proporciona al órgano de administración de la sociedad y a las instancias ejecutivas sujetas a su supervisión un buen criterio para adoptar decisiones y evaluar el cumplimiento de objetivos.

Por otro lado, este criterio que pone la atención en el interés de los accionistas está lejos de despreciar los intereses de los demás colectivos (clientes, trabajadores, etc.), pues hay que tener en cuenta en este sentido que los accionistas perciben la renta residual de la empresa (lo que queda después de pagado lo debido a los demás) y soportan por ello su riesgo residual y, por tanto, el arreglo de sus intereses pasa necesariamente por la previa satisfacción de lo contractualmente prometido a los demás. Los accionistas son, desde este punto de vista, los titulares de las inversiones más vulnerables.

ca el criterio tradicional de la BJR. Se desestima la responsabilidad de los administradores por «riesgo del negocio» y defecto de «monitorización» o vigilancia, pero se da curso a la reclamación que persigue reducir las compensaciones, primas y demás emolumentos reconocidos al CEO saliente.

Los accionistas habían promovido una *derivative litigation* o *stockholder's derivative suit*⁴² (esto es, en beneficio de la sociedad) contra una larga serie de administradores y altos ejecutivos de la compañía, basándose en los siguientes fundamentos: primero, el incumplimiento de sus deberes fiduciarios por defectos de monitorización o vigilancia y de gestión de los riesgos asociados al mercado de las hipotecas *subprime*, y por haber emprendido una serie de actividades injustificadas que depararon grandes pérdidas a la compañía. Los demandantes alegaron la doctrina *Caremark* por haberse incumplido el deber de vigilancia y gestión de los riesgos asociados al mercado de las hipotecas *subprime* y por haber ignorado las *red flags* o señales de alerta que manifiestamente advertían al Consejo de los riesgos existentes. Tales banderas rojas incluyen artículos de opinión en prensa, bancarrotas de filiales y otra información pública disponible desde el 2005 que reflejaba el empeoramiento de las condiciones de los mercados financieros, incluyendo el de hipotecas *subprime*, y las enormes pérdidas experimentadas por compañías comparables a City, como Bear Stearns y Merrill Lynch. Los demandantes apuntaron el hecho de que la mayoría de los administradores de Citigroup eran expertos financieros, que ya deberían haber escarmentado por su proximidad e intervención en el no tan lejano asunto Enron, y tendrían que haber estado especialmente sensibles a las señales del mercado y a los peligros que presentaba la inversión, que a la postre resultó en gran medida fallida, en «vehículos estructurados de inversión» (SIV)⁴³.

⁴² Se corresponde con la acción de responsabilidad social del artículo 134 de nuestra LSA que, como es sabido, persigue resarcir el daño experimentado por la propia sociedad y la legitimación activa se articula según un sistema «en cascada» o sucesivo: primero está legitimada la propia sociedad; en su defecto o por falta de voluntad de la propia sociedad, se hallan legitimados accionistas que representen al menos un 5% del capital; en última instancia, subsidiariamente, los acreedores de la sociedad, siempre que el patrimonio de esta resultare insuficiente para la satisfacción de sus créditos. Nada que ver, por tanto, con la acción individual contemplada en el art. 135 LSA, cuyo fundamento se encuentra en la lesión de los propios intereses de los socios o de los terceros, y no de la sociedad.

⁴³ In Re Citigroup Inc. Shareholder. Civil Action No. 3338-Cc Derivative Litigation. Conviene reproducir con la extensión que se merece la doctrina del tribunal porque constituye un compendio actualizado de su doctrina. Al objeto de facilitar el seguimiento, en razón de su longitud, seleccionamos los aspectos más relevantes de la selección que hacemos del texto, rubricando los contenidos más significativos:

Alegaciones de los demandantes «*Plaintiffs' Claims. Plaintiffs allege that defendants are liable to the Company for breach of fiduciary duty for (1) failing to adequately oversee and manage Citigroup's exposure to (he problems in the subprime mortgage market, even in the face of alleged "red flags" and (2) failing to ensure that the Company's financial reporting and other disclosures were thorough and accurate. As will be more fully explained below,*

La Corte de Delaware rechazó la pretensión de que la demanda fuera enjuiciada a la luz de la teoría *Caremark* (que se aplica característicamente

the “red flags” alleged in the eighty-six page Complaint are generally statements from public documents that reflect worsening conditions in the financial markets, including the subprime and credit markets, and the effects those worsening conditions had on market participants, including Citigroup’s peers. By way of example only, plaintiffs’ “red flags” include the following:

May 27, 2005: Economisi Paul Krugman of the New York Times said he saw “signs that America’s housing market, like the stock market at the end of the last decade, is approaching the final, feverish stages of a speculative bubble”.

May 2006: Ameriquest Mortgage, one of the United States’ leading wholesale subprime lenders, announced the closing of each of its 229 retail offices and reduction of 3,800 employees.

February 12, 2007: ResMae Mortgage, a subprime lender, filed for bank rruptcy. According lo Bloomberg, in its Chapter 11 filing, ResMae stated that “[t]he subprime mortgage market has recently been crippled and a number of companies stopped originating loans and United States housing sales have slowed and defaults by borrowers nave risen”.

April 18, 2007: Freddie Mac announced plans to refinance up to \$20 billion of loans held by subprime borrowers who would be unable to afford their adjustable-rate mortgages at the reset rate.

July 10, 2007: Standard and Poor’s and Moody’s downgraded bonds backed by subprime mortgages.

August 1, 2007: Two hedge funds managed by Bear Stearns that invested heavily in subprime mortgages declared bankruptcy.

August 9, 2007: American Internacional Group, one of the largest United States mortgage lenders, warned that mortgage defaults were spreading beyond the subprime sector, with delinquencies becoming more common among borrowers in the category just above subprime.

October 18, 2007: Standard & Poor’s cut the credit ratings on \$23.35 billion of securities backed by pools of home loans that were offered to borrowers during the first half of the year. The downgrades even hit securities rated AAA, which was the highest of the ten investment grade ratings and the rating of government debt.»

Correcta aplicación por el tribunal de primera instancia de la regla del buen juicio empresarial (BJR): «...g analyzing these claims, the Court began, appropriately, by reviewing the duty of tare and the protections of the business judgment role. With regard to director liability standards, the Court distinguished between (1) “a board decision that results in a loss because that decision was ill advised or ‘negligent’” and (2) “an unconsidered failure of the board to act in circumstances in which due attention would, arguably, have prevented the loss. 40 In the formerclass of cases, director action is analyzed under the business judgment rule, which prevents judicial second guessing of the decision if the directors employed a rational process and considered all material information reasonably available –a standard measured by concepts of gross negligence. 41 As former-Chancellor Allen explained: What should be understood, but may not widely be understood by courts or commentators who are not often required to face such questions, is that compliance with a director’s duty of tare can never appropriately be judicially determined by reference to the content of the board decision that leads to a corporate loss, apart from consideration of the good faith or rationality of the process employed. That is, whether a judge or jury considering the matter after the fact, believes a decision substantively wrong, or degrees of wrong extending through “stupid” to “egregious” or “irrational”, provides no ground for director liability,

a los fallos de detección y prevención de conductas criminales o fraudulentas de los empleados) y concluyó que el error de los administradores en el

so long as the court determines that the process employed was either rational or employed in a good faith effort to advance corporate interests. To employ a different rule-one that permitted an "objective" evaluation of the decision-would expose directors substantive second guessing by ill-equipped judges or juries, which would, in the long-run, be injurious to investor interests. Thus, the business judgment rule is process oriented and informed by a deep respect for all good faith board decisions. In the latter class of cases, where directors are alleged to be liable for a failure to monitor liability creating activities, the Caremark Court, in a reassessment of the holding in Graham, stated that while directors could be liable for a failure to monitor, «only a sustained or systematic failure of the board to exercise oversight-such as an utter failure to attempt to assure a reasonable information and reporting system exists will establish the lack of good faith that is a necessary condition to liability.»

Condiciones de aplicación de la doctrina Caremark. *«As the Stone Court explained: "Caremark articulates the necessary conditions predicate for director oversight liability: (a) the directors utterly failed to implement any reporting or information system of controls; or (b) having implemented such a system or controls, consciously failed to monitor or oversee its operations thus disabling themselves from being informed of risks or problems requiring their attention. In either case, imposition of liability requires a showing that the directors knew that they were not discharging their fiduciary obligations. Where directors fail to act in the face of a known duty (or act, thereby demonstrating a conscious disregard for their responsibilities, they breach their duty of loyalty by failing to discharge that fiduciary obligation in good faith). Thus, to establish oversight liability a plaintiff must show that the directors knew they were not discharging their fiduciary obligations or that the directors demonstrated a conscious disregard for their responsibilities such as by failing to act in the face of a known duty to act. The test is rooted in concepts of bad faith; indeed, a showing of bad faith is a necessary condition to director oversight liability. Plaintiffs' Caremark Allegations Plaintiffs' theory of how the director defendants will face personal liability is a bit of a twist on the traditional Caremark claim. In a typical Caremark case, Plaintiffs argue that the defendants are liable for damages that arise from a failure to properly monitor or oversee employee misconduct or violations of law. For example, in Caremark the board allegedly failed to monitor employee actions in violation of the federal AntiReferral Payments Law; in Stone, the directors were charged with a failure of oversight that resulted in liability for the company because of employee violations of the federal Bank Secrecy Act"».*

La regla del buen juicio empresarial. Su significado y condiciones para su aplicación. Relación entre el principio del buen juicio empresarial BJR y la tesis Caremark. La BJR no puede ser desplazada por la tesis Caremark. Compatibilidad entre ambas doctrinas: *«The business judgment rule "is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis; in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company." The burden is on plaintiffs, the party challenging the directors' decision, to rebut this presumption. Thus, absent an allegation of interestedness or disloyalty to the corporation, the business judgment rule prevents a judge or jury from second guessing director decisions if they were the product of a rational process and the directors availed themselves of all material and reasonably available information. The standard of director liability under the business judgment rule "is predicated upon concepts of gross negligence." Additionally, Citigroup has adopted a provision in its certificate of incorporation pursuant to 8 Del. C. § 102(b)(7) that exculpates directors from personal liability for violations of fiduciary duty, except for, among other things, breaches of*

reconocimiento de la extensión y gravedad de los riesgos del negocio implicados en la actividad de la compañía en el mercado *subprime* caía de plano

the duly of loyalty or actions or omissions not in good faith or that involve intentional misconduct or a knowing violation of law. Because the director defendants are “exculpated” from liability for certain conduct, “then a serious threat of liability may only be found to exist if the plaintiff pleads a non-exculpated claim against the directors based on particularized facts. “54 Here, plaintiffs have not alleged that the directors were interested in the transaction and instead root their theory of director personal liability in bad faith. The Delaware Supreme Court has stated that bad faith conduct may be found where a director “intentionally acts with a purpose other than that of advancing the best interests of the corporation, ... acts with the intent to violate applicable positive law, or ... intentionally fails to act in the face of a known duty to act, demonstrating a conscious disregard for his duties.” More recently, the Delaware Supreme Court held that when a plaintiff seeks to show that demand is excused because directors face a substantial likelihood of liability where “directors are exculpated from liability except for claims based on fraudulent, ‘illegal’ or ‘bad faith’ conduct, a plaintiff must also plead particularized facts that demonstrate that the directors acted with scienter, i.e., that they had ‘actual or constructive knowledge’ that their conduct was legally improper.” The Delaware Supreme Court made clear in Stone that directors of Delaware corporations have certain responsibilities to implement and monitor a system of oversight; however, this obligation does not eviscerate the core protections of the business judgement rule protections designed to allow corporate managers and directors to pursue risky transactions without the specter of being held personally liable if those decisions turn out poorly. Accordingly, the burden required for a plaintiff to rebut the presumption of the business judgment rule by showing gross negligence is a difficult one, and the burden to show bad faith is even higher. Additionally, as former-Chancellor Allen noted in Caremark, director liability based on the duty of oversight “is possibly the most difficult theory in corporation law upon which a plaintiff might hope to win a judgment.” The presumption of the business judgment rule, the protection of an exculpatory § 102(h)(7) provision, and the difficulty of proving a Caremark claim together function to place an extremely high burden on a plaintiff to state a claim for personal director liability for a failure to see the extent of a company’s business risk».

El riesgo es un elemento connatural a la decisión empresarial, y esta constatación elemental ha de tenerse presente al juzgar de la responsabilidad de los administradores. «*To the extent the Court allows shareholder plaintiffs to succeed on a theory that a director is liable for a failure to monitor business risk, the Court risks undermining the well settled policy of Delaware law by inviting Courts to perform a hindsight evaluation of the reasonableness or prudence of directors’ business decisions. Risk has been defined as the chance that a return on an investment will be different than expected. The essence of the business judgement of managers and directors is deciding how the company will evaluate the trade-off between risk and return. Businesses –and particularly financial institutions– make returns by taking on risk; a company or investor that is willing to take on more risk can earn a higher return. Thus, in almost any business transaction, the parties go into the deal with the knowledge that, even if they have evaluated the situation correctly, the return could be different than they expected. It is almost impossible for a court, in hindsight, to determine whether the directors of a company properly evaluated risk and thus made the “right” business decision. In any investment there is a chance that returns will turn out lower than expected, and generally a smaller chance that they will be far lower than expected. When investments turn out poorly, it is possible that the decision-maker evaluated the deal correctly but got “unlucky”*

dentro de la BJR. Añadía que alegar en estas condiciones la tesis *Caremark* suponía para los demandantes elegir una alternativa sin esperanza de vencer.

El mero hecho –dijo el Tribunal– de que una compañía asuma riesgos de negocio y sufra pérdidas –incluso pérdidas catastróficas– no evidencia una mala conducta y, por sí solo no autoriza a declarar la responsabilidad personal del Administrador... Los deberes de vigilancia en la ley de Delaware no han sido diseñados para someter a los administradores, incluso a administradores expertos, a responsabilidad personal por el hecho de fallar en la predicción del futuro y evaluar acertadamente los riesgos del negocio.

Los accionistas también alegaron que los miembros del Consejo habían provocado pérdidas a la compañía: (1) de 2,7 billones de dólares en préstamos *subprime*; (2) autorizando y no suspendiendo el programa de recompra de la compañía, al readquirir sus propias acciones de acuerdo con este a precios artificialmente inflados, con un quebranto resultante de 645 millones de dólares; (3) invirtiendo 7,9 billones de dólares en SIV, que al final resultaron incobrados y fallidos; y (4) aprobando un pago multimillonario como compensación por la salida o marcha del CEO, el presidente ejecutivo, Charles Prince.

El Tribunal rápidamente rechazó las demandas basadas en las pérdidas de la compañía. En cambio, declaró que la pretensión relativa a las compensaciones al CEO, que incluían 68 millones de dólares en salarios, bonos, acciones, pluses, un asistente administrativo, coche y chófer para cinco años, podían, si eran probados estos hechos, crear una duda razonable de que el convenio de cese fuese tan unilateral o descompensado, que excediera de lo que pudiera entenderse por un trato de negocio razonable y resultaba posible en tal caso que la sociedad o compañía no hubiera recibido de los jueces de instancia, al no atender esta reclamación, la consideración debida.

in that a huge loss the probability of which was very small actually happened. It is also possible that the decision-maker improperly evaluated the risk posed by an investment and that the company suffered large losses as a result. Business decision-makers must operate in the real world, with imperfect information, limited resources, and an uncertain future. To impose liability on directors for making a “wrong” business decision would cripple their ability to earn returns for investors by taking business risks. Indeed, this kind of judicial second guessing is what the business judgment rule was designed to prevent, and even if a complaint is framed under a Caremark theory, this Court will not abandon such bedrock principles of Delaware fiduciary duty law. With these considerations and the difficult standard required to show director oversight liability in mind, I turn to an evaluation of the allegations in the Complaint».

En fin, de la sentencia del tribunal se sigue que la BJR desempeña todavía un importante papel en la doctrina de este tribunal, y que el argumento *Caremark* presenta no pocos problemas y es de aplicación en contados casos, fundamentalmente en aquel en que se ha producido una sistemática y sustancial quiebra del Consejo en el ejercicio de su función de supervisión por no atender a información razonable y disponible o haber hecho caso omiso a los sistemas y protocolos existentes para tener acceso a dicha información.

La conclusión es que la doctrina *Caremark* tiene su ámbito de aplicación propio en el caso de comportamientos delictivos de los empleados, cuando han fallado negligente o dolosamente los sistemas de información de los administradores. Eso ocurre cuando «miran para otro lado», no atienden a las señales de alerta o *red flags*, o hacen caso omiso de los denunciantes de la empresa que obran movidos por el interés de la compañía (*whistleblowers*)⁴⁴.

VIII. La regla del juicio de los negocios (o del buen juicio empresarial): 'Business Judgement Rule'

La regla del buen juicio empresarial es creación de los tribunales norteamericanos. Ha de reconocerse que la contribución que ha resultado fundamental para modelar sus rasgos y condiciones de aplicación se debe a la Corte de Delaware. Sin embargo, antes de emprender su estudio, necesariamente somero, hay que insistir una vez más en su carácter proteico o variable. Esta regla no es una «norma» acabada, sino que se está haciendo cons-

⁴⁴ La bibliografía de esta rúbrica es extensa. Una selección esencialísima arroja el resultado siguiente: Bainbridge, Stephen M. «The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine». 57 *Van. L. Rev.* 83 (2004). Branson, Douglas M. «The Rule that isn't a Rule— the Business Judgement Rule». *Valparaíso University Law Review*. Vol. 36, Año 2002, p. 631. Gentile, Mark J. y Christensen, Joseph L. «*In re Citigroup*: The Birth Announcement and Obituary of the Duty of Business Performance Oversight». *Bloomberg Finance L.P.* Vol 3, n.º 19, edición de «The Bloomberg Law Reports-Corporate Law». Holger Fleischer, Ll. M. «La *Business Judgement Rule* a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho». *Revista de derecho mercantil*. ISSN 0210-0797, N.º 246, 2002, pp. 1727-1754. Lagualdo Giraldo, C. A. y Díaz Cañón, M. P. «Modern conception of business judgment rule. A case study on Delaware jurisprudence». *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, Junio, Número 005. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. pp. 13-39. RADIN, Stephen A. «The Business Judgement Rules: Fiduciary Duties of Corporate Directors», agosto 2009. Ribstein, Larry E. y Alces, Kelli A. «The Business Judgement Rule in Good and Bad Times». Draft of October 17, 2005. Weiss, Paul. «Delaware Chancery Court in Disney affirms Business Judgment Rule deference; failure to abide by best practices not tantamount to fiduciary duty breach». *In Re The Walt Disney Company Derivative Litigation*, Del. Ch., C.A. N.º 15452, August 9, 2005.

tantemente. Es agua viva o corriente que se resiste a ser embotellada y a adquirir una formulación definitiva. Por eso, a lo largo del tiempo, ha ido adoptando diversas versiones⁴⁵.

La BJR consiste en una presunción según la cual se considera que los administradores de la compañía, cuando adoptan una decisión empresarial, lo hacen sobre una base informada, de buena fe y con la creencia honesta de que la acción tomada redundará en interés de la sociedad. Mientras no se destruya esta presunción, que opera a modo de escudo jurídico protector de los administradores, los jueces ante los que se presenta una demanda de responsabilidad contra ellos no pueden entrar en el análisis del fondo de la actuación de los administradores, y han de respetar un ámbito de discrecionalidad. Más modernamente se ha determinado que la aplicación de la presunción requiere de una condición añadida: la racionalidad de la decisión. Pero solo cabe considerar irracional aquella decisión que sea tan manifiestamente imprudente que no pueda explicarse, en el sentido de que no se encuentre bien motivada y que ninguna persona mínimamente informada la hubiera tomado. Consecuentemente con ello la Corte de Delaware reconoce que no corresponde al Tribunal enjuiciar si los administradores adoptaron una decisión perfecta, sino una razonable. En otros términos: la judicatura no puede convertirse en una segunda instancia en el ejercicio de las funciones de administrador, comparando lo realmente decidido por los administradores con la decisión que hubiera resultado óptima en vista de la información generada con posterioridad a la decisión realmente adoptada y a las consecuencias que esta ha producido^{46/47}.

⁴⁵ Seguimos la magnífica exposición de Hernando Cebriá. *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales (La regla del -buen-juicio empresarial)*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2009, pp. 106-158.

⁴⁶ *Unitrin Inc. Vs. American General Corp.* 651 A.2d 1361 (Del. 1995).

⁴⁷ Sobre la actuación del «juez como administración de segunda instancia». Del mismo modo que no podemos exigir al juez, tomando a préstamo la metáfora de Dworkin, que sea sobrehumano, que sea un juez Hércules, tampoco podemos pretender que el administrador sea un Rey Midas, una garantía de ganancia segura, que convierte en oro todo lo que toca. La relación entre el juez y el administrador en el trance crítico de enjuiciamiento por aquel de la responsabilidad de este, da al primero una ventaja (vamos a denominarla «de laboratorio», porque permite analizar al primero los hechos enjuiciados con la *tranquilidad* del que considera un caso pasado) la actuación del segundo. El juicio, para ser simplemente honesto, ha de ser tal que prescindamos matizadamente de todo lo sucedido con posterioridad a la acción enjuiciada, es decir, que despoje al juez de su «ventaja» de enjuiciamiento. La propuesta, en definitiva, sería algo semejante a la imagen que tan frecuentemente nos muestra la pantalla del jurado americano cuando el juez les dirige la admonición de que prescindan de una declaración u otra especie de prueba que ha sido traída indebidamente al proceso (lo que a mí, personalmente, nunca me ha parecido garantía suficiente de que vayan a hacerlo o a poder hacerlo).

El ciclo vital de la BJR hasta ahora ha avanzado en forma de bucle. Partió restringiendo la responsabilidad de los administradores a los casos de negligencia grave y, después de algunas veleidades y matizaciones, retorna al punto de origen: solo una conducta gravemente irrazonable puede romper la coraza de la presunción. Ahora bien, ha de resultar claro por lo que va dicho que la mera alegación de honestidad o rectitud de intención no garantiza la inmunidad del administrador. La ignorancia o la inexperiencia, el «yo creía», no constituyen coartada. Es necesario, además, que se acredite competencia, dedicación y no desviación hacia asuntos o intereses particulares. Puede afirmarse, por lo tanto, que en la balanza de la responsabilidad y la discrecionalidad (*authority v. accountancy*) el argumento desequilibrante es la culpa grave. No fue así en una época intermedia, en que la negligencia simple resultaba bastante para privar a los administradores de la BJR. Junto al grado de la negligencia (leve, grave) que mide el nivel de aplicación de la BJR, otra consideración ha influido en la elección de las condiciones de aplicación del BJR y es si la diligencia exigible al administrador ha de ceñirse a la que hace referencia al cumplimiento de las reglas procedimentales y protocolos en la adopción de las decisiones, o ha de alcanzar también a la decisión de fondo por ellos adoptada. Esta es una cuestión que ha planteado cierto debate en la doctrina americana, pero la posición jurisdiccional al día de hoy resulta inequívoca: también se exige la diligencia respecto de los aspectos materiales de la decisión.

En conexión con lo anterior cabe plantearse si el nivel de diligencia requerido legal o judicialmente a los administradores puede ser elevado estatutariamente. Ciertamente, no debe quedar duda de la imposibilidad contraria. La regla no es derecho dispositivo que permita rebajar la exigencia; pero, asimétricamente, puede ser de derecho voluntario en cuanto se venga a reforzar o elevar el grado de la diligencia requerida⁴⁸.

Repárese, por otra parte, en que la evolución histórica de la BJR, posibilitada por construirse el principio con material de evidente ductilidad (los conceptos jurídicos indeterminados) atribuye al juez una función de «regulador del caudal». Él es dueño de la llave de paso, lo que permite atemperar la exigencia de responsabilidad tanto a las circunstancias del caso concreto como a consideraciones macroeconómicas, sociales o culturales.

Un aspecto al que se ha prestado gran atención en la literatura especializada norteamericana es el relativo al fundamento del privilegio BJR. Los

⁴⁸ Salvando las evidentes diferencias, el caso recordaría al diseño de la relación entre las competencias normativas, articuladas telescópicamente (bases-normas de desarrollo), atribuidas entre nosotros al Estado y a las comunidades autónomas en materia de protección del medio ambiente; las autonomías pueden establecer reglas adicionales de protección (art. 149.1.23.^a), pero, cabe añadir, no relajar las estatales, que constituyen el nivel mínimo e irreducible.

autores lo han encontrado en la función económica que cumple; función que tiene varias manifestaciones:

a) En primer lugar, es inherente a los administradores la asunción de riesgos. En esto consiste en gran medida su trabajo. Es más, al menos en las grandes compañías cotizadas es frecuente que exista una demanda de los inversores en el sentido de que no se eludan sistemáticamente tales riesgos (y, ciertamente, las posibilidades de ganancias que ellos entrañan). El fundamento del contrato societario, la base o causa, es la obtención del lucro (de lucro partible según resulta del art. 1665 de nuestro Código Civil) y ello obliga a afrontar riesgos. Por ello no es el mejor administrador el que se ciñe a realizar un proyecto estrictamente conservativo de un patrimonio, dejándose guiar por una aversión radical al riesgo (de nuevo la parábola evangélica de los talentos resulta en este punto pedagógica). Un tribunal que, al enjuiciar eventuales responsabilidades de los administradores, constriñera su examen a comprobar si el administrador actuó con «prudencia» no contribuye a fomentar un modelo de buen administrador⁴⁹. Ciertamente, este primer argu-

⁴⁹ A estos efectos, cabe traer a colación, por su valor paradigmático de lo que estamos diciendo, la Sentencia de 11 de mayo de 1991 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), R.J. 3627/1991 hace una interesante declaración en relación con la prudencia de los gestores (si bien en este caso se trataba de la responsabilidad del Gerente, no de los administradores). Previamente confirma el criterio de la sentencia de apelación acerca de la innecesariedad de demandar junto al gerente a los administradores: «...la sentencia recurrida no considera que debían haber sido parte en el proceso entablado los miembros del Consejo de Administración de la entidad de que era Gerente el demandado D. José María G. M., como tampoco el objeto social, su tráfico mercantil, actividad de dicho demandado, facultades y cuantías de las operaciones atribuidas a aquel, de una parte debido a que siendo la responsabilidad atribuible al mencionado gerente de la entidad Papelera San José S. A. inherente al ejercicio de su actividad en el desempeño de tal cargo, es a él exclusivamente a quien procedía demandar y no a los miembros del Consejo de Administración que no tienen como cometido el desarrollar las funciones de gerencia...». Después de la precedente depuración sobre la persona responsable aborda la «cuestión de la prudencia» en los siguientes términos: «...como certamente se indica en la sentencia recurrida, el tráfico normal de la empresa Papelera San José S. A., su objeto social y facultades del Gerente demandado, ahora recurrente, D. José María G. M., no posibilitaban la realización de operaciones tan aventuradas como las de comprar a la entidad Gexpa S. A., cuando estaba próxima a suspensión de pagos, partidas de papel por alto valor económico, que tal entidad suministrada no abonó, y entregar asimismo a la referida Gexpa S. A., igualmente con proximidad a su suspensión de pagos, una elevada cantidad de dinero a cuenta de diversos suministros de pasta que debía efectuar, lo cual no se hizo, aceptando el mencionado Gerente cambiarlos por valor de la suma entregada, no reintegrada por consecuencia de dicha suspensión de pagos, puesto que esa actividad es reveladora, lógicamente, de una actividad negligente grave que ciertamente no puede entenderse justificada por el tráfico y objeto social de la precitada entidad Papelera San José S. A. y facultades del expresado Gerente, que normalmente impedirían, precisamente por dicho tráfico y objeto social y facultades, el no llevar a cabo operaciones de tal naturaleza, y sin adecuadas garantías, a entidad que estaba próxima a suspensión de pagos, generando un comportamiento negligente grave, como pone de manifiesto perito

mento en pro de la BJR es aplicable a las grandes sociedades cotizadas (en las que los accionistas inversores pueden resultar neutrales ante el riesgo porque han diversificado estratégicamente sus carteras), pero no puede ser trasladado a compañías de menor tamaño.

b) La existencia de un mercado de directivos y administradores, que valora positivamente el prestigio y realizaciones de los sujetos que forman parte de él, ya constituye suficiente motivación para que los administradores se esmeren en el logro de resultados positivos; es decir, en una gestión óptima de los riesgos. A esto se ha aludido anteriormente en el presente trabajo al plantear la propuesta de Paz-Ares sobre la estratificación de la regulación de los deberes de los administradores.

c) Otra función de la regla consiste en favorecer la incorporación a los órganos de administración de aquellas personas más aptas o que reúnen mejores condiciones, a las que una política rigurosa de responsabilidad acabaría apartando o disuadiendo. Porque la alternativa, económicamente costosa, para garantizar esa selección de los mejores, en el caso de mantenerse una regla de responsabilidad severa, consistiría en desplazar la responsabilidad a las compañías aseguradoras o en abonar a los propios administradores una prima complementaria por riesgos de responsabilidad asumidos, lo cual sigue siendo económicamente ineficiente.

d) El respeto al ámbito competencial. «Abaratar» en términos jurídicos la posibilidad de exigir responsabilidades a los administradores puede conducir a que los accionistas chantajistas, manteniendo una sistemática presión sobre los administradores con amenaza de indiscriminadas demandas, puedan doblegar la voluntad de los gestores y desviarla del fin social, con daño para los demás socios que no participan en la maniobra. Ha de asegurarse a los administradores la posibilidad de desempeñar su tarea sin este tipo de condicionamientos; es decir, ha de respetarse su ámbito competencial.

Hay, además de las ya consignadas, otras razones, de corte no estrictamente económico. Los jueces no pueden ejercer, por falta de preparación, una revisión completa de la actuación de los administradores. Ellos son técnicos en Derecho, no «administradores en segunda instancia». En este sentido cabe recordar el peligro que entraña la revisión a posteriori de la decisión judicial (*hindsight bias*), pues el control judicial no puede reproducir las condiciones reales en que se adoptó la decisión del administrador cuestionada y enjuiciada: imponderables, intuiciones, información disponible desconocidamente sesgada, etc.

informante en autos cuando indica que, con dichas apreciaciones, a tenor del diferencial obtenido y el factor riesgo asumido, desde un principio de prudencia, que debe dominar toda gestión empresarial, la operación de aprovisionamiento no respondía satisfactoriamente a las condiciones de compra óptimas, y sin que ello venga justificado por las amplias facultades que fueron conferidas al mencionado gestor, pues esa amplitud no son base para actuar ejerciéndolas de forma negligentemente grave».

De la doctrina jurisprudencial resulta que el administrador que pretende el abrigo de la BJR ha de acreditar que concurren las condiciones de su aplicación que inmediatamente recordaremos. Si consigue probar tales requisitos, el juez no puede continuar en el análisis de la responsabilidad, porque ha topado con un blindaje impenetrable. Su interior constituye el ámbito de la discrecionalidad administrativa (de los administradores, quiere decirse). Tales condiciones son las siguientes:

I) Que el administrador no haya adoptado una decisión contraria a la ley ni a los estatutos.

II) Que haya actuado con lealtad e independencia de sus intereses particulares. Es decir, que no busque un beneficio personal que desplace al de la sociedad⁵⁰ (*entire fairness standard of review*). Pero la deslealtad también se aprecia cuando la actuación en interés de terceros prevalece sobre el interés social.

III) Buena fe o fidelidad al interés social. La decisión ha de cumplir dos premisas básicas para que el administrador quede protegido por la BJR: (1) materialmente, la decisión o actuación ha de integrarse en el objeto social o actividad propia de la compañía; (2) la orientación final de la actuación ha de ser la de maximizar, inmediata o mediatamente, el valor total de la sociedad.

Esta condición obliga al administrador que impetra la regla del buen juicio empresarial a dar alguna explicación acerca de lo razonable de su actuación y que esta sea conveniente para el interés social. Por ello, decisiones que obedecen a motivaciones espurias, tales como venganzas, odios personales, envidias, donaciones ilegales a partidos políticos, etc.⁵¹, no superarían el escrutinio del BJR.

El cumplimiento de buena fe del interés social hay que entenderlo objetiva, no subjetivamente. No consiste en la creencia de que se perseguía el bien de la sociedad, o la ignorancia de que el administrador se estaba apartando de él. En el juicio, demandante y administradores demandados deberán acreditar lo que a su respectiva posición interese, pero teniendo en cuenta el principio de facilidad de prueba. Y a este respecto hay que reconocer la ventaja, la mayor disposición de medios probatorios con que cuentan los administradores, que por eso son *insiders*. El prestigio o el valor reputacional

⁵⁰ Nuestro Código Civil, de 1889, ya reaccionaba frente a un caso de deslealtad del socio, entendida como priorización de sus intereses frente a los de la sociedad. Después de señalar su art. 1.705 que la disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios será posible cuando no se ha señalado plazo para su duración, o no resulte este de la naturaleza del negocio, exige, para que la renuncia surta efecto, que se haga de buena fe, en tiempo oportuno y poniéndola en conocimiento de los demás socios. Pero el art. 1.706, primer párrafo, primer inciso, dispone que «*es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común*»

⁵¹ Branson, *op. cit.*, p. 642.

constituye una posible justificación de que la actuación de los administradores se dirija a servir los intereses sociales»⁵².

Es contraria a la exigencia de la buena fe y constituye una desviación del interés social el derroche de bienes sociales, la enajenación de activos por debajo del precio de mercado e incurrir en gastos que no se orienten a la inversión u obedezcan a las necesidades de la actividad empresarial. Esta concreta forma de incumplimiento del deber de buena fe ha sido debidamente formulada como doctrina del *corporate waste*.

IV) Los administradores han de actuar sobre una base informada, lo que significa que han de verificar todos los datos e informes que tengan a su alcance y, además, los que razonablemente hubieran de recabar. En la práctica esta condición de actuar debidamente informados ha llevado a los administradores a solicitar asesoramiento de expertos externos, no solo con el propósito de «mejorar» sus decisiones, sino también de acorazarse frente a posibles reclamaciones de responsabilidad.

Cumplidos todos los anteriores requisitos de aplicación, el principio BJR hace las veces de un puerto seguro (*safe harbour*), que impide progresar la acción de responsabilidad contra los administradores.

IX. El caso y la decisión ‘Caremark’⁵³

La cuestión litigiosa puede exponerse como sigue. Caremark era entonces –y sigue siéndolo hoy– una gran compañía de Delaware, con más de 7000 empleados y noventa sucursales, que cotiza en la Bolsa de Nueva York y presta servicios varios en el área de la salud, tanto de índole médica como farmacéutica, algunos de ellos de coste elevado: terapia de la hormona de crecimiento, de VIH/SIDA, hemofilia, etc. La *Anti-Referral Payments Law* (ARPL) prohibió, bajo amenaza de severísimas sanciones, atraer a pacientes cubiertos por los sistemas públicos de la salud (limitados, como es sabido por las noticias que los medios han divulgado hace pocas semanas sobre la

⁵² Hernando Cebriá, L. *Op. cit.*, recoge en p. 143, nota 116, una referencia a la Sentencia del caso *Shlensky vs. Wrigley* [237 N.E.2d 776 (III. App. 1968)] que no me resisto a dejar de transcribir. Se trataba de la instalación de luz en un estadio de béisbol para poder jugar de noche y aumentar así el aforo. Los administradores no se hicieron eco de esta propuesta, justificando su decisión en que tendría un impacto negativo en el vecindario y en que no afectaba la iniciativa sustancialmente a la maximización del valor de la sociedad. El Tribunal declaró que siempre que los administradores actúen dentro de los límites de la ley gozan de libertad para decidir acerca de la gestión de la sociedad: «*In a purely business corporation... The authority of the directors in the conduct of the business of the corporation must be regarded as absolute when they act within the law, and the court is without authority to substitute its judgment for that of the directors*».

⁵³ *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*. Court of Chancery of Delaware, 25 septiembre 1996. Civil action n. 13670.

propuesta del presidente Obama de ampliar su ámbito de cobertura), allí confiados a Medicare y Medicaid (respectivamente, para personas mayores de 65 años y para las que carecen de recursos), cuando los procedimientos de captación de estos pacientes del sistema público se basaran en los pagos o cualesquiera otras formas de remuneración a los prescriptores (médicos, hospitales, etc.) que «canalizaran» la clientela. Ante la sospecha de que Caremark estaba involucrada en este tipo de actividades ilícitas, consistentes en hacer pagos a «proveedores» de clientes, el Departamento de Salud y Servicios Humanos y el de Justicia emprendieron una intensa investigación que se prolongó por más de cuatro años. En 1994 Caremark fue acusada formalmente de la comisión de varios delitos. El proceso concluyó con la firma de un convenio en que la compañía admitía responsabilidades penales menores (se declaró responsable de un delito de fraude electrónico) y se obligó a pagar una serie de multas penales e indemnizaciones. El coste total de este compromiso ascendió a 250 millones de dólares. En el mismo año 1994, cuando el pago de ese importe se hubo realizado, un grupo de accionistas presentó una demanda de responsabilidad social contra los administradores (*derivative claim*). La decisión del tribunal consistió en la aprobación de un acuerdo de transacción entre demandantes y demandados, acuerdo que contemplaba, además, la adopción para el futuro por Caremark de un protocolo de vigilancia interna para que no se repitieran en lo sucesivo las malas prácticas. La ponente de la decisión, la magistrada o canceller Allen no se conformó, sin embargo, con dar la aprobación al convenio transaccional, sino que añadió una serie de consideraciones que analizaron cuál era la responsabilidad de los administradores en el caso de defecto en el cumplimiento de la función de supervisión que les corresponde y la doctrina que recayó desde entonces se ha convertido en precedente muchas veces invocado. Sería algo así como lo que entre nosotros se conoce con la expresión «doctrina legal» (del Tribunal Supremo). En estas consideraciones complementarias se constata, en primer lugar, que Caremark no se había conducido con dejadez en el ejercicio de la función de vigilancia, pues contaba con un plan de auditoría interna para asegurar el cumplimiento de principios éticos; la firma Pricewaterhouse prestaba el servicio de auditoría externa (y en 1993 había presentado un extenso informe en el que concluía que no había deficiencias sustanciales en los sistemas de control de Caremark); se había establecido un Comité de Ética delegado del Consejo de Administración; se procuraba formación ética y de las obligaciones derivadas de la ARPL a los comerciales de la compañía; incluso se había elaborado un manual de comportamiento ético; y, en fin, se había mandado circulares a los empleados con la obligación que tenían de comunicar a un número de teléfono gratuito y confidencial —«ética línea directa»— todas las conductas ilegales internas que llegaran a su conocimiento.

A pesar de las anteriores cautelas, el 4 de agosto de 1994 un jurado federal de Minnesota acusó a la compañía de violar la ARPL. Según la acusa-

ción, más de 1,1 millones de dólares habían sido pagados a un médico practicante de Mineápolis, David R. Brown, para inducirlo a distribuir Protropin, una hormona de crecimiento humana comercializada por Caremark. Parte de los pagos que se le hicieron figuraban registrados como becas de investigación, otra parte como contratos de consultoría. Además, se acreditó que el médico recibió de Caremark otros beneficios: el pago de los gastos de personal y oficina, incluidos los servicios de contestador telefónico, fax y alquiler del local.

La demanda de responsabilidad social alegaba que los administradores demandados habían incumplido su deber de diligencia al no haber supervisado de manera suficiente la conducta de sus empleados (en definitiva, aducía lo que nosotros denominamos *culpa in vigilando*), ni haber establecido medidas correctoras adecuadas, exponiendo con ello a la compañía a multas y responsabilidades.

Allen, al analizar la demanda, distingue dos situaciones en que puede plantearse la cuestión de la responsabilidad de los administradores: primera, derivada de la toma de decisiones; segunda, la responsabilidad por déficit de seguimiento o supervisión.

En el primer caso, procede aplicar la regla del buen juicio empresarial. No es exigible la responsabilidad si los administradores han actuado de buena fe, se han preocupado diligentemente de contar con la información adecuada y disponible y su intervención no ha sido claramente irracional. Y añade Allen que si un juez, al entender del asunto, considera que la decisión de los administradores a la postre se había revelado estúpida, sigue sin haber fundamento para declarar su responsabilidad, siempre que se cumplan las condiciones de buena fe, cuidado en la información y ausencia de irracionalidad ostensible⁵⁴.

⁵⁴ Dice la decisión de la Corte en lo relativo a la primera posible causa de responsabilidad. «*I. Potential liability for directorial decisions: Director liability for a breach of the duty to exercise appropriate attention may, in theory, arise in two distinct contexts. First, such liability may be said to follow from a board decision that results in a loss because that decision was ill advised or "negligent". Second, liability to the corporation for a loss may be said to arise from an unconsidered failure of the board to act in circumstances in which due attention would, arguably, have prevented the loss. See generally Veasey & Seitz, The Business Judgement Rule in the Revised Model Act. 63 TEXAS L.REV. 1483 (1985). The first class of cases will typically be subject to review under the director-protective business judgement rule, assuming the decision made was the product of a process that was either deliberately considered in good faith or was otherwise rational. See Aronson v. Lewis, Del. Supr., 473 A.2d 805 (1984); Gagliardi Y. TriFoods Int'l, Inc., Del. Ch., 683 A.2d 1049 (1996). What should be understood, but may not widely be understood by courts or commentators who are not often required to face such questions,^{15]} is that compliance with a director's duty of care can never appropriately be judicially determined by reference to the content of the board decision that leads to a corporate loss, apart from consideration of the good faith or rationality of the process employed. That is, whether a judge or jury considering the matter after the fact, believes a decision substantively wrong, or degrees of wrong*

El cuanto al segundo supuesto, el de la falta de la vigilancia exigible, declara Allen que ha tenido una importancia creciente en los últimos tiempo de la mano de la legislación penal que trata de garantizar el respeto al medio ambiente, la seguridad de los productos y la salud y seguridad laborales. Esta legislación contiene importantes incentivos, en forma de causas de exoneración o atenuación de las responsabilidades, para las empresas que adoptan medidas con el fin de detectar las violaciones de la ley, evitarlas y corregirlas en el caso de que finalmente se hayan producido. Y entra por fin más adelante en el examen del caso concreto que es objeto del litigio, al declarar que, en general, cuando una demanda de responsabilidad por pérdidas sociales frente a los administradores se basa en la ignorancia de estos respecto de las actividades y prácticas que tenían lugar dentro de la propia compañía o realizaban sus empleados, solo un fracaso constante y sistemático del consejo de administradores al tratar de asegurar que se va a contar con la información razonable podrá permitir apreciar la ausencia de buena fe, que es la condición fundamental sobre la que pivota la declaración de responsabilidad. Este *test* de responsabilidad –la falta de buena fe evidenciada por sostenidos o sistemáticos fallos de los administradores en el ejercicio de una razonable

extending through “stupid”, to “egregious” or “irrational”, provides no ground for director liability, so long as the court determines that the process employed was either rational or employed in a good faith effort to advance corporate interests. To employ a different rule –one that permitted an “objective” evaluation of the decision– would expose directors to substantive second guessing by ill-equipped judges or juries, which would, in the long-run, be injurious to investor interests.¹⁶ Thus, the business judgment rule is process oriented and informed by a deep respect for all good faith board decisions.

Indeed, one wonders on what moral basis might shareholders attack a good faith business decision of a director as “unreasonable” or “irrational”. Where a director in fact exercises a good faith effort to be informed and to exercise appropriate judgment, he or she should be deemed to satisfy fully the duty of attention. If the shareholders thought themselves entitled to some other quality of judgment than such a director produces in the good faith exercise of the powers of office, then the shareholders should have elected other directors. Judge Learned Hand made the point rather better than can I. In speaking of the passive director defendant Mr. Andrews in Barnes v. Andrews, Judge Hand said:

True, he was not very suited by experience for the job he had undertaken, but I cannot hold him on that account. After all it is the same corporation that chose him that now seeks to charge him... Directors are not specialists like lawyers or doctors... They are the general advisors of the business and if they faithfully give such ability as they have to their charge, it would not be lawful to hold them liable. Must a director guarantee that his judgment is good? Can a shareholder call him to account for deficiencies that their votes assured him did not disqualify him for his office? While he may not have been the Cromwell for that Civil War, Andrews did not engage to play any such role.

In this formulation Learned Hand correctly identifies, in my opinion, the core element of any corporate law duty of care inquiry: whether there was good faith effort to be informed and exercise judgment.

vigilancia–, añadía la ponente, posiblemente resulte beneficioso para los accionistas y estimule la buena fe de los propios administradores⁵⁵.

X. Continuará

Este trabajo consta de dos tiempos. Agotado el primero, conviene adelantar una idea de por dónde ha de ocurrir el que resta. Ciertamente, se trata de una convicción más que intuitiva de la idea de que el campo material de lo económico-financiero se presenta como uno de los más aptos para verificar la globalización de la ley. Pero se constituye un ámbito que contiene una tendencia congénita a la expansión internacional. Como una marea incontenible acaba inundando la totalidad del mundo; es imposible poner puertas a este campo. La ley (*accessorium sequitur principale*) ha de correr la misma suerte. Tal uniformidad normativa no opera de la noche a la mañana. Se basa, desde luego, en la imitación, y aquí el modelo a seguir es el de la economía más fuerte, la americana y, por ello, el Derecho de referencia es en gran medida el americano también. Lo que resta entonces por hacer, y ello constituirá el objeto de la segunda parte de este trabajo, que no puede finalizar

⁵⁵ Declaraba la Corte a este respecto lo siguiente: «2. *Failure to monitor: Since it does appear that the Board was to some extent unaware of the activities that led to liability, I turn to a consideration of the other potential avenue to director liability that the pleadings take: director inattention or “negligence”. Generally where a claim of directorial liability for corporate loss is predicated upon ignorance of liability creating activities within the corporation, as in Graham or in this case, in my opinion only a sustained or systematic failure of the board to exercise oversight—such as an utter failure to attempt to assure a reasonable information and reporting system exists—will establish the lack of good faith that is a necessary condition to liability. Such a test of liability—lack of good faith as evidenced by sustained or systematic failure of a director to exercise reasonable oversight—is quite high. But, a demanding test of liability in the oversight context is probably beneficial to corporate shareholders as a class, as it is in the board decision context, since it makes board service by qualified persons more likely, while continuing to act as a stimulus to good faith performance of duty by such directors.*

Here the record supplies essentially no evidence that the director defendants were guilty of a sustained failure to exercise their oversight function. To the contrary, insofar as I am able to tell on this record, the corporation’s information systems appear to have represented a good faith attempt to be informed of relevant facts. If the directors did not know the specifics of the activities that lead to the indictments, they cannot be faulted.

The liability that eventuated in this instance was huge. But the fact that it resulted from a violation of criminal law alone does not create a breach of fiduciary duty by directors. The record at this stage does not support the conclusion that the defendants either lacked good faith in the exercise of their monitoring responsibilities or conscientiously permitted a known violation of law by the corporation to occur. The claims asserted against them must be viewed at this stage as extremely weak».

con unas «conclusiones», sino con el suspense del «continuará», consiste, propiamente en lo siguiente:

a) Analizar si el modelo americano de la responsabilidad de los administradores es aprovechable en nuestro Derecho. Aún más, si de manera más o menos directa, no sucede ya que ese modelo ha inspirado nuestro régimen legal en este punto; o, al menos, si surgen dudas sobre su verdadero origen, no se advierten entre ambos ordenamientos muchos elementos de coincidencia. Y ello habrá de verificarse escapando de tentaciones voluntaristas que llevan a apreciar similitudes donde solo puede verlas quien realmente desea hacerlo, forzando la realidad de las cosas.

La convergencia entre los distintos modelos legales podría significar que también el Derecho de Sociedades está sujeto a un proceso semejante al de la paulatina elaboración de una normativa internacional que, como ocurrió con la *Lex mercatoria* en la Baja Edad Media, permite pronosticar la paulatina formación por sedimentación de un nuevo Derecho de Sociedades internacional. Los principios de actuación serán costumbre en una segunda fase y, al final del proceso, Derecho positivo.

b) Si se constata el parentesco de los dos sistemas, procederá a continuación examinar si la base experiencial americana, que se expresa en la doctrina de una jurisdicción singularmente competente y eficiente en este ámbito del Derecho de Sociedades, es o no trasladable a nuestro caso. La oportunidad de esta reflexión viene avalada por el hecho de que nuestra jurisprudencia en la materia, sobre todo en lo relativo al incumplimiento del deber de lealtad que sujeta a los administradores, es singularmente pobre, y tal vez de la experiencia ajena se puedan obtener algunas provechosas enseñanzas. La «aplicación analógica de la doctrina jurisprudencial extranjera», si no podrá apelar a un argumento de autoridad como es el que resulta de la «identidad de razón» (art. 4.1 del Código Civil), según la consideración de que aquí no estamos haciendo referencia a la «extensión» de normas sino de decisiones judiciales, contará con la no desdeñable fuerza del sentido común, de la racionalidad. Y con todas las cautelas (ya decía de la *analogía legis* Laun que se trataba de un mecanismo sutil y arriesgado en la aplicación del Derecho, que había que utilizar con sumo cuidado, «pues de un gancho pintado en la pared solo puede colgarse un gabán pintado en la pared») podría analizarse en qué casos resulta indicado adoptar entre soluciones procedentes de la práctica norteamericana.

c) Por último, a la luz de la experiencia judicial americana, de nuestra legislación y de nuestra jurisprudencia, cabe plantearse el reto de tratar de «domesticar» los conceptos vagos con que la norma delinea las obligaciones inherentes de los administradores: diligencia de un ordenado empresario y un representante leal; fidelidad al interés de la sociedad; lealtad. Son términos lo bastante abiertos como para intimidar al agente, al administrador, pues en su perímetro caben posibilidades muy diversas. ¿Será posible reducir los márgenes de incertidumbre que sugieren esos términos *open texture*, afinar

su significado para hacer más previsibles las condiciones de su aplicación, a fin de que el administrador pueda asociar con alguna seguridad la respuesta judicial probable en relación con sus iniciativas de decisión o de acción? ¿O quedará condenado a soportar una justicia errática que, como en los juegos de azar, puede depararle cualquier resultado y habrá de aprender a gestionar ese «riesgo de responsabilidad» apelando a instrumentos como el seguro de –cuyo coste trasladará, probablemente, a la compañía–, la huida del peligro, etc.? De suceder esto último se produciría una situación similar a la que Napoleón aconsejaba: gobierna a tu pueblo con tantas leyes que nadie sepa en ningún momento si puede estar incumpliendo alguna.

En fin, que *continuará...* Hasta entonces, si hubiera algún administrador societario entre los lectores de este artículo (tal vez esto puede parecer presuntuoso, así que dejémoslo en «si hubiera alguien», administrador o no, que haya sentido la curiosidad suficiente), tendrá que hacer acopio de paciencia para enfrentarse a los interrogantes que sobre la medida de la responsabilidad por la gestión arroja nuestro ordenamiento.

Eficacia y justicia del orden natural de la equidad

Manuel María 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: 02.09.09

Aceptado: 22.10.09

Resumen: La generalización y el casuismo son modos alternativos de producción del Derecho objetivo. Ambas orientaciones han ganado terreno de acuerdo con la perfección lograda en sus respectivas experiencias de aplicación. Aunque el carácter general del Derecho viene impuesto por su propia seguridad, no se comprende sin la asistencia de las normas del depósito del orden natural. A este panorama pertenecen las varias e importantes cuestiones que a la equidad conciernen. Una interpretación razonable del sistema español lleva a la conclusión de que —además de atenerse a las exigencias concretas de la carta política— las leyes positivas no pueden atentar contra la justicia material y la equidad. Tal es el sentido del esfuerzo de transformación que la legalidad fundamental promueve para alcanzar las soluciones y adelantos demandados por el progreso de los sectores del ordenamiento jurídico, sus aplicaciones jurisdiccionales o los más ventajosos de sus equivalentes o sustitutivos procesales.

Palabras clave: Equidad, orden natural, positivismo legalista, aplicación judicial, particularidades constitucionales.

Abstract: *The generalness and the casuistry are the alternative ways of producing law. Both orientations have improved according to the perfection acquired in their respective experiences of application. The general character of the law is imposed by its own security, but it is not understandable without the support of the rules proceeding from the natural law. The several and important questions concerning to the equity, belong to this panorama. A reasonable interpretation of the Spanish constitutional law shows that the positive rules cannot break the material justice and the equity, besides their agreement with the specific contents of the Constitution. This is the meaning of the transformer force which the fundamental legislation promotes to reach the solutions and the advances required by the progress of the different sectors of the law applied by the jurisdiction or its most advantageous equivalents.*

Key words: *Equity, natural law, positive law, judicial application, constitutional peculiarities.*

Sumario: 1. Consideraciones de principio sobre la sucesión de los modelos consistentes en la *generalización tradicional de las normas de Derecho objetivo* y el moderno *tratamiento individualizador de la equidad*.—2. Circunstancias y particularidades que acompañan al fenómeno de la recepción y estimulación equitativas.—3. Conexiones que cabe

apreciar entre la *aplicación equitativa del Derecho* objetivo y la figura de la *legislación de caso único*.—4. Examen de las claves o señales del crédito alcanzado por el sentimiento de equidad y el hecho de su propagación.—5. Valoración del impacto equitativo en cuanto a la protección y garantía de los derechos subjetivos e intereses legítimos a que sus repercusiones alcanzan.—6. Reflexiones que suscitan el fenómeno de la generalidad de la ley y la probable crisis de su preponderancia.—7. Ventajas inherentes a la divulgación del valor de la equidad, como reflejo de la justicia material, y a la puesta en práctica de sus operaciones.—8. Exaltación constitucional del sentimiento equitativo y de las energías determinantes de su *efectividad transformadora*.—9. Significado de la *ponderación de la equidad* en la aplicación de las normas de los sectores del ordenamiento jurídico que necesitan de semejante auxilio.—10. Proceso de apertura al robustecimiento y la expansión de las exigencias de condición equitativa.—11. Particularidades que ofrecen la generalización del Derecho objetivo y el retorno a las posiciones de inspiración equitativa.—12. Reiteración cíclica de los episodios históricos en que se localizan las reacciones de llamamiento y restauración de la equidad.—13. ¿Cómo se adviene al *sentimiento de equidad* y se sientan los fundamentos exigibles para edificar el *Derecho justo* que emana de su conocimiento y puesta en posesión?—14. Consideraciones sobre el significado y las oportunidades que hoy día ofrece la equidad para mitigar los antagonismos conflictivos y zanjar los enfrentamientos que originan.

1. Consideraciones de principio sobre la sucesión de los modelos consistentes en la ‘generalización tradicional de las normas del Derecho objetivo’ y el moderno ‘tratamiento individualizador de la equidad’

La *línea de fuerza* de estas reflexiones no solo resulta de explorar académicamente la disyuntiva entre el *acatamiento riguroso de los mandatos y prohibiciones del Derecho Positivo* —que conjuga los *mínimos de justicia material* y los *máximos de seguridad jurídica*— y el tenaz llamamiento o *incesante retorno al depósito de las verdades del orden natural*. Este giro mejora las rotulaciones de un *Derecho natural* cuya espinosa definición imprejuza, junto con otros temas de menor cuantía, los relativos a sus fuentes de generación, al discernimiento histórico de sus contenidos variables y a la coerción aplicable a los estados de conflicto en que sus intervenciones acontecen. Ocuparse de las funciones del *orden natural* y asociarlas al juego de los *temperamentos de equidad* es admitir que los repartos de la justicia material, un bien escaso y expuesto a distribuciones arbitrarias, responden al afán —activamente innato— de la persona humana y a la fisonomía —pasivamente innata— de los intereses confiados a su gestión más encomiable. Desde que la inquietud y/o la perspicacia del legislador reparan en la necesidad de proteger una especie de los intereses generales o entienden haber dado

con el modo mejor de ampararlos, se aprecian las traslaciones ópticas de los bienes y derechos que, como *blancos móviles*, mudan de emplazamiento y de apariencia. Ello muestra el reverso de la noción de rigidez o *inmovilismo*, cuando se agudiza el poder del discurso y, usando de la elasticidad característica de la *ductilidad evolutiva*, parece cuestionarse incluso el axioma de que *cada cosa es igual a sí misma*. La evolución comprende el dinamismo de las *consignas de flexibilidad* que se asimilan clarivamente, debido a su excelencia, y que, a causa de su fuerza moral, se acatan sin discrepancias ni disculpas. Las direcciones en que los cambios orientan los actos generadores del Derecho objetivo informan de sus expectativas –cuya *positividad* indica la *puesta en la ciudad* por un legislador resuelto a reforzar la generalidad, temporal y espacial, de las normas– y de la actividad de los órganos jurisdiccionales que, al aplicarlas, delimitan y hacen cumplir su voluntad. También es cierto que se exponen a rectificaciones graduales.

Se defiende una causa cuyos *finés cambiantes, colectivamente aconsejables y socialmente ambicionados* se ven satisfechos hasta que la *técnica histórico-evolutiva* de aplicación de las normas jurídicas –estimulante de su continuidad y eficacia– deja de ser tal y deviene una *estéril faena de desgaste*. Sucede así, porque se enciende la *luz roja* de los tropiezos –inesperados y súbitamente aparecidos– que obstan a la normalidad conseguida hasta entonces. Ciertas normas jurídicas subsisten mientras la envergadura de las transformaciones registradas –inherentes a las circunstancias del tiempo y del lugar– no paraliza el ímpetu de sus energías, ni mengua el compromiso de dar a cada uno lo que sus actitudes individuales y colectivas merecen en justicia. Llega un momento en que, ante la imposibilidad o dificultad extraordinaria de servir a esos fines, se *clama por más renovación* para dejar –con sentido de la responsabilidad– fuera de juego los instrumentos normativos que, agotadas las opciones de actualización, envejecen irreversiblemente. El ordenamiento jurídico los desecha porque carecen del *valor vital* que, gracias al criterio histórico-evolutivo de interpretación, han poseído hasta que les aqueja un *síndrome de rechazo de la modernidad* que liquida el rendimiento jurídico y social de su existencia.

Estas dificultades –concernientes al sano entendimiento de las normas jurídicas– se corrigen con *técnicas de salvamento* cuyas aplicaciones no gozan de una prosperidad indefinida. A medida que las normas jurídicas –cuya obsolescencia se combate y trata de aplazarse– acusan su anquilosis, decrecen las oportunidades de evitar la *caída en desgracia* de ciertos elementos del Derecho objetivo. Consumido el recurso a las circunstancias del tiempo y del lugar que condicionan el espíritu y la finalidad de las leyes o, al menos, ambientan su voluntad de vigencia, hay que abandonar las *operaciones infecundas* de los conatos tardíos y/o los ejercicios infructuosos para aplicar evolutivamente un Derecho que, rebelde a dicho tratamiento, ya no da más de sí. Este *estado de cosas fibroso o esclerótico* requiere una *terapia de tránsito a normas de nueva factura* que ocupan el lugar de las que se reve-

lan inútiles para continuar protegiendo los intereses legítimos a cuyo servicio se encontraban. Tales cuestiones quedan a cargo de una sutil Ciencia de la Legislación o Política Legislativa que verifica el estancamiento de estas situaciones y la *constitución en mora* que acarrearán. Los legisladores intuyen y, entre líneas, predicen el *hecho material de la abolición* –modo atípico que, además de la derogación formal de las leyes por otras posteriores, se infiere de la redacción actual y comprimida del art. 2.1 C.c. (Código Civil español de 24 de junio de 1889, reformado por la Ley de 31 de mayo de 1974)– de las normas que, apurado un *crédito de elasticidad* presumiblemente productivo, pierden su *flexibilidad originaria*. No conciben una supervivencia *tocada del ala* por los impedimentos de la *rigidez sobrevenida*. Las normas jurídicas relevan a las que –ante el ocaso de sus oportunidades flexibles y la evaporación de su imperio– no reúnen las dotes de actualización que corroboran su vigencia y ayudan a cumplir las funciones sociales dependientes de ella. El dicho inteligente que *la ley no puede ser pan para hoy y hambre para mañana* denota la reacción del sentimiento popular ante este aspecto de su generalidad y su fuerza expansiva.

2. Circunstancias y particularidades que acompañan al fenómeno de la recepción y estimulación equitativas

El Derecho es una *disciplina existencial* que, aunque mora en una parcela selecta del *mundo del espíritu*, reta fogosamente al *mundo de la naturaleza* para inventariar el *acervo de acciones y pasiones* a las que –si lo aconseja alguno de los intereses generales– la Política Legislativa dedica sus competencias analíticas y sus predilecciones didácticas. El Derecho representa un auxilio que, de mayor a menor, se ha tildado de *disciplina filosófica* y esencialmente discursiva, de *materia científica* objeto de la investigación y pendiente del éxito de sus resultados, de *instrumento técnico* e incluso de *herramienta doméstica* sazónada con aderezos aristotélicotomistas. El Derecho no puede recatar sus atenciones para con las demandas –embebidas en los intereses legítimos o en otras apetencias por los bienes deseables de la vida– de las personas individuales y de los grupos que, plasmando el pluralismo de la sociedad, las ponen al servicio de sus objetivos de valor y de fin. Estas actitudes confirman –a la luz de las realidades cognoscibles y de los conflictos y/o contradicciones que afectan a sus protagonistas– la estructura de la sociedad organizada en el Estado. Pese a lo prosaico de los cometidos que explican sus funciones de *disciplina doméstica*, el Derecho *tiene de fugitivo lo que –para la angustia y sutileza de los debates filosóficos– implicaron los enigmas del tiempo*. A uno y otro conviene la proposición de que *su pasado ya no es, porque dejó de serlo para suerte o desgracia de cuantos les soportaron o vivieron, su presente es o casi no es, porque –a imitación del agua vertida en una cesta– está siendo y se escapa inaprehensiblemente de*

las manos, y su futuro todavía no es, porque se subordina a un sinfín de imprevisibles acontecimientos. La mención de las *circunstancias del tiempo* –medida de algo tan delicado como la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones a que alude el art. 1.104 II C.c., es decir, la sujeción de los hábitos de la persona a los sacrificios inherentes a su propia conducta– prueba la notabilidad de los arrestos invertidos en defender la causa del Derecho según el *fideísmo deontológico* –que observan los sectores sociales más devotos de los aspectos éticos– y custodiar su etiqueta de *mínimo moral*. Esto empero, una de las lecturas admisibles de los arts. 1.1 y 9.2 CE (Constitución española de 27 de diciembre de 1978) –innovadora del *valor superior del pluralismo político* y libre de excesos hipermoralistas– sostiene que el Derecho augurado por ambos preceptos es –además de válido, como enseña la orientación normativista– un *Derecho justo* y acorde con la naturaleza de las cosas. El constituyente ha ingerido en el vértice piramidal del ordenamiento jurídico –no en la periferia de esa figura de la geometría del espacio– un *bloque de moralidad legalizada* que acapara el espacio habitable de la justicia material. El *minimalismo socorrido* –lugar común de la Filosofía del Derecho y de sus tradiciones didácticas– cede ante la *cláusula de sensibilidad ética* que los arts. 1.1 y 9.2 CE innovan y extienden a todos los pagos del Derecho objetivo.

Apelar al *elemento teleológico* de interpretación de las normas jurídicas no significa que, para explorar los mensajes cursados a sus destinatarios, su espíritu –infusión moralizadora– y su finalidad –objeto directo de las transformaciones– *se atrapen o capturen, al uso taumatúrgico, por obra y gracia de un ingenio cuasimilagroso* o de una *idea feliz* que no siempre gratifica al intérprete frecuentemente privado de su auxilio. Las disciplinas del mundo del deber ser resuelven problemas de interpretación cifrados en conclusiones convincentes –de óptimas apariencias– y, sin embargo, susceptibles de muchas mejoras que, ignoradas entonces, se van introduciendo y se consolidan después. Mejoras dependientes del *espíritu móvil* –sagaz hallazgo de los canonistas medievales– que, sobrevolando el tiempo y el espacio, acampa en los reductos de la interpretación. Anima las normas jurídicas gracias a un *elemento material* –el transcurso del tiempo– y un *indicativo de valor* o rasgo de identidad que se adivina cuando lo impone la aplicación de aquellas. Su noticia veraz y su catalogación ordenada son el fruto de una *metodología responsable*, que sabe lo que quiere, y no de quién sabe qué confabulaciones políticas o precipitaciones demagógicas estigmatizadas por la indigencia intelectual. Ahí se adivinan los *signos de los tiempos* y las claves de acceso a las latitudes del Derecho justo. Un Derecho que, sin mengua del Derecho Positivo y sus connotaciones de equidad, emerge en los parajes de un mundo donde las colisiones de intereses jurídicos y económicos –que, a primera vista, parecen idénticas– descubren, si se escruta su interioridad con detención, los trazos que, al acusar sus diferencias, las caracterizan como *iguales a sí mismas*. El principio de la generalidad de las leyes *hace aguas* en pre-

sencia de las anomalías que, atizando las dudas de los analistas más fervientes, debilitan los *arrebatos de fe secular* –profesada por la dogmática del positivismo legalista– y la magnitud de sus aportaciones.

Estas reflexiones mitigan el mordiente del *principio de igualdad en la aplicación de la ley* que pertenece al contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho fundamental reconocido en los arts. 9.2 y 14 CE. No siempre existe, pese a las apariencias, la identidad o la analogía que obliga a respetar el cuerpo de doctrina de un litigio resuelto por el órgano jurisdiccional ante el que se invoca la sujeción a lo acordado. Su eficacia vinculante se alega para obtener una resolución de signo coincidente con el del anterior pronunciamiento. La emisión de la respuesta judicial es una variante de la *buenafe* que, según el art. 7.1 C.c., veda la falta de lealtad y corrección consistentes en volver contra los propios actos. Cabe, unas veces, replantear el problema desde perspectivas inéditas que remozan el principio de igualdad en la aplicación de la ley con razones cuya originalidad ofrece más convincentes conclusiones que las del pensamiento judicial sucedido por el que así le desaloja. Tampoco faltan ocasiones en que los hechos nuevos –que no se adujeron ni probaron en el curso de aquellos procesos– afectan al elemento histórico individualizador de la causa de pedir que identifica la acción ejercitada y/o a las excepciones oponibles de adverso. La doctrina de la sustanciación –relativa a la estructura de las acciones judiciales– y la presunción del conocimiento judicial del Derecho permiten que, sin vulnerarse la congruencia procesal y sumando un punto de flexibilidad, se eche mano de principios y normas aplicables, por vez primera, al caso debatido. Su cantidad y calidad fertilizan una justicia material que suaviza la rigidez de las respuestas aceptadas antes como paradigma inconvencional.

Amén de estos supuestos generales, *cada caso tiende a adquirir una fisonomía irrepetible y única* por obra del transcurso del tiempo que muda las circunstancias influyentes en su primitiva disección o añade otras que modifican su identidad o la confunden. El rigor técnico-jurídico de la solución se desploma si, para aliviar la carga de responsabilidad o acallar las voces que cuestionan la conservación del precedente, el intérprete se parapeta tras el principio de igualdad en la aplicación de la ley y reitera la *invocación genérica* de la seguridad jurídica. Olvida que la elasticidad de este concepto sufre *operaciones de reconstitución* y se utiliza para salvar las simplificaciones de su fisonomía, si hay que encarar problemas necesitados de enfoques minuciosos, y examinar pulcramente los progresos habidos en el círculo vital de las acciones interpretativas. A ello se suman los inconvenientes de que *la presentación de muchas resoluciones judiciales se ciñe a resumir –sin la homogeneidad crítica ni las preferencias analíticas que distinguen a esta especie de literatura jurídica– sus respectivos contenidos, y a omitir la sutileza que advierte del concurso de las condiciones requeridas para aplicar, sin laxitud, el favor del citado principio o, si no es así, sugiere estar a la transformación equitativa de su significado y de su esencia.*

La diversidad de trato ha de fundarse en una justificación objetiva –cuya noticia no despierte dudas ni equivocidades– y razonable, libre de la arbitrariedad del pensamiento débil o torpemente monolítico, de la extravagancia de los dislates interpretativos y de la insuficiencia intelectual que, parafraseando una divertida ocurrencia, *transfiere a los demás la carga de extenuarse en las tareas de la creatividad y el pensamiento*.

3. Conexiones que cabe apreciar entre la ‘aplicación equitativa del Derecho objetivo’ y la figura de la ‘legislación de caso único’

Cuando el legislador acepta el reto y corre el riesgo de obsequiar a la comunidad con un ejemplo de la *legislación de caso único* –que pone en la ciudad– y sienta una excepción al dogma de la generalidad de las leyes, los episodios de aplicación del Derecho, que dicha novedad implica, desencadenan reacciones y/o respuestas oscilantes entre la *rebeldía de la tradición* y la *perplejidad del desconcierto*. Las unas recuerdan el *principio de interdicción de la arbitrariedad* de uno de los poderes públicos que, al ejercer la potestad legislativa, parece ignorar las garantías con que los arts. 9.3 y 67.1 CE avalan las categorías de la *seguridad jurídica* y la *generalidad de la ley*. Las otras dudan de que una acción de ese calibre no sea tan arrogante o impulsiva como, a primera vista, parece y admiten la ortodoxia interpretativa –*nuevamente el mensaje del art. 3.1 C.c.!*– de que, no obstante obrar así, *el legislador siga estando en su sitio*. Se adueña del espíritu y la finalidad de un interés que, por hipótesis, descarta la futura reiteración de operaciones que sólo se justifican en esa irrepetible ocasión.

Las diferencias sustanciales y ocultas no se captan cuando –más instintiva que reflexivamente– surgen problemas de traza idéntica o análoga, cuyo cotejo apresurado invita a elegir unas normas de Derecho objetivo que se dicen aplicables a cualquiera de ellos. No se observa que, aunque apenas perceptibles, perduran las particularidades de base que, al retirarles su condición paradigmática, invalidan el juicio de identidad o analogía. La verificación de su existencia obliga a un tratamiento –excepcional o sumamente individualizado– que utiliza los *mínimos justos* para resituar las cuestiones planteadas por la diversidad de fondo. El asirse mecanicistamente al principio de igualdad en la aplicación de la ley que incluye el art. 14 CE, lejos de reafirmar las pautas de la seguridad jurídica, puede incitar –según el art. 7.2 C.c.– a ejercicios antisociales y abusivos del derecho fundamental que está en juego. El valor superior de la justicia padece si este dogma –que representa el *yo*– se reduce a un *axioma solitario* y desligado de las particularidades o matices que constituyen sus *respectivas circunstancias*.

El art. 1.1 CE repara en un *género próximo* –*comprensivo de las diferencias específicas de la libertad y la igualdad abarcadas por la justicia material*– que ocupa el vértice de la pirámide inventada por el normativismo

para diseñar la figura del ordenamiento jurídico. Antes de escenificarse los ejemplos de la legislación de caso único y segregarla del campo de los *privilegios odiosos*, no se concebía un panorama normativo distinto del esbozado por la legalidad fundamental del Estado de Derecho liberal burgués, sucedido por el modelo del Estado social y democrático de Derecho que enmendó, hasta donde pudo, las flaquezas de su predecesor. *La justicia material –de corte suprapositivo– adquiere, aquí y ahora, las cualidades de coerción impresas por el énfasis de que el constituyente hace gala para privilegiarla en el TPCE (Título Preliminar de la Constitución española)*. Decisión que, encumbrando el arrojado de esa prerrogativa, la erige en *criterio supremo de control*. Este arranca de la *tarea completa de constituir* para inspirar las *operaciones de creación y aplicación del Derecho* consecuentes con unas posturas axiológicas que, adheridas al depósito de las normas del orden natural, animan la frecuencia y la intimidad de sus contactos. Hay un *factor común de fiscalización* que, sobrevolando los parajes del Derecho constituido, cierra y comprime, por los cuatro costados, todo un *bloque de moralidad legalizada*.

Ello obliga a revisar la bondad –ya que no a exagerar la excelencia– de la *legislación de caso único*, expresión equitativa de la *potestad generatriz* de un sector del ordenamiento jurídico y no de la jurisdicción que carece de competencia para consumir, en tan atractivas circunstancias, sus anhelos de creatividad. Lleva a reflexionar –*pensándolo dos veces*– si no hay que criticar la tendencia a trivializar la legislación de caso único y si esta no puede instalarse, sin distorsiones ni aspavientos, en los espacios habitables que le ofrecen los signos de los tiempos. Se *suple legislativamente* una acción judicial que, acantonada en el sistema de fuentes del Derecho objetivo, pasa olímpicamente de muchos problemas que, estancados o arruinados en vez de resolverse, sucumben a la indiferencia y al olvido. Sobre todo si, *pese a considerarse caso único el que se dice irrepitable y definitivamente consumido*, los avisos de las previsiones estadísticas no excluyen las probabilidades de reiteración que, de surgir en el futuro, ha de afrontar el legislador desde una perspectiva general y a base de un modelo que, aunque técnicamente sepultado, resucita y se erige en el precedente que todavía no era.

De la lectura del art. 9.3 CE se infiere que el cuerpo de principios y preceptos de la carta política *garantiza la seguridad jurídica*, porque –cautivo de un compromiso pedagógico– le repugna atribuir al TPCE el estigma de un *trastorno bipolar* que alterna lo elástico de sus admoniciones axiológicas con el sometimiento a las pautas del normativismo. El respeto a la seguridad jurídica no pugna con la tesis –ajena a la asepsia de algunos sistemas enemigos de la genuina creatividad legislativa– de que *las leyes se dirigen a lograr algo más elogiabile y generoso que el servicio constitucional de los intereses generales*, cuya promoción y defensa datan de su *espíritu y finalidad originarios*. Estos responden a la intención de los legisladores atentos al mejor y mayor número de hipótesis en que, asidua y efectivamente, se protegen las

causas –expresivas del *bien común de la ciudad terrestre*– de la *coexistencia*, la *colaboración* y la *participación*. Lo cual no impide que –conforme al elemento histórico-evolutivo de interpretación o a las *iniciativas creadoras* que, además de los clásicos criterios hermenéuticos, admite el art. 3.1 C.c.– la ley adquiriera los *contenidos móviles* o acuse las transformaciones dependientes del transcurso del tiempo y los sucesos ocurridos allí donde se aplica.

La noción del *orden natural de contenido variable* –precedente de las operaciones flexibles– quiso poner al día, engrandeciéndolas, las versiones más nobles de la regla central que, ordenando *hacer el bien y evitar el mal*, recordaba que –fuera de la *buena voluntad* de las acciones u omisiones de los seres humanos– *nadie ni nada podía reclamar la consideración de persona o cosa absolutamente buena y exenta de servidumbres o flaquezas*. Las leyes –llamadas a servir objetivamente los intereses generales que se benefician de su ofrecimiento y de sus aplicaciones especiales– *han de ser justas por encima de todo*, pues, a diferencia de las premisas acromáticas del positivismo legalista, *la validez jurídicoformal de sus mensajes no basta para considerarlas intachablemente constitucionales*. De ahí, la *naturalidad* –transparencia de un estado de cosas visible– y la *elocuencia* –convicción de resonancias múltiples– con que, fiel al sentido propio de los términos de su proposición normativa, el art. 1.1 CE da a entender que *la justicia de las leyes es un requisito previo al cumplimiento de las exigencias constitucionales o las opciones del decisionismo político que, confiriéndoles la cualidad de tales, les asigna la validez imprescindible para ingresar en el ordenamiento jurídico que las asimila*.

La *vibración tradicional minimalista* critica esta lectura, cuya calidad equitativa se asocia al prestigio de la tesis del *retorno incesante de las normas yacentes en el depósito del orden natural*. Se objeta que solamente encarna una de las opciones interpretativas que el *valor superior del pluralismo político* permite adecuar a las pautas de una comedida racionalidad, pero que no excluye otros entendimientos razonables y conformes con la legalidad fundamental. Se responde que es atrevido rebajar –cuantitativa y/o cualitativamente– las *oportunidades históricas de grandeza moral* de un desafío que –a partir de un ambicioso arrastre constitucional– se dirige a las *zonas dormidas de las malas conciencias* e invita a irrenunciables compromisos. ¿Hasta qué punto no están atormentados los planes y vivencias de cuantos, haciendo intencionadamente oídos sordos a lo sugestivo de dicha doctrina, prefieren prestar sus voces a otras versiones menos generosas?

El *imperio de la ley* –al que única y exclusivamente se someten, por precepto de los arts.117.1 CE y 1 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985), las resoluciones de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial del Estado– *es, antes que el predominio del Derecho emanado del legislador constituyente u ordinario, la sujeción al orden natural basado en la justicia –síntesis de la igualdad y la libertad efectivas– y en lo arrebatador de una equidad que se confunde con su esencia*. Nadie da por

bueno que, so pena de aceptarse una *antinomia devastadora y surrealista*, el art. 103.1 CE reitere el *pleno sometimiento de las Administraciones Públicas a la ley y al Derecho* –acervo de normas jurídicas positivas y suprapositivas– y no se reconozca –correlativa y contextualmente– que, según el art. 117.1 CE, *la jurisdicción queda obligada, con mayor razón, al respeto y aplicación de las segundas*. No se sostiene en pie la idea de que el constituyente exija de las Administraciones Públicas el empleo de unas *dosis de juricidad cualitativamente superiores* –puesto que abarcan lo concerniente al *orden natural*– a las que los órganos judiciales deben tener a mano para ejercitar sus competencias y declarar la suerte de los bienes de vida que el *fallo* del proceso concede o deniega.

La *condición de garantes de la justicia* prueba lo discutible de una interpretación desentendida del tenor general del art. 9.1 CE. Se requiere una *colectura sensata* de los arts. 103.1 y 117.1 CE para rehabilitar los alcances del art. 1.7 C.c., cuya resituación en el marco del sistema de fuentes del Derecho objetivo es notoria desde que los arts. 5.1 y 7.1 LOPJ entraron en vigor y modificaron aquel. *El principio ontológico de no contradicción –traído nuevamente a capítulo– recuerda que el ordenamiento jurídico no puede ser, al mismo tiempo, una cosa omnicomprensiva y extensa, para la actividad de las Administraciones Públicas, y otra, empequeñecida y fragmentada, para el ejercicio de la jurisdicción*. Esta predisposición psicológica se optimiza con la ayuda de un *Derecho objetivo que active y no entorpezca la construcción de soluciones inspiradas en las líneas de fuerza de la justicia material*. Se mantiene una curiosidad constante por la intensificación de este valor y sus análisis dogmáticos.

No huelga recordar que la efímera SETS (Sala de Equidad del Tribunal Supremo) se erigió, durante la II República, con el fin –*definidor de sus objetivos de justicia material*– de que pensadores universitarios y expertos en actividades económicas, negocios de Derecho Privado, materias sociales y aspectos familiares *se encargaran de humanizar las leyes, obviando la falta de coincidencia entre lo formal y lo material, entre lo jurídico y lo social en casi todos los dominios de la vida del Estado*.

4. Examen de las claves o señales del crédito alcanzado por el sentimiento de equidad y el hecho de su propagación

Aunque conexas con otras premisas axiológicas, estas ideas son algo más que el eco de las especulaciones que las han motivado. Cunde hoy la convicción de que, *por obra y gracia de las inflexiones graduales de sus enunciados y de las erosiones que ha sufrido, el dogma de la generalidad de las leyes ha entrado en crisis y decaído más allá de lo previsible a lo largo del tiempo en que las contingencias históricas han mudado su fisonomía*. Las *conminaciones de lo existencial* aconsejan tratar equitativamente

—limando, con ocurrencias propias de un certero diagnóstico, las asperezas de las confrontaciones judicializadas— los casos embrollados en que la observancia de las normas del Derecho Positivo y el cumplimiento de la regla *jura novit curia* no satisfacen las aspiraciones legítimas de los interesados ni les procuran respuestas acordes con el contenido esencial del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción que recoge el art. 24.2 CE. No solo porque los controles realizados en nombre de la justicia material se justifican constitucionalmente, sino también porque el antecedente histórico legislativo más notable —a saber, la mención capital que el art. 3.2 C.c. dedica a la equidad— conduce a su toma en consideración. La propensión invasora de esta regla —parte del Derecho previgente— ha superado la *criba de depuración* instituida para constatar la mal denominada *constitucionalidad sobrevenida* o, por mejor decir, la *compatibilidad con la legalidad fundamental*. Ejercicio de censura previa que, según la DD (Disposición Derogatoria) 3 CE, ha de ser individualizado y preceptivo, porque la constitucionalidad de las normas del pericido *régimen paternalista autoritario* no se presume irrefragablemente y, a diferencia de otros sistemas constitucionales, debe probarse mediante las oportunas valoraciones de contraste.

Aunque la afirmación pareciera surrealista, el art. 3.2 C.c. pasa a ser un *avance del desarrollo proféticamente preconstitucional de la seguridad jurídica* que garantiza el art. 9.3 CE. La ficción invierte la *cosmología cronológica de las normas jurídicas* y explica el *carácter cuasiconstitucional* que, a partir de esos cambios, adquiere el TPC.c. (Título Preliminar del Código Civil). El art. 3.2 C.c. presiente los reparos que, lastrando los esfuerzos de la jurisdicción ávida de dar con las opciones de aplicación del Derecho justo, suscita la obligación —impuesta en el art. 1.7 C.c.— de *estar al sistema de fuentes establecido*. Cancelando el debate sobre la pertinencia de enunciar criterios legislativos para interpretar las normas jurídicas o abstenerse de hacerlo, el art. 3.1 C.c. intuye la complejidad de la faena y, asumiendo una actitud ecléctica, elige la primera de esas alternativas. Provee a los aplicadores del Derecho objetivo —en cuyas filas militan, además de los integrantes del Poder Judicial y de los cuerpos de juristas, cuantos exhiben la etiqueta de *operadores jurídicos*— de un repertorio de elementos interpretativos procedentes de la tradición. Innova una *función cuasilegislativa excepcional* y unas oportunidades hermenéuticas que nunca están de más y de las que se ignora hasta dónde pueden llegar sus ejercicios de imaginación y crecimiento. Cuando el cambio de las realidades sociales del tiempo y del lugar requiere encontrar *reinterpretaciones de supervivencia* de las normas jurídicas envejecidas por la modernidad arrolladora, los desafíos o situaciones-límite, que ampara esa licencia, permiten inclusive *mudar la redacción textual de sus proposiciones y reformularlas*. Al entendimiento literal de las leyes, que *han dejado de ser pan para hoy*, suceden *relecturas flexibles* cuyo espíritu y finalidad afianzan su valor vital y evitan *convertirlas en hambre para mañana*. Procuran esas *reformulaciones* que, sucediendo a los entendi-

mientos castigados por la *quiebra de la presuposición* de la norma jurídica, inundan los espacios vacíos de la necesidad sobrevenida. Protegen la continuidad de los intereses atendibles, a la manera como –acudiendo a la *teoría de la base del negocio*– se zanjaron algunos problemas de los contratos conmutativos y onerosos con prestaciones de tracto sucesivo o dependientes de futuros acontecimientos.

Conviene escudriñar –en pos de la victoria que premia a los audaces y reprime los desvaríos esperpénticos– la entrada en escena de sensibilidades o corrientes pensantes cuyo *ingrediente de progreso*, integrado en los ejemplos de la producción legislativa, transmite a la ley una *voluntad indisociable de todo el tiempo durante el que se presumen lo efectivo de su regulación y la posibilidad jurídica de aplicarla sin vacilaciones ni reservas de peso*. Lo fecundo del espíritu móvil –que, unas veces, avanza inexorablemente y, otras, arranca de una *feliz e inopinada idea*– se opone a que la obsolescencia de las normas jurídicas provoque, sin más, la abolición consistente en su aniquilación automática. Hay que *disgregar la petrificación de los objetivos que* –con un conocimiento de causa limitado por los horizontes de su generación– asignó el legislador a los mandatos o prohibiciones de las normas jurídicas expuestas a tal vicisitud. Lejos de resignarse al infortunio, se ha de refrendar, contra viento y marea, la tesis de la *conservación renovadora y modernizante de su imperio* sobre las situaciones jurídicas expuestas a la *corrección cuasilegislativa* de cuantos hoy en día las aplican. Así se reconocen los supuestos de hecho que, gracias al esfuerzo de transformación, impregnan el Derecho objetivo que se beneficia de esos cambios. *A diferencia de una subordinación marginal, la continuidad de las normas jurídicas depende fundamentalmente del nuevo espíritu y finalidad que estas adquieren cuando, aquí y ahora, se debaten sus temas centrales o se versa el destino de los intereses confiados a su regulación*. La *acción excitante del espíritu*, que vivifica, prima –como subraya el mensaje del art. 3.1 C.c.– sobre la *letalidad de la letra* que mata, porque esas normas van acompañadas de los *valores vitales* determinantes de su implantación en los pagos de la ciudad terrestre. De ahí, el *reto del adverbio enigmático* que encierra el art. 3.1 C.c., situado donde, con hartura de reflexión y perspectiva, *el legislador tuvo a bien emplazarle para morigerar las abundantes y temibles dudas que ocasiona la interpretación de las leyes*. Un menester ajeno al planteamiento de *problemas adicionales de interpretación interior*, aunque la llegada de experiencias jurídicas imprevisibles obligue a recorrer y desbrozar los caminos que anuncian sus dificultades.

Las normas jurídicas se congelan si, privadas de sus mínimos de elasticidad residual, desconocen o dan falsas respuestas a los estímulos de las realidades sociales que, debiendo inspirar su aplicación evolutiva, no engendran las transformaciones anejas a la naturaleza de las cosas. *No hay entonces salida distinta de la de resignarse a lo fatal de la inutilidad y abolición indeludible de las normas que se paralizan*. Resulta así de comparar el art. 5

II C.c.89 –que solo admitía la derogación de las leyes por otras posteriores– con el art. 2.2 C.c. que, no por azar o descuido, *expulsa las menciones del desuso, la costumbre y la práctica en contrario*, con que el primero de ambos preceptos vedaba las tentativas de desautorizar el imperio del Derecho escrito válido y vigente. El moderno legislador reacciona de otro modo, porque, sin ignorar los efectos de esa cirugía, entiende que ciertos silencios, enfáticos y conmovedores, de las leyes son decisivos para iluminar el sentido de los términos, englobados en sus proposiciones normativas, y la inteligibilidad de los conceptos y los juicios que quieren transmitir. El art. 2.2 C.c. –consciente de su causticidad derogatoria– no ha vacilado al suprimir la cita de las *contingencias agresivas y trituradoras* de las leyes obsoletas de perentoria abolición. Más cauto y seguro, quizás, habría sido introducir una *cláusula general* que, de una vez por todas, alejase los fantasmas del *miedo al vacío*.

La norma jurídica se torna inservible –a causa del *desuso* que achica las dimensiones del Derecho objetivo previgente– si la opinión pública y la comunidad de juristas censuran su inadecuación a las realidades sociales del tiempo y del lugar en que las peripecias de su aplicación se exteriorizan. La inflexibilidad sobrevenida invalida el papel del elemento histórico-evolutivo de interpretación que, vista la *atención fundamental* preceptuada en el art. 3.1 C.c., deja franco el camino a las *funciones cuasilegislativas de la jurisdicción*. Estas salvan la subsistencia y el destino sensato de las leyes cuya madurez denota estados jurídicamente saludables o cuya senectud exige los remedios aptos para vencer el deterioro o sanar el mal de crecimiento que se les atribuye.

He ahí la clave del *llamamiento a la equidad* o, por mejor decir, la advertencia que, razonablemente conjugada con otras, invita a reiterar los esfuerzos constitutivamente históricos de la razón práctica. La norma despojada de su valor vital se ve abolida, pues –*quemadas las naves de una excursión hermenéutica que no se ha culminado con éxito*– decaen el espíritu y la finalidad que, al emprenderse la operación de salvamento, amparaban los intereses legítimos o las inclinaciones por los bienes sensibles de la vida cuya protección se les encomendaba. Estos pierden los beneficios del auxilio logrado hasta entonces, porque la norma deja de existir al *neutralizarse jurídicamente* sus funciones y no disponerse de un sustitutivo que eficazmente agite su inmovilidad o *estado de petrificación*. El art. 3.2 C.c. está donde se encuentra para paliar el deber –que establece el art. 1.7 C.c.– de que los aplicadores del Derecho objetivo se atengan al sistema de fuentes establecido. Suple la falta de instrumentos aptos para elegir la respuesta judicial que, según el art. 11.3 LOPJ, dote de una motivación que –estampada en los fundamentos jurídicos de la resolución recaída– dilucide los problemas de fondo, sin pecar de arbitrariedad ni claudicar ante las tretas del pensamiento débil. Es entonces cuando –en pos de una *eficacia elevada a la segunda potencia*– la equidad o dictamen de la recta razón relativiza el juego del sistema de fuentes del Dere-

cho objetivo y usa de una *metodología especial* para afianzar la vocación a uno de los principios generales del Derecho. A saber, el *concurso de la justicia material* o la *acomodación al depósito de las normas del orden natural que* –actuando sobre la materia en su acepción más rigurosamente filosófica– *informan el contenido de los sectores del ordenamiento jurídico*. Lo recuerda el art. 1.4 C.c. cuando, de pasada y con intencionalidad aplastante, no esquiva la oportunidad de decir lo que piensa sobre este punto de doctrina.

No faltarán supuestos en los que –pese a los esfuerzos cuasinormativos de adaptar el mensaje de las normas jurídicas a las *realidades sociales*, cuya fijación conceptual permite ingeniosas ocurrencias, y *atender fundamentalmente* al espíritu y finalidad de su propósito– la irreversible rigidez de su envejecimiento obliga a declararlas inviables. La *conminatoria invocación* de la equidad se debe a los *dictados de la recta razón y el buen sentido* que, sin errores sustanciales, se redefinen y ocupan lugar en la terapia de esas coyunturas.

Una comprobación estadística –detenida y solvente– de los casos en que las afecciones incurables de las normas obsoletas las marginan del ordenamiento jurídico resalta lo importante de *situar la equidad en aquellos espacios donde, fuera de toda duda o entorpecimiento, se compruebe su efectividad y se cuente con los medios óptimos para llevar al mejor de los fines la ejecución de sus funciones sociales*. Hay que fomentar los procedimientos –sobre todo los de los *modos extrajudiciales de composición*– que acreditan su potencial transformador. Hay que ratificar los augurios de un futuro cuya elección se compense con adquisiciones inmediatas, materialmente justas y digeridas por una opinión pública consciente de su publicidad y de sus éxitos. Nace una especie de *justicia popular pasiva*, llamada así por la propagación del efecto didáctico a todos los reductos de la sociedad pluralista en que esa difusión acaece. Se acrecientan las demandas que, acuciados por la inquietud equitativa, reciben los legisladores cuando escuchan las voces de la sociedad o de las comunidades que, rompiendo sus silencios, exigen la *incorporación cualificada de las demandas y los contenidos de equidad* a las manifestaciones del Derecho en vías de constituirse.

No es el momento –porque de ello se ha hecho cuestión otras veces– de volver sobre el tema de la aptitud para juzgar en equidad de los jueces profesionales que, por imperativos del sistema, sirvieron, mientras se hallaban en activo, las funciones de juristas independientes, aplicadores del Derecho objetivo en vigor y únicamente sometidos al imperio de la ley. Tampoco es el caso de compararlas con las de los juristas que, provistos de una formación especializada, se dedican –exclusiva o preferentemente– a la reconstrucción y/o edificación de la equidad. El panorama general es más variado. Existen testimonios históricos –como los que abrieron los caminos del Derecho Internacional Público o nacionalizaron las bases del Derecho Hipotecario– de descubrimientos y adelantos cuyo prestigio provino de lo *espontá-*

neo y enérgico de las reacciones desencadenadas frente a los medios institucionales que, por hostilidad, los contrariaban o, por desconocimiento, ignoraban lo mejor de sus merecimientos y valores. Se jugaba desventajosamente a falta de la *asimilación generalizada, incondicional y devota* de unas verdades que aún no habían pisado tierra firme ni adquirido la difusión consiguiente a su peso específico. Sin decir nada más, mucho enseñan y algo hay que aprender de estos ejemplos y aleccionamientos.

Los aplicadores del Derecho –integrantes de los órganos de la jurisdicción o intérpretes extrajudiciales– tienen que adoptar, con frecuencia, soluciones que, bajo el imperio de la ley, pugnan con lo que la equidad exige y se olvidan de sus excelencias. Carecen de alternativas tentadoras o de rumbos fiables de navegación para culminar la tarea que llevan a cabo. Cuando estos entorpecimientos conmueven a una opinión pública dispuesta a contrariar sus irrupciones, se constituye un *estado de crisis ético-jurídica* que indica el camino corrector a seguir y, hablando con propiedad aristotélica, *se decide a llamar por su nombre a uno de los calvarios de la aventura equitativa.* Los reveses debidos a la imposibilidad o la dificultad extraordinaria de actuar equitativamente enturbian el círculo vital de los devotos del Derecho justo, si bien las decepciones que acarrear –lejos de atenuar el mordiente de los *procesos de reacción*, intimidar a sus protagonistas o inducir a un entreguismo resignado– *refuerzan el espíritu y la determinación de rebeldía* frente a los agravios que la equidad padece. Estos experimentos conciencian de la *servidumbre del fracaso* de los arbitrios de justicia material a los que el legislador deniega el espacio y las oportunidades propicias a la recepción de la equidad. No es menos de intuir la *grandeza del sentimiento de la propia dignidad* que –inspirando las modalidades de reacción– propugna un futuro en el que la *racionalidad absoluta y flexible* del sistema judicial compense a cuantos, abatidos por esos desalientos, no desesperan de saciar el hambre y la sed de justicia de sus ilusiones pendientes. Impidiendo, por encima de todo, que el sentimiento de equidad y las emociones que apareja se vuelvan irreconocibles y que –andando el tiempo que agrava lo doloroso de su ausencia– se esfumen en el nostálgico paisaje de uno más de los *paraísos perdidos*.

Los cultivadores de la *equidad a tiempo completo* –más puestos al día de sus peripecias y accidentes– la manejan con la soltura propia de quienes, sin adoptar una *postura antisistema*, prefieren acudir a los modos usuales de composición para imaginar, discurrir y resolver –auxiliados por el *uso equitativo del Derecho*– conforme a las reglas del depósito del orden natural. *Cuantos, sin formalismos técnico-jurídicos, apelan reflexivamente a la equidad que, en todo o en parte, sustituye a las normas del Derecho Positivo, no ven frustrados sus propósitos*, pues, por definición, acondicionan los ingredientes de un *sentimiento equitativo* cuyo carácter institucional obliga a mucho más que a atrincherarse en las zonas tácticas de la resistencia. Quienes, en cambio, han tropezado con las barreras insalvables del imperio de la

ley contabilizan los reveses de las ilusiones equitativas frustradas por lo imponente de esos desencantos. Su ambición estimula un *ejercicio tenaz de reflexión sobre lo indispensable de difundir y asentar, sin dar un paso atrás, los temperamentos de equidad que la sensibilidad de sus descubridores asume, sí, una vez concretados, los sistematizan y aplican saludablemente*. Huelgan otras consideraciones para mostrar lo razonable de estos argumentos. El entendimiento y la voluntad de los juristas son más admirables cuando encaran problemas de dificultad reconocida –como los relativos al debate sobre la exaltación de la equidad– que si sus desvelos de aprendizaje equitativo no sufren esas trabas y gozan de aportaciones formativas que no siempre aprovechan exhaustivamente. Algo que, sin constituir piedra de escándalo, ocurre hoy con alguna frecuencia.

El apelar a la equidad, cuando su intervención apremia, salva algunos fracasos de la aplicación del art. 3.1 C.c., una de cuyas reglas hermenéuticas –*rectius*, la *potestad cuasilegislativa excepcional* que asiste a la jurisdicción– deja de actuar si la obsolescencia de las normas jurídicas invalida el esfuerzo de modernizarlas mediante las realidades sociales –del tiempo y del lugar– que convergen en su aplicación. La relectura del art. 3.2 C.c. muestra cómo lo sorprendente de esos cambios aconseja remedios confirmados, más tarde, por la letra y el espíritu de la legalidad fundamental.

La estructura del ordenamiento jurídico –fundada en la correlación de los arts. 1.1 y 9.1 CE– presupone que, además de formalmente válidas, *las normas que lo integran han de ser justas, como conviene a su carácter de protectoras naturales de la libertad y la igualdad*. Lo sensato de esta proposición vence las tentaciones de atenuar el mordiente de los imperativos ético-jurídicos del art. 9.2 CE y negarle la cualidad de heredero del art. 3 II CI (Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947) que resurge en el art. 9.IV EAPV (Estatuto de Autonomía del País Vasco de 18 de diciembre de 1979). Aquellos preceptos no pueden menos de mantener esa exigencia. La justicia reintegra –absorbiéndolas con rigor y coherencia extraños a cualquier maridaje artificioso– la libertad y la igualdad que, como la *cláusula transformadora y social* encarece, los poderes públicos han de proteger contra las restricciones que las hieren de muerte, si intentan suprimirlas, o hacen desmerecer su plenitud, si erosionan los valores ejemplares de su efectividad.

Cuando la regla del art. 3.2 C.c. puede aplicarse sin obstáculos, las *normas del orden natural de la equidad* no se discuten y se acatan. Su invocación preconstitucional de la justicia –respaldada por la letra y el espíritu de los arts. 1.1 y 9.2 CE– forma parte del ordenamiento jurídico postconstitucional que la recibe de buen grado. Tampoco adolece, a la luz de la *cláusula catártica* de la DD 3 CE, de la llamada impropriamente inconstitucionalidad sobrevenida y se caracteriza por todo lo contrario. No peca de *inadecuación a los principios y preceptos constitucionales* y se armoniza, sin estridencias ni fisuras, con la *moral paradigmática de la legalidad fundamental*.

5. Valoración del impacto equitativo en cuanto a la protección y garantía de los derechos subjetivos e intereses legítimos a que sus repercusiones alcanzan

He ahí la moderación visible –debida a reflexiones morales que se fundan en la *idea de liberación*– de un principio de seguridad jurídica subordinado a la *demanda de justicia que se dirige a los legisladores positivos*. Son varios los modos con que la equidad *se habrá de ponderar en la aplicación de las normas jurídicas*.

El primero de ellos –omnicomprensivo y exigente– requiere comprobar si la norma jurídica aplicable merece la consideración de justa, o sea, de *saludablemente persuasiva, amoldada al dictamen de la recta razón, plegada al buen sentido y exenta de taras descabelladas o arbitrarias*. Un juicio desfavorable o negativo puede llevar a suspender su aplicación –con eficacia limitada a los ámbitos subjetivo y objetivo de la controversia– o a plantear, por vía del art. 193 CE, una cuestión de inconstitucionalidad que, arguyendo la contradicción con los arts. 1.1. y 9.2 CE, proponga la declaración de nulidad de aquella o la *fórmula reinterpretativa* que, sin llegar al punto de abolirla, señale las hipótesis en que, por no mediar el vicio atribuido, tampoco se aprecia menoscabo de la justicia material.

Otro entendimiento –de proporciones medias– cercena o suprime, en función del rigor equitativo con que se interviene, solo una parte de las consecuencias de la norma jurídica cuestionada. Se proscribire y evita la subsistencia de parcelas o *zonas viciadas* cuya cauterización repone la dosis de sanidad residual que depura la regla de Derecho objetivo y frena la metástasis de sus componentes patológicos.

Un último significado admite que el adverbio «... *expresamente*...» –empleado en el art. 3.2 C.c. para indicar cómo y cuándo puede el legislador autorizar un juicio de equidad indivisible e íntegro– no solo quiere decir «... *de modo literal y terminante*...». Al debatirse la interpretación del art. 1.131 C.c. en el régimen de las obligaciones solidarias, prevaleció la tesis de que esa parte invariable de la oración también podía entenderse como sinónimo de «... *inequívocamente*». Conclusión que, exportada a la regla del art. 3.2 C.c., confiere al enjuiciamiento de equidad un alcance que amplifica la *lectura originalista* de su recepción. El *sentido propio* del adverbio desborda, gracias a esa elasticidad, el *exclusivamente literal*, ya que, según el art. 3.1 C.c., *lo propio es el género cuyas respectivas especies residen en lo textual, de una parte, y en lo plausiblemente razonable y lógico, de otra*.

La excelencia de *descansar en la equidad* se predica de las resoluciones judiciales en que, ante el sentido propio del verbo conjugado, la congratulación moral e intelectual –deparada por la *identificación con el concepto de lo justo*– dimana de una comprensión espontánea, de la bondad de las vibraciones emotivas y de su corajudo poder de convicción, desechando cuanto, por artificioso o forzado, se encuentra fuera de lugar. *Descansar* no es asir-

se mecánicamente –ante los *riesgos de perder el norte*– a la norma equitativa rectora del problema, sino cuidar de que, sin razonamientos fatigosos ni discursos traumáticos, lo justo –expresión emblemática del *bien que tiende a difundirse*– fluya naturalmente del sentimiento de la equidad inspiradora.

La operación jurídica feliz del *uso equitativo del Derecho* se funda en la acertada selección y en la aplicación materialmente justa de las normas del orden natural que, a ritmo galopante, invaden muchos de los espacios ocupados por el fervor del positivismo legalista. Aunque el positivismo no va a batirse en retirada ni abriga de lejos semejante propósito, sí que aprecia el tamaño de las razones aducidas y debe atribuir a la equidad el papel que le incumbe jugar en los procesos de producción de las normas de Derecho objetivo. *Estas han de responder a interlocuciones sociales auténticas –merecedoras de llamarse así– y no a la decisión de los legisladores que, tras fabricarlas a la medida de su voluntarismo político, las trasladan al ordenamiento jurídico.* De ahí, la obligación de difundir –en cuanto parte del contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho fundamental reconocido en el art. 20.1 CE– el cuerpo de *información veraz* que, con la diligencia propia de las peculiaridades del caso, divulgue las ventajas de la *penetración de la equidad*. Provocación, avance y recepción que –lejos de suscitar la indiferencia o la inmersión en el olvido– se predicán de los *mensajes históricos notables* que, como el relativo a la importancia y la propagación de la equidad, toca a todos asimilar aquí y ahora.

6. Reflexiones que suscitan el fenómeno de la generalidad de la ley y la probable crisis de su preponderancia

El Derecho establece los niveles de generalidad con que sus mandatos y prohibiciones –tendientes a ofrecer, sin oquedades ni vacíos, regulaciones exhaustivas– ordenan el *mayor número de los episodios conflictivos previsibles y emergentes en los contactos de la vida individual y social de relación*. Ampara intereses que, pugnando por prevalecer, obtienen la tutela justamente rehusada a otros incompatibles con su permanencia. El proceso generalizador de las soluciones del tratamiento de conflictos se compone de una serie de *actitudes notables*. Hay percepciones de principio, llamativas y toscas, cuyo rudo apetito de justicia material llama poderosamente la atención y afluye a una *cautividad emocional*. Le siguen tentativas –no menos incipientes– de seleccionar, mediante propuestas jurídicamente inobjectables, las cuestiones relativas a unos intereses colectivos cuya policromía –en el todo de la sociedad pluralista o de los grupos encargados de mantenerla erguida y no desvertebrarla– evidencia la generalidad de las normas que velan por su suerte. Un paso más, y se vislumbran los avances que –alzando el velo de las falsas pretensiones sociales y divisando las auténticas– emprende e intenta culminar la Ciencia de la Legislación o Política Legislativa. Lo contrario de

la ligereza y de las prisas con que operan los legisladores incapaces de advertir las mudanzas –relevantes o harto sensibles– que el Derecho Positivo registra en el curso de una *esperanza de vida* breve o duradera. Cuentan, en fin, los resultados –judiciales y extrajudiciales– que acreditan esa generalidad y el cumplimiento de las obligaciones destinadas a satisfacer las demandas sociales que de antiguo los vienen reclamando.

Este proceso no se exime de las impredecibles amenazas del futuro ni del cortejo de degeneraciones o efectos perversos que aminoran su velocidad de crucero o tuercen la rectitud de sus aspiraciones. Anomalías que desconciertan y cohiben cuando, sin interposiciones nebulosas, se enfoca su desoladora panorámica y se diagnostican los males que llevan consigo. Acobardan a la opinión pública, pendiente de sus justas reivindicaciones, y destruyen las ilusiones de salvar –a través de una imagen amable del verdadero rostro del ordenamiento jurídico– *una generalidad expansiva que –hay que repetirlo– tiende a difundirse, porque da fe de las aportaciones hechas, en nombre del bien, a la causa de la defensa del Derecho justo*. La generalidad gravita sobre la base física o ámbito territorial de la soberanía política del Estado legislador, más allá del cual son jurídicamente inestables y, a veces, surrealistas las tentativas –¿debidas a las compulsiones egocéntricas, al uso político del Derecho o a la devoción por la justicia material?– de una desorbitada irradiación. La generalidad vence a la fugacidad del tiempo y explica la *infallibilidad histórica* –distinta de una *inerrancia* extraña a las disciplinas del espíritu– que concibe el Derecho como la *herramienta indispensable para proveer a las condiciones de la coexistencia, la colaboración y la participación de sus destinatarios*. Tres constantes de la definición de un *bien común* que, según la evolución del pensamiento secular y sus connotaciones neotomistas, coincide con la moderna idea del *acervo de los intereses generales* que cita el art. 103.1 CE. Sus rasgos diferenciadores afectan a la sociedad pluralista o a los grupos sociales significativos que, a la luz de los arts. 9.2 y 20.3 CE, congregan a los individuos cuya libertad e igualdad efectivas proporcionan las claves de su prosperidad.

El Derecho modera los antagonismos que –ante el alud de los conflictos sociales, hostiles a un *quietismo sin asomos de cambio sensible*, y el axioma de que *lo módico de las libertades impone ocurrencias solidarias para repartirlas*– enfrentan a las personas físicas y a las comunidades de la sociedad pluralista. Sumando un *elemento espiritual* al *componente mecanicista* o material de las colectividades escuetas o grupos inorgánicos, el Derecho cuida de animar, como apunta el art. 9.2 CE, las acciones transformadoras de los seres humanos que –en las situaciones referidas por los arts. 9.3, 10.1, 15, 17.1, 25.2, 40.2, 41, 51.1 y 129.1 CE– combaten las afrentas infligidas a su dignidad, rechazan los atropellos de sus bienes y/o derechos, y denuncian su indefensión frente a las violaciones impunes de su elenco de seguridades.

No obstante lo pésimo de estas conjeturas, la relativización del imperio intelectual y material del Derecho Positivo y las objeciones que motiva no

borran la evidencia de que *sus principios y preceptos se mantienen enhiestos y al alcance de sus consumidores*. Lo acreditan los *signos de una civilización cointerpretada* por los legisladores, los jueces y los agentes sociales que, gracias a las orientaciones y doctrinas con las que están comprometidos, resaltan los méritos de su contribución, subrayan los defectos de sus involuciones y proponen las renovaciones coherentes con el espíritu de cambio. Las contradicciones se agravan observando que –pese al arraigo del Derecho objetivo, en los pagos del Estado social y democrático de Derecho, y la resistencia a desahuciarle de sus *fortificaciones conquistadas– la excelencia de la generalidad de las leyes se desdibuja en ocasiones y se calma el tono de los elogios incondicionales que se le dedicaban*. Los *conflictos de gran cabotaje* –que, a expensas del hecho globalizador, gozan de una frecuencia y fuerza torrenciales– reciben de la ley un *tratamiento achicado*, cuya juridicidad –que no coincide siempre con la justicia de fondo– refleja desteñidamente la generalidad que se disipa. Los *mínimos justos* de ese tratamiento se evaporan en los *espacios lagunosos* –repentinos y atípicos– de los conflictos que, frustrando las expectativas optimistas, impiden vaciar el contenido del depósito de las normas del orden natural de la equidad en las pautas de una justicia material que restaure la normalidad de las relaciones sociales empobrecidas o maltrechas.

Cada vez decepcionan y fatigan más los esfuerzos que, hasta la extenuación, dedican los aplicadores del Derecho a perfilar las aristas de la historia del caso, limar sus asperezas y acoplar sus perfiles a la generalidad ordenadora que se prefiere cultivar. Ello sucede aunque las reglas pobladoras del ordenamiento jurídico respeten la plenitud del sistema de fuentes del Derecho objetivo que permite subsumir el problema en la letra y el espíritu de unas normas elegidas impecablemente. La tesis de que, para sortear los reparos debidos a la existencia de las lagunas del Derecho, bastan las fuentes secundarias y terciarias, mitiga, sin darle salida, el problema del *cumplimiento de la prestación de justicia* que los aplicadores del Derecho objetivo audean a los protagonistas de sus controversias. Estos tienen derecho a obtener una declaración sobre el tema de fondo que, independientemente del signo favorable o adverso del *fallo* recaído, reposa en la aceptación de la solvencia de un discurso acomodado a la regularidad del Derecho constituido. No por ello se logra el *óptimo de la justicia material* que, aunque imposible o muy enojosa de perfeccionar, persiguen las demandas sociales que tenazmente aguardan las *respuestas de impregnación equitativa*.

La lectura pausada del art. 5 II C.c.(89) –sucedido por el art. 1.1 C.c.– enseña que, conforme al sentido propio del adverbio empleado, *han sido y siguen siendo escasas las oportunidades que la ley tiene de aplicarse exactamente al punto controvertido. La exactitud presupone una individualización insustituible y delicada, que no emana, sin más y automáticamente, de la nota de generalidad previa al esfuerzo de la subsunción o al encaje del episodio histórico en el supuesto fáctico de la norma jurídica*. Esta es apli-

cable, pero *casi nunca exactamente*, si se repara en las estadísticas procesológicas que acusan laxitudes ajenas a la *exactitud irreprochable de corte académico* que –¿acaso precipitadamente?– presumió la euforia codificadora. Ante lo perentorio del adverbio empleado y lo silente del Derecho consuetudinario del lugar, el art.5 II C.c.(89) situaba en los umbrales de la justicia material e invitaba a servirse de una fuente terciaria o *principio general del Derecho cuya invocación de la equidad incorporaba la palpitación y el sentimiento de lo justo*. A falta de una esmerada exégesis de lo que la noción de *ley exactamente aplicable al punto controvertido* suponía, se despreció un aspecto de la imaginación y el ingenio –típicos de la sensibilidad interpretativa de entonces– con cuyos cualificados pareceres se contaba. Se imprejuzó el alcance de un *adverbio de modo* imprescindible para delimitar el *universo equitativo* subyacente a la redacción original del art. 5 II C.c.(89). Acercándose a este cúmulo de problemas, la *teoría egológica del Derecho* les dedica reflexiones muy clarividentes.

Se objeta, frente a la aplicación generalizada de la ley, que los conflictos judicializados dependen de las variables acepciones de la idea –novedosa y un tanto complaciente– de la *efectiva tutela judicial* y de las condiciones que, subjetiva y objetivamente, limitan las vinculaciones al efecto de cosa juzgada material. No parecen contar las perturbaciones sociales –*efectos secundarios* o, como la nomenclatura en boga gusta de bautizarlas, *consecuencias colaterales*– que afectan a situaciones jurídicas conexas con el debate abierto, ni la tangencia o la interpenetración de episodios que, acusando las resonancias del conflicto, complican su identificación inequívoca y empañan la visibilidad de su imagen.

Hay que adoptar *métodos convincentes de disección de las resoluciones judiciales* –distintos de las abreviaciones que omiten las analogías y diferencias entre decisiones que, coincidentes a primera vista, están lejos de serlo– e intensificar los esfuerzos por advenir al fondo de las cosas. Muchas rebajas de la justicia material derivan de simplificaciones conceptuales y históricas que una reflexión más detenida puede y debe poner de relieve, subrayando las imprecisiones y/o defectos que incurren en análisis superficiales, fomentan las ceremonias de la confusión, prestan un flaco servicio a la verdad e impiden especificar las variedades provechosas del pensamiento judicial.

7. Ventajas inherentes a la divulgación del valor de la equidad, como reflejo de la justicia material, y a la puesta en práctica de sus operaciones

Abundan los ejemplos de proyectos tecnológicos, sociales o económicos cuya trascendencia –notoria y duradera– requiere *aglutinar indivisiblemente* las voluntades de cuantos, racionalizándolos esmeradamente, *se han pro-*

puesto llevarlos al mejor de los fines. La naturaleza y la magnitud de esos planes les confieren una *complejidad onerosa* que, durante su ejecución, puede provocar divergencias tan lógicas como imposibles de prever hasta la aparición de sus reparos. *Tales anomalías o disidencias de criterio solo se salvan, so pena de un irremediable fracaso, con los temperamentos de equidad que –al pacificar las contradicciones surgidas y acortar las distancias que entre ellas median– preservan la identidad de los objetivos centrales del proyecto iniciado, fortalecen su fisonomía y animan la voluntad de culminarlo.* El acceso a la jurisdicción no es la mejor de las opciones en casos que, como estos, se distinguen por su tecnicismo embrollado y por lo letal de las demoras debidas a tales objeciones. Puede hacerse alguna precisión al respecto.

Cabe que, mientras avanzan las actividades de proyectos o planes de alguna entidad, quienes comparten los objetivos fijados y se precian de su elección afortunada, formulen reparos dirigidos a que, previo examen de su alcance, se decida si es dable o no modificar ciertos contenidos parciales del trabajo en curso. *No se trata de disidencias accesorias ni de problemas de menor cuantía, aunque sus partidarios presumen, de la mejor fe, de que la incorporación de sus propuestas mejorará la eficacia de un proyecto que nadie quiere entorpecer.* En pro de esta actitud se aduce que las *líneas de esfuerzo* –ya trazadas y en vías de un desarrollo regular– respetan las previsiones básicas de origen y que se mantiene la *adhesión sustancial* de los defensores de unas tomas de posición accidentales que no astillan ni pervierten la coherencia de los ideales comunes. Ni de lejos pretende abrirse un *frente rupturista* que deshaga el trabajo bien hecho e impida continuar el que se halla pendiente de realización. Las filas se cierran en torno al propósito de salvar, cuanto antes, las dificultades expuestas y de *proseguir una tarea unánimemente aceptada*, cuya perfección aguarda el momento de darla por hecha en *condiciones, erguidas y animosas, de solidaridad y de confianza mutua.*

El éxito de lo proyectado requiere adoptar posturas colectivas que eviten los desmerecimientos arbitrarios de las parcelas de su totalidad, so pena de aceptar –contra los fueros de la sensatez– que la explosión de un reparo destruya el valor absoluto de la operación afectada por la disidencia. *Hay que pacificar y reponer celosamente la duración natural de los espacios de tiempo necesarios para concluir una tarea incompatible con tardanzas nocivas que agostan la utilidad de los medios y la consecución de los fines a que se enderezan.* Sus objetivos sobreviven y no tienen por qué padecer la máxima crudeza de las contradicciones que, aunque surgidas tempestivamente, amenazan con paralizarlos o mermar la *velocidad de crucero* que les es debida. El *valor de lo social* condena las reacciones –impertinentes y petrificadas– que, a través de estos cismas domésticos, socavan la fe en la realización del programa previsto y en la calidad de fisonomía. Según las experiencias verificadas y vividas, las cosas son así y no de otra manera menos agresiva para

quienes soportan las cargas de enfrentarse a los cambios y gestionar –serena y positivamente– sus vicisitudes.

No es aconsejable recurrir al remedio consistente en judicializar estos conflictos. Una o más disidencias –incluso las que median entre lo sustancial y lo accidental del proyecto– causan fricciones de calibre variable entre cuantos comparten la ilusión por el éxito del programa. Las obcecaciones de la condición humana pueden trocar en *hostilidades radicales* –más propias del egocentrismo discrepante que del amor a la verdad puesta en tela de juicio– las diferencias que, sin ser antagónicas, se defienden con el ardor suficiente para constatar que, aunque importante, lo debatido es accesorio respecto a la naturaleza principal de la finalidad pactada. El radicalismo borra la coafección imprescindible para apreciar lo baldío del enfrentamiento –desproporcionado con las circunstancias que le determinan– y apresurarse a disolverlo. Cualquiera que sea la suerte de una *discrepancia de arte menor*, su superación –*pasando página*– condiciona el éxito de una labor cuya continuidad debe verse mínimamente afectada por tales incidencias. El efecto no puede ser más lastimoso si, en vez de conseguirse una solución equitativamente aceptable, el triunfo de un parecer disconforme se eleva intransigentemente a elemento esencial de esa continuidad. Las asperezas del proceso judicial –dirigido a zanjar la polémica– y el ambiente de hostilidad en que se inscriben determinan que *el desacuerdo sobre algo secundario haga trizas la reciprocidad central e indivisible, que ha de primar sobre lo periférico de las disidencias habidas, y esterilice una empresa digna de mejor fortuna.*

La consolidación de las *crisis menores* lleva frecuentemente a desistir de iniciativas futuras en que –dadas las características del *proyecto tocado del ala*– el dinamismo de la libertad de empresa en una economía de mercado implica el *ejercicio de un derecho función*, con las connotaciones que, a la luz del art. 38 CE, esta calificación acarrea. El fracaso de algo tan delicadamente proyectado nace de un desacuerdo que –si, a primera vista, parece secundario, porque no es otra su naturaleza– se promueve en términos cuyo radicalismo impide salvar una dificultad superable hasta entonces. No se falta a la verdad añadiendo que la *judicialización del problema* va más allá de un mal menor y es excesiva para abordar las objeciones que rechazan una *terapia de efectos explosivos*. Amén de los retrasos y del cúmulo de perjuicios intuibiles, los enfrentamientos de la contienda judicial evaporan, sin visos de recuperación, el espíritu de cooperación y diligencia indispensable para rematar un proyecto que, si antes era apetecible y útil, llega a paralizar la prestación normal de los servicios esenciales adeudados a la comunidad. Una exigencia que, de pasada, late en los arts. 28.2 y 37.2 CE.

Piénsese que *asimismo se está jugando con el tiempo*. Las demoras que la lentitud del proceso judicial y la secuencia de las impugnaciones admisibles –fruto del encono y/o la exacerbación del amor propio– imprimen a la ejecución de un proyecto cuya celeridad es capital, hieren de muerte el tracto del programa previsto y quebrantan la regularidad de su ritmo. Ha surgi-

do una fuerza mayor que, al romper la continuidad de las actividades afectadas, desata incomodidades y sospechas que incitan a la *voladura incontrolada del espíritu de cooperación*. Desalienta la imposibilidad de respetar los plazos del cumplimiento convenido y reanudar una tarea que habría concluido –gracias a la solución del conflicto– de no haberse interpuesto esa tardanza desproporcionada. Toda una *carga de profundidad* desordena, cuando no aniquila, lo que ha sido objeto de una minuciosa racionalización. Hay que recomponer las previsiones sobre la prolongación del trabajo afectado e iniciar la *excursión consiguiente en busca del tiempo perdido*. Está entonces a punto de esfumarse un elemento indispensable para cortar la acritud de los enfrentamientos y mantener ilesa, sin riesgos de dislocación, la *base del negocio* que aglutina los elementos originarios del proyecto.

Las acideces –cuando no la *saña de los enfrentamientos procesales* que desgarran la uniformidad de los criterios aptos para el triunfo de las operaciones principales– y la congelación o el cambio anómalo de las actividades a que las disidencias se refieren, amenazan el tratamiento –expeditivo y justo– de problemas que no pueden continuar irresueltos más allá de su momento de inflexión, ni alterar la regularidad de las funciones sociales y económicas que abarcan. Hay que impedir las erosiones derivadas de acudir a la jurisdicción para esclarecer puntos cuya atención rebasa la capacidad de la que –con los prejuicios de una *efectividad minimalista*– se denomina *efectiva tutela judicial*. Recomendable es apelar, sin titubeos, a los *modos de composición que prestigian el crédito del tratamiento equitativo* y amparan los intereses abocados, si así no se reacciona, al injusto fracaso de unas apetencias que pierden la oportunidad de ascender al rango de verdaderos contenidos de derechos subjetivos o situaciones jurídicas afines.

8. Exaltación constitucional del sentimiento equitativo y de las energías determinantes de su ‘efectividad transformadora’

La decisión de recobrar la asistencia de la justicia material, fomenta las tentativas –imaginativas y acuciantes– de atribuir a la equidad y a las variantes ético-jurídicas de su divulgación un *espacio habitable* para diagnosticar los defectos del Derecho constituido y engrosar algunas simplificaciones. Cunde la convicción de que, sin demérito de la *gran aventura* que culminó el modelo del Estado social y democrático de Derecho y esculpió sus trazos generalizadores, las *insinuaciones individualizadoras* –comprometidas con la tutela de la dignidad individual– aumentan las oportunidades experimentales y el tino de sus orientaciones. Nadie ignora –so pretexto de adherirse a verdades que, antaño inamovibles, han resultado *no serlo* o acaso *serlo menos*– lo temerario de *apostar sin condiciones* por una generalidad del Derecho que, despertando explicables reservas, no se concilia con las progresivas mutaciones del semblante de las normas jurídicas.

Los ejemplos –sugerentes, a primera vista, de una contradicción en los términos– de la *legislación de caso único*, confirman, cuando no encierran un privilegio abominable, que, en más de una ocasión, parece *haber perdido el norte* la nave que, sin aparentes sobresaltos, surca los mares en que el Derecho objetivo dispersa sus mandatos y prohibiciones. El legislador –consciente de las afinidades de los hechos cuya reiteración y notabilidad justifican la necesidad de las leyes– hace, por una vez, tabla rasa de su carácter impersonalizado y general. Para simplificar el raciocinio deductivo de las resoluciones judiciales, prescinde y dispensa de una o más de las operaciones de subsunción acostumbradas. Innova un modelo de *legislación excepcional* que no descansa en prejuicios suspensivos de la generalidad. Decide equitativamente una cuestión –modesta o menos relevante– que, *sin inscribirse en el marco excelso de los intereses generales*, atañe a los *intereses legítimos* cuyos portadores ostensibles son las personas físicas o los grupos intermedios en que, según los arts. 9.2 y 20.3 CE, se integra el individuo para estabilizar la sociedad y afianzar sus compromisos de transformación.

La *veneración de la igualdad* se funda en el axioma filosófico que, lejos de hacerla consistir en *dar a cada uno lo mismo mediante las acciones generalizadoras habituales*, requiere *fixar las pautas de individualización equitativa que deslindan lo que le pertenece y se debe poner a su alcance*. A saber, la parte que le toca en el reparto de las existencias de una justicia material cuya disponibilidad es –dentro de la ciudad terrestre– *la de unos bienes y derechos escasos que difieren de los ejemplos de malversación ofensivos para con la equidad y socialmente escandalosos*. Su adjudicación viene dada –con sensibilidad equitativa y sin los *raptos de animosidad confiscatoria* a que, de vez en cuando, asienten los legisladores– por lo palpable de unas privaciones tan evidentes como convulsivas.

Nada de ello tiene que ver con la insolente predicción marxista que, desvelando el verdadero rostro del que se dio en llamar *fin de la Historia*, auguraba unos escenarios de convivencia idílica, purgados de emulación competitiva y proyectados para *dar a cada uno según sus necesidades –sujetas a un insaciable crecimiento– y exigirle conforme a unas posibilidades fáciles de escamotear o reducir*. Se incentivaba así la holganza de cuantos, diciéndose más necesitados, *se solazaban con el fraudulento designio de rehusar los actos debidos de cooperación y adueñarse, voraz y simultáneamente, de los frutos del esfuerzo ajeno*. Para incoar en equidad los procesos de igualación pendientes, se han de desigualar los estados de cosas que, pese a las falaces apariencias de analogía o semejanza, destilan la sustancia de lo que, haciéndoles ser ellos mismos, los identifica, sin equívocos, y los distingue de los que están lejos de serlo.

La jurisdicción se toma, si es preciso, el trabajo de *convertir el Derecho en justicia* por medio de estas comprobaciones, pero –sí, a falta de ley, no puede hacerlo– *el legislador de caso único no se cruza de brazos y espera a que, según el principio de justicia rogada y el juego del sistema de fuentes*

del Derecho objetivo, los órganos judiciales apliquen la costumbre o los principios generales del Derecho a que remite el art. 1.7 C.c. La modalidad que, superando esas dificultades, constituye una *acción cuasijurisdiccional* del Poder Legislativo trasluce la *reacción equitativa del legislador ante una realidad injusta cuyo desafío le sorprende*. Ello impide tachar de privilegio el remedio adoptado para corregirla. La operación es perentoria, aunque el riesgo de daño de los intereses generales –debido a la subsistencia de ese entorpecimiento– parezca mínimo y aun discutible. El legislador responde a una *obsesión testimonial* preponderante, en equidad, sobre una exigencia técnico-jurídica –la de la generalidad de la ley– que no comulga con las iniciativas de este signo. La situación recuerda, guardadas las distancias, una *incursión en mora legislativa* que ha de rectificarse de inmediato. *Liquidando el estado de cosas injusto, el legislador se mueve en circunstancias que no son de interés general ni desigualan materialmente a ciertas personas o grupos*, pero responde al llamamiento de la *fuerza moral* que marca el ritmo de sus compromisos normativos. Constata lo indeseable de una situación que escapó a su capacidad de percibir y de prever, aunque, al cerciorarse de su gravedad, cuide de sanarla con el mismo esmero –constitutivo de la solicitud y diligencia exigibles– que si, ya conociéndola, dispusiera de remedios aptos para impedir su inopinada emergencia y sus inconvenientes. El que no haya constancia –aunque se pueda dar a corto plazo– de una demanda social extensa y respetable, no excluye que, fiel a la naturaleza de las cosas, la legislación progrese con la misma energía que si la localización del caso único fuese notoria tiempo atrás y exigiese el amparo que se le otorga de presente. La fórmula de la *cláusula transformadora y social* del art. 9.2 CE explica lo novedoso de este pensamiento y lo equitativo de sus capítulos experimentales.

La obsesión por promulgar un Derecho justo –fruto de las auténticas demandas sociales y no del *pensamiento o la piedad de los deseos*– ha sido relativamente ajena a la *testarudez positivista* de los sistemas jurídicos modernos. El examen de las innovaciones del constituyente descubre iniciativas de signo contrario. Esta ilusión no solo ilustra pedagógicamente –decidiendo si son o no justos– los actos de aplicación del Derecho objetivo. También persigue que –ante la comunión del valor superior de la justicia material con la modernización de la equidad– prevalezcan los resultados de una irrupción beneficiosa y sugestiva.

Los arts. 1.1 y 9.2 CE proyectan sus *haces de luz cegadora* sobre el art. 3.2 C.c. –victorioso en la prueba de depuración que establece la DD 3 CE– y reconvierten el TPC.c. (Título Preliminar del Código Civil) en un *desarrollo normativo cuasiconstitucional de las garantías de la seguridad jurídica*. La *ficción de postconstitucionalidad* aloja ese pasaje en un bloque cuya indivisibilidad, que refuerza las aspiraciones del jurista, desvanece las brumas del *miedo al vacío*. De aquí forman parte las *normas postconstitucionales* –resto del ordenamiento jurídico subsiguiente a la instalación de la

legalidad fundamental– y las *preconstitucionales* que, expuestas al *control catártico* del constituyente, no pecan de inconstitucionalidad sobrevenida, pues no se oponen frontalmente –aunque, en algún que otro aspecto accidental, los erosionen– a los principios y preceptos constitucionales con los que van a convivir. La *aceleración de su incesante retorno* revive los aspectos más álgidos de la aventura del Derecho justo y aviva el propósito de localizarlos en el horizonte constitutivamente histórico de la razón práctica. Buenas dosis de imaginación y lucidez hacen falta para encarar los problemas que van a plantearse con este motivo.

9. Significado de la ‘ponderación de la equidad’ en la aplicación de las normas de los sectores del ordenamiento jurídico que necesitan de semejante auxilio

El deber de *ponderar la equidad* no queda al arbitrio de los aplicadores del Derecho objetivo ni depende de la naturaleza –rígida o flexible– de las normas jurídicas en que acontece su injerencia. *Se predica de cuantas situaciones polémicas necesitan instintivamente de una intervención justificada por el papel que la equidad asume, administra y despliega*. La premura de la operación es un requisito indispensable para que el Derecho objetivo –a punto de desencadenar sus consecuencias– devenga lo imprescindiblemente justo o se aproxime, cuando menos, al ideal de la justicia ambicionada. La desidia o demora en acusar recibo de este encargo es una de las *dilaciones indebidas* que el art.24.2 CE declara atentatorias contra el contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho fundamental de todas las personas a la *efectiva* –un adjetivo cuya fecundidad se ha desvaído– *tutela judicial* de sus derechos subjetivos e intereses legítimos. El descuido y la laxitud metodológica provocan los males derivados de no verificar si la norma jurídica incluye las cuotas de equidad que, para preservar su justicia, deben adornarla, o de acoger una *versión tibia* de la deuda de justicia material cuya integridad no se ha cumplido. La omisión del *previo esfuerzo de saneamiento equitativo* impide considerar justas las soluciones de un problema jurídico concreto, aunque su impecabilidad formal dé la impresión de lo contrario. Es difícil localizar el *acto omisivo* por el que el intérprete –aparentemente fiel al sistema de fuentes del Derecho objetivo– sobrevuela, como si lo hiciera sobre ascuas, los espacios francos de una equidad que, por falta de conocimientos o de arrestos, se abstiene de apreciar y ponderar acto seguido. El art. 3.2 C.c. concibe el acceso a la equidad como la *posesión de un reducto de sosiego y respiro*, pues *descansar es eliminar, barrer la incertidumbre –que retrasa el encuentro con la verdad liberadora– y, hecho esto, construir y enunciar las soluciones que sugiere su descubrimiento*.

Sobran argumentos para demostrar lo grave y lesivo de unas omisiones ayunas de sensibilidad jurídica. La justicia huérfana de la *previa pondera-*

ción de la equidad que ordena el art. 3.2 C.c. se aleja de un bien —el de la *tempestividad*— que se predica de su noción cabal e indiscutible. La justicia —como concepto sintético que ha sido y sigue siendo— apareja la *nota de integridad*, inseparable de su esencia si se imparte en tiempo razonable, y se pervierte cuando —olvidando la puntualidad de su administración— sus retardos originan perjuicios harto difíciles o imposibles de resarcir.

El art. 3.2 C.c. no es un frívolo anuncio de que *lo equitativo está de moda* —como ciertos agentes económicos y sujetos sociales sostienen al defender la *excelencia del retorno a los valores morales* que alaban con entusiasmo sospechoso— y sí una sosegada invitación a examinar los rasgos de la mediación equitativa, a escrutar sus aspectos polémicos y a esbozar su sistema de oportunidades. El art. 3.2 C.c. no se ciñe a *avaluar académicamente* la recepción de la equidad y de la justicia material que, al inspirarla, le infunde lo mejor y más loable de sus contenidos. Como algún otro precepto del TPC.c., el art. 3.2 C.c. —destinado, por definición y enclave sistemático, a facilitar la aplicación del Derecho— abunda en términos que, lejos de ser meridianamente inteligibles, requieren una *interpretación adicional* que ilustre sus funciones esclarecedoras. Acaso sea único en los anales de la *patología de la interpretación* el dato de que una *regla hermenéutica* —cuya inequívocidad tiene que disolver las equívocidades de las normas de Derecho objetivo y dejar su inteligibilidad fuera de duda— *incurra en uno de los vicios cuya corrección se le encomienda* y haya de interpretarse para fijar, como sucede aquí, el *sentido propio* del giro capital del art. 3.2 C.c. El tiempo y el modo verbales del precepto exigen precisar si la norma aplicable —elástica o de Derecho estricto— se ajusta a la equidad, se desentiende de su peso específico o conculca alguna de sus expresiones. Importa igualmente distinguir lo que la *voluntad originaria del legislador* quiso afirmar —cuando la norma debatida entró en vigor— de lo que, al cabo de un tiempo elocuentemente transcurrido, la *voluntad evolutiva de la ley* quiere decir sobre el alcance del verbo «... *ponderar*...». La *equidad de aquí y ahora* obedece a los fundamentos que antaño sirvieron para salvar del naufragio la justicia conmutativa de los contratos de tracto sucesivo o dependientes de sucesos imprevisibles y futuros. *Sin perjuicio de otros cometidos notables, el de ponderar preconiza la modernización del mensaje de las normas jurídicas que, en vista de las experiencias deparadas por el paso del tiempo, devienen patentemente injustas o tan solo conservan un componente de justicia empequeñecido o marginal.*

Nadie ignora la *paternidad personal y académica* de la reforma que, además de las coexistentes con ella, supuso la novedad del art. 3.2 C.c. Este conocimiento explica por qué y cómo se da entrada a un concepto jurídico indeterminado que —plasmado en la *actividad de ponderar*— se singulariza por la flexibilidad, el espíritu de reto y la susceptibilidad de acepciones fundadas en la calidad y el atrevimiento del discurso que desencadena su examen.

Reiterando anteriores ideas, una postura radical defiende la *inutilización equitativa de las normas jurídicas* que —contraviniendo la equidad— merecen

ese trato y ceden su lugar a las proposiciones que la recta razón y el buen sentido extraen del depósito de las reglas del orden natural. Otra actitud, más tenue, propugna la *remodelación equitativa de las normas* mediante los actos de aplicación que, suavizándolas, acomodan a dicho depósito las asperezas del precepto escrito, cuyo texto dulcificado respeta lo sustancial de su mensaje. Una tercera amplifica el adverbio «... *expresamente*...», de que usa el 3.2 C.c. en pro de la aplicación pluridireccional de la equidad, y considera que, aun sin la venia textual de los legisladores, la equiparación del giro «... *expresamente lo permita*...» al giro «... *no lo prohíba de modo inequívoco*...» autoriza a dirimir equitativamente los problemas cuyo sensato enfoque lo aconseje. *El descansar exclusivamente en la equidad designa la querencia o tentación que, confirmada por el vigente sistema constitucional, le asigna un papel arreglado a su celebridad de ahora y siempre.* El permitir *expresamente* que las resoluciones judiciales gocen de semejante tratamiento se equipara –vista la *relectura dúctil* que, para revitalizar el art. 1.131 C.c., se hizo del adverbio de modo– a la de que *el espíritu y finalidad de la ley no vedan terminantemente acudir a ella* para ocuparse de cuestiones que, lejos de rehusarla, claman por su balsámica asistencia.

El art. 3.2 C.c. reprocha las *posturas de insensibilidad* que eluden los compromisos adquiridos con la decisión de conflictos cuya naturaleza impone y no exime de recurrir a la equidad liberadora. *El espíritu y la finalidad del art. 3.2 C.c., a los que fundamentalmente debe estarse, respaldan la tesis de que la aplicación cabal de la equidad tenga lugar, con preferencia, a través de los modos extrajudiciales de composición –conciliación, mediación y arbitraje– que, no por azar o veleidad, se denominan equivalentes jurisdiccionales o sustitutivos procesales.* Se reiteran los reparos –subrayados insistentemente– de una *judicialización indistinta de conflictos* cuyas particularidades fisonómicas no facilitan la unánime acogida de dicha solución. Muchos de ellos no se resuelven satisfactoriamente con la fórmula de la efectiva tutela judicial que el art. 24.1 CE pone al alcance de todas las personas. La *efectividad canonizada* se asocia más a las *garantías de la seguridad jurídica* que al *obsequio del valor superior de la justicia* situado en el vértice piramidal del ordenamiento jurídico y acaparador de la libertad y la igualdad que preceden a los principios y preceptos de la legalidad fundamental y la legislación ordinaria.

10. Proceso de apertura al robustecimiento y la expansión de las exigencias de condición equitativa

El ímpetu de que la naturaleza de las cosas hace gala en punto a la equidad se acrecienta con las pautas de interpretación que, contextual y sistemáticamente, *elevan a la segunda potencia* la prosperidad del mensaje del art. 3.2 C.c. Abierto el ciclo constitucional, los arts. 1.1 y 9.2 CE se inscri-

ben en un *contexto común y general* que, para agilizar la aplicación del Derecho objetivo, se predica –junto con los *contextos particulares y específicos*– de todos y cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico. Como versión modernizante de uno de los elementos interpretativos que el art. 3.1 C.c. convierte en un concepto jurídico indeterminado elástico y extenso, lo relaciona y coordina con el espíritu y la letra de la legalidad fundamental.

Los arts. 1.1 y 9.2 CE enfatizan la vocación a la equidad, porque esa es la misión del criterio interpretativo contextual. Su significación sistemática también tiene importancia, pues, a todas luces, el TPCE alberga el *verdadero preámbulo* de la CE, en vez del que, debido a uno de los *episodios transaccionales del consenso* y contra la realidad histórica de su autoría, encabeza su texto y se cierra con la promesa escalofriante –ocurrencia de *uno de sus padrinos* ajeno a la paternidad de la ley fundamental– de erigir una *sociedad democrática avanzada*. Este adjetivo final solapaba una opción –la propia del marxismo– a la que la voluntad maleable del constituyente no pretendía reservar ninguna de posibilidades flexibles, aunque otra fuera la impresión extraída de su condescendencia semántica.

Del examen del art. 1.1 CE se colige que la contracción gramatical «... del...» –antepuesta a la mención del *ordenamiento jurídico*– descubre un nexo de adscripción o pertenencia –nada tangencial o difuso– a dicho ordenamiento de los valores superiores culminantes de la pirámide que los interioriza. *El valor superior de la justicia figura en el seno de un ordenamiento del que es parte integrante*. Una rotulación inconfundible, que confirma esa tesis, usa de uno de los criterios contextuales de interpretación de la legalidad fundamental. Cuando el art. 147.3 CE reitera, de pasada, el principio de unidad de la soberanía estatal, declara que *el Estado reconocerá los EEA (Estatutos de Autonomía) como una parte integrante de su ordenamiento jurídico –pues el adjetivo posesivo empleado atañe al ordenamiento jurídico estatal citado en los arts. 1.1 y 9.1 CE– y no a sendos ordenamientos jurídicos de las CC. AA.* El art. 147.3 CE, lejos de desvirtuar el reconocimiento que el art. 9.1 CE hace de la unidad y unicidad del ordenamiento jurídico estatal, descarta las tesis favorables a configurar los EEA como *piezas extrañas a la totalidad de ese ordenamiento o centrifugadas de él*. Otros son los *entendimientos alternativos o testimoniales* que emanan de los acontecimientos veleidosos, de la laxitud funcional del régimen de las instituciones y de los acuerdos políticos domésticos que, sorteando los imperativos constitucionales, apelan, con menos comedimiento que osadía, a las *demandas sociales y al espíritu del pueblo*. El art. 1.1 CE pudo emplear la contracción gramatical «... al...» y definir módicamente la justicia *como un valor superior que, desde el exterior, condiciona e inspira la evolución del ordenamiento jurídico, pero que se halla fuera de los confines de su positividad y su estructura*, pues, como los arts. 1.2 y 117.1 CE vienen a decir, el Derecho objetivo es un *producto deontológico de la voluntad del pueblo soberano*. Si no lo hizo, el criterio gramatical de interpretación fuerza la presunción de un

espíritu y finalidad propicios a la significación más ambiciosa que la contracción «... del...» puede adquirir. Cierto que el valor superior del *pluralismo político* permite usar de un lenguaje lo bastante sibilino para devaluar la orientación propugnada. Según esta, la justicia –síntesis de la igualdad y libertad anejas a su indivisibilidad e inseparables de su esencia– dista de ser un incentivo mortecino o una *nebulosa envolvente* que, sin saturar el ordenamiento jurídico, lo impregna o colorea. Para el funcionamiento regular del Estado de Derecho, no basta, si la justicia material brilla por su ausencia, la validez conferida por el positivismo a las *acciones normativas de la legislación* –que secunda los mandatos constitucionales o las pautas del *decisionismo político*– y a los mecanismos del *Derecho derivado subconstitucional*.

La diferencia impresiona, porque la jurisdicción –*intérprete caracterizada de la civilización* cuyas contradicciones le atrapan sin tregua ni clemencia– capta el volumen de las situaciones injustas que, con independencia de otros adelantos, generan el *hecho globalizador* y sus *divagaciones osmóticas*, tanto por la expansión de sus efectos negativos, cuanto por lo inviable de una contundente represión judicial. No es causal que los diversos frentes de la jurisdicción compartan, frente a las estrecheces de la metodología, la *voluntad indeclinable de transformar el Derecho en justicia y no en otros productos de autenticidad discutible*. Tampoco hay que olvidar las *operaciones de publicidad* que –aireadas por los medios de comunicación y potenciadas por la desinformación de la opinión pública– miden, con varas de longitud variable y arbitraria, la extensión y la intensidad de la injusticia que gravita sobre la indefensa humanidad. *De ahí que esté servido el germen de la rebelión contra los resultados colaterales y funestos –que haberlos, los hay– de ciertas intransigencias del positivismo legalista.*

La invención de un *Estado judicial de Derecho*, amén de sagaz y pertinente, se relaciona con esta alentadora propensión. Tal es su consigna –central o de fondo– y no los desvaríos que le imputan los grupos sociales hostiles a la veracidad informativa, intencionados ignorantes sus contenidos conceptuales e históricos, y explotadores de un sensacionalismo incompatible con la rectitud de intención. La idea de un *Estado judicial de Derecho* es, además de una ocurrencia afortunada, la confesión, a voces, de que *algo se está moviendo o quiere moverse en estos pagos*. Las decisiones de transformación pertenecen al signo de los tiempos y engrandecen la labor de aplicación de las normas jurídicas. La *noción de justicia material* conecta con el sentido propio de la *contracción ortográfica* –formada por la preposición «... de...» y el artículo determinado «... el...»– que introduce el art. 1.1 CE. La justicia se superpone, como pirámide menor, a la base superior del tronco de pirámide en que la *imaginación geométrica del normativismo* jerarquiza y apoya el sistema del Derecho objetivo. *La lectura del art. 1.1 CE tiene de impresionante y novedoso el que no sea el texto constitucional y sí el concepto de justicia sustancial, intuida y ansiada por todos, el que, dentro del ordenamiento jurídico y no fuera de su continencia, reconquista la posición*

más encumbrada. La legalidad fundamental no es entonces la norma suprema y adquiere un rango dependiente de la jerarquía que impone la *lectura no encogida e intrépida* del art. 1.1 CE. Quizás convenga releer el art. 5.1 LOPJ y hacerle decir que –allí donde proclama la *supremacía de la carta política* y calla sobre las preferencias del imperio de la justicia material– *el haz o conjunto de normas supremas del ordenamiento jurídico reside en las pautas que el valor superior de esa justicia absorbe y dota de la posición eminente que el art. 1.1 CE le adjudica.* Con otras palabras, *las operaciones de factura constitucional y de legislación en sentido material o vertical, lejos de presumirse justas, se someten, de entrada, a los controles ejercidos en nombre de la justicia material y de la equidad que de ella está fluyendo.* Conclusión suficientemente incitante para que –gracias al aliciente de su discurso inspirador– se oponga a cuantos, tachándola de hipermoralista, la rechazan y arguyen que el Derecho –rebajado al nivel de una *disciplina doméstica*– no puede erigirse en el *máximo ético* de las sociedades regidas por su acervo de normas jurídicas. La entereza vital del Derecho objetivo requiere algo más que una observancia minuciosa de las reglas formales a que su validez se subordina. *Hay que determinar, antes de todo, si son justas las normas dictadas por los poderes públicos competentes para generarlas y transferirlas a un ordenamiento jurídico que, de otro modo, no está en disposición de hacerlas suyas.* Arropado por este cuerpo de doctrina, el art. 3.2 C.c. enaltece la significación de la equidad y cobra una importancia que, como antecedente histórico, le asocia al más combativo de los entendimientos que –durante el cambio de las circunstancias de tiempo y de lugar de las realidades sociales– propugnan los arts. 1.1 y 9.2 CE. El enunciado de los valores superiores del ordenamiento jurídico *resalta la justicia material, género próximo de las dos especies –a saber, la libertad y la igualdad– que comparten la subespecie del pluralismo político.*

El art. 9.2 CE abunda en excelencias. Exalta la justicia –que confirma o condena los estados de cosas derivados de producir y aplicar las normas jurídicas– como el *compendio de la igualdad y la libertad* que hacen de ella el óptimo instrumento de censura de la conducta de los seres humanos. Apunta las predicciones de la *cláusula transformadora y social* que previene contra la indiferencia de las comunidades indecisas o temerosas de dar pasos al frente en busca de su liberación. Impulsa, sin reducciones que la desfiguren ni asomos de tibieza que la debiliten, *la voluntad y el espíritu de cambio* de las operaciones indicadas, en general, y de las que, en peripecias más modestas, responden al reto equitativo del art. 3.2 C.c. *El mensaje del art. 9.2 CE enseña que la libertad y la igualdad reales y efectivas –anverso de las libertades e igualdades falsificadas y rituales– acreditan las funciones sociales de la justicia material como causa eficiente de las transformaciones ocurridas allí donde su presencia se echa en falta y merece una ardorosa reivindicación.* Son patentes las dosis de ilusión y de confianza que la línea de fuerza de este pensamiento transmite a la invocación existencial de la equidad.

La *efectividad propiamente dicha* implica un concepto jurídico indeterminado que, invitando a definiciones exactas, difiere de la *efectividad disminuida* que es parte del contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE. Sus más caracterizados intérpretes han dejado escapar la ocasión que los arts. 1.1 y 9.2 CE facilitan para incoar, a medio o largo plazo, los avances moralizadores inherentes al *espíritu de transformación*. Prefieren un *entendimiento axiológicamente mitigado* y menos incisivo que el de una tutela judicial potenciada por el privilegio equitativo —una *oportunidad de oro*— de dichos preceptos.

Conviene añadir algo sobre la elevación de las garantías jurisdiccionales —comúnmente objeto de la legislación ordinaria— al rango de la *efectiva tutela judicial* y su enclave en la sec.1.^a, cap. 2.^o, tít. I CE, bajo el rótulo *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. La *efectividad del Derecho* —dependiente del contenido de justicia material que la equidad otorga— difunde, gracias a la asistencia contextual de los arts. 1.1 y 9.2 CE, algo más enjundioso que la eficacia jurídico-formal de las resoluciones fabricadas al uso silogístico. La *diferencia entre eficacia y efectividad* implica que el segundo de ambos sustantivos no se predique de los arts. 1.1. y 9.2 CE con la misma fuerza que, según el art. 24.1 CE, lo haría de la tutela judicial reconocida en favor de todas las personas. *La efectividad de la tutela judicial asegura la emisión de una respuesta cuyos fundamentos —convincentes y ajenos a las alergias del pensamiento débil— diluciden, con recia determinación de que la justicia material impere, las cuestiones de fondo traídas a debate*. El potencial de los arts. 1.1 y 9.2 CE exige algo más propio de un Derecho que, según lo enfático de sus proposiciones, *promete asimilar y garantiza una muy respetable, ya que no abrumadora, contribución de ese valor*. La *efectividad disminuida* mejora el derecho a obtener la prestación de justicia que anuncia el art. 24.1 CE y aporta unos progresos tasados por su comedimiento conceptual. *La efectividad plena y capital —divisada desde el observatorio de los arts. 1.1 y 9.2 CE— es una conversión del Derecho en justicia que, además de esclarecer el sentido de las normas incomprensibles o confusas, toma cuenta y razón de las contradicciones sociales que aquejan a los aplicadores de aquel en el medio donde realizan sus operaciones, se cerciora de los imponderables que alteran su equilibrio y esclarece los desafíos de la civilización que, como agente significativo de sus cambios y/o espectador crítico de sus incidencias, le ha tocado en suerte protagonizar*. La efectividad designa el volumen digno, justo, equitativo y saludable de un Derecho ligado a criterios que, con la vista puesta en los arts. 1.1, 9.2 CE y 3.2 C.c., no nacen de ligerezas teorizantes o frivolidades de ocasión, y sí de unas valoraciones que —aunque polémicas, como cuantas atañen a los temas del mundo del espíritu— merecen el crédito debido a la calidad técnico-jurídica, la insistencia y la oportunidad de sus ofrecimientos.

El art. 9.2 CE —que hizo circular esta idea— se comprende en función del precedente que representaba el art. 3 II CE y de la inspiración —aquí acepta-

ble— del pensamiento jurídico soviético, cuya doctrina fue la de que, por obra y gracia de un *aviamiento peculiar*, el Derecho se estaba preparando para algo más que armonizar, bajo el consabido *imperio de la ley*, las disidencias de las personas y/o los grupos sociales. Le incumbía el papel de *motor o agente de las transfiguraciones* que —impulsadas por una opinión pública verazmente informada y ávida de concretar sus entusiasmos— esperaban las sociedades prestas a reemplazar los *inmovilismos asfixiantes* por la novedad y la fertilidad de otros hallazgos tentadores.

Reiterando que *ninguna cosa puede ser y dejar de ser al mismo tiempo*, el *principio ontológico de no contradicción* ayuda a perfilar el concepto jurídico indeterminado de *efectividad*. No se trata de una noción de laxitud desconcertante, ayuna del método que su flexibilidad aconseja para salvar los escollos de su definición o superar las dificultades conexas, y a la que se atribuye un dinamismo que, oscureciendo y/o fraccionando su atormentado entendimiento, produce consecuencias de transformación. Los arts. 1.1 y 9.2 CE propician el *entendimiento maximalista* de la efectividad en un terreno donde, vencidos los obstáculos y desarmado su cuerpo de objeciones, el *empuje de lo equitativo* —testimonio, por antonomasia, de la justicia material— gana las batallas libradas contra algunos anacronismos de que el positivismo legalista no ha conseguido liberarse. Otro modo más doméstico y tenue de entender la efectividad depende de una *comprensión minimalista* y asociada a la lectura que —sin plantear los problemas de la justicia material— se hace del art. 24.1 CE, cuando se da por buena la emisión de una sentencia que, sin escudarse en reparos formales y encarando la cuestión sustantiva pendiente, muestra la fuerza persuasiva —seductora de los entendimientos y las voluntades sensibles a su raciocinio— de los fundamentos jurídicos del *fallo* recaído. Cae de su peso que, en cuanto renovadora y ambiciosa, constituye aquella la doctrina elegible para disolver —aunque no se haya impuesto oficialmente— la antinomia interpretativa. Representa el triunfo de una corriente aplaudida por el sentimiento popular que mantiene la confianza puesta en sus alentadoras perspectivas.

No son vanas las divagaciones que se siguen de esta distinción. Las líneas de fuerza de aplicación del Derecho objetivo señalan, si lo imponen su aliciente y originalidad, los caminos útiles para encarrillarlas, analizan las demandas de la conciencia común e invitan a frecuentar un discurso cuya *energía razonable* detiene las acritudes críticas, cercena las censuras malintencionadas y denuncia su extravío intelectual. Se respaldan dogmáticamente, se actualizan y se multiplican los auxilios técnico-jurídicos en que —a través de una ponderación exahustiva— las directrices del orden natural de la equidad resuelven, de modo tangiblemente justo, controversias en que se cumplen unas operaciones de reemplazo. Consisten estas en sustituir por *remedios extrajudiciales* los tratamientos jurisdiccionales que, ante conflictos de nueva factura, producen resultados deprimentes, no por insuficiencias naturales y sí por carecerse de instrumentos aptos para facilitar la asistencia

esperada y exigible. La *protección judicial acorde con la naturaleza de las cosas* requiere medios personales y reales de los que, ni hoy ni a medio plazo, se dispone para *caldear la versión tibia* que encierra la interpretación preponderante del art. 24.1 CE. Llegada la oportunidad de apostar por esos adelantos, se aprecian las dificultades que aquejan al grueso de sus eventuales especies y a la unanimidad de su acogida.

La equidad amortigua las inclemencias del Derecho Positivo si las acciones u omisiones del legislador –debidas a reducciones simplificadoras o a previsiones inexactas– no acreditan los *mínimos de justicia* precisos para dilucidar las controversias individuales y colectivas a cuya solución se destinan. La tarea no se satisface mejorando la gestión ordinaria de los intereses en pugna y deja de ser tal si no encara el *dilema de sobrevivir o perecer*. El *orden natural de la equidad* marca el paso y contribuye a zanjar los conflictos cuya pacificación depende, al menos, de dos condiciones. Una, *el progreso general y los avances especiales que provienen de los esfuerzos de transformación*. Otra, *el tesón de los juristas* resueltos a lograr que, a causa de la detestación universal de la injusticia, su derrota se adivine como algo que, si se quiere en cuerpo y alma, casi se está tocando con las manos.

11. Particularidades que ofrecen la generalización del Derecho objetivo y el retorno a las posiciones de inspiración equitativa

La invocación de las normas que nunca saturan, porque su devenir es incesante, el *depósito del orden natural de la equidad*, se refiere a los conflictos que admiten soluciones compatibles con las directrices de la justicia material. Conciernen a materias sustraídas a las prohibiciones del Derecho necesario –comprensivo del orden público textual o virtual– y dependientes de la autonomía de los interesados que, libres de impedimentos o coerciones, disponen válidamente de sus bienes y derechos. Se recuerdan de nuevo las consideraciones que, ante esa posibilidad, aluden al diseño de un ordenamiento jurídico que el art. 1.1 CE erige y patrocina sugestivamente. Este avance –que arrincona los calcos, típicos y tópicos, del normativismo– abre rutas cuyas dificultades y atracciones les distinguen de los vulgares *caminos trillados*, porque su venturoso recorrido compensa, con creces, los desvelos del tránsito. Se reprocha lo inflexible de las posiciones entregadas a *canonizar la generalidad del Derecho* en las nuevas circunstancias del tiempo y del lugar que –aconsejando la aplicación morigerada de sus normas o admitiendo las razonables excepciones que su mejora exige– cuestionan aspectos existenciales de su funcionamiento.

El *espíritu móvil* de ese pensamiento no casa con la idea –irrenunciable para normalizar el juego de las instituciones del Estado social y democrático de Derecho– de que la justicia material y la seguridad jurídica se coordinan mediante un *sistema de vasos comunicantes* que aligera las tensiones

internas del ordenamiento jurídico. La *voluntad de transformar* se traduce en el énfasis con que, al subrayar la *elección libérrima de las iniciativas del decisionismo político*, el art.9.2 CE veda las regresiones de corte antisocial. Desenmascara la *falsa medida* que –ayuna del *arrojo inteligente* y hostil a cualesquiera desvaríos– coarta las posibilidades de una actualización equitativa y responsable. *Transformar es desigualar materialmente –liquidando la complacencia y el escándalo de los desequilibrios injustos– para que los valores de la justicia sustancial y sus testimonios de equidad conquisten los espacios en que las demandas sociales depositan la esperanza de tutela de sus intereses*. Ahí se dan cita los clamores –tácitos o explícitos– de cuantos, integrados en las comunidades de la sociedad pluralista, difunden las reivindicaciones de una opinión pública que abraza el más firme propósito de sumergirse en el fondo de las cosas y defender los valores explícitos en la certeza de su conocimiento.

El art. 9.3 CE no relega al olvido la *seguridad jurídica*, aunque sorprenda la modestia –resarcida con su enclave sistemático en el TPCE– del tratamiento que impide atribuirle el carácter de *derecho fundamental* o garantía equivalente de la sec. 1.^a, cap. 2.^o, tít. I CE. Dicha seguridad muestra una *fortaleza de proporciones medias* que, preservando su intangibilidad conceptual, invita a revisar las reservas y/o las verdades incompletas que, invocándola rudimentariamente, desdibujan sus inflexiones y matices. La consigna que dice *preferir la injusticia al desorden* tiene la oportunidad –históricamente irrepetible– de sucumbir al aliciente de una proposición provocativa que rece como sigue: *Hay que observar, en actitud de vigilancia permanente, los cambios del orden positivo que, tras elogiar lo impecable de las normas jurídicas y concebirlas como dechados de armonía, se confunden, llegado el momento, con el desfallecimiento de un Derecho vigente que, sin pecar de imprecisión ni proponerse causar agravio alguno, resulta anquilosado o residual, pues entorpece las actividades necesarias para que la justicia material y la equidad se reinstalen en sus paraísos perdidos y recobren las que, siempre y en todo lugar, debieron ser sus zonas inalienables de influencia*. He aquí el *imperativo categórico* de una actitud disciplinar que, *atreviéndose a pensar por desinteresado amor a la verdad*, sugiere el arte de arrostrar los desafíos que el nuevo milenio dirige a una humanidad obligada a sanar las miserias de sus más indigentes pobladores. Esta connotación o escena revolucionaria encarna la esperanza de la *razón sin historia* que, al contrario de la contrarrevolución o *historia sin razón*, nace de un pensamiento jurídico doliente y conminado a un implacable examen de conciencia. Quiere desvanecer las confusiones de la *oscura desbandada* que corre riesgos inversamente proporcionales a los méritos de quienes los padecen. Es uno de ellos el de que –no ya dos veces, sino por tiempo indefinido– la humanidad tropiece con la misma piedra, sufriendo los efectos de sus *alergias antirreflexivas* y las asfixias de sus *peticiones de aire libre*. El orden natural de la equidad cumple el papel que –para moderar o impedir esos

males— dicta una *metodología de la transfiguración* que promete, gratifica, reconstruye e innova con el más ferviente de los entusiasmos.

La graduación de las predilecciones por los medios, modos y formas de la aplicación equitativa del Derecho parte de una premisa que, irrumpiendo entre las luces y las sombras de su modernidad, se adueña de las potencias del alma. Cunde la convicción —debida al grosor de las identidades y la diversidad de los conflictos— de que, con independencia de su tenor favorable o adverso, muchas soluciones derivadas de aplicar las normas jurídicas de carácter general defraudan o perjudican a terceros que, además de las partes, se sumergen, como interesados y sin participar en la contienda, en la extensión de las relaciones procesales que a la sazón se constituyen. Cabe añadir un *toque de equidad voluntariosa*, que, impregnando los fundamentos de Derecho aducidos, cuide de velar por los intereses en juego —difusos o indirectos— y las situaciones tangenciales que les acompañan. Las tesis pulquérrimas de la *plenitud del ordenamiento jurídico* y de la *impecabilidad estructural del sistema de fuentes del Derecho objetivo* no siempre ayudan a colmar la saciedad prometida por una de las bienaventuranzas evangélicas a quienes tienen hambre y sed de justicia.

Una estadística veraz da fe de estas carencias y de las frustraciones que las acompañan. Hay conflictos de semblanza coincidente o afín, cuya disección permite *alzar el velo* y exhumar los caracteres de su fisonomía. Presentan matices conceptuales o históricos que, disipando cualquier semejanza, impiden elegir una norma jurídica supuestamente aplicable a todos ellos. El tratamiento uniforme de estos casos —lejos no ya de asegurar, sino de aproximarse a los dictados de la justicia material— entorpece su satisfacción, porque repara en aspectos que, al comprobarse la diversidad, impiden apreciar —porque nunca existieron— la equivalencia o la igualdad que precipitadamente se prejuzgan. El recurso a las normas del orden natural de la equidad garantiza —junto con los mínimos de la justicia material que se espera y exige— la fiabilidad de unos criterios cuyo esmero individualizador purga la rigidez de soluciones toscas o menos reflexivas.

Así sucede con las que, adaptando fatigosamente sus pautas, cumplen las exigencias objetivas de sometimiento exclusivo al imperio de la ley y de respeto al sistema de fuentes, como disponen los arts 1.1 y 9 C.c., y 117.1 CE, aunque su inflexibilidad también alcance al interés común de operaciones —sociales, económicas o de pareja envergadura— afectadas por las *advertencias secundarias* que, durante su desarrollo, derivan de las objeciones o los razonables cambios de criterio de uno o varios de sus ejecutores. Al paralizarse el curso de aquellas con perjuicio para su reanudación inmediata, *se atiende a lo menos en detrimento de lo más*. Solo la *intervención de la equidad* —que oportunamente comparece— cura el mal de esas interrupciones y evita ir en busca de un tiempo perdido que, a decir verdad, no siempre se recobra y *acaba pasando gravosas facturas*.

12. Reiteración cíclica de los episodios históricos en que se localizan las reacciones de llamamiento y restauración de la equidad

Alecciona el examen de las fases –mejor o peor diferenciadas– que muestran la propensión alternativa a exaltar, de una parte, los *valores sociales de la generalización* lisa y llana de las normas de Derecho objetivo y a defender, de otra, las ventajas de su *aplicación equitativa*. La conciencia jurídica estabilizada –por algún tiempo, al menos– aplaude esta segunda opción e invita a divulgarla mediante la efectividad de un Derecho cuya *conversión en justicia* constituye el norte de sus propósitos de transformación.

La factura técnica del Derecho seleccionó los *modelos de promoción equitativa* que –al especificarse las acciones judiciales del caso y sancionarse la autoridad moral y jurídica de sus ingredientes sustantivos– amparaba los *apetitos por los bienes sensibles de la vida* que, mientras no dispusieron de ese contrafuerte, eran solo *intereses desnudos*. Su aceptación social –a título de *intereses vestidos*– les añadió el *plus protector* de la exigibilidad judicial y extrajudicial con que la Ciencia de la Legislación premiaba sus merecimientos. La multiplicación de estas ofertas sedujo al *Derecho general* o común y dejó atrás el casuismo de los episodios que asociaban el Derecho vivido a la evanescencia de las decisiones judiciales que le declaraban. Los *fenómenos de las recepciones* –importación de elementos contribuyentes a la perfección de los sistemas– se debieron a estímulos generalizadores que reafirmaban sus principales objetivos. Se actualizaban las *bases de un Derecho común* que, reteniendo los particularismos coherentes, aceleraba el progreso de las comunidades que se beneficiaban de esos cambios.

La reiteración experimental volvió a sugerir las *actitudes jurídicas flexibles* que chocaban con el antecedente de una generalización voluptuosa del Derecho y denunciaban sus fragilidades. La novedad del libre examen y el advenimiento del espíritu crítico –claves de la instauración del humanismo– se enfrentaron a lo presumiblemente irreprochable de las soluciones generales. El absolutismo del poder político agrietó estos valores y reemplazó sus trazos intelectualistas por el voluntarismo de otros que –fieles a la tesis de que *lo bueno era tal en virtud la autoridad que dictaba sus mandatos y prohibiciones*– acomodaban el tratamiento de las controversias a sus conveniencias fisonómicas. Se apostó por la utilidad de un Derecho que, despidiéndose de una generalidad incómoda, brotaba –sin interferencias ni apremios de agentes extraños– de la decisión del soberano y del título de *legislador incorregible e impecable* que le atribuía la teoría del *origen divino del poder político*. La emergencia de las relaciones internacionales mercantiles, la prosperidad de los descubrimientos, la dominación competitiva de los nuevos espacios geográficos –terrestres y marítimos– y la mundialización a escala de entonces de las realidades histórico-políticas, fueron los *factores de asombro* que reabrieron las reflexiones instintivas de la filosofía. Liquidaron los desencantos de la melancolía –debidos al fracaso de la curiosidad cuya

intrepidez no disipa lo tenebroso del misterio— y celebraron las victorias que, al probar la buena fortuna del cambio, confirmaban la excelencia que se le suponía. La proliferación de estas variantes invitaba a un *estilo de vivir desenfadado y pluralista*, que armonizaba las soluciones generales con las orientaciones de equidad.

Se abre luego la zanja entre el *Derecho general y culto* —confinado en la enseñanza y el aprendizaje universitarios— y el *Derecho equitativo* que, ceñido al ámbito de los Derechos locales, proporciona soluciones erráticas, fruto de la vulgaridad y la inesciencia. Esa equidad —casuística y rudimentaria— era *obra de unos juristas prácticos, deficientemente educados en Derecho e ineptos para desarrollar, con un mínimo de ilustración y esteticismo, el discurso jurídico que debían dar a conocer*. Deslumbrando los entendimientos y ganando terreno al margen de la práctica, *la enseñanza universitaria divulgaba los postulados del orden natural realista que, alejándose de la tradición idealista, defendían la eminencia de los principios universales del Derecho —continentes y germen de los derechos subjetivos innatos— y la posibilidad de que, sin auxilios sobrenaturales que iluminasen sus ámbitos opacos, la razón humana llegase a conocerlos*. Todo ello, según las afirmaciones arrogantes de los mentores del iusnaturalismo secular. Guiados por esta orientación y renovando el objetivo de la generalidad de sus líneas de fuerza, los codificadores contribuyeron a edificar el Derecho Positivo con propuestas cuyo *academicismo excelente* debía fulminar las objeciones de inseguridad y dispersión en que abundaba aquel casuismo. Pese al impacto de este compromiso y al paso adelante —salto cualitativo de hoy día— que representaba, *los principios de incondicional aceptación y de acogida universal dejaron de serlo y, al cabo de algún tiempo, retornaron a sus cuarteles de invierno*. El *espíritu del pueblo* —vencido en la batalla que había enfrentado a los adeptos y a los adversarios de la codificación— no renunciaba a tomarse, más pronto que tarde, la revancha. Un desquite apoyado por las vehementes adhesiones que —defendiendo el *derecho de toda Nación a convertirse en Estado independiente*— despertaba el *principio de las nacionalidades*.

La recepción del *principio de las nacionalidades* relegó a un plano secundario las afinidades de los pueblos y primó las reivindicaciones de la *conciencia y el sentimiento de la identidad* sobre los compromisos contraídos con la causa del ecumenismo del Derecho. Los pueblos respetaron el culto a los valores del Derecho universal, aunque, aliviando estas inclinaciones, defendieron la idiosincrasia de las comunidades orgullosas de haber dejado a salvo su *espíritu de creatividad jurídica* para ejecutar el *proyecto sugestivo de vida en común* que sus habitantes anhelaban. La multiplicación de las *constituciones burguesas* que, rebajando los niveles del iusnaturalismo secular, restringieron sus incertidumbres y aportaron elementos de certeza jurídica, favoreció la reposición de las identidades históricas y el resurgimiento de las tradiciones cuya puesta al día realizaba esas especialidades. El

nuevo rumbo reactivó la polémica sobre la petrificación o la elasticidad de los principios que cooperaban a encauzar la marcha de los procesos codificadores conforme a los signos de los tiempos. El Derecho universal *pasó a serlo menos* y los Derechos nacionales invadieron los *dominios de la modernidad* para acreditar su sensibilidad a lo evidente de los cambios. *Se desvanecieron las ilusiones y esperanzas puestas en rescatar las ventajas de un Derecho común –indefectible y expansivo– cuyos intelectos pensantes mudaban el emplazamiento de las que habían sido sus posiciones de vanguardia.*

Los sucesivos testimonios históricos prueban la terquedad de estas *inclinaciones binómicas*. Recuérdese cómo –tras una de las más denigrantes servidumbres que escarnecieron a la familia humana– la tarea de configurar la Europa moderna incluía la *asignatura pendiente* de rehacer, con una buena cuota de *imaginación cooperativa*, un novísimo Derecho común que comprendiese el *Derecho fundamental* o primario y el *Derecho derivado* o secundario. El primero ejemplificaba la llamada *paradoja comunitaria* que apelaba a la técnica de los Tratados Internacionales para ejercitar el poder constituyente, como, además de anteriores ensayos, lo prueba la aflicción con que, apenas dada la señal de salida y *salvando los muebles con algún decoro*, el TL (Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007) quiere ocultar el fracaso de la frustrada *Constitución para Europa*. El segundo abarca la llamada *legislación en sentido material o vertical*, conjunto de normas subconstitucionales que aseguran la plenitud del ordenamiento jurídico. *La tentativa de reinventar ese Derecho común no es un modelo de coherencia ni se puede jactar de haber alcanzado un éxito espectacular a favor de la causa de la justicia material.* Tropieza con la resistencia de los países miembros a trasponer las Directivas comunitarias e injertarlas en los sistemas nacionales. Acusa las dificultades técnico-jurídicas de aplicar inmediatamente las Directivas que, pendientes de trasposición, soportan la hostilidad o la apatía de las voluntades políticas de los Estados miembros. Sucumbe al albedrío de las jurisdicciones nacionales que, salvo en los casos de alegación relevante del Derecho Comunitario europeo aplicable o del planteamiento de cuestiones prejudiciales, acuden, sin mala conciencia, al depósito de la legislación interior. Como si el *principio de primacía del Derecho Comunitario* –eventualmente conculcado– se redujese a un elemento ornamental del contexto jurídico de la Europa que solemnemente *se declara unida y presta a la igualdad en el progreso*, aunque –a la vista de los hechos– se multipliquen los recelos sobre la sinceridad de estas alocuciones y la efectividad de sus promesas. ¿Dónde están, por citar un ejemplo de importancia máxima, los testimonios convincentes en lugar de los alegatos baldíos sobre la *tierra prometida de la Europa social*? Muchos encuentros académicos han coincidido en censurar la frecuencia con que a las normas de aquel ordenamiento jurídico se sobreponen las de los Derechos nacionales que, depreciando el valor de las cuestiones debatidas, confieren al Derecho común un *carácter olvidadizo o residual*.

Los duelos y quebrantos de la *tendencia universal* a aplicar el Derecho objetivo provocan muchos desalientos. Decepcionan los cambios de rumbo de las ofertas hechas a la sociedad que espera del Derecho la salvación de sus incidencias conflictivas, pues confía en lo inmediato y justo de su solicitud, siendo así que la *generalidad de las leyes* se compendia, cuando menos, en dos proposiciones. Según una de ellas, la norma jurídica –cuya acertada elección permite encajar la *pequeña historia* del problema en el supuesto de hecho que le corresponde– no puede resentirse de holguras que, aunque formalmente se remedian con la plenitud del sistema de fuentes del Derecho objetivo, obstan a los imperativos de la justicia material. Conforme a la otra, las normas jurídicas no pueden ser *pan para hoy y hambre para mañana* y ha de evitarse que su anquilosamiento frustre la *función transformadora* del criterio finalista de interpretación y de las *correcciones cuasilegislativas* que sus aplicaciones representan. Los auxilios del orden natural de la equidad favorecen la subsistencia de estos requisitos y recuerdan la necesidad de tenerlos en cuenta.

Los problemas jurídicos surgen, se modifican y se enturbian en los más alejados pagos de la Tierra que –aunque achicada por la globalización– cuenta con espacios bastantes para organizar *operaciones de gran cabotaje*. La consideración tardía o poco equitativa de sus pormenores puede esterilizar sus objetivos y enfrentar, hasta el punto de aniquilar sus ventajas, las voluntades que los coasumieron. *Sus soluciones interlocutorias deben ser –no huelga repetirlo– equitativamente justas, para afianzar los resultados del proyecto en curso, a la vez que accesibles y rápidas, para no romper los lazos de solidaridad que han de mediar entre quienes, resueltos a cumplir ese empeño, confían en su conclusión satisfactoria.*

13. ¿Cómo se adviene al ‘sentimiento de equidad’ y se sientan los fundamentos exigibles para edificar el ‘Derecho justo’ que emana de su conocimiento y puesta en posesión?

Es de notar –en cuanto concienzudamente valorado y hartamente difundido– el paralelismo apreciable entre la noción de virtud o *fuerza moral* y la idea de *disponibilidad equitativa*. Ahí resuenan los ecos inefables de una sabiduría cuyos mensajes –pendientes de transmitirse o completarse– postulan incondicionales adhesiones. Esa sabiduría –inseparable de la posesión de la equidad y de su vasto repertorio de auxilios– necesita ser devotamente comprendida por cuantos asocian sus preferencias éticas al ejercicio de la solidaridad. Su *control de calidad* depende de las iniciativas que las enriquecen, del culto rendido a la sensibilidad moral y del peso específico de su bondad y su eficacia.

Las reacciones equitativas se arreglan a lo que, según las impresiones causantes y/o provocadoras de su escenificación, trasluce el *orden de la*

naturaleza. Proscriben lo que, perdiendo el respeto a su armonía, lo contradice o arrincona. El haz de adquisiciones que mejoran la sensibilidad equitativa alimenta un depósito situado en el interior de la persona que, cautiva de sus alicientes, sucumbe a lo admirable de esas innovaciones. La vida personal se torna envidiablemente equitativa cuando el entendimiento –apegado a la virtud moral que lo aprisiona en el mejor de los sentidos– construye planes de acción y/o pensamiento que, sin variar los dictados de la recta razón, destina al uso propio. Son exigencias a las que el individuo –consciente de la necesidad de acatarlas– adapta sus formas de conducta y a las que, por obra de una dependencia duradera y estable, vincula el compromiso de actuar equitativamente.

La *conciencia estática* y la *razón dinámica* puntualizan las soluciones de equidad. Comparten los modos de escrutar y decidir, aunque difieren en sensibilidad intuitiva, dotes de improvisación y plasticidad de sus operaciones. Codiagnostican la justicia material de las situaciones que analizan y valoran la urgencia de los experimentos que su toma de contacto impone. La vocación equitativa del sujeto –propulsor de la *empresa emblemática de difusión del bien*– descansa en las adquisiciones de su talante individual, revela un ingrediente esencial de su siquismo, transparenta sus tensiones morales y precede a las reflexiones del discurso, aunque, para calmar muchas de sus perplejidades, también llama en su auxilio a la razón. Los proyectos, las perspectivas y los comportamientos eficientes –servidos por las personas y los grupos sociales de imagen más variada– se inscriben en los marcos de la acción y la pasión equitativas. Se exploran y concretan gracias a las reacciones que los *imperativos de lo justo* fecundan en los más íntimos reductos de la conciencia individual.

Conviene estudiar el papel que cumple la razón cuando intenta captar el sentimiento equitativo y enterarse de las oportunidades que su noticia le depara.

La razón humana contempla las variantes de objetividad o *ausencias de vacío* que despiertan la devoción, la indiferencia o el rechazo consecuentes con las *actitudes de asombro* que provoca su conocimiento. Sus acciones se acercan a un estado de cosas que, *ocupando lugar*, acampa en los *espacios etéreos del mundo del espíritu* –donde el entendimiento percibe y medita– o en las *zonas tangibles de la naturaleza*, donde es central la comprobación exacta de lo verdadero y de lo falso. Aborda realidades que –sensorialmente o acompañadas de la lógica– suscitan cuestiones solubles con el empleo de un discreto esfuerzo o refractarias a la aprehensión de su sustancia y su inventario de valores. Cuestiones que, en razón de estos datos, soportan el juicio general, las vacilaciones, la descalificación o los elogios de quienes se encargan de sistematizarlas con delicadeza inseparable del amor a la verdad. Se logra así la información veraz que –más allá de las *verosimilitudes eventuales*– facilita los conocimientos y las oportunidades de opinar.

La razón humana es también la aptitud –gobernada por la voluntad de los sujetos portadores– de adjudicar al todo o a una parte de la realidad, cuyas transformaciones excitan la curiosidad y galvanizan el asombro, una identidad por la que inequívocamente es igual a sí misma, y no algo semejante que, ocultando sus diferencias específicas, crea el riesgo de confundirse con ella.

La razón difunde –a causa de su presumible excelencia– o publica –gracias a lo singular de sus perfiles– la realidad directamente percibida, que llega a su conocimiento, y el discurso que, al desentrañarla, explica las transformaciones que se propone esclarecer. Hay una transferencia de la *zona del concepto* o la representación inteligible –consecuencia de analizar la realidad– a los dominios de la cualidad o *símbolo traducido en el término de la representación conceptual* que se consigue. El lenguaje *elige y canoniza los términos* para comunicar lo que es y lo que representa. Reseña sus dimensiones ontológicas y anuncia la suerte que se les reserva. Tal es el mínimo de los instrumentos pedagógicos transmitidos a los destinatarios del mensaje final que les ilustra.

El ciclo del devenir de la razón abarca las ocurrencias interpuestas entre el *alfa* y el *omega* de sus episodios. Evoluciona –relacionando los conceptos cuya interpenetración terminológica elabora los juicios sobre las situaciones afectadas– y adviene, mediante proposiciones intermedias, a las conclusiones que cierran su discurso. Se pretende que *–atreviéndose a pensar para conocer por cuenta propia y definir verazmente los frutos de ese comprometido pensamiento–* los más de los entendimientos asimilen, sin recortes básicos ni errores de bulto, los mensajes destinados a criticar –refrendándolas o disintiendo de ellas– unas ideas que se aceptan o rechazan. Son decisivas la *intensidad y aun la pasión de las motivaciones* con que los grupos de destinatarios expresan el *cuanto de predilección o indiferencia* que les merece la suerte de los intereses en juego. Las proposiciones –que alojan y hacen circular esos juicios– se dirigen a una *razón humana que, para entrar en posesión de la verdad, se compromete a obrar en consecuencia*. Hasta entonces, la razón se conduce acromáticamente, no por neutralidad o desgana intelectual, sino porque sus mortecinas luces solo de súbito se encienden al ponderar la grandeza y servidumbre de los retos que aguanta y, como reza la jerga deportiva, acusar las *dolencias del miedo a ganar* si responde a sus provocaciones.

Los ejercicios de la razón humana pueden extraviarla, confundirla, obcecarla o coaligarla con las fuerzas del mal. ¿Cómo y en qué medida sucede esto?

La razón humana se tilda de *razón extraviada* cuando la hondura de sus desvaríos revela que sus mecanismos, garantes de la sensatez de sus juicios, carecen de la dosis de rectitud propia de su ejercicio. Se trata de una *razón tortuosa* que atenta contra el sentido común –grado de madurez y de cordura impuesto a cuantos emprenden esas operaciones– o deriva en valoraciones aberrantes. También deambula una *razón confusa*, cuyo espacio habitable no

es fácil de situar en el círculo de luces y sombras que, deformando o empalideciendo la verdad, la desfiguran indefectiblemente. Parece hallarse cerca de la idea de la verdad buscada, aunque –desdibujando sus perfiles y sin traicionarlos descaradamente– fracasa en el intento de mostrar su verdadero rostro y servirle con la lealtad que se merece. Se tropieza, otras veces, con la *razón obnubilada* y presta a negar las evidencias aclamadas por los entendimientos más lúcidos y las voluntades más rotundas. La esclaviza un *pensamiento de deseo* que –disfrazando sus errores de aciertos espectaculares y eludiendo las oportunidades de acción clarividente– desestabiliza la armonía que ha de reinar a ultranza entre el amor a la verdad y la destreza de los métodos aptos para dar con ella. Sin olvidar las aventuras de una *razón maléfica*, cuyo decisionismo –oculto tras rebuscadas apariencias de razonabilidad– descansa en prejuicios fundamentalistas y exentos de la objetividad precisa para reconciliar, si es del caso, las posturas de exterioridad irreductibles. Quizás haya –como conviene a la sustancia del mundo del espíritu– otras modalidades que, amén de las enumeradas, amplían el repertorio de las falsificaciones y secuestros del concepto de recta razón.

La recta razón –*cuyo pulcro ejercicio depura y acredita la entrada en posesión de la equidad*– invita a glosar la *noción de lo que se entiende por belleza*. Se transfiere a la idea de que *es equitativo aquello cuyo conocimiento y comprensión reúnen los atractivos del deleite moral y la satisfacción intelectual*. Así se afianza el equilibrio entre la *concepción natural* de lo bueno y la *inclinación emocional* que, en cada circunstancia, caracteriza al ascendiente del pensamiento equitativo y su conversión en norma jurídica. El *dinamismo equitativo* –consecuencia de una crítica acorde con los modos que la recta razón tiene que conocer– está en el campo de estas oportunidades.

La equidad se asocia a los modos de composición extrajudicial recomendables para agotar el *cuanto de justicia sustancial* que, bajo su advocación, quiere obtenerse. Su depósito consta de *reglas debidas a la movilidad síquica de la razón recta y sujeta a las pautas de la justicia material que la informan, pues, al diagnosticar el estado de cosas que se le somete, no yerra y emite pronósticos cuyas persuasivas predicciones convencen socialmente de que son los más dignos de elegirse entre cuantos corresponden a las circunstancias del tiempo y del lugar en que el conflicto toma cuerpo y exige una pronta pacificación*.

14. Consideraciones sobre el significado y las oportunidades que hoy día ofrece la equidad para mitigar los antagonismos conflictivos y zanjar los enfrentamientos que originan

¿Cómo y por qué gana terreno el apego a usar de una equidad que elimine los males evitables con su contribución? Han decaído las ilusiones pue-

tas –con resultados menos gratos que los esperados de sus predicciones eufóricas– en la efectividad o *garantía de justicia material* de un Derecho Positivo que antepuso el simplismo de la seguridad jurídica a las circunstancias equitativas del caso y no dio las facilidades que pudo y debió procurar para reconciliarlas. No se ha consolidado –cuando el *diálogo entre las civilizaciones* intenta, con fortuna improbable, templar las animosidades que exigen tratamientos menos ingenuos y más ingeniosos– un *Derecho común, mundial o universal* que reviva las ambiciones excitadas –histórica y dogmáticamente– por los *fenómenos de las recepciones*, incluidos los impactos codificadores. El fracaso de la denominada –tan académica como estérilmente– *Constitución para Europa* ha relanzado la *paradoja del Derecho Comunitario* y, en las angosturas de un callejón sin salida, ha urgido a abandonar el proceso constituyente –técnicamente adecuado a la naturaleza jurídica de la UE (Unión Europea)– y a emplear, en su lugar, los *conceptos vicarios del Derecho Internacional Público* a que apela de nuevo el TL. Los prejuicios y divisiones que frustran esa tentativa truncan las soluciones acordes con el orden natural y el criterio valioso de tantos juristas que, cargados de razón, capitulan ante otros poderes que escatiman la generosidad de la sabiduría necesaria para obrar en justicia. Son hostiles a la que se llamó *funesta manía de disentir o de pensar* y remisos a condenar las ofensivas que –ignórase a qué precio– el voluntarismo neoliberal fomenta contra una *igualación en el progreso* que, aunque solemnemente estampada en el art. 136 I VCTR (Versión Consolidada del Tratado de Roma de 25.05.(19)57, modificado por el Tratado de Amsterdam de 20.10.(19)97) apenas ha emprendido la escalada de las cimas del cambio.

El hambre y la sed de justicia –que laten en todos los rincones de la Tierra y agigantan los ecos de sus indignancias– explican la *creciente invocación de la equidad*, el estímulo de sus funciones sociales de transformación –para resarcir las situaciones quebrantadas– y la fruición por agotar la explotación de sus recursos, *expresión emblemática del depósito de las normas del orden natural*.

La solvencia de las consideraciones anteriores depende de la elocuencia vigorosa de su retransmisión a la opinión pública y del talante receptivo con que se les acoge. El *ritmo y la insistencia de la mundialización* llevan a denunciarlo, para que un sistema de medidas clarividentes y efectivas disuelva las actitudes de apatía, cuando no de animosidad, que se registran. Sirviendo a una consigna muy cara a los juristas, hace falta que *el orden natural se ponga inmediatamente en pie de guerra*. El ejemplo de un sistema constitucional que, como muestran los arts. 1.1 y 9.2 CE, rebasa, en homenaje a la justicia sustancial, las *estrecheces éticas del normativismo*, alecciona –irreprochable e implacablemente– al sanar de raíz las amnesias de las malas conciencias. Hay que trasladar ese convencimiento a la opinión pública y a la impregnación emocional que expande el *espíritu del pueblo*. Un *reparto de cauces* –que el estructuralismo asoció a otros caminos compatibles con

las ofertas pacificadoras del legislador— se impone a medida que surgen y se multiplican los entorpecimientos de una aplicación judicial equitativa de las normas del ordenamiento jurídico.

Lo afirmado se relaciona con la oportunidad de subrayar la presencia y custodiar la integridad de ciertos derechos fundamentales. *La libertad de empresa —a la que la sec. 2.ª, cap. 2.º, tít. I CE no atribuye esa naturaleza— pasa a serlo sobrevenidamente, porque el principio de primacía del Derecho comunitario prohíbe adjudicarle una caracterización menos enérgica que la correspondiente a las libertades de establecimiento y circulación de capitales como derechos fundamentales de la UE. El tratamiento nacionalizado que las jurisdicciones estatales dedican a cuestiones conexas con el contenido esencial o núcleo invulnerable de estas libertades reduce la notabilidad de su enclave en el ordenamiento jurídico y desprestigia su eficacia. Se precisa que, ante tales anomalías, la equidad contribuya también a erradicar ese mal y algún otro de parecida gravedad.*

La *plenitud del sentimiento equitativo* incluye, a todas luces, la utopía —tantas veces ansiada como vencida por los arrebatos de la sinrazón— de que *el gobierno dialéctico o retórico del mundo prevalezca, pausada y victoriosamente, sobre las tensiones sociales de la fuerza. ¿De qué modo y manera?* Levantando ciudades seculares cuyos planes refundan las afinidades y aptitudes de sus pobladores, reduzcan igualmente las privaciones de los grupos sociales afligidos por la discriminación y la pobreza, cumplan los compromisos de vivir en paz con todos y enseñen a *creer en la esperanza*. Así se *racionaliza moralmente la vida política*, en pro de cuya busca se exhortaba de antiguo a los cristianos a desprenderse de sus bienes y, si ello era preciso, a sacrificar sus propias vidas. Esa racionalización propende a que el conocimiento de las más íntimas exigencias humanas —especialmente de la fraternidad y de las energías subyacentes a la moralidad y la espiritualidad de la persona— forje un *modelo de comportamiento secular que, a impulsos de la sensibilidad equitativa, proscriba el egoísmo, los celos desmedidos, el orgullo exaltado, la astucia sistemática, el ansia de dominación sobre los débiles y el hábito creciente de hacer de la mentira un modesto pecado venial.*

Bibliografía de orientación

- BARCELONA, P. *et al.* *L'uso alternativo del diritto*. Roma-Bari: Ed. Laterza, 3 vols., 1974.
- BEARDSLEY, S. *et al.* *Human relations in international affairs: A Guide to significant interpretation and research*. Washington: Ed. Public Affair Press, 1956.
- BOBBIO, N. «Sulla rinascita del Giusnaturalismo», *Rivista di Filosofia*, pp. 408-410. Padua: Ed. CEDAM, 1963.

- Il positivismo giuridico*. Turín: Ed. Giapichelli, 1979.
- BOULDING, K. *Conflict and defence: A general theory*. Nueva York: Ed. Harper, 1962.
- BRIMO, A. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*. París: Ed. A. Pedone, 1968.
- CAHN, E. *The sense of injustice*. Nueva York: Ed. New York University Press, 1949.
- CARBONNIER, J. *Derecho Civil*, traducción y adiciones de conversión al Derecho español de ZORRILLA, M. M., t. 1, v. 1. Barcelona: Ed. Bosch, 1960.
- CASTAN, J. «La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 219-272. Madrid: Ed. Reus, 1953.
- DAVID, R. *I grandi sistemi giuridici contemporanei*. Padua: Ed. CEDAM, 1980.
- CERRONI, U. *El pensamiento jurídico soviético*, traducción de ZAPATERO, V. Madrid: Ed. EDICUSA, 1977.
- DE LOS MOZOS, J. «La equidad en el Derecho Civil español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 326-365. Madrid: Ed. Reus, 1972.
- DELHAYE, P. *Permanence du droit naturel*. Lovaina: Ed. Nauwelaerts, 1960.
- DESSENS, J. *Essai sur la notion d'équité*. Toulouse: tesis inédita, 1934.
- GOLDSMICHDT, W. *La Ciencia de la Justicia*. Madrid: Ed. Aguilar, 1958.
- HERNANDEZ GIL, A. *Métodología del Derecho*. Madrid: Ed. Antonio Hernández Gil, 3 vols., 1971-1976.
- KELSEN, H. *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de GARCÍA, E. Méjico: Ed. UNAM, 1988.
- ¿*Qué es justicia?*, traducción de CALSAMIGLIA, A. Barcelona: Ed. Ariel, 1982.
- KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho Romano*, traducción de SANTACRUZ, J. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1955.
- LECLERCQ, J. *Du droit naturel a la sociologie*. Lovaina: Ed. Spes, 1960.
- LZ. ARANGUREN, J. L. *Ética*. Madrid: Ed. Biblioteca Nueva, 1997.
- MARITAIN, J. *L'homme et l'Etat*. París: Ed. Du Cerf, 1965.
- MESSER, W. *Deutsche Wertphilosophie der Gegenwart*. Leipzig: Ed. Reinicke, 1926.
- PANNICK, D. *Judges*. Oxford-Nueva York: Ed. Oxford University Press, 1987.
- PHILIPS, H. *A first book of English law*. Londres: Ed. Sweet & Maxwell, 1965.
- POULANTZAS, N. *Nature des choses et droit*. París: Ed. Librairie Generale de Droit et de la Jurisprudence, 1966.
- RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C. et al. *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*. Madrid: Ed. Civitas, 1993.

- ROUSSEAU C. *Derecho Internacional Público*, trad. de GZ. ARTIGUES, F. Barcelona: Ed. Ariel, 1957.
- RUIZ MORENO, M. *Filosofía del Derecho: Teoría general e historia de doctrinas*. Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft, 1944.
- SOSA, F. *Los juristas de la 2.ª República*. Madrid: Ed. Fundación «Alfonso Martínez Escudero» y Marcial Pons, 2009.
- STERN, J. *La codificación: Una controversia programática basada en las obras de THIBAUT y SAVIGNY*, traducción de DÍAZ, J. Madrid: Ed. Aguilar, 1970.
- TORRALBA, V. «Artículo 3.2 del Código Civil», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, v.1, pp. 165-194. Madrid: Ed. Tecnos, 1977.
- VIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*, traducción de DÍAZ PICAZO, L. y prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Madrid: Ed. Taurus, 1964.
- ZORRILLA, M. M. «Modernidad y moralidad de la mundialización», *Estudios de Deusto*, vol. 50/2, 2002, pp. 181-196.
- «Del sometimiento al imperio de la ley, a la modernidad del arbitraje», *Estudios de Deusto*, vol. 55/2, 2007, pp. 185-211.
- «Aportaciones especiales de Derecho y equidad en las vicisitudes del concurso», *Estudios de Deusto*, vol. 56/2, 2008, pp. 165-187.
- «Preferencias y oportunidades moralizadoras en la aplicación judicial del Derecho», *La relación del juez con la ley*, pp. 137-167. Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2009.

NOTA

El derecho del trabajo y las relaciones jurídicas calificadas como «zonas grises»

(El empresario plural: hacia un nuevo concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral)

Francisco Javier Arrieta Idiakez

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto

Recibido: 29.10.09

Aceptado: 16.11.09

Resumen: En este estudio se aborda el supuesto del empresario plural, como particular zona gris del Derecho del Trabajo. Para ello, previamente, se lleva a cabo una contextualización de las zonas grises. Precisamente, dentro de dicho contexto, la figura del empresario plural llama la atención como relación triangular compuesta por dos empresarios y un trabajador. Al contrario de lo que ocurre con el resto de figuras ubicadas en las zonas grises, en su caso deben analizarse las características del Derecho del Trabajo y, en especial, la ajenidad y la dependencia desde el punto de vista de un concepto de empresario laboral distorsionado. Posteriormente, tomando como ejemplo el sector de la Marina mercante, y más concretamente, el ámbito de los pabellones de conveniencia, en el que se relacionan los navieros, los administradores de buques y los marinos, se describe la figura del empresario plural, y se indican los problemas que suscita y se proponen su correcta interpretación y sus posibles soluciones.

Palabras clave: Zonas grises del Derecho del Trabajo, empresario plural, Marina mercante, administradores de buques, marinos, pabellones de conveniencia.

Abstract: *This study addresses the figure of the plural employer, since it is a particularly grey area to Employment Law. In order to achieve this, the grey areas are set in context, and it is within this context, that the figure of the plural employer draws one's attention as a triangular relationship between two employers and a worker. Notwithstanding the foregoing to the contrary, as regards other figures that may be found within these grey areas, the characteristics of Employment Law, and in particular, dependency and the provision to work under a contract of service, must be contemplated, taking into account a distorted employer perspective. Having done this, the figure of the plural employer is described pointing out its problems and offering possible solutions and its correct interpretation, following the guidelines found in the Merchant Shipping sector, and in particular, that of the flags of convenience, where the figure of the ship owner, ship administrator and sailor can all be closely interlinked.*

Key words: *Employment Law grey areas, plural employer, Merchant Shipping, ship administrator, sailor and flag of convenience.*

Sumario: 1. Contextualización de la problemática. 1.1. «Zonas claras» y «zonas grises» del Derecho del Trabajo. 1.2. Las relaciones labo-

rales entre la atipicidad y la tipicidad. 1.3. Derecho del Trabajo y nueva realidad.—2. Hacia un nuevo concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral. El sector de la Marina mercante como paradigma. 2.1. La problemática determinación del empresario laboral a partir de la descentralización productiva y de la huida del Derecho del Trabajo. 2.2. El empresario plural como nuevo concepto en la dimensión jurídico-laboral.

1. Contextualización de la problemática

1.1. «Zonas claras» y «zonas grises» del Derecho del Trabajo

1. La propia existencia de relaciones jurídicas calificadas como «zonas grises» respecto al Derecho del Trabajo presupone la existencia previa de una «zona clara» en la que parece no cuestionarse la aplicación de esta rama del ordenamiento jurídico¹.

Por ello, el análisis de lo que se entiende por «zonas grises» requiere una referencia previa de lo que pueda entenderse por «zona clara».

2. En este sentido, en principio, dicha «zona clara» puede deducirse del ámbito establecido por el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET) para su aplicación. Concretamente, el artículo 1.1 del TRLET, bajo la rúbrica «ámbito de aplicación», recoge las notas a tener en cuenta para determinar la aplicación del Derecho del Trabajo. Precisamente, son esas notas las que caracterizan el contrato de trabajo y las diferencian de otros contratos de naturaleza civil o mercantil.

Ciertamente, el contrato de trabajo, construido a partir de las notas que lo caracterizan, se erige en la principal institución del Derecho del Trabajo, sobre la que se construye, posteriormente, el resto de relaciones individuales, así como las relaciones colectivas. Con otras palabras, la existencia de las notas características del contrato de trabajo es lo que permite hablar de «zona clara», siendo estas las que actúan como «llave maestra» para la aplicación de los mecanismos del Derecho laboral.

¹ Las «zonas grises» se consideran «uno de los aspectos más controvertidos en el Derecho del Trabajo actual», en cuanto eventual «quiebra del modelo subjetivo de aplicación del ordenamiento jurídico laboral [VV. AA., *Estatuto de los Trabajadores. Comentario y con jurisprudencia*, Del Rey Guanter, S. (Dir.). Madrid, La Ley, 2005, p. 37. Siguiendo a Martín Valverde, «se ha acuñado la expresión zonas grises del Derecho del Trabajo para designar a determinadas situaciones o supuestos típicos de prestación de servicios que se encuentran en las fronteras del campo de aplicación de la legislación de trabajo y de Derecho del Trabajo, ubicándose unas veces dentro de él y otras veces fuera del mismo» [Martín Valverde, A., «Fronteras y “zonas grises” del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)», in *RMTAS*, 2002, núm. 38, p. 30].

Nos referimos al carácter voluntario, retribuido, por cuenta ajena, dependiente o subordinado y personalísimo del contrato de trabajo, aunque es cierto que el carácter personalísimo o *intuitu personae*, que no consta en la definición dada por el artículo 1.1 del TRLET, se añadió hace tiempo por la jurisprudencia y sigue exigiéndose reiteradamente².

Igualmente, son esas notas las que sirven para definir al trabajador, en sentido estricto, es decir, desde el punto de vista del Derecho del Trabajo.

Así, debe recordarse que, primero, se produjo la extensión en la sociedad, a finales del siglo XIX, del trabajo que presentaba dichas características y, después, su institucionalización como contrato típico, diferenciado del resto de contratos civiles de la época. Fue, además, a raíz de dicha institucionalización, cuando comenzó a construirse el Derecho del Trabajo, como rama independiente del ordenamiento jurídico.

Con ello, se trataba de acercar el Derecho a la realidad, puesto que bajo los principios liberales, y sobre todo de la autonomía de la voluntad, se había producido el fenómeno opuesto.

Los intereses contrapuestos entre empresarios y trabajadores, como sujetos del contrato de trabajo, y el carácter de parte débil de estos últimos, a la hora de establecer las condiciones de trabajo, pusieron en evidencia la necesidad de equilibrar las relaciones entre ambas partes, en aras de mantener la paz social y apaciguar la cuestión social surgida.

Es así como, definitivamente, el Derecho del Trabajo surge como un Derecho tuitivo o protector del trabajador, con el fin último de equilibrar los intereses contrapuestos entre trabajadores y empresarios, y hacer efectivo el principio de igualdad material. Por consiguiente, si bien se reconoce el poder de dirección del empresario para quien se prestan los servicios a cambio del salario, se establecen ciertos límites al ejercicio de dicho poder, límites que se tornan en garantías para el trabajador.

3. De este modo, inicialmente, y hasta mediados de la década de los setenta del siglo XX, las notas características del contrato de trabajo y, por extensión, también del Derecho del Trabajo, resultan fácilmente identificables, dentro de los modelos de producción taylorista y fordista predominantes por aquel entonces³.

Además, «en la medida en que también en otros contratos no laborales se prestan servicios personales retribuidos, resulta que son la notas de depen-

² Por todas, STS de 12 de septiembre de 1988 (núm. 1342/1988); STS de 22 de enero de 2001 (núm. 1860/2000); STS de 16 de diciembre de 2008 (núm. 4301/2007); STS de 11 de mayo de 2009 (núm. 3704/2007); STCT de 25 de abril de 1989; STSJ de La Rioja, de 24 de octubre de 2000 (núm. 321/2000); y STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2005 (núm. 3912/2004).

³ En relación con el sistema taylorista-fordista, consúltese Coriat, B., *El taller y el cronómetro: ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1982.

dencia y ajenidad las estrictamente definitorias y diferenciadoras del contrato de trabajo frente a otros contratos»⁴.

Básicamente, la facilidad para identificar las notas de dependencia y ajenidad se produce porque estas se vinculan de manera rígida y estática a unos determinados criterios (se trabaja en un mismo centro de trabajo, bajo la sujeción estricta a órdenes e instrucciones del empresario; se trabaja dentro de una jornada completa y un horario regular; se trabaja única y exclusivamente para un mismo empresario; se trabaja con un contrato de duración indefinida)⁵.

4. No obstante, a partir del año 1973 se aglutinan una serie de factores o circunstancias que influyen en el devenir del Derecho del Trabajo. Es a partir de ese momento cuando, dentro de la que hasta entonces podría haberse calificado como «zona clara» del Derecho del Trabajo, comienzan a vislumbrarse espectros grisáceos⁶.

Por una parte, se produce la crisis económica, y, posteriormente, el cambio de estructura del mercado de trabajo junto a la internacionalización del mercado y la enorme competencia mundial⁷.

En este contexto, la crisis económica, que tiene su principal causa en la crisis del petróleo, trae consigo la disminución de las tasas de crecimiento económico, con un aumento alarmante del desempleo.

Como consecuencia de la crisis, los empresarios comienzan a echar mano de la flexibilización, en sus dos vertientes, interna y externa, con el objetivo de mantener su posición en el mercado⁸. En sintonía con la postura adoptada por los empresarios, muchos Gobiernos, y entre ellos el español, apuestan por fomentar de manera exorbitante dicha flexibilización, como apuesta de política de empleo. Concretamente, dentro del amplio abanico de

⁴ VV. AA., *Curso de Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 15.ª edición, p. 252.

⁵ Actualmente, recuerdan dichos criterios, entre otras, las siguientes sentencias: STS de 9 de diciembre de 2004 (núm. 5319/2003); STS de 27 de noviembre de 2007 (núm. 2211/2006); STS de 6 de noviembre de 2008 (núm. 407/2008); STS de 18 de marzo de 2009 (núm. 1709/2007); STS de 11 de mayo de 2009 (núm. 3704/2007); STSJ de Cataluña, de 18 de septiembre de 2002 (núm. 8093/2001).

⁶ Luján Alcaraz, J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo: contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, 1994, p. 5.

⁷ Ortiz Lallana, C., «La supervivencia del Derecho del Trabajo», in *AL*, 1999, vol. III, pp. 813-818.

⁸ Martín Ariles, A., *Flexibilidad y relaciones laborales. Estrategias empresariales y acción sindical*, Madrid, CES, 1995. Asimismo, se realizan apreciaciones de gran interés en Fernández Domínguez, J. J., Martínez Barroso, M. R. y Rodríguez Escarciano, S., *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas «flexibilizadoras» de la relación laboral*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998, pp. 169-442.

medidas flexibilizadoras, destaca la apuesta por la descentralización productiva y el aumento inusitado de la contratación temporal⁹.

Por otra parte, el cambio de estructura del mercado de trabajo se produce como consecuencia de varios factores, entre los que destacan su terciarización, el desarrollo de nuevas tecnologías y el surgimiento de la era postfordista, con modelos tan novedosos como el toyotista¹⁰.

Todos estos factores se traducen en la internacionalización del mercado y en el aumento de la competencia mundial, lo que ha dado lugar al fenómeno de la globalización económica y con ella, en muchos casos, a la deslocalización de empresas¹¹.

En resumen, a la luz de todas estas circunstancias se advierten unas tendencias comunes para poder mantenerse en el mercado, como son la reducción de costes en la producción, la especialización del trabajo, la adaptabilidad de los trabajadores a las demandas del mercado, la optimización de la eficiencia empresarial mediante la flexibilización de las estructuras productivas y la calidad de los productos y servicios ofrecidos fruto de la constante innovación.

1.2. *Las relaciones laborales entre la atipicidad y la tipicidad*

5. A partir de la década de los ochenta del siglo XX surge una amplia gama de relaciones laborales atípicas, en comparación con las relaciones típicas incluidas en la que hemos denominado «zona clara» del Derecho del Trabajo, hasta entonces predominante, con la finalidad de responder a las tendencias del momento¹².

⁹ Sempere Navarro, A.V., «Sobre el concepto del Derecho del Trabajo», in *REDT*, 1986, núm. 16, pp. 190-194. Respecto al origen y justificación de la descentralización productiva, véase Herraiz Marín, M. S., «Nuevas formas de organización productiva: la denominada descentralización y sus manifestaciones», in *TS*, 2004, núm. 167, pp. 15-18.

¹⁰ Respecto a la concurrencia de todas estas circunstancias consúltese Belzunegui Eraso, A., *Teletabajo. Estrategias de flexibilidad*, Madrid, CES, 2002, pp. 77-128. Para profundizar en lo que supone el paso del fordismo al posfordismo, véase Cruz Villalón, J., «El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado», in *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 169-192. Más concretamente, en relación con el paso del fordismo al toyotismo, Selma Penalva, A., *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 25-53.

¹¹ En torno al fenómeno de la deslocalización, véase Pérez de los Cobos Orihuel, F., «Problemas laborales de la deslocalización de empresas», in *AL*, 2006, vol. i, pp. 242-264.

¹² Vid. Rivero Lamas, J., «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo», in *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, pp. 17-94.

La atipicidad de las nuevas relaciones de trabajo supone el encaje forzado o, simplemente, su no encaje en las notas caracterizadoras del contrato de trabajo, tal y como venían entendiéndose, es decir, de manera rígida y estática, dentro de un contexto de «trabajo estable y a tiempo completo, prestado habitualmente [para un único empresario] en el lugar previamente acondicionado para el desarrollo de la prestación de servicios, esto es, la empresa o, para ser más correctos, en el lugar diseñado por la misma para la producción de bienes y servicios (fábrica, factoría, buque, parcela, etcétera; en fin, en lugar de trabajo)»¹³.

Por tanto, la atipicidad de las relaciones de trabajo comienza a quebrar el modelo subjetivo de aplicación del ordenamiento jurídico laboral. Irrumpen las dudas y surge entonces un constante «tira y afloja» entre las tendencias expansionistas y reduccionistas, que conducen, respectivamente, a la laboralización o deslaboralización de las distintas relaciones¹⁴. En último término, los ámbitos en los que se produce esta situación se convierten en «zonas grises»¹⁵.

6. No obstante, la mayoría de las relaciones de trabajo atípico son acogidas por el Derecho del Trabajo (a) dentro de la empresa y para un único empresario: contrato de duración determinada por razones económicas o estructurales; contrato de duración determinada para el fomento del empleo; contrato de duración determinada de aprendizaje o formación; contratos a tiempo parcial; (b) fuera de la empresa: subcontratación y empresas de tra-

¹³ García Murcia, J., «El trabajo atípico en la jurisprudencia más reciente: Notas más destacadas», in *RL*, 1989, vol. I, p. 418. Más extensamente, Cordova, E., «Las relaciones de trabajo atípico (I) y (II)», in *RL*, 1986, vol. I, pp. 239-283.

¹⁴ En la actualidad, así lo entiende también Montoya Melgar al afirmar que «atendiendo a categorías concretas de prestadores de servicios se observa en nuestros días un doble fenómeno contrapuesto de reducción y expansión del ámbito personal del Derecho del Trabajo», centrando su exposición en dichas tendencias (Montoya Melgar, A., «El ámbito personal del Derecho del Trabajo: tendencias actuales», in *AS*, 2006, vol. V, pp. 473-478). Respecto al pasado, para una aproximación a dichas tendencias a través del análisis de la jurisprudencia, durante el período de 1982 a 1992, consúltese Riera Vayreda, C., «El contrato de trabajo en las llamadas zonas grises. Recopilación jurisprudencial», in *TS*, núms. 35 y 36 (1993) y núms. 37, 40 y 41 (1994). Del mismo modo, puede observarse la evolución de los supuestos considerados como «zonas grises» en Martín Valverde, A., *ob. cit.*, pp. 34-36. Igualmente, véase Souto Prieto, J., «Las zonas grises en la frontera del Derecho del Trabajo, trabajo/contrato de arrendamiento de servicios, los autónomos, la precariedad laboral, la paralarboralidad», in *Congreso de Magistrados del orden social: el futuro de la jurisdicción social*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 143-163.

¹⁵ Algunos autores han subrayado la conexión existente entre las relaciones laborales especiales y las «zonas grises» del contrato de trabajo, al entender que aquellas cumplen una función integradora de las relaciones de trabajo ubicadas en dichas «zonas grises». Por todos, Luján Alcaraz, J., «El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores», in *RMTAS*, 2005, núm. 58, p. 17.

bajo temporal¹⁶, y la problemática se reduce a una serie de situaciones. En consecuencia, las relaciones de trabajo atípicas y las denominadas «zonas grises» no son siempre coincidentes.

Entre las situaciones que dan lugar a relaciones de trabajo atípicas y que acaban creando «zonas grises» destacan el teletrabajo y la eventual configuración del empresario plural, figura esta última en la que nos centraremos.

Aunque ambas constituyen formas de descentralización productiva, también presentan importantes diferencias. Mientras que el teletrabajo se caracteriza por la prestación de servicios laborales fuera del centro del trabajo, la figura del empresario plural obedece al hecho de que un mismo trabajador presta un único servicio laboral del que se lucran dos empresarios diferentes.

Además de las relaciones atípicas mencionadas, resulta conveniente advertir cómo determinadas relaciones, que comienzan a extenderse, en puridad no pueden considerarse atípicas, sencillamente porque nunca partieron de la caracterización típica del contrato de trabajo, sino que, en contraposición a este, presentan especificidades que dan lugar a auténticos «sectores informales» (v. gr. trabajo autónomo y becas) o «modelos de producción alternativos» (cooperativas de trabajo asociado)¹⁷. Lo que sucede es que en los últimos tiempos se discute su posible laboralización y se plantean distintas alternativas al respecto¹⁸.

Ciertamente, tanto las relaciones de trabajo atípico que dan lugar a «zonas grises», como esas otras relaciones que comienzan a extenderse tie-

¹⁶ Al respecto, véase García Murcia, J., *ob. cit.*, pp. 417-419.

¹⁷ Una caracterización de lo que se entiende por «sector informal» en Páramo Montero, P., «Las zonas grises en la frontera del Derecho del Trabajo, trabajo/contrato de arrendamientos de servicios, los autónomos, la precariedad laboral, la paralarobalidad», in *Congreso de Magistrados del orden social: el futuro de la jurisdicción social*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 246-249.

¹⁸ Defendiendo la extensión del Derecho del Trabajo a situaciones que nunca estuvieron dentro del ámbito de aplicación, Ermida Uriarte y Hernández Álvarez hablan de «extensión modulada, fraccionada o diferenciada», caracterizada por «establecer diversos niveles o umbrales de protección para las diversas categorías diferentes al clásico –y reducido– trabajo subordinado *stricto sensu*» (Ermida Uriarte O. y Hernández Álvarez, O., «Crítica de la subordinación», in *REDT*, 2003, núm. 116, p. 186). Por su parte, Molina Navarrete y García Jiménez centran su atención en la necesidad de diferenciar el ámbito laboral de otros ámbitos, como el de los empleados públicos o los autónomos, en lo que se refiere a la regulación de las relaciones de prestación profesional de servicios, para huir de la progresiva «laboralización» de las zonas grises (Molina Navarrete, C. y García Jiménez, M., *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 46 y 47). Precisamente, la tendencia actual, tal y como lo demuestran el Estatuto Básico del Empleo y el Estatuto del Trabajo Autónomo, parece inclinarse por la creación, junto al TRLET, de una serie de «bloques normativos» reguladores de otras formas de trabajar, independientemente de que estos se inspiren, sin lugar a dudas, en el carácter tuitivo-protector del Derecho laboral.

nen en común su efecto centrífugo respecto al trabajo considerado típico y del que derivaba la naturaleza rígida y estática de las notas características del contrato laboral¹⁹.

1.3. *Derecho del Trabajo y nueva realidad*

7. Todos estos cambios ponen de manifiesto la necesidad que presenta el Derecho del Trabajo de adaptarse a la nueva realidad, y ello con una doble finalidad²⁰.

En primer lugar, para regularizar aquellas situaciones que en los últimos tiempos han escapado de su ámbito, en lo que ha venido denominándose la «huida del Derecho del Trabajo»²¹.

En segundo lugar, para que pueda servir de referente en áreas no laboralizadas, pero que requieren cierta protección social. Además, todo ello resulta acorde con la «flexiseguridad» que, tras las experiencias holandesa (de corte neoliberal) y danesa (de corte socialdemócrata)²², parece requerirse,

¹⁹ Ese efecto centrífugo fue magistralmente explicado por Bayón Chacón, a través de una comparación que además de hacer historia sigue vigente, y que se refiere «a las ondas concéntricas que produce la piedra que cae sobre el agua». Así, conforme a dicha comparación, «primero, se produce un impacto fuerte, directo, rotundo, que en nuestra disciplina fue la protección legislativa al obrero manual...; luego, advertimos una expansión de aquellas ondas que se producen posteriormente, pero de forma claramente perceptible: es la protección posterior del empleado administrativo o del trabajador intelectual; por fin, hay otras ondas más extensas, pero débiles y un tanto borrosas, que son equiparables a la protección de las zonas grises..., que marcan la frontera entre el agua agitada y el agua inmóvil. Pero aunque nuestra vista no las perciba, sobre la superficie del agua hay aún otras ondas, tan débiles, que no nos damos cuenta de su existencia y que encierran los ámbitos futuros de vigencia del Derecho del Trabajo: nuevos sectores de actividad que aun hoy no concebimos como propios del Derecho del Trabajo, pero que encierran tal vez su futuro» (Bayón Chacón, G., «El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo», in *RPS*, 1966, núm. 71, pp. 8-9).

²⁰ Respecto a la necesidad de dicha adaptabilidad véase Del Valle Villar, J. M. «Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español», in *RT*, 1988, núm. 89, p. 96.

²¹ Rodríguez-Piñero, M., «La huida del Derecho del Trabajo», in *RL*, 1992, vol. I, pp. 85-88. En el mismo sentido, Durán López, F., «El futuro del Derecho del Trabajo», in *REDT*, 1996, núm. 78, p. 609. Conforme a Luján Alcaraz «además de las actuales y muy numerosas manifestaciones de la tradicional huida del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social propia de la economía sumergida y el empleo clandestino..., la principal vía de escape del ordenamiento laboral sigue siendo la que se produce en zonas grises del contrato de trabajo» (Luján Alcaraz, J., *ob. cit.*, p. 34).

²² Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., «Flexiseguridad: el debate europeo en curso», in *Aportaciones al debate comunitario sobre Flexiseguridad* (Escudero Rodríguez, R., Coord., Madrid, La Ley, colección Relaciones Laborales, 2007, pp. 13-15. Siguiendo a dicho autor, ambas experiencias nos sitúan ante dos enfoques posibles de la flexiseguridad: o hacer el empleo más flexible, en términos de adaptabilidad, sin suprimir seguridad (ten-

ahora, desde la Unión Europea, dentro de las realidades y posibilidades de cada Estado miembro²³. En verdad, la «flexiseguridad» debería entenderse en el sentido de mantener el fin último del Derecho del Trabajo, pero superando ahora su ámbito de aplicación, esto es, el trabajo por cuenta ajena y dependiente, para extenderlo, en sus justos términos, a otras formas de producción, por las semejanzas que en ciertos aspectos estas presentan respecto a aquel²⁴.

8. De este modo, en relación con el proceso de adaptación del Derecho del Trabajo, resulta imprescindible considerar que la definición más cercana a la realidad de las nociones de ajenidad y dependencia constituye la piedra angular sobre la que debe asentarse el Derecho del Trabajo.

dencia neoliberal holandesa), o hacer el trabajo flexible más normal en términos de seguridad sin suprimir la flexibilidad (tendencia socialdemócrata danesa).

²³ Respecto a la evolución del término «flexiseguridad» en el seno de la Unión Europea, desde el Consejo Extraordinario de Lisboa de marzo de 2000 hasta la actualidad, véase Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., *ob. cit.*, pp. 17-20. Igualmente, resulta interesante, Laulom, S. «El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad», in *Aportaciones al debate comunitario sobre Flexiseguridad* (Escudero Rodríguez, R. Coord.). Madrid: La Ley, colección Relaciones Laborales, 2007, pp. 32-46.

²⁴ Del Rey Guanter parece «profetizar» lo que debería mantenerse en la actualidad por «flexiseguridad», al definir la «flexibilidad» como «un proceso de revisión del patrimonio normativo en el ámbito laboral, a fin de adaptar el contenido, el alcance y la aplicación de la norma a las nuevas necesidades del sistema de relaciones laborales, y sin por ello cuestionar la función esencialmente protectora del Derecho del Trabajo en todo Estado social y su consideración como expresión de equilibrio de intereses entre los sujetos de dicho sistema» (Del Rey Guanter, S. «Desregularización, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo», in *RL*, 1989, núm. 10, p. 295). Precisamente, en la actualidad, el término «seguridad» vendría a impedir que la «flexibilidad» se entendiera solamente de manera unidireccional, y, por tanto, reduciendo drásticamente los niveles de protección garantizados por el Derecho del Trabajo, así como cuestionando los principios, funciones o instituciones que fundamentan el Derecho del Trabajo. De ahí el nuevo término «flexiseguridad», que trata de abrirse paso, aunque con un contenido todavía poco definido que produce cierta reticencia. Concretamente, debe ser dicha reticencia la que nos haga plantear cuál deber ser el verdadero sentido de la «flexiseguridad», siempre desde una crítica constructiva.

En la actualidad, en torno a la defensa de esta interpretación, véase Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. «Flexiseguridad: el debate europeo en curso», in *Aportaciones al debate comunitario sobre Flexiseguridad* (Escudero Rodríguez, R. Coord.). Madrid: La Ley, colección Relaciones Laborales, 2007, p. 12. Igualmente, Laulom, al referirse a la flexiseguridad, en su versión más simplificada, señala que «la flexiseguridad se concibe como la necesidad de buscar un equilibrio entre la flexibilidad (para las empresas) y seguridad (para los trabajadores)», y acto seguido reflexiona sobre la cuestión planteando los siguientes interrogantes: «¿La novedad del término no oculta un debate tan antiguo como el propio Derecho del Trabajo? ¿El objeto del Derecho del Trabajo no es prever normas destinadas a establecer un cierto equilibrio entre los derechos del empresario y de los trabajadores, entre una determinada forma de flexibilidad y seguridad, garantizada también por las normas consustanciales al Derecho de la Seguridad Social?» (Laulom S., *ob. cit.*, p. 30).

La doctrina y jurisprudencia de los distintos Estados han debatido incesantemente sobre cuál de las dos notas constituye el criterio determinante de la relación laboral. En el ordenamiento jurídico español parece ser que el problema se ha solventado por «vía ecléctica, exigiendo ambos criterios conjuntamente»²⁵. En ese sentido, se somete a la legislación laboral la prestación de servicios realizada «por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona».

La dependencia y la ajenidad se encuentran estrechamente vinculadas, porque, mientras la dependencia hace referencia a la propia concepción y ejecución del trabajo, la ajenidad se refiere a su destino o aprovechamiento²⁶.

9. El término ajenidad solamente cobra sentido si especificamos el ámbito en el que se proyecta, es decir, si nos referimos a la ajenidad en el mercado como indicio que sirve para determinar la existencia de un contrato de trabajo.

La ajenidad en el mercado significa que entre el trabajador directo, que produce un bien o presta un servicio, y el consumidor, que lo recibe, se interpone jurídicamente un tercero (el empresario), que podrá cobrar el precio de ese bien o de ese servicio, que tendrá que pagar al trabajador un salario y que tendrá la posibilidad de realizar un beneficio. Esta desconexión entre el trabajador y el destinatario final del producto de su trabajo (bien o servicio) es la que define el trabajo en sentido estricto (que interesa al Derecho del Trabajo) y el trabajo en sentido amplio. El empresario que se interpone entre el trabajador y el mercado resulta ser, primero, el titular de los resultados del proceso productivo (bienes o servicios) y, posteriormente, el sujeto que adquiere una utilidad patrimonial, como consecuencia de la venta de los bienes o servicios cuya titularidad le corresponde²⁷.

10. Por su parte, la dependencia puede ser definida como una consecuencia de la ajenidad, en el sentido de que el empresario tiene la posibilidad de dirigir y controlar la prestación laboral del trabajador para conseguir sus

²⁵ Ojeda Avilés, A. «Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo», in *RL*, 1988, vol. I, p. 148.

²⁶ Sempere Navarro, A.V., *ob. cit.*, p. 184.

²⁷ Alarcón Caracuel, M.R. «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo», in *REDT*, 1986, núm. 28, p. 515. A partir de la creación doctrinal de este indicio, es abundante la jurisprudencia que se basa en él. Por todas, STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de mayo de 2001 (núm. 526/2001), con mención expresa a Alarcón Caracuel, para explicar la ajenidad en el mercado; STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2003 (núm. 5614/2003); STSJ de Madrid, de 23 de julio de 2007 (núm. 2081/2007); STSJ de Asturias, de 31 de octubre de 2008 (núm. 1396/2008).

objetivos²⁸. El TRLET identifica la dependencia con la prestación de servicios «dentro del ámbito de organización y dirección» del empresario, viniendo a consagrar la definición jurisprudencial de dependencia, consistente en la inclusión del trabajador en el «círculo rector y organicista del empresario»²⁹. Todo ello pone de manifiesto la necesidad de adoptar un criterio flexible de dependencia que rompa con las manifestaciones tradicionales y se sitúe entre el mero cumplimiento de los encargos contractuales (con lo que se generalizaría el criterio de dependencia adoptado por el TRLET, hasta el punto de llegar a desnaturalizarlo) y «la subordinación rigurosa y absoluta» del trabajador respecto al empresario (con lo que se restringiría en demasía el criterio de dependencia adoptado por el TRLET)³⁰.

11. Ciertamente, esta actualización de las nociones de ajenidad y dependencia significa una nueva dimensión para el Derecho del Trabajo, conforme a la cual podrá desenvolverse en las «zonas grises» aportando importantes dosis de claridad.

En particular, existe una «zona gris» muy concreta, a saber, la relativa a la figura del empresario plural, que, de momento, se limita, prácticamente, al sector de la Marina mercante, que bien merece un análisis, por lo novedoso que puede suponer a la hora de adoptar un nuevo concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral. Curiosamente, en este supuesto, se trata de abordar el concepto de empresario, y no el del trabajador, como sucede en el resto de «zonas grises».

²⁸ Montoya Melgar, A. «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», in *REDT*, 1998, núm. 91, pp. 713-714. Por su parte, Ruiz Castillo se refiere a las «quebras fundamentales que presenta la noción jurídica de subordinación como parámetro de aplicación del ordenamiento laboral» (Ruiz Castillo, M. M. «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo», in *RL*, 1991, núm. 15-16, p. 136). Más recientemente, Palomino Saurina mantiene que aunque la dependencia constituye un elemento definidor de la laboralidad de una relación de trabajo, «en la actualidad no se entiende como una subordinación rigurosa del trabajador... sometido a la vigilancia del empresario» (Palomino Saurina, P. «El concepto de dependencia como criterio determinante de la naturaleza civil o laboral de la prestación de servicios», in *AS*, 2007, núms. 7 y 8, pp. 37-38).

²⁹ Entre las primeras sentencias que consagraron la «espiritualización» del concepto de dependencia o subordinación jurídica se encuentra la STS de 10 de mayo de 1966, Ar. 2293. Posteriormente, puede apreciarse la misma idea en la STS de 29 de noviembre de 1979 (núm. 279/1979); en la STS de 27 de junio de 1980 (núm. 1066/1980); y, más recientemente, en la STS de 29 de diciembre de 1999 (núm. 1093/1999).

³⁰ Ruiz Castillo, M. M., *ob. cit.*, p. 180.

2. Hacia un nuevo concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral. El sector de la Marina mercante como paradigma

2.1. La problemática determinación del empresario laboral a partir de la descentralización productiva y de la huida del Derecho del Trabajo

12. La necesidad de plantear un nuevo concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral se relaciona con el fenómeno de la descentralización productiva y, más concretamente, con una de sus consecuencias, a saber, la huida del Derecho del Trabajo.

Las nuevas condiciones de competencia y globalización económica hacen que las empresas deban responder con dinamismo a las circunstancias del mercado y por ello resulta imprescindible que las empresas agilicen y flexibilicen todas sus estructuras. La descentralización constituye la vía adecuada para conseguir el dinamismo de la empresa, y sus estructuras quedan en manos de auténticos especialistas.

De este modo, se llega a un entresijo de relaciones entre empresarios mercantiles que, aunque se sirven de unos mismos trabajadores, procurarán evadirse de su situación de empresario laboral, entrando en una dinámica de «peloteo»³¹, en la que la pelota viene a estar formada por las notas de ajenidad y dependencia, y dejando en el aire las siguientes preguntas: ¿para quién trabaja realmente el trabajador?, ¿a quién pertenece el ámbito de organización y dirección en el que el trabajador presta sus servicios laborales?, en suma, ¿quién es el verdadero empresario del trabajador?

Por ello, al final, «el empresario desde la perspectiva laboral se nos presenta como un personaje de rostro sin facciones»³². Ciertamente, la dificultad de determinar quién es el empresario trae consigo, ya de partida, una situación de incertidumbre, sumergiendo a los trabajadores en un sinfín de dudas respecto a quién demandar ante los tribunales para poder satisfacer sus pretensiones.

13. Pues bien, el paradigma de este problema lo constituye, sin lugar a dudas, el supuesto de los trabajadores españoles que son contratados en Espa-

³¹ Pedrajas Moreno, A. «Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa», in *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral: estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz* (Ramírez Martínez, J. M.^a y Sala Franco, T., Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 228.

³² Cruz Villalón, J. «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales», in VV. AA. *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Rodríguez-Piñero Royo, M. C., Coord.). Madrid: Tecnos, 1999, p. 33. Incidiendo en la misma idea Desdentado Bonete, A. «¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo? Una reflexión sobre el futuro desde la práctica judicial», in *Derecho laboral del siglo XXI*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 35-37.

ña por auténticos administradores de buques, para prestar sus servicios en buques pertenecientes a navieros extranjeros, principalmente bajo pabellones de conveniencia. Tales administradores de buques suelen estar domiciliados en España con distintas denominaciones de carácter general (v. gr. «agencias marítimas», «agencias de embarque» o «consignatarias de buques»).

Así, a pesar de que tradicionalmente el naviero ha sido el único empresario del marino, a medida que se ha ido complicando el ejercicio de las actividades que constituyen el giro o tráfico de la empresa naviera, el naviero ha requerido la colaboración de unos terceros cada vez más especializados. La consecuencia principal de esta colaboración ha sido el desglose de funciones empresariales desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, con el ulterior problema de determinar quién es el verdadero empresario del marino-trabajador³³.

Además, no debe olvidarse que el supuesto planteado, de entrada, nos sitúa ante una serie de elementos de extranjería (pabellón de conveniencia, naviero extranjero constituido a través de una red de empresas sitas en distintos Estados, mayoritariamente subdesarrollados) que dificultarán, en su caso, la determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable.

En consecuencia, ante este supuesto, ya no sirve la relación bipolar empresario-trabajador o, en nuestro caso, naviero-marino, derivada del concepto de empresario laboral establecida de manera traslativa o refleja en el artículo 1.2 del TRLET³⁴. Concretamente, dicho precepto se centra en una relación bipolar entre el trabajador, que presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y de forma subordinada, y un sujeto que por el mero hecho de recibirlos se convierte en empresario, asumiendo las responsabilidades plasmadas «en un Sistema jurídico sobre condiciones de trabajo y Seguridad Social o en el propio contrato de trabajo»³⁵.

³³ Así, en relación con la «creciente segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición del empleador... entre distintos sujetos contractuales» véase Goldin, A. O. «Las fronteras de la dependencia», in *RL*, 2001, vol. II, p. 315.

³⁴ El TRLET trata de definir la figura del empresario laboral en su artículo 1.2 al establecer que «a los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas». En realidad, esta definición, como puede extraerse de sus propios términos literales, resulta incompleta, es decir, carece de sentido por sí sola, puesto que toma como elemento esencial la recepción de servicios prestados por unos sujetos no especificados más por una mera remisión. Por tanto, habrá que conjugar, necesariamente, los apartados primero y segundo del artículo primero para concluir que la consideración de empresario requiere la recepción de unos servicios prestados no por cualquier sujeto, sino por uno o varios trabajadores que los presten voluntariamente retribuidos por cuenta ajena y de forma subordinada.

³⁵ Palomeque López, M. C. y Álvarez De La Rosa, M. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Acero, S. A., 2004, 12.ª edición, p. 510.

En verdad, dicha relación bipolar se complica en la relación naviero-marino, al interferir en la figura del empresario otros sujetos distintos al naviero, pero que traen consigo el desglose de las características de los servicios –retribuidos, por cuenta ajena y dependientes– que vienen tradicionalmente atribuyendo al naviero la cualidad de empresario. Ello nos sitúa directamente ante la figura de los «administradores de buques» y ante la posibilidad de hablar de un empresario plural³⁶, constituido, precisamente, por el naviero y dichos «administradores de buques».

Ello es posible porque las funciones de los administradores de buques, como colaboradores externos del naviero, «exceden con mucho de la actividad de un simple representante»³⁷.

14. El «administrador del buque» es una figura de reciente creación, atípica en el ordenamiento jurídico español, pero muy utilizada en la práctica internacional tras su regulación en el Derecho de los formularios³⁸.

El administrador de buques aparece, las más de las veces, constituido en forma de sociedad mercantil, con distintas denominaciones, como se ha indicado anteriormente, y con un objeto social que abarca actividades marítimas muy diversas –v. gr. «el comercio marítimo, armamento y consignación de buques, agencia y representaciones marítimas e industriales...» o «las consignaciones y despachos de buques, tanto nacionales como extranjeros, de cualquier navegación y mercancías; la representación de sus armadores, navieras, empresas o sociedades a las que pertenezcan...»–. Tras una somera apreciación del *modus operandi* de los administradores de buques podemos concluir que se trata de profesionales independientes que se relacionan con el naviero de forma continuada o estable. Precisamente, estas notas han servido a la doctrina para intentar encuadrar a esta figura en alguna otra de las previstas en el ordenamiento español, así como para excluirla de otras³⁹.

Como empresarios independientes que asumen los correspondientes riesgos empresariales, los administradores de buques se diferencian, por una parte, del naviero, con el que colaboran, o de los representantes orgánicos de las sociedades navieras –administradores únicos, miembros del consejo de administración– y, por otra parte, de los auxiliares o dependientes del navie-

³⁶ Sobre el empresario plural pueden consultarse, por ejemplo, Molero Manglano, C. «Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos», in *AL*, 1996, vol. II, núm. 38, p. 518. Cruz Villalón, J. «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales», in *ob. cit.*, pp. 55-56. Molero Marañón, M. L. «Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral», in *RL*, 2001, núm. 7, pp. 54-57.

³⁷ Ruiz Soroa, J. M.^a y Díaz Sánchez, J. «Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y el Derecho marítimo y laboral español», in *ADM*, 1986, vol. IV, p. 120.

³⁸ Dejan constancia de la atipicidad de esta figura Ruiz Soroa, J. M.^a y Díaz Sánchez, J., *ob. cit.*, p. 122. y Arroyo Martínez, I. *Curso de Derecho Marítimo*. Barcelona: J. M.^a Bosch editor, 2001, p. 298.

ro, entre los que destaca el gestor naval como director general de la empresa marítima.

Por otro lado, se ha llegado a identificar a los administradores de buques con la figura del naviero gestor recogida en el Código de Comercio, considerando a este como un colaborador independiente de carácter duradero. De ese modo, la relación existente entre el naviero y el administrador del buque se regiría por los preceptos reguladores del contrato de agencia y, en último término, en lo no previsto, por los relativos contratos de comisión.

Por el contrario, esta interpretación que identifica al administrador del buque con el naviero gestor del Código de Comercio debe ser matizada.

La posible interpretación en el sentido de considerar al naviero gestor como un empresario independiente se extrae del artículo 594 y siguientes, ya que estos lo identifican como naviero al referirse a la copropiedad naval. Pero esta interpretación olvida que la calificación de naviero gestor y su posible encuadramiento como empresario independiente se debe, probablemente, a un lapsus del legislador, que en unos pocos artículos olvida que esta figura, en realidad y teniendo en cuenta la época en que se procedió a su regulación, se encuentra más cerca del gestor auxiliar del naviero. Así lo corroboran, además, otros artículos del propio Código de Comercio (artículos 597 y ss.)⁴⁰.

Por lo demás, a pesar de que, atendiendo a las circunstancias actuales, la figura del administrador del buque podría tener cabida en la interpretación del naviero gestor como empresario independiente de carácter permanente, tampoco, por ello, cabría aplicar directamente las regulaciones referentes a los contratos de agencia y comisión, pues, de cara a la relación interna entre el naviero y el administrador del buque, dicha normativa es de carácter dispositivo, más si cabe, teniendo en cuenta que la regulación de la figura del administrador del buque se ha llevado a cabo a través del Derecho de los formularios.

De este modo, resulta imprescindible recurrir al Derecho de los formularios para comprender las funciones y la naturaleza jurídica de esta figura, y posteriormente, determinar si es posible afirmar su cualidad de empresario laboral respecto de los marinos.

15. En la actualidad, los formularios que se han encargado de regular la actividad de los administradores de buques son los acuerdos-tipo *Standard Ship Management Agreement (Shipman)* y *Standard Crew Management Agreement (Crewman)* elaborados en el seno de la Baltic and International Maritime Council (BIMCO).

³⁹ Gabaldón García, J. L. y Ruiz Soroa, J. M.^a *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*. Madrid: Marcial Pons, 2006, 3.^a edición, pp. 427-428.

⁴⁰ Arroyo Martínez, I., *ob. cit.*, pp. 296-297.

Estos acuerdos-tipo tienen su origen en la crisis sufrida por las empresas navieras a finales del siglo xx⁴¹, a raíz de la cual muchos navieros no pudieron hacer frente a los préstamos hipotecarios y hubo de procederse a la correspondiente ejecución judicial sobre el buque, con lo que adquirieron la condición de navieros empresas carentes de los conocimientos y de la organización necesaria para explotar el buque –v. gr. los bancos acreedores–.

En este entorno surge, en principio, la figura del administrador del buque como profesional especializado que a cambio de precios competitivos conseguirá dar una respuesta adecuada a las demandas de los nuevos navieros. Posteriormente, sin embargo, el administrador del buque se extenderá a todo tipo de empresa naviera, por ser considerada su labor como indispensable para adecuarse a la constante mutabilidad del entorno naviero, que requiere políticas empresariales dinámicas, capaces de hacer frente a los ciclos económicos⁴².

En definitiva, la expansión de la figura del administrador del buque supone una auténtica revolución en el ámbito marítimo, porque se consagra como un nuevo colaborador terrestre e independiente del naviero y, además, al encargarse de la administración del buque, entra de lleno en la esfera de unas facultades tradicionalmente pertenecientes al naviero.

Como es obvio, las relaciones entre el naviero y este nuevo y especial colaborador requerían urgentemente una regulación ágil y moderna. Realmente, este puede ser el motivo por el cual las partes interesadas han decidido acudir al Derecho de los formularios de ámbito internacional, sin esperar a los procesos legislativos internos, mucho más lentos y rígidos.

16. Centrándonos en el estudio del Derecho de los formularios, y en particular de los acuerdos-tipo *Shipman* y *Crewman*, debemos partir de la concreción de las funciones correspondientes al administrador del buque, que grosso modo se califican de administración o gestión de buque.

El primero de los acuerdos-tipo, el *Shipman*, fue aprobado en 1988 a petición de las partes interesadas del sector. Su versión actual es de 1998 y a través de él se regula un contrato de mandato mercantil por el cual el administrador del buque –denominado *shipmanager*– se obliga, a cambio de un precio, a llevar a cabo los actos materiales y jurídicos necesarios para la adecuada explotación del buque en nombre y por cuenta del naviero, de acuerdo con lo establecido en el acuerdo *Shipman*.

En ese sentido, el acuerdo *Shipman* parte de una cláusula general, mediante la cual el administrador puede realizar cualquier acto que estime

⁴¹ En torno al origen de estos acuerdos-tipo *vid.* Gorrioz López, C. «Análisis comparativo entre los acuerdos-tipo *Shipman*, para la gestión de buques, *Crewman*, para la gestión de la tripulación», in *ADM*, 1998, vol. xv, p. 422; Gabaldón García, J. L. y Ruiz Soroa, J. M.^a, *ob. cit.*, p. 428.

⁴² González-Lebrero, R.A. *Curso de Derecho de la Navegación*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1998, p. 250.

oportuno para llevar a cabo la correcta administración del buque, y a continuación pasa a definir y concretar, con carácter de *numerus apertus*, las diversas funciones que componen la genérica función de administrar el buque, entre las que se encuentran la administración de la tripulación (*crew management*); la administración técnica (*technical management*) y la administración comercial (*comercial management*).

En lo que se refiere a la administración de la tripulación (*crew management*), las funciones del *shipmanager* se concretan en: (a) seleccionar y contratar una tripulación adecuada en cantidad y calidad; (b) ocuparse de los viajes, embarques, desembarques y repatriaciones; (c) preparar la documentación relativa a la Seguridad Social, seguros, certificados médicos y demás que resulte aplicable de acuerdo con la normativa del Estado de pabellón; (d) llevar a cabo la formación e inspección de las tareas profesionales de los marinos; y (e) negociar con los sindicatos (ITF).

El segundo de los acuerdos-tipo, el *Crewman*, fue elaborado en 1994 y tiene su razón de ser, especialmente, en la necesidad de responder adecuadamente a la rápida evolución del sector de la administración de la tripulación, que había llegado a dejar en evidencia las insuficiencias o el carácter demasiado general de las cláusulas *Shipman* en lo referente a ese ámbito. Por todo ello, el *Crewman* es un formulario mucho más concreto en lo que respecta a la administración de la tripulación, y se utiliza por los navieros exclusivamente o como complemento del *Shipman* (excluyendo de este acuerdo el apartado relativo a la administración de la tripulación)⁴³.

Ahora bien, la única diferencia existente entre los acuerdos *Shipman* y *Crewman* no se reduce al carácter más específico del segundo respecto al primero. La principal diferencia entre ambos acuerdos-tipo radica en la diferente forma en la que se relacionan el *shipmanager* y el *crewmanager* con los marinos-trabajadores. Mientras que el *shipmanager* actúa por cuenta y, en la mayoría de los casos, en nombre del naviero, el *crewmanager* lo hace también por cuenta del naviero, pero siempre en nombre propio.

Todo ello nos situaría, en principio, en el ámbito de la representación y, en virtud de ello, podríamos concluir que mientras que en el acuerdo *Shipman* la cualidad de empresario laboral recae directamente en la persona del naviero, por recaer en su persona los efectos de lo actuado por el *shipmanager*, en el acuerdo *Crewman* tal cualidad solamente recaería en el naviero cuando, acudiendo a los artículos 1717.2 del Código Civil y 287 del Código de Comercio, se probase que el *crewmanager* actúa frente a los marinos *cum contemplatio domini ex facti circumstantiis* o, lo que es lo mismo, administrando cosas propias del naviero.

⁴³ Gabaldón García J. L. y Ruiz Soroa, J. M.^a, *ob. cit.*, p. 429.

17. Sin embargo, desde un punto de vista exclusivamente laboral, no podemos limitarnos a aceptar el juego impuesto por el instituto de la representación para determinar la existencia o inexistencia de la cualidad de empresario en la figura del administrador del buque –actúe este como *ship-manager* o *crewmanager*–. En este supuesto es preciso ir más allá.

Efectivamente, la relación del administrador del buque respecto a los marinos no se limita a un momento concreto, como puede ser la contratación, sino que, por el contrario, dicha relación se prolonga por el tiempo que dure el contrato y toca todos los aspectos de este, desde la retribución hasta el despido, pasando por las obligaciones para con la Seguridad Social.

Por otra parte, no se trataría ya de acudir a la teoría del empresario aparente, con el fin de esclarecer cierto ánimo fraudulento, consistente en ocultar la existencia del auténtico empresario que pretende evitar todo tipo de responsabilidad con los trabajadores, mediante la interposición entre estos y aquél de un tercero que actúa como un auténtico empresario⁴⁴. De lo que se trata es de justificar la existencia de un empresario plural que ponga fin a la «distorsión»⁴⁵ que supone la relación mercantil existente entre el naviero y el administrador del buque, a la hora de determinar quién es el empresario del marino.

Esta distorsión se sustenta en la justa y razonable necesidad de descentralizar la organización de la empresa naviera con el objetivo de ajustarse a las circunstancias del mercado y no en una práctica fraudulenta, como ocurre en los supuestos de interposición de un empresario aparente. Pero dicha distorsión puede provocar una «huida del Derecho del Trabajo», primero, por las dificultades para determinar quién es el empresario del marino y, segundo, por los intentos de los empresarios mercantiles, que se sirven de unos mismos trabajadores, de evadirse de toda responsabilidad laboral, atribuyéndose los unos a los otros la cualidad de empresario laboral.

2.2. *El empresario plural como nuevo concepto en la dimensión jurídico-laboral*

18. La existencia de la figura del empresario plural, compuesta en nuestro supuesto por el naviero y el administrador del buque, tiene las ventajas de hacer posible la descentralización y evitar la «huida de Derecho del Trabajo», y de proteger los intereses tanto de los navieros como de los marinos. La aceptación de la figura del empresario plural hace posible que sujetos

⁴⁴ Respecto a la teoría del empresario aparente y sus diversas manifestaciones, *vid.* Martínez Girón, J. *El empresario aparente*. Madrid: Civitas, 1992.

⁴⁵ La idea de la figura distorsionada del empresario es utilizada por Bornaecha Fernández, J. I. «Contrato de embarco entre trabajador español y armador extranjero, interviniendo consignataria española», in *RL*, 1985 tomo II, p. 815.

diversos asuman responsabilidades laborales⁴⁶, de forma que en estos supuestos «no cabe atrincherarse en los viejos esquemas que mantienen a toda costa la estructura bilateral del contrato de trabajo»⁴⁷.

Así, la determinación de un empresario plural requiere que por lo menos dos empresarios se distribuyan entre sí las notas de ajenidad y dependencia concurrentes en los servicios laborales recibidos de los trabajadores. Esta distribución también se produce entre el naviero y el administrador del buque.

19. En lo que se refiere a la nota de ajenidad, el naviero puede ejercer la navegación y utilizar la correspondiente utilidad patrimonial gracias a los servicios prestados a bordo por el marino; pero el administrador del buque también se beneficia de los servicios prestados a bordo por el marino, pues, al administrar la tripulación en todos sus aspectos laborales y ejercer así funciones que de por sí corresponden al naviero, recibe de este un plus de retribución que supera toda comisión por actuar en nombre ajeno⁴⁸.

Y en cuanto a la nota de dependencia, el poder de dirección respecto a todos los aspectos laborales de administración de la tripulación lo posee el administrador del buque, ya que, a pesar de las lógicas y elementales instrucciones del naviero, lo ejerce de una manera que sobrepasa ampliamente al representante⁴⁹. En lo referente al hecho de la navegación, sin embargo, es el naviero quien ejerce el poder de dirección, a través del capitán.

En resumen, en las relaciones entre el naviero y el administrador del buque cabe hablar de la existencia de un empresario plural para con el marino-trabajador, debido a que tanto el naviero como el administrador del buque son indispensables para el funcionamiento de la empresa naviera y ambos se distribuyen las funciones de empresario laboral. Por todo ello, el naviero y el administrador del buque se constituyen en responsables solidarios respecto a los marinos, pues, en definitiva, ambos forman un tándem inescindible.

Ante la dificultad para determinar quién es el empresario laboral del marino, la figura del empresario plural se manifiesta como un bloque de cara al marino, pues al repartirse las funciones de empresario laboral entre el naviero y el administrador del buque existe una conexión interna entre estos y, en último término, una unidad de obligación empresarial para con el marino. Todo ello justifica el carácter solidario de la responsabilidad de los sujetos que componen la figura del empresario plural –el naviero y el administrador del buque– y supone para el marino la gran ventaja de poder demandar solamente a un sujeto para poder satisfacer sus pretensiones.

⁴⁶ Cruz Villalón, J., *ob. cit.*, p. 56.

⁴⁷ Molero Marañón, M.^a L., *ob. cit.*, p. 56.

⁴⁸ Ruiz Soroa, J. M.^a y Díaz Sánchez, J., *ob. cit.*, p. 129.

⁴⁹ Bornaecha Fernández, J. I., *ob. cit.*, p. 814.

Además, hay que tener en cuenta que en el ámbito civil y mercantil la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado la vuelta al principio en cuya virtud la solidaridad no se presume. Se supera así la presunción a favor de la mancomunidad, y se alegan a favor de la primacía de la solidaridad factores realistas y funcionales como pueden ser la intencionalidad de las partes de un contrato, la naturaleza del contrato, la salvaguarda de un interés social, la identidad del fin de los sujetos responsables, la interpretación correctora del artículo 1137 del Código Civil o el hecho de que la tutela judicial efectiva así lo requiera⁵⁰. En consecuencia, y atendiendo al carácter tuitivo que el Derecho del Trabajo posee para con el trabajador, se justifica, más si cabe, en este ámbito del Derecho, el carácter solidario de la responsabilidad de los sujetos que constituyen el lado pasivo de la obligación –en nuestro caso el naviero y el administrador del buque que constituyen la figura del empresario plural–.

Concretamente, a ello parece responder la vigente redacción del artículo 10 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1994, en su apartado cuarto, al señalar lo siguiente:

tienen la consideración de empresarios a efectos de la inclusión en... [el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar] las consignatarias de buques, agencias de embarque marítimo o cuantas otras personas físicas o jurídicas con domicilio en España contraten y remuneren a trabajadores residentes en España para prestar servicios en buques de pabellón extranjero, incluidas las empresas españolas participantes en sociedades pesqueras mixtas constituidas en otros países; todo ello sin perjuicio de lo que pueda resultar de los convenios o acuerdos internacionales suscritos por España⁵¹.

No obstante, este precepto necesariamente debe abrir las puertas a su interpretación, puesto que nos presenta una relación de trabajo triangular. De este modo, pueden realizarse las siguientes interpretaciones⁵²:

⁵⁰ Respecto a la crisis de la idea de que en la obligación pluripersonal la mancomunidad es la regla y la solidaridad la excepción, y defendiendo la primacía de la solidaridad, véase Díaz De Lezcano, I. *La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

⁵¹ Redacción dada por el Real Decreto 1.041/2005, de 5 de septiembre (BOE de 16 de septiembre de 2005, núm. 222).

⁵² Arrieta Idiákez, F. J. «'Ratio Decidendi' de la consideración de empresarios de las consignatarias de buques y de las agencias de embarque marítimo», in *ADM*, 2006, vol. xxiii, pp. 159-165.

a) considerarla una cesión ilegal de trabajadores, por vulnerar tal precepto el artículo 43 del TRLET y la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal⁵³;

b) conforme a una interpretación más prudente, en principio, cabría la posibilidad de que la caracterización del contrato de embarco como relación laboral especial justificase la cesión de personal; pero en la actualidad no se da esa premisa, al constituir el de embarco un contrato de trabajo común con especialidades y no una relación laboral especial;

c) la tercera y última interpretación posible se caracteriza por alejarse de la regulación que de las cesiones de personal se realiza en el artículo 43 del TRLET, y reconocer la existencia de un empresario plural, en la medida en que esta figura, cuasiexclusiva del ámbito de los pabellones de conveniencia, demuestra la existencia de una serie de sujetos que asumen al mismo tiempo responsabilidades laborales para con un mismo marino.

⁵³ BOE de 2 de junio de 1994, núm. 131.

Revista Estudios de Deusto

Normas de publicación

1. **Contenido.** La Revista de *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación sobre Derecho y Ciencia Política.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana, en Microsoft Word o formato compatible. Se entregarán en papel (en el Decanato de Derecho a la atención del Director de la Revista) y, también, en soporte electrónico (disquete, CD-ROM o correo electrónico a la dirección <Estudiosdeusto@der.deusto.es>).
3. **Formato.** En primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico, y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés.
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge en las "Normas básicas para la presentación de trabajos escritos" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:

a) Bibliografía

- GARCÍA-PELAYO ALONSO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
- DE 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 BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.

b) Legislación

- España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
- Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de enero de 1991, n.º 26/1991, p. 3170.
- Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.

c) Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 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