

Estudios de Deusto

Vol. 57/1 Enero-Junio 2009

Sumario

Estudios

La responsabilidad internacional del transportista aéreo en caso de muerte o lesión de pasajeros: 'forum shopping' y futuro del Convenio de Montreal de 1999

Santiago Areal Ludeña
Jorge Alberto Fierro Abella

La competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer

Ainhoa Gutiérrez
Barrenengoa

Evaluación federal del sistema de competencias de la Unión Europea: la interpretación de las políticas de apoyo y complemento

Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano

Bases romanísticas de la responsabilidad objetiva en los supuestos de daños a las personas en los contratos de transporte

Olga Marlasca Martínez
Los partidos monárquicos en Vizcaya durante la Segunda República
Javier Real Cuesta

Nota

Bases históricas para la reforma del proceso laboral

Jaime Alemañ Cano

Jurisprudencia

Casos escogidos de Derecho antitrust europeo

Alfonso-Luis Calvo
Caravaca
María Pilar Canedo
Arrillaga

Universidad de
Deusto



Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Incluida en el catálogo LATINDEX

Indexada en la base de datos ISOC

Fundada en 1904

Segunda época. Vol. 57/1

Desde su fundación vol. 82

(Fasc. 122)

Enero-Junio 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 la base de datos ISOC.

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.

Sumario

Estudios

- Santiago AREAL LUDEÑA y Jorge Alberto FIERRO ABELLA, *La responsabilidad internacional del transportista aéreo en caso de muerte o lesión de pasajeros: forum shopping y futuro del Convenio de Montreal de 1999* 11
- Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, *La competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer* 87
- Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *Evaluación federal del sistema de competencias de la Unión Europea: la interpretación de las políticas de apoyo y complemento* 139
- Olga MARLASCA MARTÍNEZ, *Bases romanísticas de la responsabilidad objetiva en los supuestos de daños a las personas en los contratos de transporte* 169
- Javier REAL CUESTA, *Los partidos monárquicos en Vizcaya durante la Segunda República* 209

Nota

- Jaime ALEMAÑ CANO, *Bases históricas para la reforma del proceso laboral* 239

Jurisprudencia

- Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y María Pilar CANEDO ARRILLAGA, *Casos escogidos de Derecho antitrust europeo* 259

ESTUDIOS

La responsabilidad internacional del transportista aéreo en caso de muerte o lesión de pasajeros: ‘forum shopping’ y futuro del Convenio de Montreal de 1999.

Análisis jurídico y económico

Santiago Areal Ludeña

Profesor titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

y

Jorge Alberto Fierro Abella

Doctorando en Derecho Privado
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 09.02.09

Aceptado: 04.05.09

Resumen: Lo que años después se denominó el *Sistema de Varsovia* alcanzó un nivel considerable de insatisfacción entre académicos y aplicadores del Derecho, debido principalmente a la disparidad de textos legales y a la diversidad interpretativa. Tales falencias proporcionaron un escenario ideal para un litigio desafortunado, fenómeno descrito como *forum shopping*. La comunidad internacional se apresuró en la búsqueda de una solución, la cual parecía proveer un nuevo texto internacional. La respuesta vino con la Convención de Montreal de 1999. No obstante, discrepante conceptualización de rubros del daño entre los países de Derecho Civil Codificado y del *Common Law*, terminó por reintroducir un nuevo reto a la estandarización perseguida por la Convención. El análisis debe incluir los diversos modelos de responsabilidad previstos para los supuestos de muerte y lesión de pasajeros, por cuanto las soluciones difieren según el riesgo creado por el transportista aéreo internacional de pasajeros se base en culpa o en intención. Con el objetivo de evitar teorizaciones innecesarias, en consideración a que la Convención es norma en sentido material, cualquier estudio del ejercicio legal deberá basarse en su literalidad. A su vez, el análisis económico de la jurisprudencia invita a juristas a aceptar su validez en la corrección de los modelos legales, así como en la aprehensión de los principios y valores del Instrumento Internacional. El presente trabajo busca, en efecto, compatibilizar los métodos jurídico y económico desde una perspectiva comparativa; para determinar el futuro de la Convención, sus aciertos y fracasos.

Palabras clave: *Sistema de Varsovia*, *forum shopping*, Convenio de Montreal de 1999.

Abstract: *What after years became the so-called Varsovia System reached a level of dissatisfaction among academics and law applicants, due to the disparity of legal instruments and diverse interpretation. The gaps provided an ideal scenario for malpractice of litigation, a phenomenon described as forum shopping. International Community rushed to reach a solution that a new International Law seemed to provide. The answers came with the Convention of Montreal 1999. Nevertheless, the discrepant conceptualization of damage between codified-civil-*

law and Common Law countries introduced a new challenge to the standardization pursued by the Convention. The analysis must be extended to the various models of liability given to the cases of death and injury of passengers, as solutions differ whether the risk created by international air carriers of passengers is based on fault, strict liability and intention. As a mean to prevent unnecessary further theorization, any research of law application should be based on the literalness of the Convention. Economic interpretation of jurisprudence welcomes jurists to accept a unique point of view in the correction of the legal models and the apprehension of the principles and values of the Instrument. The following text attempts to make legal and economic methodologies compatible under comparative grounds; in order to determine the future of the Convention, its achievements and failures.

Key words: Varsovia System, forum shopping, *Convention of Montreal 1999.*

Sumario:

Introducción	13
1. Del carácter internacional del transporte aéreo	14
2. Reseña histórica: del Sistema de Varsovia al Convenio de Montreal de 1999	18
3. Ámbito de aplicación y <i>forum shopping</i>	25
4. Descripción normativa y reglas de responsabilidad: del SV al CM 1999	32
4.1. Responsabilidad objetiva	33
4.2. Responsabilidad limitada	38
4.3. Supuestos no regulados por la norma convencional	42
4.3.1. Conflictualismo frente a legeforsismo	42
4.3.2. Supuestos de responsabilidad del transportista aéreo internacional no regulados en los regímenes sustantivos	43
5. Análisis económico del daño intencional	46
5.1. Introducción al análisis económico de la responsabilidad	46
5.2. Hacia una definición económica de <i>intencionalidad</i>	51
5.2.1. Consciencia del siniestro, pero sin Ánimo de causación ni deseo de lucro consecuencial	51
5.2.2. Ánimo de provocar un resultado dañino, pero sin consciencia de ilegitimidad	52
5.2.3. Ánimo y consciencia de provocar un resultado que se sabe es ilegítimo	53
5.3. Hacia un modelo del daño intencional	53
5.4. Tratamiento jurídico del daño intencional	57
5.5. El daño punitivo frente al error intencional	61
5.6. Procedibilidad de la acción	63
5.7. Causales de exoneración en el daño intencional	65
5.8. Cómo medir eficientemente el daño punitivo	69
5.9. De los posibles correctivos a la incertidumbre	76
5.9.1. La aplicación de un múltiplo punitivo, capaz de medir la improbabilidad en la aplicación de la norma	76

5.9.2. La fijación del estándar de responsabilidad en el punto intermedio entre el coste marginal y utilidad .	78
5.9.3. Corrigiendo la incertidumbre a través de mecanismos legales	79
6. Eficiencia económica de las reglas de responsabilidad convencionales	79
7. Conclusiones: futuro de la convención y propuestas de reforma	82

Introducción

Diversos son los intereses que la comunidad internacional ha debido conciliar durante las más de ocho décadas de regulación uniforme del transporte internacional aéreo. La complejidad legislativa se acentúa ante factores tales como el heterogéneo desarrollo económico entre los Estados negociadores, la especial naturaleza del mercado y la necesidad pública de delimitar reglas de competencia que incentiven la liberalización comercial, los retos tecnológicos implícitos en la industria aeronáutica, su alta siniestralidad, la indefensión del pasajero durante la ejecución del contrato y la correspondiente necesidad de cobertura de los riesgos aeronáuticos, el surgimiento y consolidación de bloques regionales de Estados, con intereses y competencias propias, la creciente preponderancia de organizaciones multilaterales de índole supraestatal o sectorial, etc.

Paralelo a los intereses descritos se encuentra la interdependencia de la industria aérea con las dinámicas globalizadoras, que a su vez imponen la necesidad de una uniformidad normativa que garantice la protección de los usuarios, con independencia de criterios territoriales propios del Derecho Internacional Privado. A pesar de los logros obtenidos, se revelan claros los retrocesos históricos de origen estatal, supraestatal y sectorial, importantes a la hora de valorar las perspectivas de éxito de la actual normativa convencional.

Las reglas de responsabilidad por muerte y lesiones a los pasajeros, objeto del presente estudio, constituyen el epicentro de lo que la doctrina ha denominado como «cisma» del sistema responsabilidad del Sistema de Varsovia (en adelante, SV 1929), vigente hasta el año de 1999, fecha de celebración del actualmente imperante Convenio de Montreal (en adelante, CM 1999).

La primera parte del trabajo se destinará al análisis del fenómeno aeronáutico; su especial connotación internacional; los distintos intereses en juego que han dificultado (y aún lo hacen) la tarea de uniformidad de los diversos instrumentos normativos vinculantes, sus alcances jurídicos según el origen convencional, supraestatal, sectorial o interno de la regulación; la evolución, retos y retrocesos del proceso codificador, los fenómenos de regionalización y autorregulación regulatoria; la posibilidad de escape de la Convención, las distorsiones resultantes del denominado *forum shopping*, la

eventual aplicación de normas de conflicto propias del Derecho Internacional Privado, y el alcance de las soluciones jurídicas legeforistas.

Posteriormente, se intentará valorar la eficiencia económica de las distintas reglas y regímenes de responsabilidad, de origen convencional, actualmente vigente (CM 1999) para los supuestos de muerte y lesiones personales de pasajeros. Lo anterior, dentro de un contexto de mercado que demandará una previa delimitación del objeto de estudio del análisis económico del Derecho, su relación con otras disciplinas cognoscitivas y sus falencias metodológicas.

Es necesario resaltar la mayor preponderancia de algunos Estados, no solo en la configuración del sistema convencional, sino como garantes de su éxito. Debe anticiparse que Estados tales como EE. UU., Japón, Reino Unido, y los pertenecientes a la Comunidad Europea (es decir, los más poderosos) provocaron la ruptura del octogenario Sistema de Varsovia, debido en parte a la inflexibilidad de dicho instrumento para adaptarse a nuevas coyunturas sociales, políticas y económicas; pero, principalmente, debido a la divergencia jurídica y axiológica entre los países del *Common Law* y los del Derecho Continental (o civilistas). Tales divergencias se clarifican mejor con la ayuda del método económico, que intentaremos emplear para demostrar que, muy a pesar de los loables avances del actual CM 1999, sus pronósticos de éxito son reservados, al menos desde esta perspectiva.

Finalmente, debe adelantarse que la imperatividad del CM 1999 relativa a los límites resarcitorios no excluye que, acreditando la víctima elementos de imputación subjetiva contra el transportista-agente, puedan reconocerse rubros mayores. Se buscará resolver la disyuntiva acerca de si los regímenes de responsabilidad convencionales son indemnizatorios o si, por el contrario, viabilizan la materialización de políticas públicas de prevención que suelen emplear los cauces civiles para tal efecto, en referencia concreta al daño punitivo (daño intencional). No obstante, y con independencia de la respuesta que se dé a tal interrogante, resulta conveniente que, al menos en un plano meramente académico, se definan las posibles acepciones del concepto «daños punitivos», para así compatibilizar su aplicación con el principio de reparación integral del daño, común a los sistemas del *Common Law* y de Derecho Continental.

1. Del carácter internacional del transporte aéreo

La caracterización del transporte aéreo como internacional exige, en primera medida, entender su importancia dentro del fenómeno de la globalización¹. Desde esta perspectiva, y apelando a criterios comerciales, todo trans-

¹ La recíproca incidencia que la globalización ejerce sobre en el transporte aéreo merece un doble enfoque. Por una parte, incentiva el desarrollo tecnológico de la industria aeronáutica, al tiempo que favorece prácticas corporativas basadas en economías *masivas* (de

porte aéreo tiene algún elemento internacionalizador². A similar presunción se llega desde un enfoque meramente jurídico³, habida cuenta de la complejidad de la industria aeronáutica, en la cual confluyen relaciones y criterios de diversa índole: espaciales, territoriales, materiales, subjetivos y objetivos⁴.

La complejidad subyacente a las relaciones jurídicas que estructuran el transporte aéreo internacional sugirió, desde la génesis misma de la aviación, un tratamiento legislativo no solo «supranacional», sino también independiente de las respuestas iusprivatistas clásicas⁵. El Derecho Aeronáutico Internacional encontró en organizaciones internacionales⁶, de origen estatal (Organización de la Aviación Comercial Internacional, OACI) y sectorial (Asociación del Transporte Aéreo Internacional, IATA), espacios de negocia-

escala, de gama, etc.), sinergias, políticas de cooperación (la cual va desde el simple *outsourcing* hasta el *joint venture*); lo que repercute en un incremento de la eficiencia, y por ende, del beneficio que reporta finalmente el pasajero. Un segundo enfoque se relaciona con la positivización normativa de dichas nuevas realidades por parte del Derecho Convencional; ejemplo de ello es la extensión del modelo de responsabilidad del transportista contractual, contenido en el SV, al de hecho, verificada a través de la Convención de Guadalajara de 1961; y la valoración de las escalas como criterio utilizado para delimitar el ámbito de aplicación de la norma internacional, entre otras.

² El «mercado», como ámbito de interconexión de procesos productivos, presupone que todo bien o servicio está pensado para satisfacer intereses, con independencia de límites espaciales, personales o temporales.

³ DE PAZ MARTÍN, Jesús. *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional: de Varsovia (1929) a Montreal (1999)*. Universidad de Castilla-La Mancha. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2006, p. 33: «Si se manejara la presunción amplia consistente en la atribución, en sentido contrario, del carácter interno a todas aquellas relaciones jurídicas que carezcan de cualquier elemento de internacionalidad, podría concluirse que en el transporte aéreo la práctica totalidad de las relaciones que se derivan de él son internacionales».

⁴ Innumerables son las relaciones jurídicas que configuran el transporte aéreo, entre las que pueden ejemplificarse las relativas a la fabricación de la aeronave, las de índole laboral respecto del personal aeroportuario, las de naturaleza contractual privatista (origen de las partes, modalidades de contratación, lugares de ejecución del transporte, etc.) y pública (licencias de funcionamiento, de control y tráfico aéreo, de seguridad pública, etc.), y demás que configuran de plano obligaciones extracontractuales como en relación con los terceros de superficie.

⁵ Entiéndanse, por una parte, las clásicas reglas de conflicto recogidas en el Derecho Internacional Privado para determinar la ley aplicable y la jurisdicción competente en relaciones jurídicas no internas (es decir, con algún elemento internacional); así como el abandono del modelo iusprivatista liberal, por una regulación pública de mercados. Sin reparar en matices propios de la transición vivida por cada Estado, lo cierto es que debido a los intereses en juego (económicos, políticos, de seguridad pública, etc.), la consolidación de la industria aeronáutica como fenómeno internacional coincidió, al menos temporalmente, con el surgimiento del modelo político del Estado interventor (si bien tal modelo se consolidaría posteriormente –sobre todo en Europa– con posterioridad al período de guerras).

⁶ Entre los espacios de estudio y negociación regional destacan la Comisión Europea de la Aviación Civil (CEAC) y el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial (INIDAE).

ción que incentivaron su desarrollo. El diseño de un instrumento regulatorio material y uniforme⁷ –reglas y su interpretación–, indiferente de fronteras físicas o ideológicas, se estimó necesario para imprimir estabilidad a una industria naciente con alto contenido político⁸.

Más allá de la valoración que pueda efectuarse del contenido material de los distintos convenios y protocolos, conviene resaltar la siempre presente consciencia de la comunidad internacional relativa a la importancia de conciliar los más variados y contradictorios intereses⁹ en un único texto regulador¹⁰. Dichos intereses se refieren, principalmente, a los Estados, individualmente considerados, o en bloque regional (soberanía); a las aerolíneas (viabilidad económica de la industria, limitación de responsabilidad, consideración de riesgos exógenos y endógenos específicos del servicio, etc.); a los usuarios, a los terceros en superficie (mayores garantías); así como al propio mercado (mayor liberalización, reglas más claras de competencia, incidencia de los actores privados –autorregulación–, etc.).

Los esfuerzos conciliatorios de los más variados actores de la relación aeronáutica se materializaron en múltiples protocolos modificatorios del Convenio de Varsovia de 1929 (en adelante, CV 1929), los cuales conformaron un sistema imperativo durante siete décadas. Sin demeritar los logros obtenidos en tales normativas (en cuya negociación, no sobra decirlo, con-

⁷ «El *Convenio Internacional* no es la única solución a la necesidad de internacionalidad y uniformidad del Derecho Aeronáutico... ; hay otros, tales como la autorregulación en el seno de organizaciones gremiales, la adopción unilateral y voluntaria por parte de los Estados de reglamentaciones con cierto grado de uniformidad, y el cumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud de normas convencionales de carácter programático»; por ejemplo, los Anexos de la OACI elaborados en virtud del Mandato del Art. 37 del Convenio de Chicago de 1944 (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 69).

⁸ La industria aeronáutica se erigió en estandarte de las economías nacionales, fomentando el inicial proteccionismo, y condicionando el desarrollo del Derecho convencional.

⁹ Veremos en profundidad cómo la configuración de los regímenes convencionales de responsabilidad, en especial para los supuestos de muerte y lesiones de pasajeros, buscan equilibrar los intereses de estos, de las compañías transportistas, así como de los que eventualmente pudieran derivar daños en superficie; intereses a su vez condicionados por factores *sui generis* del transporte aéreo, principalmente los relativos a la actividad misma (siniestralidad entendida como el alto coste de los accidentes), a las partes del contrato (nivel de diligencia y retos tecnológicos), y al contexto de regulación pública en el cual se inserta (control del tráfico aéreo y medidas de seguridad).

¹⁰ La uniformidad del Derecho Aeronáutico se orientó a tres sectores concretos: el público-organizativo, el privado y el penal. «Centrándonos en la regulación de las relaciones jurídico-privadas nacidas en el ámbito de la actividad aeronáutica, la clásica función del Derecho Internacional Privado, es decir, la localización y determinación del ordenamiento jurídico estatal aplicable a las relaciones de tráfico jurídico externo o situaciones privadas internacionales, se reorientó, desde los orígenes del Derecho Aeronáutico Internacional Privado, precisamente hacia la evicción de dicha función localizadora» (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 68).

fluyeron Estados jurídica y económicamente dispares), lo cierto es que su solapamiento, paralelo a los fenómenos de regionalización¹¹ y autorregulación, terminaron por ahondar la fisuras del sistema convencional (Sistema de Varsovia), propiciando soluciones diferentes a una misma realidad, y por ende, atentando contra la tan anhelada seguridad jurídica del modelo uniformador.

Los mayores retrocesos experimentados durante la «vigencia» del Sistema de Varsovia (en adelante, SM) giran alrededor de las reglas de responsabilidad del transportista, principalmente los supuestos de muerte y lesiones personales de pasajeros, objeto del presente estudio. Esto obedece a la inflexibilidad del SM para adaptarse a nuevas realidades, concretamente la creciente consolidación financiera de las compañías aéreas licenciadas en Estados con economías fuertes y con tecnologías mejor desarrolladas.

Resulta interesante apreciar como una misma realidad fáctica (la aviación) es susceptible de las más disímiles interpretaciones. Ejemplo de ello es la denuncia estadounidense de la primera gran reforma del CV 1929 (Protocolo de la Haya de 1955; en adelante, PH 1955). La multiplicidad de reformas posteriores, ratificadas por un número desigual de Estados, aunado al impulso que ciertos Estados (y el propio gremio, de manera no siempre espontánea), tales como EE. UU., Reino Unido, Japón, y los miembros de la UE, dieron a la autorregulación, desembocaron en el fenómeno de la «especulación procesal» (*forum shopping*), aún existente, aunque con dinámicas distintas.

No obstante, sería injusto ignorar la importancia que el Derecho uniforme de origen convencional¹², relativo al régimen de responsabilidad civil de las compañías aéreas, tiene para la materialización de políticas de liberalización del sector¹³. En sentido contrario, tales políticas liberalizadoras del sec-

¹¹ Si bien la regionalización influyó en la ruptura del sistema convencional, tras la ratificación del Convenio de Montreal es plausible su función extensiva, al acuñar el concepto de «compañía comunitaria» como criterio subjetivo de aplicación de los respectivos reglamentos; los cuales, a su vez, reconocen la supremacía del instrumento internacional (CM 1999). Sobre este punto se volverá más adelante, cuando expliquemos los fenómenos de uniformidad y coherencia del Derecho convencional, como contrapuestos al de ruptura. Acerca de la compleja relación entre ambos sistemas y el eventual «solapamiento de normas», ver DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 54: «La regularización comunitaria también tiene efectos *ad extra* en cuanto a que su contenido se solapa con el contenido de las normas convencionales de las cuales son partícipes –por su ratificación– los Estados miembros que integran la CE. Esto ha provocado una especial situación jurídica».

¹² Podría considerarse más acertado hablar de *uniformidad* y no de *unificación*, ya que este último término implica un grado de *unión jurídica* difícilmente accesible en el marco jurídico internacional. Esto es así puesto que, a falta de una organización judicial internacional que unifique la interpretación de las normas que lo integran, por muchos esfuerzos normativos que se empleen a nivel internacional, siempre aparece el problema de su interpretación *localista*.

¹³ Proyecto de Declaración de principios universales para el transporte aéreo internacional, Conferencia Mundial de Transporte Aéreo: Retos y oportunidades de la liberalización (OACI), Montreal, 24-29 de mayo de 2003, ATConf/5-WP/19, 6/3/03.

tor aéreo han cumplido una notoria función promotora del Derecho uniforme¹⁴.

Con la llegada del CM de 1999, se superan muchas de las inconsistencias del anterior sistema. Su mayor logro fue el haber superado la nefasta identificación de los conceptos «uniformidad» y «universalidad»; al dar un mejor enfoque a las soluciones legeforistas, en claro reconocimiento de la connotación internacionalidad– Derecho uniforme del transporte aéreo, sin desmedro de los particularismos de los operadores jurídicos (Tribunales del foro) insertos en sistemas jurídicos disímiles.

2. Reseña histórica: del Sistema de Varsovia al Convenio de Montreal de 1999

El método histórico resulta fundamental a la hora de valorar las perspectivas de éxito del actualmente vigente CM 1999, no solo porque este recoge modificaciones ya introducidas en el anterior SV, tanto por vía de la regulación regional como por la autorregulación, sino también porque es posible apreciar la permanencia de las causas que dieron lugar a las distintas modificaciones del original CV 1929. Es más, tal método sirve para coadyuvar el análisis económico que de las normas de responsabilidad se efectuará en la segunda parte de este escrito, a través del cual se intentará demostrar la ineficiencia tanto del modelo previo como del actual; si bien resultará claro para el intérprete que otros criterios (en especial el político y el sociológico) han podido ser más determinantes en su evolución.

El origen del Derecho Internacional Aéreo puede remontarse a las Conferencias de París de 1925 (en las que se creó la Comisión Internacional de la Navegación Aérea, CINA), como preámbulo del CV 1929¹⁵ (que a su vez

¹⁴ Entre los distintos reglamentos que explican la promoción que del Derecho convencional ha efectuado el Derecho comunitario, pueden mencionarse los R. 2407/92/CE (sobre la concesión de licencias a los transportistas aéreos), R. 2408/92/CE (sobre el acceso de los portadores aéreos de las rutas intracomunitarias), R. 2409/92/CE (sobre las tarifas aéreas para el transporte de pasajeros y mercancías), R. 2027/97/CE (sobre protección de intereses patrimoniales de los usuarios), R. 2410/92/CE y 2411/92/CE (modificatorios de los R. 2975/87 y R. 3976/87), R. 2320/2002/CE (sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil), y el R. 847/2004/CE (sobre la «dimensión exterior», o negociación y aplicación de acuerdos de servicios de transporte aéreo entre Estados miembros y terceros países). Una mejor descripción de la influencia recíproca entre ambos sistemas jurídicos (el comunitario y el convencional) en CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Desregularización del sector aéreo y Derecho comunitario*, CDP, N.º 4, 1998, pp. 9 y ss.

¹⁵ Otros trabajos preparatorios del CV 1929 se llevaron a cabo en las Conferencias de Bruselas (1927) y Madrid (1928). Un recuento histórico conciso puede encontrarse en DIEDERIKS-VERSCHOOR. *An Introduction to Air Law*. Ámsterdam: Ed. Kluwer Law International, 8.ª ed., 2006, pp. 2-6.

dio origen al Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos, CITEJA).

Tal y como se ha anticipado, el CV 1929 responde fundamentalmente a la consciencia internacional¹⁶ de uniformidad de una actividad considerada desde entonces pilar de desarrollo y unión de las naciones; así como de protección de una industria incipiente, caracterizada por la incertidumbre tecnológica y los altos riesgos derivados de la siniestralidad. Su masiva aceptación, tanto por parte de Estados, muchos de los cuales extendieron directa e indirectamente las soluciones convencionales a sus respectivas ordenamientos internos; como de las compañías aéreas, le auguró éxito al Convenio.

El desarrollo tecnológico, la consolidación financiera de la industria, así como un mayor sentido de protección a los usuarios, tornaron nugatorias las reglas convencionales, en especial las referidas a los distintos regímenes de responsabilidad del transportista. En efecto, el modelo de culpa presunta y los bajos límites indemnizatorios en supuestos de muerte y lesiones personales de pasajeros, contenido en el CV 1929, y que será objeto de un posterior análisis, provocaron su revisión; bajo la apremiante necesidad de mantener la vigencia del instrumento internacional en Estados que, como EE. UU., marcaban inexorablemente el derrotero de la uniformidad.

La primera reforma, surtida a través del Protocolo de la Haya de 1955, fue sentenciada a muerte por la denuncia que de ella hizo EE. UU.; mayor propulsor de la autorregulación, técnica cuya trascendencia quedó demostrada en el Acuerdo de Montreal de 1966 (acordado en el seno de la IATA; en adelante, AM 1966). Como era apenas previsible, en dicho acuerdo se consagró un modelo de responsabilidad objetiva, dentro de unos límites resarcitorios significativamente más elevados. A pesar de su limitado ámbito de aplicación (aerolíneas que operaban desde o hacia EE. UU.), el AM 1966 influyó notoriamente, no solo en posteriores reformas convencionales, regionales y gremiales, sino también en la necesidad de flexibilizar el sistema.

Un año antes de celebrar el AM 1966, EE. UU. retira la denuncia del CV 1929, como muestra de su interés por auspiciar una nueva negociación internacional, esta vez en el seno de la OACI. Esto desencadena la negociación del Protocolo de Guatemala de 1971 (en adelante, PG 1971), el cual, pese a no entrar en vigor debido a su insuficiente ratificación estatal, consagró importantes reformas al SV, entre las que destacan el incremento sustancial del límite indemnizatorio (en relación con pasajeros y sus equipajes), su revisión periódica y automática, una nueva clasificación de conductas dañinas

¹⁶ Concretamente, consciencia «de necesitar un régimen armonizado en el transporte aéreo internacional (especialmente, en lo relativo al régimen de responsabilidad); el esfuerzo de los Estados por alcanzar un instrumento lo más universal posible; y, estrechamente ligado a lo anterior, la superación de las particularidades jurídicas nacionales a favor de la generalización del instrumento normativo surgido». DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 72.

(v.gr., el retraso), un modelo de responsabilidad objetiva en el transporte de personas, así como un sistema indemnizatorio complementario basado en la concertación de un seguro¹⁷.

La ruptura del sistema varsoviano se evidencia en el tres fenómenos concomitantes (el primero de los cuales recibirá un mejor análisis posterior): el desconocimiento (si bien excepcional) de los límites convencionales por parte de los tribunales norteamericanos (algunas de las sentencias fueron revocadas en apelación), los que, apelando a la connotación «niveladora» del daño punitivo, y en supuestos de dolo o culpa cualificada (daño intencional), terminaron por aplicar reglas (si bien de manera soterrada) forales del régimen común (*Common Law*); el desarrollo de la normativa comunitaria resultante de la materialización de políticas integracionistas y liberalizadoras; y la consolidación de la autorregulación, la mayoría de las veces producto de dinámicas intrínsecas del mercado relativas a un reforzamiento de las garantías como mecanismos de competencia, así como de diversas operaciones concentracionistas (especialmente en Europa y EE. UU.).

En cuanto a la regulación comunitaria del transporte aéreo internacional, puede afirmarse, sin temor a equívocos, que se erige como respuesta a la grave crisis del Sistema de Varsovia¹⁸; no solo en relación con los límites indemnizatorios del transportista por muerte o lesiones personales de pasajeros, sino también respecto de otros problemas específicos no regulados por el texto internacional¹⁹. No obstante, debe admitirse la existencia de dinámicas propias del proceso comunitario²⁰ (en especial, la consolidación de las liber-

¹⁷ DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 75.

¹⁸ Respecto de la responsabilidad del transportista por muerte y lesiones personales de pasajeros, el Derecho comunitario abandonó completamente el régimen convencional con el R. 2027/97/CE (reemplazado por el actualmente vigente R. 889/2002/CE); modificando los límites indemnizatorios. Tal abandono no fue casual ni mucho menos original. Los límites contenidos en el SV ya habían sido desconocidos (aunque parcialmente) en distintos acuerdos privados suscritos entre compañías aéreas, o entre estas y Estados miembros. En la Propuesta de Decisión del Consejo sobre la aprobación por la Unión Europea del CM 1999, 446 final, de 14 de julio de 2000 (citado por DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 89), se ponía de manifiesto la necesidad de reforma, en estos términos: «(...) Para los cánones actuales, estos límites –a la responsabilidad por daños en caso de lesión y muerte de pasajeros y de pérdida de equipaje– resultan muy bajos e incluso los establecidos en los diversos acuerdos modificatorios que componen el denominado Sistema de Varsovia ofrecen una compensación muy poco adecuadas a las víctimas de accidentes y a sus derechohabientes».

¹⁹ Ejemplo de esto es el R. 295/91/CE, por el cual se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular (reglamento, a su vez, modificado y reemplazado por el R. 261/2004/CE, el cual adapta las soluciones dadas por el CM 1999).

²⁰ AREAL LUDEÑA, Santiago, ob. cit., p. 766: «Su importancia –la del R. 2027/92– ... radica en que no solo introduce, como veremos... una importante batería de interesantes novedades legislativas, sino que, además, unifica, en el espacio aéreo comunitario, las normas aplicables a la responsabilidad de las compañías aéreas, eliminando la distinción entre

tades europeas), que impusieron la necesidad de encontrar mecanismos jurídicos que homogeneizaran las normativas nacionales, muy dispares entre sí²¹.

La fractura del SV se hizo palpable en el ámbito comunitario con el R. 2027/97/CE, el cual no solo elevaba los límites de responsabilidad, de manera aparentemente ilegal²², sino que obligaba al pago de indemnizaciones anticipadas en caso de lesión o muerte de pasajeros.

Debe ahora explicarse la influencia recíproca que ejercen la regulación convencional y la comunitaria. Por una parte, las innovaciones comunitarias fueron directa e indirectamente recogidas por el CM 1999²³; al tiempo que la comunidad adaptó su normativa al Convenio, condicionando su eficacia a la de aquel²⁴. Como corolario de lo anterior, puede sostenerse que, además de su intrínseca función unificadora²⁵, la regionalización ha servido al Derecho convencional como canalizador e inductor de las reformas reseñadas,

accidentes domésticos y no domésticos y, de este modo, contribuyendo a la creación de un nuevo concepto: el cielo único».

²¹ En efecto, la multiplicidad de textos reformativos del CV 1929, no todos ratificados por algunos Estados miembros, provocó el solapamiento de normas que imposibilitaban la consolidación del Mercado Común. En este sentido, debe resaltarse el hecho de que la política Europea de Mercado Común, en procura de la mayor libertad contractual, limita la intervención pública al mero equilibrio entre derecho de los pasajeros y los intereses gremiales; situación que, evidentemente, ha estimulado la autorregulación, sobre todo en aquellos aspectos no previstos por el Derecho. Lo anterior para concluir que el abandono comunitario del SV no puede ser totalmente imputado a falencias intrínsecas del sistema convencional, más que a los factores reseñados.

²² El SV permitía que, a través de la autorregulación, las compañías aéreas aumentasen los límites de responsabilidad convencionales, a través acuerdos entre ellas, respecto de Estados o grupos de Estados, bien en el seno de organizaciones multilaterales; sin embargo, la facultad no se hacía extensiva a los Estados.

²³ Concretamente, la facultad que el CM 1999 reconoce a los Estados signatarios para consagrar (y regular) el pago anticipado obligatorio de montos pecuniarios predefinidos (aunque bajo el límite material de que dicho anticipo no implica un reconocimiento tácito de la responsabilidad del transportista); así como incrementar los límites de responsabilidad.

²⁴ Con la finalidad de alcanzar una mayor uniformidad, la UE conminó a los Estados miembros (en adelante, EM) a que ratificasen conjuntamente el CM 1999. Sin embargo, y en consideración a que algunos EM no lo hicieron, resulta claro que el SV continúa vigente en aquellos asuntos no regulados expresamente por la normativa comunitaria; y hasta que el CM 1999 no equipare en extensión geográfica la ratificación que en su momento alcanzó el CV 1929. Esto lleva a DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 89, a rechazar la técnica *rupturis-ta*; la cual sugiere la denuncia previa de los distintos instrumentos integrados en el SV, como requisito para ratificar el CM 1999.

²⁵ Principalmente, en su función de unificar la interpretación de las distintas soluciones materiales, no solo respecto de la normativa comunitaria, sino también, y por extensión, de la convencional, a través del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

complementando su contenido material²⁶; suplantando su imperatividad²⁷, e incluso extendiendo su aplicación a transportes no definidos como internacionales según las normas dadas por el propio CM 1999²⁸.

Por su parte, el papel que la autorregulación ha desempeñado en la configuración del Derecho convencional ha sido de tal trascendencia, que muchos autores han hablado de una «nueva lex mercatoria aeronáutica»²⁹. Como se ha anticipado, la autorregulación ha sido auspiciada por algunos Estados que, como EE. UU., han desconocido, explícita o implícitamente, la imperatividad del Derecho convencional; sobre todo en lo relativo a los regímenes de responsabilidad del transportista en los supuestos de estudio.

En efecto, aunque el fenómeno de la autorregulación pueda ser entendido en el marco de la competencia empresarial, como quiera que el mayor reconocimiento de garantías y derechos de los pasajeros, como política comercial repercute positivamente en un mejor posicionamiento de la compañía aérea en el público referenciado; resulta indiscutible su definición como causa-efecto del vacío normativo característico de la ruptura del SV. El modelo plasmado en AM de 1966³⁰, fue incorporado al unísono por las aerolíneas en las condiciones generales de contratación³¹, provocando lo que la doctrina describe como «bicefalia normativa»³².

²⁶ En asuntos no regulados por el CM 1999, tales como, por ejemplo, los «grandes retrasos»; y la obligación de contratar seguros de responsabilidad, referenciados en los límites convencionales de responsabilidad, como requisito para la concesión de licencias de explotación.

²⁷ En lo relativo a la denegación de embarque y cancelación de vuelos, cuando no sea aplicable el CM 1999.

²⁸ La extensión es tanto material (como en su momento lo hizo el R. 2027/97/CE, en relación con las reglas de responsabilidad en los supuestos de retraso y pérdida de equipajes), como espacial (a través del concepto de «compañía comunitaria», en el entendido de que el Régimen comunitario, y por asimilación el convencional, se aplica a los transportistas que operen bajo licencias de explotación concedidas por alguno de los EM, con independencia de criterios territoriales, tales como el lugar de salida y destino del vuelo; lo cual implicaba que su imperatividad podía alcanzar modalidades de transporte interno). La extensión es tal, que el propio R. 889/2002/CE obliga a que los EM, individualmente, extiendan la aplicación del CM de 1999 a aquellos supuestos no cubiertos por él, ni por la normativa comunitaria.

²⁹ DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 82.

³⁰ Otras acuerdos autorreguladores son, principalmente, el Acuerdo de Malta de 1975 (entre empresas europeas y en el que se eleva el límite indemnizatorio a 100.000 DEG); la denomina «iniciativa japonesa» de 1999 (renuncia de los límites de Varsovia y de las defensas del art. 20 CV hasta los 100.000 DEG); el Acuerdo de Kuala Lumpur de 1995 (adecuación del límite indemnizatorio a la recomendación ECAC/16-1); y el Acuerdo de Miami (renuncia al límite de responsabilidad en materia de pasajeros y a la acción de defensa del art. 20 CV hasta los 100.000 DEG; norma seguida por CM [1999])» (Paz, 85).

³¹ «Aunque la autorregulación se ha erigido como un elemento distorsionador del proceso de unificación estatal, no ha dejado de suponer un elemento unificador» (Paz, 83).

³² AREAL LUDEÑA, Santiago. «El Contrato Internacional de Transporte Aéreo», en *Curso de Contratación Internacional* (A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ –dirs.–). Madrid: Colex, 2003, p. 765.

La importancia de organismos internacionales de naturaleza sectorial, como por ejemplo la IATA³³ (*International Air Transport Association*), es indiscutible; no solo porque en su seno se auspiciaron distintos acuerdos entre las compañías transportadoras, sino también por su amplia competencia regulatoria. Esta competencia fue indirectamente reforzada por la normativa convencional, desde el CV 1929 hasta el CM 1999³⁴, en que se reconoce validez a la autorregulación que no la contraríe.; «plus adicional de validez» frente a la posibilidad de que los Estados declaren su nulidad en aplicación de las normas imperativas forales (esto debe matizarse en el entendido de que los principios y demás normas de orden público forales solo ceden –en principio, debiéndose valorar cada caso concreto–, ante la imperatividad *directa* del Convenio).

La lógica tensión entre regulación y autorregulación puede resumirse del siguiente modo: 1. La intervención pública del transporte aéreo es «de mínimos», o sea, limitada a lo esencial para preservar el equilibrio de las partes, así como de los intereses legítimos de otros actores extracontractuales implicados. 2. La influencia recíproca entre las mencionadas técnicas legislativas produce efectos *ex ante* (en sede normativa), y *ex post* (posibilidad de aumentar contractualmente los límites indemnizatorios; eliminar cláusulas exonerantes preestablecidas, etc.). 3. La autorregulación es pilar fundamental de la competencia, además de coadyuvar el mejoramiento natural y sostenible en las condiciones de seguridad. 4. La autorregulación sirve para reforzar políticas públicas, por ejemplo, condicionando la concesión de licencias de explotación a la suscripción, por parte de los interesados, de acuerdos que desarrollen normativas marco de los Estados, individualmente considerados o en bloque (ejemplo de ello son los denominados «códigos de conducta interempresariales» auspiciados por la UE)³⁵.

A manera de conclusión, la autorregulación ha incidido en la configuración del sistema como motor de impulso de los cambios, en relación sobre todo con los límites de responsabilidad, las causales de exoneración, las condiciones de validez de las cláusulas de no responsabilidad y su adecuación a la norma convencional, etc.

³³ La IATA nace en 1945 en la Conferencia de la Habana y reemplaza a la *International Air Traffic Association* (antigua IATA), creada a su vez en La Haya en 1919. Es una organización que agrupa a las empresas de transporte aéreo de personas o mercancías que prestan servicios regulares. Actualmente, aglutina empresas que representan el 94% del transporte aéreo mundial. Sus resoluciones no son vinculantes, aunque sí mayoritariamente seguidas. Ver DIEDERIKS-VERSCHOOR, ob.cit, pp. 10 y 11.

³⁴ CM 1999, art. 27: «Ninguna de las disposiciones del presente convenio impedirá al transportista negarse a concertar un contrato de transporte, renunciar a las defensas que puede invocar en virtud del presente convenio, o establecer condiciones que no estén en contradicción con las disposiciones del presente convenio».

³⁵ Sobre la influencia recíproca entre regulación y autorregulación, ver DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., pp. 81 y ss.

En consecuencia, conviene sintetizar las principales causas, tanto intrínsecas como extrínsecas, que suscitaron la crisis y posterior ruptura del CV 1929³⁶:

1. **Inadecuados criterios de política legislativa** en la valoración de soluciones jurídicas forales, regionales y autorreguladas (adaptativas, extensivas e interpretativas).
2. **Su inflexibilidad para adecuarse a nuevas realidades**, económicas y políticas. En efecto, el original CV 1929 no contemplaba (como sí lo hace el CM 1999) mecanismos de revisión periódica de los límites indemnizatorios; además de su poca claridad conceptual.
3. **Disparidad en la ratificación** de los distintos instrumentos que configuran el SV. Como consecuencia de ello, algunos Estados optaron por la incorporación material de los principios y reglas convencionales a su normativa interna, pero ajustándolos a sus propios criterios.
4. **Divergencia interpretativa** entre los Estados parte del SV. Esto se debe, principalmente, a la poca claridad de las reglas convencionales, así como a la ausencia de un operador judicial internacional.
5. **Ausencia de versiones oficiales del Convenio** en otros idiomas distintos del francés.
6. **Lagunas jurídicas** (por ejemplo, en la definición de los plazos establecidos para el ejercicio de las acciones judiciales de reclamación).
7. **Ausencia de uniformidad en los criterios de cuantificación de los montos resarcitorios** (el sistema original preveía la conversión del franco-oro como patrón de referencia; modelo sustituido por el de Derecho Especial de Giro, en adelante, DEG).
8. **La no adecuación de los límites indemnizatorios** resultante, principalmente, del «sistema de compensación suplementaria» incorporado en el PG 1971.
9. **La compartimentación o fragmentación** derivada de las sucesivas modificaciones del texto original (la ratificación desigual de los diversos protocolos constituyó la principal amenaza³⁷), la autorregulación y regionalización; fenómenos que hicieron más compleja su aplicación.

Finalmente, debe plantearse el interrogante relativo a si CM 1999 implica una ruptura definitiva del SV. La doctrina esgrime el carácter compilador (función unificadora) del CM 1999, para sostener que tal ruptura no es definitiva; todo lo contrario, puede considerarse como la culminación del dilata-

³⁶ DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 71.

³⁷ Tal disparidad obedece a las «desigualdades económicas interestatales entre el Norte y el Sur surgidas especialmente en el período de post-guerra, que, a su vez, provocaba la divergencia de los intereses económicos, políticos y jurídicos» (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 78).

do proceso de revisión del CV 1929. No obstante, las amenazas de un nuevo cisma del Derecho convencional siguen latentes, mucho más ahora que el mundo experimenta una reacomodación de poderes ante el ocaso de las potencias económicas del s. XX y el surgimiento de Oriente y Sudamérica. No será extraña una eventual reivindicación de los intereses que dieron origen al CV 1929; en esencia, un mayor proteccionismo de la industria aeronáutica en detrimento de las garantías a usuarios, la mayor injerencia pública en el sector y, posiblemente, un abandono del modelo actual.

3. **Ámbito de aplicación y ‘forum shopping’**

Forum shopping (también llamado *bad forum shopping*) es un concepto acuñado por la doctrina iusprivatista internacional para referirse a aquella técnica procesal a través de la cual conscientemente se somete una determinada realidad jurídica a jurisdicciones y/o normativas *más favorables* a las pretensiones accionadas. Lo que en principio no debería ser mal visto, adquiere una connotación negativa cuando se atenta contra la uniformidad perseguida por regulaciones uniformes; es decir, cuando el interés particular es valorado, de manera *tecnicista*, como preferente a la seguridad jurídica que inspira un modelo estable, predecible y armonizado.

El *forum shopping* es causa-efecto del cisma del Derecho Aéreo Internacional Privado³⁸ como sistema autónomo y uniforme; desde el anterior SV, se proyecta como amenaza latente del actual CM 1999 y condiciona sus posibilidades de éxito.

Diversos y complejos son los factores que incentivan el *forum shopping*; entre los que pueden mencionarse los relativos al ámbito material de aplicación, a la estructura misma de la actividad, a la coexistencia de otras normativas, a las remisiones convencionales hacia soluciones legeforistas (tanto de reglas como de interpretación), a la ausencia consciente o inconsciente de regulación (mal denominadas como *lagunas jurídicas*) y, por supuesto, a la simple especulación suscitada por la presión ejercida por distintos grupos y colectivos³⁹. Debe aclararse que los factores relacionados con la remisión que el propio texto convencional realiza a lo largo de su articulado, en especial hacia la *Lex Fori*, y los vacíos normativos, serán estudiados en detalle en el acápite siguiente.

³⁸ «El orden terminológico obedece a la especificidad de la realidad jurídica aeronáutica y a las características de los instrumentos normativos que lo componen» (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 35).

³⁹ «Pensemos, por ejemplo, en el poder que tienen las asociaciones –americanas– de consumidores, tradicionalmente contrarias, por entender que la Normativa Convencional contienen unos límites indemnizatorios anormalmente bajos» (AREAL LUDEÑA, Santiago, ob. cit., p. 760).

Ahora bien, los criterios para delimitar el ámbito de aplicación del instrumento convencional en los supuestos de responsabilidad del transportista aéreo internacional, por muerte o lesiones personales de pasajeros, son territoriales y personales⁴⁰. Así, el primer supuesto fáctico es el de vuelos con lugar de salida y destino en dos Estados parte del CM 1999 (art. 1.2). Debe mencionarse que, tratándose de compañías aéreas comunitarias⁴¹, el CM 1999 es imperativo, con independencia del criterio territorial, dado que el propio R. 2027/97 (y luego el R. 889/2002) lo hace extensivo⁴². El segundo supuesto es cuando el lugar de salida y destino estén en el territorio de un mismo Estado parte y se hubiese previsto una escala en otro Estado, con independencia de que este se hubiera adscrito o no al mencionado Convenio. En los demás supuestos, deberá atenderse el intérprete a la nacionalidad de la compañía y a los lugares de salida y destino del transporte, como foros generales de las reglas iusprivatistas de conflicto (ver acápite V, 3.2).

⁴⁰ Junto con los criterios territoriales, en la delimitación de las reglas convencionales de responsabilidad aplicables al transporte aéreo internacional de personas, deberá atenderse a otros de carácter subjetivo (nacionalidad de las compañías aéreas), y materiales (debido a la regulación comunitaria expresa de algunos supuestos de responsabilidad regulados en el régimen convencional, como los «grandes retrasos», la muerte o lesiones personales de pasajeros); junto a la también regulación comunitaria de supuestos no regulados en el régimen convencional, como la denegación de embarque y las cancelaciones de vuelo (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 290).

⁴¹ Por *compañía aérea comunitaria* deberá entenderse «toda empresa de transporte aéreo que posea una licencia de explotación válida concedida por un EM de conformidad con el presente Reglamento»; en el cual se consagran como requisitos para el otorgamiento de tales licencias, el que las empresas a) tengan su principal centro de actividad o, en caso, su domicilio social en dicho Estado miembro y, b) su actividad principal sea el transporte aéreo, bien de forma exclusiva o bien en combinación con cualquier otra explotación comercial de aeronaves o de reparación y mantenimiento de aeronaves» (art. 4).

⁴² En virtud de los arts. 1 y 3.1 del R. 889/2002, el CM 1999 se hace extensivo a todos los vuelos operados por compañías aéreas comunitarias, incluidos los «vuelos internos» (o «de cabotaje»). No sobra advertir que la normativa comunitaria será, en primer lugar, aplicable por los Estados miembros de la UE y, en segundo lugar, por aquellos Estados que, en virtud de normas de conflicto, apliquen la normativa de alguno de ellos. Es importante resaltar que la obligación que el R. 889/2002 impone a las compañías comunitarias de incorporar en los respectivos tiquetes resumen del régimen de responsabilidad convencional es apenas informativo y no puede fundamentar una reclamación de indemnización ni podrá ser utilizada como criterio interpretativo; lo que conlleva sostener que tal obligación informativa no implica una extensión del Convenio a terceros Estados (a través de las condiciones generales de contratación); a menos, claro está, que el Tribunal del foro les confiera fuerza vinculante (distinto a lo que establecía el R. 2027/97, en el que no se matizaba tal carácter meramente informativo, sino que se obligaba la publicidad de las condiciones de responsabilidad ilimitada y pago anticipado). Lo que tal información sí implica es la posibilidad de que el pasajero prefiera una compañía comunitaria sobre otra que no consigne similares garantías.

La descripción anterior se debe a que, al ser el texto convencional, Derecho Material Uniforme (al igual que el anterior SV), resulta imperativo en los supuestos que regula; y no se admite solapamiento legítimo alguno. El *forum shopping* se da, en primera medida, por el desconocimiento del anterior principio. No obstante, es necesario analizar dos situaciones que podrán llegar a dificultar los criterios del art. 1, CM 1999, arriba descritos: el transporte sucesivo único, y el de hecho.

El primero de ello, no es otra cosa que la concurrencia de varios contratos para la ejecución final del traslado de pasajeros (o de mercancías); los que, no obstante, se tienen como uno solo, cuando las partes lo han considerado, expresa o tácitamente, «como una única operación». La regla convencional define que la responsabilidad no será solidaria, sino que recaerá en el transportista que haya efectuado el transporte durante el cual se hubiese producido el accidente; excepto que, por estipulación expresa, alguno de los transportistas la hubiera asumido durante todo el viaje (art. 36.2, CM 1999).

Por su parte, el régimen convencional del transportista de hecho está contenido en los arts. 39 a 48 del CM 1999. De manera sucinta, puede explicarse que la responsabilidad de ambos transportistas (el contractual y el de hecho) será solidaria; pero matizada por la no extensión de una mayor responsabilidad del transportista contractual en virtud de una cualificación del elemento subjetivo de este respecto del transportista de hecho. Ahora bien, los límites indemnizatorios, en caso de muerte o lesión de pasajeros, se obvian cuando se pruebe culpa grave del transportista contractual, al tiempo que dicha cualificación de la culpa del transportista de hecho sí afecta al contractual (obviamente, lo afecta a él mismo).

Un segundo factor que incentiva el *bad forum shopping* se relaciona con la imperatividad misma del Derecho convencional; concretamente, el principio de Unidad de Culpa (el cual ha desencadenado flagrantes violaciones durante la vigencia del anterior SV, proyectables al actual CM 1999, en ordenamientos jurídicos de tipo continental); y la teoría de Jerarquía Normativa (auspiciada en Europa por dinámicas de regionalización jurídica; y en EE. UU. por un histórico *imperialismo legislativo*).

El análisis del principio de Unidad de Culpa⁴³ debe empezarse por la afirmación de que la tradicional distinción entre responsabilidad contractual

⁴³ «(...) Existen pronunciamientos judiciales españoles que siguen abriendo la posibilidad de que, en el ejercicio de esa libertad otorgada en virtud de la teoría jurisprudencial de la opción y al amparo del principio de unidad de culpa, el reclamante opte por una pretensión basada en la normativa específica contenida en el Derecho Convencional Uniforme o por una pretensión basada en la normativa general común (contractual o extracontractual)» (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 134). El autor cita la sentencia SAP de Barcelona de 11 de octubre de 2000, AC 2001/2, como ejemplo para demostrar como otros principios jurídicos han sido utilizados por la jurisprudencia española para fundamentar tal concurrencia de regímenes (el convencional y el interno), como el principio de reparación integral del

y extracontractual (no obstante resultar insulsa para algún sector de la doctrina⁴⁴), debe valorarse en la relación jurídica del transporte aéreo internacional, fácilmente encuadrable en una u otra⁴⁵.

Como trasfondo de los múltiples argumentos esgrimidos por la jurisprudencia civilista (partiendo de la española, aunque aplicable a la de otros países), para defender la unidad de culpa⁴⁶ y, en consecuencia, la acumulabilidad o alternatividad de regímenes (contractual o extracontractual), se halla la necesidad de materializar la *justicia material*⁴⁷ a favor de las víctimas. Por loable que pueda resultar una eventual reivindicación de los derechos e intereses de los pasajeros, no puede obviarse la inseguridad jurídica⁴⁸ resultan-

daño, según el cual los límites indemnizatorios establecidos en el Convenio no deben ser seguidos. El principal inconveniente de preferir la ley interna es el desconocimiento de la responsabilidad cuasi-objetiva.

⁴⁴ DIEZ-PICAZO, L. *El Derecho de daños*. Madrid: Ed. Civitas, 1999, pp. 246-249; y SANTOS BRIZ, «Unidad del concepto de culpa civil», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid, Dykinson, 2000, p. 596: «Siempre con la idea fundamental de acordar un resarcimiento de daños suficiente y justo en el caso concreto, viene a hacer pasar a un segundo término la dicotomía culpa contractual-culpa extracontractual».

⁴⁵ Los daños infligidos al pasajero pueden encuadrarse entre los incumplimientos contractuales que dan lugar a la responsabilidad contractual (art. 1101, C.C. Español), bien entre los incumplimientos del deber general –no convencional– de cuidado (art. 1902, C.C. Español).

⁴⁶ El principio de Unidad de Culpa se fundamenta en criterios de rango constitucional (tutela judicial efectiva) y legales (*iuris novit curia*). En definitiva, implica la posibilidad judicial de adaptar los fundamentos en Derecho a la acción respectiva, siempre que su naturaleza no se vea modificada, ni los hechos sobre los que el accionante la ejercita.

⁴⁷ «La jurisprudencia española, basada en la no consideración de la vida y la integridad física como objetos contractuales, se ha manifestado, con relación a los daños corporales, a favor de la calificación extracontractual (y por ende, extraconvencional) de la responsabilidad derivada de su producción en el transporte aéreo internacional de personas» (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 127).

⁴⁸ La jurisprudencia española se ha pronunciado (sentencia SAP Baleares, de 2 de mayo de 2000, citada por DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 136) en el sentido de permitir al actor, en caso de probar culpa del agente, acogerse al régimen indemnizatorio general, incluso cuando ha incoado dentro del término de eficacia de la acción contenido en la Ley de Navegación Aérea –LNA–. Según dicha jurisprudencia, la eficiencia de la normativa específica depende del mayor o menor esfuerzo probatorio que realice el demandante; nada más contrario a la finalidad de uniformidad y permanencia de la normativa convencional. En otro pronunciamiento (sentencia SJPI de Bilbao N.º 10 de sept. 22 de 2003, AC 2003/1102, citada por DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 123), se llega al absurdo de descartar los límites resarcitorios convencionales, sin mayor argumento que el que la imperatividad del SV –aún no había entrado en vigor el CM 1999– solo recaía sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, por ser dicha norma de Derecho público: «el contrato suscrito por las partes, muy intervenido, tiene naturaleza civil y por tanto las consecuencias administrativas pueden estar disciplinadas por el CV, pero en ningún caso la modulación de la indemnización procedente del incumplimiento contractual, reservada a los Tribunales civiles». Otros ejemplos no son menos desestimulantes; especialmente, las sentencias SAP Barcelona, de

te de la «difuminación de la línea divisoria entre uno y otro régimen⁴⁹». La ambivalencia de la doctrina respecto de la aplicación de uno u otro régimen de responsabilidad del transportista depende en últimas del sistema jurídico desde el cual cada autor razona⁵⁰. Si bien es clara la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del transportista frente a terceros en superficie⁵¹ (o, en su caso, la del fabricante de aeronaves respecto del pasajero), serán las peculiaridades de cada caso las que en últimas definan el régimen aplicable en supuestos de muerte o lesión de pasajeros⁵².

Ahora bien, el régimen convencional prescinde de la calificación de la responsabilidad de cara al ejercicio de las acciones; las cuales, a su vez, «se someten a unas condiciones (caducidad o prescripción, art. 29 del CM 1999), y a un régimen sustantivo específicos (límites indemnizatorios concretos,

13 de abril de 2002, AC 2002/2010 (en la que se desatiende el carácter internacional de la relación jurídica y se aplica el sistema autónomo cuando correspondía aplicar el convencional); la SAP Barcelona, de 20 de marzo de 2003, AC 2003/1354 (en la que se aplica uno u otro régimen dentro de un mismo supuesto, sin justificar dichas vacilaciones); la SAP Baleares de 9 de dic. de 2003, JUR 2003/92386 (en la que se insertan concepciones autónomas del ordenamiento jurídico español que resultaban de dudoso ajuste en el contexto normativo convencional, etc. (citadas por DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 123). En consecuencia, es fácilmente apreciable el papel especialmente distorsionador que ha desempeñado la jurisprudencia española durante la vigencia del anterior SV; falta ver si los yerros comentados se repiten bajo la actual normativa internacional.

⁴⁹ Término acuñado por DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 127, en reemplazo del de «yuxtaposición» preferido por Díez-PICAZO, L. ob. cit., p. 262, para explicar que lo que en realidad se aprecia por parte de jurisprudencia española es uno «traslado interesado» de un régimen a otro, con miras a una mayor defensa de las víctimas.

⁵⁰ Un argumento esgrimido por quienes identifican la responsabilidad del transportista (en todos los supuestos) como extracontractual, es «la consideración de que la responsabilidad contractual nunca puede calificarse como subjetiva con inversión de carga de la prueba por la propia naturaleza de la relación contractual» (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 130).

⁵¹ Como intento de regulación internacional material de los riesgos a terceros se dio el Convenio de Roma de 1933 («Sobre la unificación de ciertas reglas relativas a los daños causados por las aeronaves a terceros en la superficie»), no vigente hoy. Hoy está el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas a los Daños Causados por las Aeronaves a Terceros en la Superficie (Conferencia Internacional de Derecho Privado Aéreo de Roma de 1952, la quinta de su clase, después de la de París [1925], Varsovia [1929], Roma [1933] y Bruselas [1938]; y del que forman parte 47 Estados (no EE. UU., Reino Unido, Francia, Japón). En su Preámbulo se consagran como principios el garantizar una reparación equitativa de las víctimas, pero «limitando cuantitativa y razonablemente la responsabilidad del transportista con la finalidad de no entorpecer el desarrollo del transporte aéreo internacional» (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit. p. 42). Hoy se busca modernizar tal instrumento, debido a su lenta implantación por parte de los Estados signatarios, la necesidad de eliminar los límites indemnizatorios, etc.).

⁵² «La vinculación de la conducta del causante del daño con la ejecución del contrato y la vinculación de daño con los intereses que el perjudicado ha concretado al contratar con el causante del mismo» (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 129).

art. 22 del CM...), con independencia de que la fundamentación sea contractual o extracontractual, o de la naturaleza de los daños que pretendan ser resarcidos⁵³. Sin embargo, tal identidad no conlleva aceptar la aplicación cumulativa, subsidiaria o alternativa de las normativas convencional, foral, o conflictual, lo cual está expresamente prohibido por el CM 1999⁵⁴, debiendo prevalecer los principios de legalidad, seguridad jurídica y *iuris novit curia* (especialidad) sobre el de justicia material.

En efecto, «sea cual sea la naturaleza de la acción y la calificación que el intérprete pueda otorgar a la responsabilidad dimanante, la yuxtaposición de la responsabilidad y las opciones de ejercicio de acciones no deben constreñir la determinación de las normas sustantivas aplicables, incluidos los límites indemnizatorios⁵⁵». En conclusión, esta ambivalencia fomenta el *forum shopping*, si consideramos que el modelo resarcitorio suele ser más benévolo en algunos Estados que en otros.

Por otra parte, la imperatividad del Derecho convencional se fundamenta en la Teoría de la Jerarquía Normativa, aplicable tanto en la esfera del Derecho Internacional Público como en el Privado. A nivel comunitario, es frecuente encontrar comentarios que alegan un «solapamiento de normativas». Ya se ha explicado la influencia recíproca entre la regulación de la realidad aeronáutica convencional y regional, así como el esfuerzo comunitario por adaptarse al nuevo CM 1999. Solo resta mencionar un hecho evidente: la liberalización comunitaria podría, eventualmente, revivir el cisma vivido durante el SV, toda vez que la autorregulación es entendida como necesaria para dicho propósito.

Finalmente, el «imperialismo legislativo» norteamericano⁵⁶, propulsor del cisma irreconciliable resultante del CM 1966, se fundamenta en una idiosincrasia sobreproteccionista de los consumidores, en este caso, de los pasajeros. Deben precisarse algunas nociones.

En primer lugar, las notoriamente más elevadas condenas por parte de tribunales estadounidenses no implican, en sí mismas, un desconocimiento del Derecho convencional, si bien estimulan el fenómeno del *bad forum shopping*. En efecto, ni el SV ni el CM 1999 consagran criterio alguno de inclusión o exclusión de rubros del daño. Tal y como fueron diseñados tales instrumentos, los límites resarcitorios eran superables a través de un mayor

⁵³ DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 131.

⁵⁴ La redacción del art. 29 CM (1999) (... solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y límite de responsabilidad como los previstos en el presente Convenio», ha llevado a algunos a aceptar la teoría iusprivatista de la «equivalencia de resultados» según la cual, el Convenio aceptaría tácitamente el concurso normativo cuando la solución material que contienen den lugar a un resultado idéntico o equivalente». En este sentido, DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 231.

⁵⁵ DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 133.

⁵⁶ AREAL LUDEÑA, Santiago, ob. cit., p. 760.

esfuerzo probatorio de las víctimas (que debían probar dolo o culpa cualificada en el SV), o de los agentes (en el CM 1999 que, se recuerda, diseña un régimen de culpa presunta simple por encima de tales límites); pero se dejó a la *lex forum* el reconocimiento de rubros que correspondiesen con realidades jurídicas autóctonas. Si bien es argüible que el modelo de responsabilidad convencional del transportista (para todos los supuestos; no solo para los de muerte y lesiones personales de pasajeros) es de naturaleza resarcitoria, no por ello puede desprenderse una clasificación rígida del daño.

En segundo lugar, debe refutarse la creencia según la cual el «daño punitivo» está inexorablemente prohibido por el régimen convencional. No obstante, y aunque se dejarán para la segunda parte de este trabajo, las matizaciones que, desde el *análisis económico del Derecho* pueden hacerse de esta peculiar manera de entender la responsabilidad; debe anticiparse que el «daño punitivo», más allá de la literalidad del vocablo, *no siempre* entraña una finalidad ejemplificante o sancionatoria de carácter penal. Es más, cuando esto ha sido así⁵⁷,

⁵⁷ El único antecedente jurisprudencial norteamericano que, lamentablemente y en consideración a la lejanía de fuentes bibliográficas, se ha podido encontrar, relativo al reconocimiento de «daños punitivos» en los cuales, se persiga *sancionar* la conducta cuasi-dolosa del demandado (*wilful misconduct*), en abierto desconocimiento de la imperatividad del Régimen convencional (SV), es la referenciada como *In re Korean Air Lines Disaster of September 1, 1983, 932 F.2d 1475 (D.C.Cir.1991)*, y analizada por LARSEN, Paul B; SWEENEY, Joseph C.; y GUILICK, ob. cit., p. 405 (obtenible *on-line* en la dirección <<http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/932/932.F2d.1475.89-5415.html>>. –fecha de consulta, Nov. 15, 2008–). El actor apeló a lo expuesto en este trabajo, según el cual el SV remite a la *Lex Forum*, la inclusión de rubros del daño que respondan a realidades jurídicas autóctonas. Dada la naturaleza del *daño punitivo*, que, según se comprobó en la segunda parte de este estudio, no es siempre bien asimilada por los jurados norteamericanos; resulta claro la intención del actor: conseguir la mayor condena posible (nada más característico del *bad forum shopping*). En este caso se da obvia preferencia por el CM 1966; es decir, se predica un modelo de responsabilidad objetiva sujeto a las limitaciones que dicho instrumento recoge; pero apelando al SV (CV 1929 modificado por el PH 1955), en lo relativo a la posibilidad de superar los límites convencionales en presencia de *dolo* o *culpa cualificada*. El *a quem* se limita a la literalidad del art. 17 del SV, que establece un modelo de responsabilidad exclusivamente resarcitoria (*liable for damage sustained*); lo que, excluye, *in limine*, la posibilidad de reconocer rubros del daño con naturaleza diferente. Es interesante ver cómo, lo que se excluye, es la connotación *preventiva* del *daño punitivo* (*Punitive damages as recognized by federal courts as retributive and deterrent in nature*, Cons. 6); dejando abierta la posibilidad del *daño punitivo*, en su connotación *compensatoria*. Resalta también la irrelevancia que en el *Common Law* tiene la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual, dado que «lo que importa es la reparación del daño... tal es el sentido de la Convención» –Cons. 10–, traducción no oficial). Basa la Corte, igualmente, su decisión en el análisis comparado de otros ordenamientos que, como el inglés y el alemán, admiten daños punitivos, pero se abstiene de ello en aras de salvaguardar la uniformidad del texto convencional. Esta sentencia abre las puertas al daño punitivo de connotación sancionatoria y preventiva, cuando no se configuren los criterios de aplicación del SV; es decir, cuando lo que se aplique sea el Régimen General («si el transportista destruye su propia aeronave, con el propósito fraudulento de cobrar el seguro, no podrá cobijarse de la

el propio sistema judicial norteamericano ha corregido tal distorsión en salvaguarda del Derecho convencional⁵⁸.

El problema está en la ausencia de límites previsibles de esta herramienta (propia de un ordenamiento que, como el *Common Law*, depende de la jurisprudencia para elaborar sus reglas); circunstancia que hace aún más compleja la figura. En efecto, es defendible, al menos desde un plano meramente académico, la inclusión de rubros del daño, denominados como *punitivos*, y compatibles con la finalidad reparadora del CM 1999; aunque tales constituyan mecanismos forales a través de los cuales se materialicen políticas públicas *correctivas* de muchas de las falencias del Modelo Civilista Continental del Derecho de Daños; como quiera que el formalismo procedimental de tal Modelo, la mayoría de las veces, contraviene la plena reparación de perjuicios.

No obstante, debe considerarse la amenaza de que, habida cuenta de la especial influencia (no solo académica, sino también de muchos de los operadores jurídicos) que la disciplina económica ejerce sobre el Derecho en EE. UU., se pudiese desvirtuar la eficiencia económica de las reglas convencionales de responsabilidad del transportista aéreo internacional, en especial en supuestos tan sensibles como los de muerte y lesiones personales de pasajeros; se suscita un nuevo rompimiento similar al ya experimentado respecto del SV.

4. Descripción normativa y reglas de responsabilidad: del SV al CM 1999

Entre los mayores aciertos del CM 1999 se encuentra el haber compilado en un único texto el Derecho convencional⁵⁹ (tan disperso en el anterior

protección que le proporciona la Convención de Varsovia, toda vez que no se configura el elemento material de conexión definido como *accidentes* –Cons. 20–, traducción no oficial. Finalmente, y muy a pesar de la contundencia que caracteriza este pronunciamiento, permanece la duda acerca de si esta interpretación constituye regla jurisprudencial. En efecto, en el Salvamento de Voto se cita un pronunciamiento de la *Supreme Court* para sostener todo lo contrario: en esencia, que la inclusión de cualquier rubro del daño es discrecional del jurado, al cual la propia Convención le permite remitirse a criterios legeforistas de interpretación (se cita el caso *Smith v. Wade*, 462 U.S. 30, 36 n. 5, 103 S.Ct. 1625, 1629 n. 5, 75 L.Ed.2d 632 –1983–). Lamentablemente, no se ha podido encontrar esta sentencia.

⁵⁸ Corroborra esta afirmación el detallado análisis jurisprudencial que hace LARSEN, Paul B; SWEENEY, Joseph C.; y GUILLICK, John E. *Aviation Law: Cases, Laws and Related Sources*. New York: Ed. Transnational Publishers, Inc, 2006, pp. 277-294.

⁵⁹ DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 390: «Es necesario advertir que dicha seguridad –la derivada de un régimen unificado de responsabilidad– puede volverse en contra de los intereses... –de las víctimas–, ya el automatismo judicial en las reclamaciones y en el otorgamiento de las indemnizaciones atendiendo al límite de 100.000 DEG puede transformar esa cantidad en un referente inalterable, incluso en los supuestos en los que los daños ocasionados y probados superan dicha cifra».

SV), respetando los principios que inspiraron otros instrumentos normativos nacidos en sede autorreguladora y supranacional⁶⁰.

De manera sucinta, puede describirse el modelo convencional de la responsabilidad civil del transportista aéreo internacional en caso de muerte y lesiones personales de pasajeros como objetivo *reforzado* (en consideración a las causales de exoneración), hasta el límite pecuniario fijado en 100.000 DEG; por encima del cual se convierte en subjetivo con inversión de carga probatoria. De lo anterior, sobresalen las aristas fundamentales del sistema: objetividad y limitación. Analizaremos a continuación los diferentes matices del régimen instaurado por el CM 1999, sin obviar las reglas previas del SV.

4.1. Responsabilidad objetiva

La configuración de la responsabilidad del transportista como objetiva tiene como fundamentación política un criterio de *justicia distributiva*, esto es, «la reparación del daño provocado como consecuencia de una actividad profesional que entraña unos riesgos específicos⁶¹ tiene como verdadera finalidad la de dar respuesta a una exigencia de equilibrio entre el usuario y el empresario transportista⁶²». En efecto, a pesar de que los avances tecnológicos han aminorado el riesgo aeronáutico, la alta siniestralidad de los accidentes (junto a ciertas prácticas específicas –*overbooking*, retrasos–) sigue siendo un factor determinante en la regulación del transporte aéreo.

Ahora bien, la objetividad definida por el CM 1999, si bien es *reforzada*⁶³, no es total. En primer lugar, se admite la culpa del pasajero (no el hecho) como causal de exoneración o atenuación de responsabilidad del

⁶⁰ En estricto sentido, el CM 1999 fue poco innovador, por cuanto recoge modificaciones ya incorporadas en instrumentos normativos previos.

⁶¹ No cabe duda de que los riesgos aeronáuticos son cualitativamente cualificados en relación con los de otros medios de transporte. En efecto, no solo debe valorarse la alta siniestralidad de la actividad, sino también la interdependencia de otros operadores privados y públicos, tales como las autoridades de control, los controladores de vuelo, etc.

⁶² DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 138.

⁶³ La teoría clásica de la responsabilidad predica como causales de exoneración a los que puede apelar el agente demandado diversas modalidades de *causa extraña*; entre las que figuran el hecho o la culpa exclusiva (o concurrencial, según la exoneración sea parcial) de la víctima, la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero, y el estado de necesidad (entendido de manera muy distinta a como lo hace el Derecho penal). No sobra advertir que la *causa extraña* rompe lo que la doctrina denomina «presunción de responsabilidad» (que no es igual a la presunción de imputación subjetiva o culpa, cuya primera defensa es la diligencia); es decir, destruye el nexo causal. Salvo algunos matices (que no vienen al caso analizar), lo anterior se aplica indistintamente a la responsabilidad contractual y extracontractual, en especial si aplicamos principios procesales y constitucionales ya explicados en relación con la unidad de culpa. Ver TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II. Bogotá: Ed. Legis, 2007, pp. 59 y ss.

transportista aéreo (art. 20 CM 1999), independientemente de los límites resarcitorios. En segundo lugar, la *objetividad* se atenúa considerablemente más allá de los límites mencionados, permitiéndosele al agente demostrar su diligencia⁶⁴. En tercer lugar, el Convenio diferencia los regímenes en los que la diligencia tiene como efecto exonerar o disminuir la responsabilidad del transportista; concretamente los supuestos de retrasos (en los que la diligencia exigida es cualificada, Art. 19 CM 1999), y muerte o lesiones de pasajeros (diligencia simple por encima de los límites reparadores, art. 21, a). En cuarto lugar, y en consideración a la especial naturaleza del riesgo asumido, se autoriza al transportista para negarse a contratar (o ejecutar lo pactado, según cada caso) cuando estime, *razonablemente*⁶⁵, que se puede incrementar dicho riesgo.

La evolución de las reglas de responsabilidad por muerte y lesiones a los pasajeros ha sido, dentro del sistema de responsabilidad en el transporte aéreo, la más destacable si se atiende a las modificaciones sufridas⁶⁶. El CV 1929 consagraba un sistema de responsabilidad subjetiva con inversión de carga de la prueba⁶⁷, y sujeto a límites pecuniarios (art. 20.1 CV 1929), excepto en casos de dolo o culpa grave⁶⁸, para los que debían atenderse criterios legeforistas⁶⁹. Su modificación no se hizo esperar. En el seno de orga-

⁶⁴ Si bien parece un contrasentido describir el régimen convencional de responsabilidad contenido en el art. 21 del CM 1999, por encima de los 100.000 DEG, como objetivo (tradicionalmente la doctrina habla de un régimen de culpa presunta), no podría explicarse de otra forma su literal *b*, en el cual se describe una *causa extraña* (culpa –no el hecho– de un tercero). En efecto, el régimen de culpa presunta presupone la eficacia de todas las causales de exoneración de responsabilidad; por cuanto, si se permite al agente demostrar su diligencia, mal haría el legislador en limitar un esfuerzo probatorio mayor, como quiera que tal supone el desvirtuar el nexo causal. Es así como puede pensarse en el evento en que el transportista obre con negligencia en la valoración de los efectos de un caso fortuito, pero pueda a su vez demostrar que es este el que finalmente desencadena el siniestro. Si se analiza con rigor científico el texto convencional, en tal evento el transportista deberá ser condenado más allá de los límites indemnizatorios; situación que contradice el régimen de presunción de culpa. Por ello se estima mejor describir el modelo, por encima de tales límites, como *objetivo atenuado*, y no como *subjetivo con inversión de carga probatoria*, como tradicionalmente suele hacerse.

⁶⁵ Si bien el CM 1999 no condiciona dicha facultad, es claro que las modalidades de incumplimiento contractual siguen las soluciones legeforistas.

⁶⁶ DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 377.

⁶⁷ La regla del art. 17 del CV 1929 fue incorrectamente incorporada por algunos Estados (caso español), hasta el punto en que el modelo de responsabilidad del transportista se asimiló al del fabricante, es decir, se interpretó como objetivo, y se distorsionó así la finalidad unificadora del SV, hecho que contribuyó a su posterior ruptura.

⁶⁸ Antes del CM 1999, el *daño intencional* se configuraba como la única cláusula de escape de las limitaciones indemnizatorias.

⁶⁹ En los arts. 17, 20, 21 y 22 del texto original del CV 1929 se preveía que a la víctima correspondía probar el daño (la prueba no era necesaria en caso de allanamiento por parte del demandado, según criterio acuñado por la jurisprudencia de algunos Estados, como el

nizaciones internacionales de origen interestatal (CITEJA y luego OACI) y sectorial (IATA) se impulsaron reformas que vinieron a materializarse en los Protocolos de la Haya de 1955⁷⁰, y de Guatemala de 1971. No obstante, y como ya se había anticipado, tales protocolos no lograron satisfacer los intereses de algunos Estados que, de manera directa e indirecta, los desconocieron⁷¹. Otros Estados, como EE. UU., Japón y Reino Unido, impulsaron dos reformas en el marco de procesos de autorregulación.

Retomando el modelo instaurado por el CM 1999, la doctrina lo define como «dual» (*two-tier system*). Esto significa que, hasta un límite de 100.000 DEG (equivalente hoy a 135.000 €), la responsabilidad es objetiva *reforzada*; por encima del cual se instaura un régimen de *culpa probada*⁷² no cualificada⁷³. Esto implica que cuando el daño probado sea menor al límite, la objetivización juega paralelamente a favor de la víctima⁷⁴. El nuevo mode-

español) y el nexo causal (que este se resultaba de un accidente acaecido en el curso de «todas las operaciones de embarque o desembarque»); mientras que al demandado (transportista, y respecto de sus dependientes), para efectos de eximir su responsabilidad, competía demostrar su diligencia cualificada («todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas»), o bien la culpa concurrencial de la víctima (exoneración total o parcial de responsabilidad). En cuanto a los límites, se consagraba, salvo en caso de dolo o culpa grave del transportista o sus dependientes, el de 125 mil francos-oro, aunque tal límite podía ser contractualmente desconocido por las partes.

⁷⁰ Son tres las principales reformas incorporadas por el PH 1955: 1. Se duplica el límite indemnizatorio (art. 11 modificadorio del art. 22 CV 1929). 2. Se define las nociones de dolo y culpa grave, anteriormente dejadas a la interpretación legeforista (art. 13: «El daño es resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes, con intención de causar daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño»). 3. Se permite una condena adicional en costas procesales, cuando el demandado no se hubiese aprestado a transar extrajudicialmente. Sobre el PH 1955, se sugiere consultar DIEDERIKS-VERSCHOOR, ob. cit. p. 151.

⁷¹ El PH 1955 no modificó el régimen de culpa presunta del texto original, para supuestos de daños personales de pasajeros (muerte y lesiones). Su único avance relativo a la objetivización de la responsabilidad del transportista se da con relación al transporte de mercancías y equipajes (AREAL LUDEÑA, Santiago, ob. cit., p. 433). La verdadera ruptura normativa, si bien no conceptual (por cuanto esto se da a través del AM 1966), respecto del CV 1929, se dio a través del Protocolo de Guatemala (en adelante, PG 1971), a través del cual se consagra un régimen de responsabilidad objetiva para supuestos de muerte o lesiones personales de pasajeros; posteriormente recogido, en lo sustancial, por el CM 1999. Lamentablemente, El PG 1971 tuvo poca acogida internacional (España, por ejemplo, no lo ratificó).

⁷² Ver pie de página N.º 50.

⁷³ Cuando «el daño no se debió a la negligencia o a otra acción u omisión del transportista o de sus dependiente» (art. 21.1 CM 1999). A pesar de la literalidad del texto transcrito, algunos autores han entendido que la diligencia exigida al transportista para eximir su responsabilidad, por encima del límite establecido, es «máxima» (o cualificada; similar a la descrita en el art. 19 del CM 1999 para eventos de retraso). Ver DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 380.

⁷⁴ Por esto puede hablarse de un sistema de responsabilidad «delimitado», y «no limitado», en función de la cuantía de los daños personales reclamados y probados por el pasajero (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 381).

lo se diferencia del anterior SV precisamente por el carácter ilimitado de la responsabilidad cuando el transportista no pueda desvirtuar la presunción de culpa que sobre él recae⁷⁵ (recuérdese que la superación de los límites contenidos en el anterior SV solo era posible si la víctima lograba demostrar dolo o culpa cualificada del agente).

Se procederá ahora a profundizar en el análisis de aspectos puntuales de las reglas descritas, concretamente el de los daños indemnizables, la especial connotación del nexo causal⁷⁶ y el período durante el cual el transportista asume los riesgos de su actividad.

El CM 1999 no se limita al resarcimiento de los daños físicos⁷⁷, sino también a los morales⁷⁸. Si bien es recomendable acudir a la *lex fori*⁷⁹ para incluir rubros no materiales del daño⁸⁰, no por ello puede suponerse abierta

⁷⁵ El modelo de responsabilidad del CM 1999 disminuye la judicialización de controversias, por cuanto admite la posibilidad de una condena en costas al demandante que no se hubiese prestado a resolver extra-judicio las reclamaciones (art. 22.6 del CM 1999).

⁷⁶ Descrito brillantemente por AREAL LUDEÑA, Santiago, ob. cit., p. 776: «Así, no existirá verdadera relación de causalidad si pueden convivir de manera independiente daños a la persona y accidente, es decir, si se le asigna al transportista la responsabilidad, por las consecuencias de aquellos accidentes, acaecidos fuera del curso habitual en la ejecución del contrato. Con otras palabras, si el daño no es más que una reacción física a unas conductas ya conocidas que se realizan durante el vuelo, no se puede hablar de *cause of accident* como sucede, por ejemplo, en los supuestos de aerofobia».

⁷⁷ Con relación al reconocimiento de daños psíquicos, AREAL LUDEÑA, Santiago, ob. cit., p. 772, es partidario de la no inclusión de tales rubros en el CM 1999, por analogía de la solución arribada por un grupo de expertos de la OACI en el año de 1951, respecto del SV.

⁷⁸ DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 382

⁷⁹ Se ha estudiado cómo la valoración legeforista de los rubros del daño indemnizables incentiva el *bad forum shopping*, sobre todo cuando el transportista no consigue desvirtuar la presunción de negligencia que le endosa la norma convencional, habida cuenta de que los límites convencionales devienen inaplicables. No obstante, existen otros criterios que, si bien no son tan abiertamente aceptados, ronda en la mente de juristas y estudiosos: la nacionalidad de las víctimas. Tal criterio, discriminatorio a simple vista, ha sido constantemente «camuflado» por tribunales donde es natural encontrar elevadas condenas. El matiz radica en la interpretación que pueda hacerse del concepto «lesiones personales» (*bodily injuries*), acuñado por el CM 1999. Si bien es uniforme (tanto en la jurisprudencia continental como del *Common Law*) la aceptación de lesiones a la salud mental, al igual que otros tipos de angustia psíquica o moral, directamente asociadas a «daños físicos», es igualmente frecuente encontrar ambivalencias en la aceptación de tales rubros, cuando se presentan aisladamente. En el caso *Beck et al. V.KLM Royal Airlines and Ritz Travel*, la Corte del Estado de New York, apartándose de su propia jurisprudencia (ver el análisis que del derrotero jurisprudencial sobre este punto hace DIEDERIKS-VERSCHOOR, ob. cit., p. 142), e interpretando restrictivamente el art. 17 de la CM 1999, deniega las pretensiones del accionante, bajo el argumento de que los daños inmateriales solo son indemnizables cuando se presentan asociados con los físicos. Las dudas surgen cuando se aprecia la nacionalidad de las víctimas (Hungría). En similar sentido, AREAL LUDEÑA, Santiago, ob. cit., p. 760.

⁸⁰ DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 383.

la posibilidad para desconocer los límites resarcitorios convencionales. No obstante, parece debatible, al menos en algunos ordenamientos del *Common Law*, la posibilidad de incluir rubros del daño no necesariamente resarcitorios; se puede incluso interpretar (como en efectos se ha hecho), que el texto convencional no cercena la facultad del Estado signatario para limitar el alcance de sus políticas de control social, máxime si el sistema de responsabilidad coadyuva tales políticas⁸¹.

Debe aclararse que el hecho dañino debe ser el resultado de un «accidente» para que se configure la responsabilidad. El alcance conceptual de «accidente» está implícitamente delimitado en la propia Convención⁸². En efecto, la única⁸³ *causa extraña* que contempla el CM 1999 como válida para desvirtuar el vínculo objetivo de imputación jurídico de responsabilidad del agente, por encima de los límites pecuniarios del Art. 17, es la culpa de un tercero⁸⁴ (art. 21.2, b). Ahora bien, del propio Convenio se desprende el

⁸¹ En el caso *Pescatore v. Pan Am*, 2d Cir., 1996, citado por DIEDERIKS-VERSCHOOR, ob. cit., p. 141, la Corte de Nueva York (EE. UU.), apelando a sus reglas de conflicto, admitió la aplicación de la Normativa Civil del Estado de Ohio, en la cual se reconocían los denominados «daños a la sociedad» (*Loss of Society*), a través de los cuales se canalizan políticas públicas de protección a intereses colectivos de especial connotación.

⁸² No se comparte la interpretación «rígida» que del concepto «accidente» hacen algunos autores (definido como «todo hecho que, además de ser ajeno a la esfera de actuación del pasajero, sea inesperado, inusual, repentino»; ver DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 384). La regla objetivizada de responsabilidad por encima de los límites resarcitorios convencionales, no se vería desvirtuada en caso de que la propia Convención, directa o indirectamente (por ejemplo, remitiendo la definición de «causa extraña» a la ley del foro) aceptase causales de exoneración que rompiesen el nexo causal de la relación indemnizatoria. Lo que sucede es que la Convención, al incluir únicamente la «culpa de un tercero», establece una *cláusula de cierre* al intérprete respecto de otras «causas extrañas». Tal interpretación debe estimarse excesiva y alejada de la literalidad del texto convencional. En sentido contrario, ver BOTANA AGRA, M., *La limitación de la responsabilidad del transportista aéreo comunitario por daños a los pasajeros en caso de accidente: un estudio del Reglamento (CE) 2027/1997*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2000, p. 45, que interpreta el concepto «accidente» como inclusivo de supuestos propios de la navegación aérea (causas extrañas tales como la turbulencia).

⁸³ La complejidad técnica y la especial connotación del comandante de la aeronave fueron, bajo la vigencia del anterior SV, frecuentemente esgrimidas como causales exonerativas de responsabilidad por parte de transportistas y académicos. Veremos, en la segunda parte de este estudio, cómo la dificultad probatoria relativa a factores técnicos justifica el modelo de responsabilidad objetiva (es económicamente eficiente que la prueba recaiga sobre quien tiene el control del riesgo); al tiempo que el control público de pilotos («regulación del mercado» como mecanismos de «socialización» del daño) fue tenido en cuenta en CV 1929 (art. 20) para exonerar al transportista («falla náutica»), en supuestos de responsabilidad del transportista por pérdida de equipajes.

⁸⁴ Dado que la culpa de la víctima, *causa extraña* por antonomasia, exonera, total o parcialmente, la responsabilidad del transportista, en todo momento, con independencia de los límites del art. 17 (art. 20, del CM 1999).

carácter no concurrencial (solo exonera *totalmente*) de la culpa (no hecho) de un tercero (art. 21,2, b). Esto nos prueba la anterior aseveración de que el régimen delimitado por el CM 1999 es *objetivo reforzado*, por cuanto excluye causales que en la teoría general de la responsabilidad (al menos en el Derecho civil codificado) servirían de exonerantes, tales como la fuerza mayor y el caso fortuito.

Esto de no debe confundirse con la *diligencia* (y por ende, la ausencia de dolo o culpa grave) que, predicable también respecto de dependientes y agentes del transportista⁸⁵, exime su responsabilidad por encima de los límites resarcitorios (art. 21.1 del CM 1999).

En relación con el lapso durante el cual asume los riesgos de su actividad, la Convención delimita el «período de responsabilidad» del transportista como aquel que va desde las operaciones de embarque hasta las de desembarque. Esto no supone la irresponsabilidad del operador aéreo en estadios extemporáneos, sino simplemente la aplicación del régimen general. Ahora bien, tal período se concreta a aquel en el cual el transportista tiene *control*⁸⁶ de la actividad del pasajero. Dicha «esfera de actividad» determina no solo el régimen legal aplicable (convención o ley material aplicable en virtud de normas de conflicto), sino también la culpa concurrencial del pasajero como limitativa de la responsabilidad del transportista.

4.2. Responsabilidad limitada

El desarrollo de la industria aeronáutica se estimó, a comienzos del s. xx, estrechamente relacionado con el desarrollo económico de los Estados⁸⁷. Esto,

⁸⁵ La modulación que hace el art. 22.5 del CM 1999, relativo al dolo o culpa cualificada del transportista, sus dependientes o agentes, como requisito para obviar los límites indemnizatorios en los eventos de retraso e incorrecto transporte de equipaje, en el entendido de que estos han debido actuar en el «ejercicio de sus funciones», no es extensible a los de muerte y lesiones personales de pasajeros.

⁸⁶ Esto significa que si, por ejemplo, el daño ocurriese durante el período de espera, en eventos de retraso, suspensión o cancelación de vuelos, dicho accidente estaría inserto en el ámbito temporal de aplicación de la Convención (considérese «embarque») siempre que el transportista pudiese influir de manera determinante en el comportamiento del pasajero, con independencia de que luego alegase como exonerante de su responsabilidad su culpa concurrencial.

⁸⁷ Entre otros argumentos aportados por la doctrina para limitar, e incluso disminuir los límites convencionales, destacan los siguientes: 1. La naturaleza externa de los riesgos implícitos en la actividad aeronáutica, en especial las condiciones meteorológicas. 2. La necesidad de homogeneizar legalmente situaciones personales y materiales dispares. 3. La compensación del beneficio probatorio que conlleva un régimen de responsabilidad objetiva. 4. Mayor seguridad jurídica (predecibilidad del daño) para evitar el *forum shopping*. 5. El previo conocimiento de los riesgos por parte del pasajero. 6. El mayor beneficio para los pasajeros ante una disminución de las tarifas, por cuanto una menor responsabilidad disminuiría los costes de la industria. 7. La mayor liberalización del sector, dado que los lími-

unido a la *efectiva*⁸⁸ protección de los pasajeros, fundamentó la limitación de la responsabilidad; la cual, se ha visto, no se dio en el texto original del CV 1929. Como es apenas lógico, esta limitación, entendible como mecanismo de «intervencionismo público directo de mercados» conlleva un reparto o socialización de los riesgos inherentes a la actividad aeronáutica.

Los límites indemnizatorios convencionales no vulneran (ni el SV ni el CM 1999), *per se*, el principio de reparación integral del daño⁸⁹; toda vez que no suponen una tasación automática de este, por cuanto solo se aplican cuando el daño real los supere⁹⁰. Por el contrario, se ha esgrimido la posibilidad de flexibilizar tales límites en supuestos de daños intencionales (*dolo* o *culpa equiparable*⁹¹).

tes evitaban que los Estados no subsidiasen a sus compañías como mecanismo para asumir los altos riesgos. 8. Equivalencia entre las prestaciones de los contratantes el carácter conmutativo del contrato de transporte. 9. La evicción de demandad temeridad (menor litigiosidad). (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 149).

⁸⁸ No puede perderse de vista que la limitación de la responsabilidad repercute directamente en el aseguramiento de los riesgos inherentes al transporte aéreo internacional. En efecto, la alta siniestralidad de la actividad impedía que aseguradoras los cubriesen de manera ilimitada. Para no abandonar las garantías de los usuarios a la suerte financiera de una industria naciente, más que para hacer viable el éxito de las compañías aseguradoras, fue que se valoró la importancia de limitar la responsabilidad de los transportistas aéreos como mecanismo de socialización de tales riesgos.

⁸⁹ Debe advertirse que la posibilidad de superar los límites indemnizatorios en los supuestos del art. 21,2 del CM 1999 solo se aplica a la responsabilidad del transportista por muerte o lesiones personales de pasajeros.

⁹⁰ «En definitiva, *a priori*, se desconoce si puede darse una reparación integral o parcial del daño» (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 147).

⁹¹ La graduación de la culpa responde, necesariamente, a criterios legeforistas. Mientras que en sistemas jurídicos codificados la *culpa grave* o *inexcusable* equivale al *dolo*; en los de *Common Law* se diferencian conceptos tales como *gross negligence* (nuestro equivalente a «culpa grave»), y *wilful misconduct*; el cual es «completamente diferente a la negligencia, y la supera con independencia de la graduación que se le dé» (caso *Goepf v. American Overseas Airlines*, New York Supreme Court, Appellate Division, 16 Dec. 1952; citado por DIEDERIKS-VERSCHOOR, ob. cit., p. 153). La precisión terminológica resulta fundamental para efectos de admitir el reconocimiento de *daños punitivos*, dado que, y como se verá en la segunda parte de este trabajo, estos rubros del daño pueden eventualmente coincidir con finalidades *complementarias* a la reparación misma. En efecto, en relación con el *daño intencional*, debe anticiparse que el concepto de *wilful misconduct* no es la única modalidad de imputación subjetiva de aquel (sino que también lo configura la *gross negligence*). Si de buscar su equivalente en el Sistema Continental de corte «civilista» se trata, podría sostenerse que la *wilful misconduct* comparte elementos definitorios tanto del *dolo*, como la *culpa grave*: *a conscious intent to do or to omit doing the act from which harm results to another, or intentional omission of a manifest duty. There must be a realization of the probability of injury from the conduct, and a disregard of the probable consequences of such conduct* (DIEDERIKS-VERSCHOOR, ob. cit., p. 154).

Una crítica recurrente en la doctrina tiene que ver con la inadecuación económica de los límites convencionales, a modo de *déjà vu* del anterior SV: «(...) si el principal argumento para la limitación de la cuantía indemnizatoria en 1929 era el de la problemática situación económica a la que se hubieran visto abocadas las originarias compañías aéreas, cuando las circunstancias evolucionaron favorablemente hacia los intereses de esas y su asentamiento económico fue una realidad, debe plantearse el por qué los Estados han mantenido un sistema de responsabilidad limitada y con modificaciones puntuales de las cuantías indemnizatorias que no se han ajustado a dicha evolución: quizás por los excesivos riesgos vinculados con la navegación aeronáutica, por la existencia de las denominadas compañías bandera y los aportes económicos de estas a las distintas economías nacionales, o quizás por la fuerza “mediática” de las compañías aéreas privadas respecto de los diversos legisladores nacionales⁹²».

Acerca de la adecuación o no de tales límites, puede defenderse su función *niveladora* de los beneficios que el régimen objetivo proporciona al pasajero; de allí que, a través de mecanismos autorreguladores, las compañías aéreas hayan obviado tales límites, pero condicionándolo a la prueba de la negligencia del transportista⁹³.

Más allá de justificar o no la limitación de la responsabilidad que ha caracterizado el Derecho aéreo convencional, lo que sí deviene claro es que ello constituyen el epicentro del fracaso histórico del anterior SV. Su inadecuación obedece, además de a fundamentaciones de índole económica, a la «rigidez» consecuencial de la ausencia de mecanismos eficaces de corrección. Con independencia de los argumentos jurídicos que la jurisprudencia de distintos países habría podido esbozar⁹⁴, no se debe incurrir en el error de *incorporar* tendencias «sobrepoteccionista» –de usuarios– foráneas (como la que se impone con fuerza en el modelo norteamericano), en desmedro de limitaciones *connaturales* al régimen legal de reparación, como, por ejem-

⁹² DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 150.

⁹³ Hay autores que consideran sensato modificar el actual régimen convencional, por uno subjetivo (con o sin inversión de carga probatoria) e ilimitado. Ver Mapelli, E. *El contrato de transporte aéreo internacional. Comentarios al Convenio de Varsovia*. Madrid: ed. Tecnos, 1968, p. 312.

⁹⁴ La jurisprudencia española apeló a diversos argumentos para obviar los límites resarcitorios durante la vigencia del SV, pero sin apartarse formalmente del sistema. El primero de ellos es el de la primacía constitucional del principio de reparación integral del daño (en la sentencia SJPI, de Bilbao, de 14 de marzo de 1997, AC 2003/253, comentada por DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 152; se definen los límites como «mínimos», cuando la finalidad del SV era establecerlos como «máximos»). Un segundo argumento es el de la teoría de la clasificación de los rubros del daño (en la sentencia SJPI de Barcelona, N.º 31, de 13 de diciembre de 2001, AC 2001/921, comentada por DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 153; se circunscriben dichos límites a los daños «materiales directos»; si bien se trataba de un supuesto de responsabilidad del transportista por extravío de equipaje).

plo, la prohibición del *enriquecimiento sin causa*, imperante en sistemas civilistas.

Equivocado sería defender la tesis *abolicionista* de los límites convencionales⁹⁵. En efecto, tal eliminación atentaría contra, no solo la viabilidad económica de la industria aeronáutica (más en la actualidad, ante los riesgos latentes del terrorismo internacional); sino también contra la cobertura de riesgos, pues como se ha explicado, son precisamente los límites indemnizatorios los que posibilitan su socialización. Es por ello por lo que el CM 1999 optó, por incrementarlos y actualizarlos⁹⁶ (art. 24), en lugar de abolirlos.

Por su parte, la teoría *niveladora* parece sostenible; habida cuenta de la protección complementaria de los intereses del pasajero, a través de mecanismos tales como el régimen objetivizado de responsabilidad, la obligación de aseguramiento de los transportistas que aspiren obtener licencias de explotación⁹⁷ (al menos es así en la UE), y la posibilidad de superar dichos

⁹⁵ AREAL LUDEÑA, Santiago, ob. cit., p. 762, analiza el actual contexto económico de la industria aeronáutica europea, a la luz del llamado que hace la Asociación de Líneas Aéreas Europeas, relativa a una serie de «necesidades mínimas» para que «el sector salga a flote»; entre las que figuran el reforzamiento de un sistema estable de seguros contra acciones de guerra y terrorismo, disminución de las tarifas de aeropuertos y centros de control de tráfico aéreo, etc. Lo anterior, para enfatizar que, si bien ya se han superado las históricas precariedades del sector aéreo que justificaron los primeros intentos normativos internacionales, su actualidad dista mucho de estar plenamente consolidada.

⁹⁶ El CM 1999, art. 24, dota al sistema de mecanismos «ordinarios» y «extraordinarios» de ajuste, con base en el índice inflacionario ponderado entre los Estados signatarios con monedas vinculadas a los DEG (Estados miembros del Fondo Monetario Internacional, FMI), y con periodicidad quinquenal. Con relación al referente monetario, el originario franco-oro fue sustituido en los Protocolos de Montreal (1 y 3) por el DEG, el cual fue ratificado por el CM 1999. Para aquellos Estados que no pertenezcan al FMI, el Convenio establece el oro como referente subsidiario (art. 23 CM 1999).

⁹⁷ La necesidad de garantizar el buen funcionamiento del seguro aeronáutico ha sido una de las razones para la consagración de un régimen de responsabilidad limitada. En efecto, el seguro funciona como diversificador por antonomasia de los riesgos propios de la actividad aeronáutica, y las aerolíneas son las llamadas a transmitir los costes de tales riesgos a los usuarios a través de las tarifas. El establecimiento de límites indemnizatorios cuantitativos de la responsabilidad ha supuesto que las compañías aéreas pudieran conocer de antemano, aunque no de manera taxativa, los riesgos que, en términos cuantitativos y vinculados con los sujetos u objetos transportados, asumían. La limitación también servía como criterio a considerar por las aseguradoras, para cubrir riesgos asociados a la siniestralidad de la actividad, de otra manera difícilmente asegurables (riesgos derivados del contrato de transporte). En el CM 1999 (art. 50), se exige a los Estados parte que obliguen a sus respectivas compañías aéreas a cubrir los riesgos que crean, y el modelo convencional de responsabilidad es el único parámetro. Es más, aún no considerándose una compañía aérea estatal, es decir, con licencia de vuelo otorgada por el Estado correspondiente, se «podrán» exigir «pruebas de que mantiene un seguro adecuado, que cubre su responsabilidad en virtud del presente convenio». Esta remisión nos lleva a la normativa comunitaria contenida en el R. 2407/92/CE, en el cual se establece como requisito para el otorgamiento de las licencias aéreas la suscripción de seguros, en particular, respecto a los pasajeros, el equipaje, la carga;

límites cuando medie negligencia del agente⁹⁸ (al igual que la de condena en costas que consagra el CM 1999 en su art. 22,6).

4.3. *Supuestos no regulados por la norma convencional*⁹⁹

El principal reto de toda normativa internacional es el conciliar, de manera armónica y coherente, tradiciones jurídicas divergentes y, la mayoría de las veces, contradictoria. La complejidad intrínseca y extrínseca del transporte aéreo dificulta aún más la ya ardua tarea conciliatoria del Derecho convencional.

La técnica legislativa más recurrida para hacer frente a las discrepancias naturales entre sistemas jurídicos es la de regular lo estrictamente necesario, permitiéndoles a los Estados, grupos de Estados y organizaciones privadas, el desarrollo, aplicación e interpretación del modelo axiológico básico, marco definido por el instrumento uniforme.

No obstante, dicha técnica es de casi imposible aplicación. A continuación se analizarán las inconsistencias regulatorias del CM 1999, sus implicaciones relativas al *bad forum shopping*, los mecanismos jurídicos de ajuste, bajo una perspectiva general de valoración de su éxito futuro.

4.3.1. CONFLICTUALISMO FRENTE A LEGEFORISMO¹⁰⁰

Más allá de interpretar las remisiones normativas convencionales como lagunas jurídicas, puede afirmarse que las cuestiones no reguladas por el

y se remiten a la normativa de cada Estado miembro las condiciones para cumplir estas medidas. Finalmente, debe recalarse la especial coyuntura internacional actual. El riesgo de terrorismo, a partir del 2001, fue prácticamente inasumible por las aseguradoras, lo que demandó una maximización de la intervención pública para sostener la industria (asumiendo los propios Estados tales riesgos o el incremento en las pólizas –sobre tales subsidios o ayudas públicas y su conciliación con el Mercado Común, el R. 785/2004/CE–). Más sobre el seguro aeronáutico en DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., pp. 53 y ss.; y AREAL LUDEÑA, Santiago, *El seguro aeronáutico. Especial referencia a la responsabilidad del fabricante de productos defectuosos*. Madrid: ed. Colex, 1998.

⁹⁸ Sin desconocer los riesgos de aplicar posturas jurisprudenciales tales como la de «unidad de culpa», que distorsiona la finalidad perseguida por el Derecho convencional.

⁹⁹ La regulación indirecta se da por remisión expresa del CM 1999 a la *lex fori*, por ejemplo, en los arts. 22.6 (reconocimiento de costas procesales e intereses, independientemente de los límites indemnizatorios), 33.4 (cuestiones de procedimiento), 35.2 (cómputo de los plazos de las acciones) y 45 (denuncia de juicio que el demandado, transportista contractual o de hecho, hiciera contra el otro, no demandado); o la ley del *prestador característico*, art. 28 (pago –o prestaciones– anticipado en los supuestos de lesión o muerte de pasajeros para cubrir las necesidades económicas urgentes de quien tuviere derecho a incoar acción de responsabilidad, si así lo exigiere la ley nacional del transportista). Por su parte, el art. 56.3 del CM 1999 prevé que la remisión debe hacerse a la «ley de la unidad territorial pertinente de ese Estado», en especial consideración del Derecho comunitario.

¹⁰⁰ Expresión tomada de DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 112.

Derecho uniforme son básicamente de índole interpretativa, y que «están vinculadas con otras cuestiones que sí están reguladas en dichos convenios¹⁰¹»; por ejemplo, la definición de «retraso», o «accidente», la valoración del nivel de diligencia requerido para efectos de exoneración de responsabilidad, la extensión de daños indemnizables (rubros cubiertos), o la propia naturaleza de la responsabilidad (si se incluye la responsabilidad meramente «resarcitoria», «niveladora» o incluso «punitiva» o «correctiva»).

Es aquí donde surge el debate acerca del mecanismo más idóneo para solucionar las eventuales «deficiencias» o «carencias que pudiesen presentar los textos convencionales a nivel interpretativo: legeforismo o conflictualismo¹⁰². La doctrina se inclina por la primera solución, es decir, aquella que aplica un mismo marco interpretativo en el sistema jurídico donde se discuta el caso (foro). Esta solución, que parece acertada, incrementa el riesgo del *bad forum shopping*, tal y como se ha explicado.

Ahora bien, no deben interpretarse como «lagunas» aquellas conceptualizaciones «abiertas», propias de todo texto convencional con expectativa de universalidad (o uniformidad); sino, todo lo contrario, como indispensables para que más Estados se adhieran a tal norma, al tiempo que puedan desarrollar sus propias concepciones de justicia material. Adicionalmente, más allá de la particularización interpretativa de conceptos abiertos, y en relación con las *verdaderas lagunas*, la solución legeforista «garantiza la homogeneidad interpretativa *ad intra*¹⁰³».

4.3.2. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA AÉREO INTERNACIONAL NO REGULADOS EN LOS RÉGIMENES SUSTANTIVOS

El Derecho convencional del transporte aéreo internacional se refiere a incumplimientos contractuales relativos a supuestos de inexecución parcial. Tanto el CV 1929 como el CM 1999 «*presuponen*, al menos, la voluntad inicial del transportista de cumplir con sus obligaciones contractuales adquiridas, dejando por fuera de su regulación los supuestos de inexecución total del transporte¹⁰⁴»; lo cual no significa, *per se*, el descarte de daños intencionales directos o por conexión (culpa cualificada).

¹⁰¹ «El problema, respecto a esas cuestiones, es determinar no la ley aplicable, sino el ordenamiento jurídico bajo el cual debe realizarse la interpretación», por tratarse de cuestiones sustantivas reguladas pero «abiertas» a distintas interpretaciones (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 113).

¹⁰² Solución que implica encontrar el ordenamiento jurídico que está detrás de la relación jurídica específica que da lugar a la responsabilidad, con independencia de si es o no la ley del foro. DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 114.

¹⁰³ Por *lex fori* debe entenderse tanto la *lex contractus* como la *ley Extra-contractus*, DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 116.

¹⁰⁴ DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 116.

En relación con estos supuestos, adquiere relevancia el régimen conflictual iusprivatista establecido a través del Convenio de Roma de 1980 (en adelante CR 1989), y el R. (CE) 44/2001, relativos a la ley aplicable, la competencia judicial internacional y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil, respectivamente.

Antes de aplicar las referidas reglas conflictuales, el operador jurídico deberá calificar la responsabilidad como contractual o extracontractual¹⁰⁵, en aquellos supuestos no incluidos en el ámbito de aplicación material del texto convencional; que, como se ha explicado, se relacionan con conductas dañinas intencionales o *cuasi-delictuales*.

Posteriormente, surge la cuestión de la acumulación de acciones¹⁰⁶; lo cual influye en aquellos ordenamientos con dualidad de regímenes, en lo relativo a la valoración del daño (y los supuestos objetivos y subjetivos que la afectan). Este punto cobra importancia no solo respecto de aquellos daños directos derivados de una conducta dañina calificada como extracontractual, sino también de los indirectos enmarcados en un incumplimiento de tipo contractual (lo que podría valorarse en última instancia como responsabilidad extracontractual). En ambos casos la solución es la misma: inaplicación

¹⁰⁵ El primer problema que plantea la calificación de la responsabilidad como *contractual* o *extracontractual* es el del ordenamiento estatal con arreglo al cual el juez debe hacerla. Más allá de que la solución legeforista se resuelva en España de manera legal (art. 12.1, C.C.); lo cierto es que, entre los criterios que permiten calificar la responsabilidad (seguidos mayor o menormente por cada ordenamiento estatal), figuran la existencia previa de un contrato, los fundamentos de la pretensión (rubros del daño que se reclaman), la conducta dañina del transportista (que la culpa contractual cualificada pueda asimilarse a dolo extracontractual o delictual), la previsión del daño en el momento de la contratación, etc. (DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 118).

¹⁰⁶ Existen dos teorías (al menos en la jurisprudencia española) opuestas relativas a la admisibilidad de acciones, según se rechace o no («teoría de la no acumulación» y «teoría de la opción»). No sobra advertir que el debate cobra vigencia solamente en aquellos ordenamientos en los que la diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual deriva consecuencias dispares en relación con el daño resarcible (e incluso de naturaleza no resarcitoria). En caso de no existir diferenciación relevante respecto al monto del daño asociado a la previa existencia o no de un vínculo contractual, como, por ejemplo, en el sistema del *Common Law* (no se pretende afirmar que en el *Common Law* el régimen normativo no aplica reglas específicas a supuestos de responsabilidad contractual, sino que la calificación de regímenes no influye en la valoración objetiva del daño), la normativa aplicable a aquellos supuestos no reglados por el texto convencional será siempre la misma: el régimen común. En el caso español, la admisibilidad de ambas acciones, aunque no clara, parece desprenderse de la aplicación de principios de justicia material y no denegación de justicia (sentencia SAP de 24 de julio de 2002, JUR 2003/247105, comentada por DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 119. En dicha sentencia se admite el carácter alternativo del ejercicio de la acción; pero, en caso de haber sido ejercidas ambas acciones de manera conjunta, la contractual basada en la Convención y la extracontractual en el régimen común, se da preferencia a la primera).

de los montos de responsabilidad convencionales, y favorecimiento del *bad forum shopping*.

Debido a que la aplicación de normas iusprivatistas de conflicto para los supuestos no regulados por la normativa convencional¹⁰⁷ influye directamente en la práctica de *bad forum shopping*, se estima oportuno comentar sus principales características.

En relación con la competencia judicial internacional, debe explicarse que, en primer lugar, las reglas conflictuales parten del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, a la hora de señalar el tribunal competente¹⁰⁸; y, claro está, atendiendo a la naturaleza contractual de la responsabilidad derivada del incumplimiento total del transportista. En ausencia de jurisdicción pactada, deberán atenderse los demás factores determinantes de los foros generales¹⁰⁹, tales como el domicilio del demandado, o el lugar de cumplimiento de la obligación que da lugar a la acción. Ahora bien, tratándose de responsabilidad extracontractual (no ya de incumplimiento absoluto del contrato), o en el supuesto de yuxtaposición de regímenes, y concurrente con los foros generales, se encuentra el *forum delicti commissi* o del lugar del hecho dañino, contenido en el art.5.3 del R. 44/2001/CE¹¹⁰.

¹⁰⁷ El art. 33 del CM 1999 es la norma base para establecer el tribunal competente de aplicar el Convenio: «1. Una acción de indemnización de daños deberá iniciarse, a elección del demandante, en el territorio de uno de los Estados parte, sea ante el tribunal del **domicilio del transportista**, o de su oficina principal, o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato, sea ante el tribunal del **lugar de destino**.

2. Con respecto al daño resultante de la muerte o lesiones del pasajero, una acción podrá iniciarse ante uno de los tribunales mencionados en el párrafo 1.º de este artículo, o en el territorio de un Estado parte en que el pasajero tiene su **residencia principal y permanente** en el momento del accidente y hacia y desde el cual el transportista explota servicios de transporte aéreo de pasajeros en sus propias aeronaves o en las de otro transportista con arreglo a un acuerdo comercial, y en que el transportista realiza sus actividades de transporte aéreo de pasajeros desde locales arrendados o que son de su propiedad o de otro transportista con el que tiene un acuerdo comercial...».

¹⁰⁸ Esta libertad contractual no es absoluta. Tales cláusulas de elección de foro están sometidas a requisitos de forma y fondo, tales como aquellas garantías de equilibrio contractual (no abuso de la posición de dominio), aunadas a la normativa de protección del consumidor, que le imprimen una mayor protección al consumidor (proximidad de la jurisdicción pactada con el consumidor).

¹⁰⁹ R. 44/2001, art. 5.1 (con ámbito de aplicación exclusivamente europeo); y en caso español, el art. 22.3 de la LOPJ (*forum celebrationis*). Sobre la interpretación realizada por el TJCE del art. 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968 (en adelante, CB 1968), en el que se establece el *forum executionis*, la sentencia STJCE de 28 de sept. de 1999, asunto C-440/97 (Rec. P. I-6307), apela a la denominada «doctrina Tessili». Más en DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., pp. 121 y ss.

¹¹⁰ La LOPJ recoge un foro adicional al delictivo, a través del cual se reconoce competencia judicial a los tribunales españoles cuando el autor del daño y la víctima tengan residencia habitual común en España (definido por la doctrina como *forum communis*). Más en DE PAZ MARTÍN, Jesús, ob. cit., p. 121.

Para determinar la ley aplicable¹¹¹, el CR 1980 también recoge el principio de autonomía de la voluntad (art. 3). Lo expuesto en relación con las garantías formales y materiales relativas a la elección de jurisdicción es igualmente aplicable a la cláusula de ley aplicable. Igualmente, el CR 1980 presume como la ley más próxima al contrato la del prestador característica, lo cual, matizado al contrato de transporte internacional de pasajeros, hace referencia a la del lugar donde el transportista tiene su establecimiento principal¹¹².

5. Análisis económico del daño intencional

Tal y como se ha explicado en la primera parte de este trabajo, la imputación subjetiva cualificada (dolo o culpa grave), constituía la única posibilidad que consagraba el SV para superar los límites indemnizatorios. A pesar de las modificaciones introducidas por el CM 1999, relativas a la introducción de un modelo de culpa presunta, tales nociones perdieron relevancia jurídica. Sin embargo, del análisis económico de la responsabilidad civil se desprende que el *daño intencional* sí puede repercutir en la valoración del daño, especialmente en aquellos sistemas jurídicos donde se reconocen «daños punitivos». En este acápite, se procederá a repasar las diferentes doctrinas relacionadas con la valoración económica de las diversas reglas de responsabilidad legales, su adecuación comparativa entre ordenamientos jurídicos, las distintas connotaciones del *daño intencional* (sus mecanismos de medición y corrección), para posteriormente valorar, en concreto, la eficiencia del reglas convencionales del CM 1999.

5.1. Introducción al análisis económico de la responsabilidad

El análisis económico del derecho de daños parte de un enfoque *ex ante* o conductista, en el cual se le otorga escasa importancia al problema *ex post* de recompensar a las víctimas por el daño causado. La función resarcitoria puede ser adecuadamente cubierta por sistemas alternativos, como el de

¹¹¹ Con relación al transporte internacional de pasajeros, es conveniente precisar que, además de las reglas conflictuales establecidas en el CR 1980, existen ámbitos de responsabilidad regulados materialmente al margen de la normativa convencional; concretamente, supuestos de *overbooking* y *cancelación de vuelos*, regulados por el R. 261/2004, en el Derecho comunitario. En supuestos de responsabilidad extracontractual, y más ella de los esfuerzos comunitarios de armonización legislativa, es claro que la determinación de la ley aplicable recae en las reglas de conflicto nacionales. En el caso español, el art. 10.9 del C.C., prevé como aplicable la *lex loci delicti comissi*. De cualquier modo, la solución mayoritariamente aceptada por la doctrina (y jurisprudencia española) es la *legeforista*.

¹¹² Para el transporte de mercancías, el CR 1980, art. 4.4, prevé acumulativamente la ley del lugar de carga, la de destino, y la del establecimiento principal del transportista, a elección del expedidor.

seguros. Se plantea como finalidad primordial de la norma, sea cual fuere su origen o forma, la provisión de incentivos, no solo para prevenir el daño, sino para hacerlo de manera socialmente eficiente, es decir, a un mínimo coste.

Son dos los agentes cuyo comportamiento puede verse alterado por este sistema de incentivos: la víctima y el causante. Se supone que entre ellos no existen vínculos contractuales y que los costes de negociación son prohibitivamente elevados, de manera que se obvia la cooperación como recurso. En consecuencia, se espera que la norma consiga que el agente y la víctima internalicen los costes producidos por sus actuaciones; ofrezca incentivos para la adecuada inversión en recursos de prevención; defina estándares óptimos de alocaión de tales recursos; establezca mecanismos de disuasión cuando la prevención no sea posible; corrija la incertidumbre producida por eventuales fallas en la valoración de las diversas variables a aplicar; y provea causales de exoneración ante determinadas conductas dañinas pero socialmente beneficiosas, así como la eficiente externalización pública del coste.

Deben distinguirse dos categorías de accidentes: los *unilaterales*, definidos como aquellos para los cuales la víctima no puede alterar el riesgo, y los *bilaterales*. Se define *prevención* como el conjunto de medidas que cualquiera de las partes puede tomar para reducir la frecuencia de los incidentes o la magnitud de los daños ocasionados. Se plantea que tomar precauciones es una actividad que tiene coste. El resultado de multiplicar la probabilidad de ocurrencia del accidente (p) por el daño ocasionado cuando este ocurre (D) se conoce como *daño esperado* (L).

En términos generales, se predica una relación decreciente entre los montos (x , y) gastados en prevención y la probabilidad (p) de ocurrencia de daños y , además, que los actores conocen esta relación. Así, se estima que tanto la probabilidad del accidente, $p(x, y)$ como el daño esperado (L) son funciones decrecientes en (x, y). La prevención se define por unidad de actividad y se señala que una segunda vía para alterar la probabilidad de algunos *accidentes* son los distintos niveles de actividad asociada con los riesgos.

El análisis económico de las reglas de responsabilidad no se limita a diferenciar, como lo hace el derecho civil, entre responsabilidad subjetiva (*negligence*) y objetiva (*subjectiva*); su mérito radica en profundizar sus estructuras para definir los mecanismos más apropiados en aras de dos objetivos centrales: prevención y disuasión.

Así, por ejemplo, hay modelos de culpa calificada que no *encuadra* temáticamente en la *regla subjetiva del daño*, sino que, por su entidad propia, merece una respuesta *correctiva*; y según la gravedad de la conducta del agente, la corrección se dará por medio de una revaloración del estándar de cuidado, o de un aumento de los daños compensatorios, en algunos casos de *gross negligence*; bien por medio de verdaderos *daños punitivos* en los casos más extremos de insensibilidad preventiva, como los de *recklessness*.

Así, lo que prima facie será un caso típico de daño intencional, donde la regla aplicable resulta irrelevante, podría ser finalmente resuelto a través

de mecanismos correctivos del nivel asumido de prevención. Igualmente, hay conductas verdaderamente *dolosas* en las que la disuasión no es prohibitiva por el beneficio social reportado. Aquí radica la complejidad del método económico, propio de sistemas basados en el precedente: las reglas se construyen con base en la casuística, sin verdades previamente reveladas.

Lo anterior no impide que puedan describirse casos típicos de cada regla. Por ejemplo, la responsabilidad será objetiva en aquellas situaciones donde la prevención solo puede ser eficientemente asumida por el agente, porque es él quien controla el riesgo creado por su actividad. Debido a que será el daño el único parámetro a considerar en la cuantificación de la condena, se predica que el agente solo internalizará los costes mínimos para que su daño no se convierta en *intencional*, es decir, para que no se reconozcan rubros sancionatorios del daño. Es así como la imputabilidad subjetiva solo tendrá importancia para efectos de daños no resarcitorios; contrario a sistemas de corte *civilista continental*, donde el comportamiento del agente jamás se tiene en cuenta.

Otro supuesto clásico de inaplicabilidad del principio de reparación integral es aquel de no responsabilidad. La ausencia de responsabilidad implica un panorama dual: por una parte, están los casos de externalización del daño, en los que son modelos de seguridad social los que asumen tales costes; o aquellos donde es la propia víctima la que internaliza el coste, debiendo internalizar exclusivamente niveles de prevención. Esta última hipótesis pugna contra los mínimos de justicia, razón por la cual es de esperar que solo procedan de errores en la valoración judicial de estándares de prevención, como uno de los muchos contextos generadores de incertidumbre.

Por su parte, la incertidumbre se erige como la principal causa de regulación pública, respuesta externa y alternativa de los correctivos que ofrece el *Common Law*, como por ejemplo, las causales de exoneración o atenuación de la responsabilidad. En consecuencia, solo frente a modelos *ciertos*, o sea, aquellos donde la norma de cuidado está eficientemente determinada por la disposición jurídica, y en los que su ejecución es plenamente *predecible*, las causales de exoneración carecen de relevancia práctica. El análisis económico del Derecho de daños es consciente de la imperfección del sistema en los órdenes expuestos, por lo que defiende mecanismos de corrección internos y externos.

Pero la incertidumbre no siempre es mala. Por ejemplo, solo en presencia de incertidumbre es justificable, desde una perspectiva económica, que la víctima asuma niveles mínimos de prevención. Esto es fácilmente comprobable: los arreglos legales de negligencia ofrecen incentivos para que los causantes adopten los niveles de prevención establecidos como estándares; en la medida en que el estándar legal coincida con el valor que minimiza los costes totales, el nivel de prevención adoptado será eficiente en términos económicos. Si la regla se ejecutara sin margen de error, el agente no care-

cería de incentivos para asumir costes mayores; y la víctima, menores al estándar normativo. Esto desencadenaría dos posibles e indeseables resultados: que los actores asumieran costes insuficientes, o bien, excesivamente altos de prevención; desde todo punto de vista, ineficientes.

La incertidumbre en el modelo de culpa simple (*negligence*) hace previsible en la víctima la probable responsabilidad del agente, lo que la llevaría a internalizar costes eficientes de prevención; y por parte del agente, a limitar su confianza en mecanismos de exoneración (como por ejemplo, que la víctima sea negligente –*contributory negligence*–), incentivándole para que adapte su conducta a los niveles preestablecidos por la norma.

La complejidad del análisis no solo versa sobre el estándar óptimo de prevención (*optimal due care*), sino también en el daño a indemnizar. No existe, en la economía de los accidentes, una regla general sobre fijación eficiente de las indemnizaciones para todas las situaciones que implican un daño. Los criterios sugeridos para establecer tales montos dependen de la naturaleza del daño (y en particular si se afectan bienes reemplazables o irremplazables), de la relación entre los actores, del tipo de riesgo, de las reglas de responsabilidad, de si la responsabilidad es individual o *vicaria*, término que se utiliza para aquellos casos en los cuales un tercero se hace responsable por los daños cometidos por el causante. También se tiene en cuenta si existen o no limitaciones de información, incertidumbre o insolvencia de los responsables.

Puede reconocerse que las mayores dificultades para determinar teóricamente un monto de las indemnizaciones que satisfaga criterios de eficiencia se da cuando el daño implica bienes no sustituibles, o prohibitivamente reemplazables. La doctrina civilista no es ajena a esta problemática cuando diferencia, aunque en un plano meramente teórico, entre resarcimiento y compensación como especies del género reparación. En efecto, la determinación eficiente del daño se relaciona con el nivel de actividad del agente, más que con la regla de la responsabilidad. Son diversos los métodos propuestos para valorar rubros empíricamente incuantificables, tales como el *la regla de equivalencia del riesgo*, *la regla de la reciprocidad*, *la regla del incremento del daño*, *la regla del daño completo*, etc. La dificultad aumenta según la finalidad económica perseguida: prevención o disuasión.

Muchas de las actuales tendencias de ordenamientos jurídicos de tipo continental, tales como la objetivización de nuevas realidades, la pretasación del daño o su limitación como mecanismo de homogeneización (v.gr. en supuestos de responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, tratamiento del mal denominado *daño ambiental*, regulaciones de actividades transfronterizas como la del transporte aéreo, etc.), carecen, en su mayoría, de justificación económica (aunque su profundización exceda el objeto del presente estudio, no sobra decirlo). Lo único cierto es la influencia ideológica y política en la evolución interpretativa del Derecho, pasando de un pri-

mer enfoque *preventivo*, contenido en las primeras codificaciones, a uno enfocado casi que exclusivamente en la reparación de las víctimas¹¹³.

No se quiere decir con esto que el Derecho deba estar ajeno a valoraciones ideológicas, sociales, de ética o de moral (las cuales deben necesariamente influir en su evolución); sino recalcar la importancia de *objetivizar*, en la medida de lo posible, su eficiencia en la consecución de objetivos de prevención y disuasión. El debate es álgido en ambos lados del Atlántico. En el sistema anglosajón, por ejemplo, son frecuentes las críticas a lo que la doctrina denomina *contaminación estatutaria*, a la cual culpan de incentivar la industria a costa de las víctimas, distorsionar la adecuada aplicación de reglas contenidas en el precedente o, contradictoriamente, impedir una adecuada redistribución de la riqueza. Por su parte, en el sistema continental, se critica la creciente *punitividad* del daño, vía incremento emotivo de ciertos rubros del daño¹¹⁴, lo cual afecta, para algunos, en el crecimiento económico, pero sin reparar consistentemente a las víctimas.

Finalmente, la predictibilidad del daño (lo cual es posible tanto legalmente como a través del seguimiento no distorsionado del precedente) es una

¹¹³ Para la caricatura más simplista del conflicto de prioridades entre prevención e indemnización, se puede recurrir al enfrentamiento entre posiciones ideológicas de izquierda y derecha. Para la posición individualista extrema, el foco de atención debe ser el causante. Esta consideración se basa en la vieja noción de responsabilidad personal: cada quien debe comprometerse ante la ley por sus acciones; y tan solo pensar en abolir la idea de obligación por daño causado simplemente va en contra de uno de los pilares del sistema de intercambio liberal. Para la ideología de izquierda, preocupada por la solidaridad, por la seguridad de los trabajadores y por promover un *Estado de bienestar*, la atención debe, por el contrario, centrarse en las víctimas de los accidentes, quienes tienen derecho a algún tipo de beneficio, entendido como una simple extensión del sistema de seguridad social. Además se considera, bajo el prisma de la izquierda, que los daños son con frecuencia causados por grandes corporaciones o entidades públicas que deben mantenerse bajo control, haciéndolos pagar las consecuencias de sus excesos. Es, en efecto, importante filtrar el análisis del Derecho de ideologías cambiantes y limitadas; si lo que se persigue es entender reglas claras, objetivas y con alguna vocación de continuidad.

¹¹⁴ La definición judicial de las indemnizaciones por daños morales, por ejemplo, genera una mayor disparidad en sus montos que puede acarrear como consecuencia un incremento en la litigiosidad. Además, se retrasa el momento del pago y se encarecen financieramente las indemnizaciones. Por parte de las compañías de seguros se argumenta que la incertidumbre sobre los pagos de indemnizaciones impide hacer un cálculo adecuado de las reservas y, por esta vía, se afecta la solvencia financiera del sistema. No menos importante, se considera *ineficiente* que, dependiendo del tribunal que se encargue del caso, se llegue, para incidentes de naturaleza comparable, a indemnizaciones radicalmente distintas. Además, parece inevitable la tendencia a un incremento permanente, sin ningún tipo de cota objetiva, tanto en el monto de las indemnizaciones que se conceden como en la lista de incidentes susceptibles de pagos por concepto de rubros inmateriales o sancionatorios del daño. Lo anterior afecta, de manera diferente, claro está, tanto al sistema jurídico *anglosajón* como al *continental*; de ahí la relevancia del análisis económico del daño, como instrumento científico de solución y adecuación de la norma a nuevas realidades sociales.

necesidad más apremiante tratándose de daños sancionatorios. La doctrina reconoce, cada vez más, la eficiencia económica de mecanismos extrajudiciales de arreglo de diferencias, para lo que es fundamental el que los actores puedan anticiparse al daño, en cualquiera de sus esferas. No menos importante, se establecería un freno a condenas exorbitantes, que agrava más las diferencias entre ordenamientos jurídicos, y favorece el fenómeno del *forum shopping*.

5.2. Hacia una definición económica de 'Intencionalidad'

Tanto el *Common Law* como el Derecho estatutario de algunos Estados¹¹⁵ contemplan daños sancionatorios, adicionales a los resarcitorios o compensatorios, en conductas catalogadas como *intencionales*, sin mayor profundización. Corresponde por ello al análisis económico del Derecho establecer qué conductas, definibles legalmente como intencionales, no son susceptibles de corrección sancionatoria.

En efecto, deben estudiarse las distintas acepciones del vocablo, cada una con su respectiva consecuencia jurídico-económica:

5.2.1. CONSCIENCIA DEL SINIESTRO, PERO SIN ÁNIMO DE CAUSACIÓN NI DESEO DE LUCRO CONSECUCIONAL

$L(x, y) = p(x, y)D + A(x) + B(y)$ ¹¹⁶ → ecuación referida a una víctima específica. Si se tomase en consideración un número de víctimas indeterminado¹¹⁷ (n), puede apreciarse que el nivel de cuidado debido por el agente,

¹¹⁵ El caso del Código civil de California, en el que se ejemplifican la *malicia*, la *opresión* y el *fraude* como conductas *intencionales* en las que se deben declarar daños punitivos: «... As used in this section, the following definitions shall apply:

«...Malice means conduct which is intended by the defendant to cause injury to the plaintiff or despicable conduct which is carried on by the defendant with a willful and conscious disregard of the rights or safety of others.

«...Oppression means despicable conduct that subjects a person to cruel and unjust hardship in conscious disregard of that person's rights.

«...Fraud means an intentional misrepresentation, deceit, or concealment of a material fact known to the defendant with the intention on the part of the defendant of thereby depriving a person of property or legal rights or otherwise causing injury». Ver en <<http://law.justia.com/california/codes/civ/3294-3296.html>>, 5 de Octubre de 2008.

¹¹⁶ El daño esperado por víctima es igual a la probabilidad del siniestro multiplicado por el daño efectivamente ocurrido, más el coste de prevención, tanto de la víctima A como del agente del daño B.

¹¹⁷ El ejemplo traído por el autor es: «(...) si la probabilidad de no siniestro en un viaje es $(1 - p)$, la de un solo accidente en n viajes es $(1 - p)^n$ -a la n -, (asumiendo cada viaje como un evento independiente). Por lo tanto, la probabilidad de al menos un siniestro en el conjunto de viajes es $1 - (1 - p)^n$ ». P. 151.

en términos de prevención (reducir la probabilidad de accidentes) se mantiene inalterado y que, salvo en s de economías de escala aplicables¹¹⁸, el mayor o menor número de víctimas en nada repercute¹¹⁹; motivo por el cual esta acepción de *intencional* carece de relevancia jurídica.

Apréciase como esta acepción de *intencional*, como equivalente a *altamente probable*, no justifica reglas de responsabilidad más o menos automáticas o punitivas. Deben, por lo tanto, excluirse actividades que involucren un bajo nivel de probabilidad de daño, al tiempo que un coste desproporcionadamente bajo de prevención. En efecto, cualquier argumentación en contrario pierde sustento en el caso de actividades con bajo riesgo pero acometidas con el deseo de dañar, caso en el cual el resultado podría predicarse como «intencional», pero solo si se toman en cuenta otras variables (además de la *probabilidad*), tales como la severidad, el *ánimo*, el coste de prevención, etc.

En otras palabras, no deviene eficiente un incremento por parte del agente (destinatario último de la normativa intervencionista de prevención) en su nivel de cuidado, dado que, si bien el daño es anticipable, el coste beneficio en la relación actividad (se espera productiva) y víctimas resultaría injustificablemente alto (entendiendo que el número de víctimas por actividad también es predecible).

5.2.2. ÁNIMO DE PROVOCAR UN RESULTADO DAÑINO, PERO SIN CONSCIENCIA DE ILEGITIMIDAD

El nivel eficiente de cuidado se traslada del agente a la propia víctima. Un ejemplo típico lo encontramos en la legítima defensa¹²⁰. Es apreciable que el nivel de cuidado que ha de emplear el agente para evitar el resultado dañino excede no solo el daño esperado, sino también, y por mucho, el nivel de cuidado de la víctima, dado que el análisis debe incluir el daño que el propio agente espera evitar defendiéndose.

Es por esto por lo que una adecuada política de prevención debe aumentar el *input* de prevención en la víctima, por ejemplo, exonerando de responsabilidad al agente. Dado que el coste de prevención de los actores es dema-

¹¹⁸ En la sentencia citada por el autor (*Conway v. O'Brien*), se toma en consideración la prevención a escala de daños, en relación con actividades de la cuales se esperan daños. En dicha sentencia se sostiene que «(...) el nivel de cuidado esperado es una función que depende de tres variables: la probabilidad de daños a otros, la extensión del siniestro en caso de ocurrir, y el test de eficiencia en términos del sacrificio empleado en evitar el riesgo» (151).

¹¹⁹ El nivel de cuidado debido por el agente, en relación con la probabilidad del daño, viene representado por la siguiente ecuación $-npyD = nBy$, donde se aprecia que el número de víctimas potenciales no determina el *input* de prevención por parte del agente; o si lo hace, no de forma relevante para una eventual adopción de políticas de intervención pública.

¹²⁰ LANDES y POSNER, ob. cit. pp. 35-40.

siado bajo y que afecta positivamente al índice de probabilidad del daño, sería socialmente costoso adoptar otro tipo de políticas públicas disuasivas.

5.2.3. ÁNIMO Y CONSCIENCIA DE PROVOCAR UN RESULTADO QUE SE SABE ES ILEGÍTIMO

Bajo esta acepción, si bien la probabilidad de ocurrencia del daño no es menor que en las anteriores, es claro que el coste social de disuasión *externa* del daño es menor que el beneficio social reportado; considerándose todas las variables estudiadas, tales como los *inputs* de prevención del agente y de la víctima, la probabilidad de siniestro, su coste, el número de víctimas, etc.

5.3. *Hacia un modelo del daño intencional*

En los daños intencionales, debe considerarse la utilidad que el daño le reporta al agente (así como lo haría él mismo), así: $L(x, y) = p(x, y) (D - G) + A(x) + B(y)$ ¹²¹.

En supuestos de responsabilidad basada en la culpa, donde la *ganancia* es inexistente ($G = 0$), la ecuación demanda un *input* de prevención tanto en el actor como en la víctima; en cambio, mediando dolo en la causación del daño, se parte del supuesto de que la ganancia esperada por el agente es positiva (quiere el daño e invierte recursos para ello $-p > 0$), es decir, $G > 0$, donde G es el incentivo para producir el resultado¹²².

Ahora bien, deben diferenciarse dos situaciones distintas, según la ganancia esperada sea menor ($G < D$), mayor o igual ($G \geq D$) que el daño esperado. No se trata solo de un confuso juego de signos y números, sino de las bases para determinar una política pública de prevención eficiente. En el primer supuesto, es claro que la utilidad tendrá un carácter eminentemente privado, radicado en cabeza del agente; y que para que la probabilidad sea cero ($p = 0$), siguiendo la ecuación en análisis, la inversión en prevención por los actores de la relación resarcitoria deberá también ser inexistente. En otras palabras, dado que para que la víctima *neutralice* la inversión *positiva* que el

¹²¹ Donde G es la utilidad que el agente espera reportar del daño.

¹²² Piénsese tan solo en signos numéricos: mediando culpa, $G = 0$ y eso convierte a p en un valor negativo, dado que todo daño D se piensa a priori como una deducción. Ello hace necesariamente negativas las erogaciones en prevención que emplean los actores de la relación resarcitoria, entendiéndose víctima y agente, pues L es, por definición, un valor negativo. Por su parte, si media intención del victimario, es decir, si este espera un beneficio del daño, $G > 0$ (aunque no necesariamente mayor que el perjuicio en sí mismo), modificándose los signos anteriormente descritos, manteniendo como variables constantes una actitud al menos pasiva de la víctima, y el daño total esperado L negativo; de lo cual concluimos que forzosamente la «erogación» en prevención que realiza el agente será un valor positivo, es decir, en lugar de *invertir*, lo que este espera es una utilidad neta de su actividad.

agente realiza en la ocurrencia del daño deberá erogar –negativo– hasta el nivel de ganancia por este esperado (G), incrementándose el daño esperado (L), lo que significa ineficiencia social, la disuasión debe presentarse a través de un modelo legal que haga responsable al agente, en monto no inferior al daño esperado¹²³. El segundo supuesto, un poco más complejo, versa sobre daños *socialmente eficientes*, y será estudiado con posterioridad.

El problema de la eficiencia social en la prevención de daños, parte del supuesto de que el daño es deseable en la medida en que la pérdida social (daño esperado o L) sea menor a lo que las partes han debido invertir en prevención, sumando el valor real de reparación¹²⁴. Cuando la variable radica sólo en el agente, la situación cambia, y este solo velará por su propia utilidad, siéndole irrelevante lo que haga la víctima.

La eficiencia social, según la teoría clásica, parte de la maximización de resultados, excluyendo, claro está, un resultado negativo en quien padece directamente el daño. Pero, en relación con daños intencionales, al estar la utilidad circunscrita al agente, difícilmente podría hablarse de *beneficio social*, a menos que, a través de políticas públicas específicas, se lograra *redistribuir* el excedente positivo del siniestro.

Lo mejor es ilustrar lo anterior a través de un ejemplo traído por la doctrina¹²⁵. Supóngase que, existiendo niveles óptimos de prevención, tanto de la víctima como del agente, y que la ganancia es menor que el daño esperado, se deben suponer dos situaciones: responsabilidad o irresponsabilidad. Si el daño esperado pD es 50, el ocurrido L es 40, la ganancia esperada pG es 35, los costes de prevención son 10 en la víctima, (Ax) y 15 en el agente (By), en ausencia de responsabilidad, la utilidad neta en favor de este último es 20 ($pG - By$), mientras que la utilidad social es el -40 ($pG - Ay - By - L$), es decir, el daño efectivamente ocurrido; por lo cual es necesario disuadir su ocurrencia, a través de una $pD \geq L$ ¹²⁶. En efecto, la utilidad que el agente podría esperar es una pérdida de $-30 // -20$ ($pD // L - pG - By$); y la utilidad social de la disuasión es la suma del coste privado de prevención, en nuestro

¹²³ Este es un claro ejemplo de pasividad eficiente de la víctima, cuya negligencia jamás será tenida en cuenta.

¹²⁴ En otras palabras, el test de eficiencia que debe superar un agente a la hora de emprender una actividad riesgosa, es preguntarse simplemente si la utilidad que le genera el daño (no simplemente la actividad) es mayor a lo que tendría que pagar por concepto de reparación, y hasta qué punto resulta conveniente invertir en prevención. En condiciones normales de mercado, y sin impunidad normativa, debería ser siempre más rentable invertir en prevención. Pero, cuando las condiciones se distorsionan y el mercado no responde a la expectativa de utilidad social, la posibilidad de impunidad resarcitoria se convierte en un activo contable seguido por muchos actores de dicho mercado; momento en el cual deben implementarse políticas públicas de corrección (disuasión).

¹²⁵ LANDES y POSNER, ob. cit., p. 154.

¹²⁶ $pD > L$ en casos de especial relevancia de ciertos sectores, que justifiquen una mayor disuasión en el agente a la hora de asumir riesgos.

ejemplo de 25 ($Ay + L^{127}$). Nótese que, contrario al modelo subjetivo de responsabilidad, en el cual lo relevante es la prevención privada, en el de dolo, lo mejor es la disuasión pública.

Si bien no se encuentra mayor dificultad en la importancia de hacer responsable al agente, surge el interrogante de cuál es el destino más eficiente de lo que este ha de pagar; si el Estado, en forma de multa, o es la víctima, como perjuicio. Nótese que aún no se habla de daños punitivos, sino tan solo de cómo hacer frente a conductas dolosamente arriesgadas. Así, lo más eficiente en caso de no haberse consolidado el perjuicio será el destino público de los recursos, pues, además de apalancar el coste de la disuasión (por ejemplo, de un adecuado desempeño del engranaje judicial), incentiva a la víctima a invertir en su propia prevención¹²⁸.

Solución distinta debe darse en supuestos de utilidad esperada mayor al daño esperado ($G > D$), en decir, en eventos donde el daño es socialmente beneficioso. El ejemplo traído por la doctrina es el de un robo por necesidad para evitar la muerte del propio agente del daño¹²⁹. Dado que el coste de la reparación (v.gr. pagar la comida robada) es menor al del bien jurídico salvaguardado (la vida del agente), no será necesario que el Estado invierta en políticas externas de disuasión, ni que la víctima invierta en la prevención del siniestro. Por consiguiente, el Estado no requerirá fondos (obviando costes de transacción) ni ayudas privadas (prevención de víctimas potenciales); resultando eficiente una reparación directa a la víctima.

Otra variable a considerar es el daño real o L , variable a relacionar con el nivel de prevención eficiente que el agente debe emplear. En efecto, si la víctima es resarcida, no invertirá en prevención sencillamente porque no derivará mayor utilidad que el propio valor del daño, y por ende, este no se incrementará en dicho coste de prevención. Igualmente, si $G > D$, el nivel óptimo de prevención en el agente, es decir, By , será el que disminuya el daño real L^{130} y no así el daño esperado D^{131} .

En otras palabras, mientras que la ganancia esperada por el agente sea menor o igual al daño esperado, y debido a que la utilidad será puramente privada, un modelo eficiente de responsabilidad debe hacer énfasis en una polí-

¹²⁷ Para LANDES y POSNER, a este valor se le debe sumar el valor real del daño L .

¹²⁸ LANDES y POSNER, ob. cit., p. 157.

¹²⁹ LANDES y POSNER, ob. cit., p. 155.

¹³⁰ $P_y(D - G) + B_y = 0$. El agente invertirá en prevención en la medida en que pueda reducir el daño real L . LANDES y POSNER, ob. cit., p. 156.

¹³¹ Recuérdese que estamos en presencia de daños *socialmente beneficiosos* o lo que en el Derecho penal llamaríamos *estado necesidad* (donde el bien jurídico sacrificado es menor al protegido), y que por lo tanto, la disuasión no debe provenir de una daño esperado *mayor* (por lo general, según vimos párrafos anteriores, la disuasión en tratándose de $D \geq G$ consiste en la no inversión de los actores de la relación resarcitoria en prevención, porque D disuade suficientemente a la víctima, siendo $D > L$).

tica resarcitoria que incremente el valor del daño que este pueda esperar, disuadiendo su ocurrencia y evitando costes de prevención en las partes; evento en el que el coste asumido por el agente en virtud del daño tenga como destino apalancar de alguna manera el sistema disuasorio (haciendo más eficiente el aparato de justicia, etc.). Por su parte, cuando la ganancia esperada por el actor es mayor al daño esperado, es decir, cuando el daño es socialmente beneficioso, no conviene disuadir su ocurrencia de manera *externa* sino solo haciendo responsable al agente hasta la medida del daño real (que este intentará disminuir mas no necesariamente evitar). Nótese que en ambos supuestos, no sería eficiente que la víctima invirtiera en prevención al no estar en presencia de responsabilidad por culpa sino de daños intencionales¹³² (dolo).

Ahora bien, no siempre que la utilidad es mayor que el daño esperado ($G > D$) puede hablarse de daño *socialmente beneficioso*. Como se ha explicado en este último supuesto, el ordenamiento no persigue una disuasión total; y la maximización de la utilidad se consigue a través de mecanismos tales como la responsabilidad del agente (cuya prevención llega hasta el nivel del daño efectivamente ocurrido), la no adopción de *políticas externas* disuasorias, y por ende, la pasividad de la víctima, la cual se verá reparada hasta el monto del daño real.

Pero la solución se tornará compleja si se analizan otras variables relevantes para la teoría económica, tales como *valor y mercado*. Siguiendo a Posner, por valor debe entenderse aquello que *incrementa eficiencia al mercado*¹³³. En consecuencia, un daño solo podrá ser *socialmente beneficioso* si se erige como un *valor sustituto*, es decir, si incrementa, en circunstancias específicas, la eficiencia de un mercado inoperable de manera transitoria. El ordenamiento jurídico no puede comparar valores subjetivos de agente y víctima más que en situaciones donde medien bienes jurídicos relevantes; pues, al final, la política pública de disuasión explicada en el evento de $G > D$ no es más que una ficción normativa de *mercados sustitutos*, como en el ejemplo de quien roba comida para sobrevivir.

Surge ahora el interrogante sobre dónde puede ubicarse la *culpa grave* (*reckless fault*, o *gross negligence*¹³⁴), es decir, aquellos supuestos en que el

¹³² En el modelo de responsabilidad por culpa, el nivel óptimo de disuasión adjudica precaución tanto al agente como a la víctima (la víctima debe prevenir porque su culpa concurrente alivia o exonera de responsabilidad al agente, y este, por su parte, debe hacer lo propio al no poder esperar culpa de la víctima, en una relación de prevención recíproca); al tiempo que en presencia de dolo, y dado que no todas las situaciones dañinas son indeseables por el ordenamiento jurídico (daños socialmente beneficiosos), solo es apreciable un nivel eficiente, más no total de disuasión.

¹³³ LANDES y POSNER, ob. cit., p. 157.

¹³⁴ Lo que el Derecho continental de la responsabilidad civil identifica como *culpa grave*, lo diferencia el Derecho anglosajón y la Teoría Económica del Derecho entre *recklessness* y *gross negligence*. En efecto, el primer supuesto se asimila al dolo, mientras que el

coste de prevención es positivo y sustancialmente inferior en comparación al daño esperado. Aquí el agente, si bien no desea el daño (no invierte en su ocurrencia), puede evitarlo a muy bajo coste. El análisis económico de la *culpa cualificada* la asimila al dolo, para efectos de prevención, y a ella debe aplicarse el análisis previo. Piénsese, por ejemplo, en la fábrica cuya contaminación puede superarse a través de tecnología económicamente adquirible.

5.4. Tratamiento jurídico del daño intencional

Corresponde ahora justificar la viabilidad económica de rubros no resarcitorios de daños en supuestos de siniestros intencionales (o equivalentes). No sobra recordar que por daños *intencionales* partimos de la conducta del agente que tiene por finalidad la ocurrencia de un resultado que este entiende (o asume a través de un juicio gravemente culposo o injustificado) ilegítimo¹³⁵; y que la solución varía según la ganancia esperada por la relación no transaccional sea mayor o menor al daño esperado (daños socialmente beneficiosos o no), al daño real (nivel de prevención del agente y destino del rubro resarcitorio), así como a la connotación sustitutiva de la acción dañina en términos de incremento de valor de mercado, según se ha expuesto.

Debe aclararse que por tales deben entenderse no solo los denominados *daños punitivos* (*punitive damages*), sino aquellos cuya cuantificación demanda una valoración en equidad¹³⁶; muchos de los cuales han sido asimilados, no sin gran debate jurídico, por nuestros tribunales y académicos.

Es claramente justificable el reconocimiento de este tipo de rubros del daño cuando la probabilidad de encontrar al agente y esperar de este reparación es remota por circunscribirse la acción dañina, por lo general, en *mercados accesibles*. Es decir, cuando el daño no tiene como causa la imposibi-

segundo constituye un *caso límite* de la culpa simple. Si bien en ambos tipos de culpa el coste de prevención es bajo en relación con el daño esperado, la diferencia radica en la notoriamente mayor incidencia que el primero tiene frente a la probabilidad de siniestro con relación al segundo. Es decir, cuando hablamos de *gross negligence*, un incremento en la prevención por parte del agente no varía sustancialmente la probabilidad del daño; mientras que al hablar de *recklessness*, la incidencia de la prevención en la probabilidad sí que es sensible.

¹³⁵ LANDES y POSNER, ob. cit., p. 161.

¹³⁶ Algún sector de la doctrina reconoce la diferencia entre *resarcimiento* y *compensación* como especies diferentes y complementarias del género *reparación*. Los daños punitivos son entendidos no solo como propiamente ejemplificantes, sino también como *compensatorios*, en la medida en que persiguen *corregir* la imposibilidad de cuantificación de daño. En efecto, es posible apreciar en la jurisprudencia norteamericana, criterios tan disímiles en la tasación del rubro punitivo, llegando a veces al absurdo de multiplicar por números fijos el *quantum* del daño moral, etc. Más en MADEN, M., Stuart y BOSTON, Gerald W., *Law of environmental and toxic torts, cases, materials and problems*. Ed. Thompson West: Cambridge, 2005, pp. 240 y ss.

lidad o la excesiva onerosidad de evitarlo (en otras palabras, cuando añade valor al mercado siendo la utilidad mayor que el daño esperado). Si el agente del daño lo comete para evitar asumir un coste socialmente eficiente (robar para evitar trabajar), se espera que cometa otras conductas tendentes a evitar ser encontrado. Una fórmula es multiplicar los daños causados por la probabilidad de éxito que pueda tener el agente (evitar la acción del Estado), inclusive adicionando otras variables como el riesgo generado por quienes podrían reincidir, los costes de administración de justicia, etc.

Debe analizarse la diferencia entre *compensación* y *punibilidad* en la responsabilidad: la compensación es la diferencia entre *daño real* L y *daño esperado* D . El mecanismo compensatorio es eficiente en situaciones en las que el modelo no pretende desincentivar el desconocimiento del mercado en situaciones socialmente beneficiosas, en las cuales el agente se limite a la causación de un daño que se aproxime al daño real.

Esto se consigue a través de presunciones tales como pretasaciones de daños inmateriales, por ejemplo. Es decir, haciendo responsable al agente por encima del daño efectivamente causado, pero permitiéndole probar que su conducta solo se encaminó a salvaguardar un bien jurídico de igual o mayor valor (robar por comida) y hasta dicha medida (sin considerar el análisis de eximentes de responsabilidad, pues en este caso hablaríamos de una causa extraña, pero que desde una perspectiva económica no puede prescindirse de la responsabilidad dado que no se puede dejar a la víctima desprotegida), este desconocerá el mercado únicamente cuando los costes de transacción sean demasiado elevados, o lo que es igual, la utilidad sea mayor que el daño esperado.

Por el contrario, la punibilidad persigue el acatamiento exclusivo del mercado, en clara asunción de que cualquier desviación de este sería ineficiente (o inverificable). En este último evento, cuando las variables del mercado son de difícil aprehensión por parte del juez (es decir, la determinación de la diferencia entre daño esperado D y daño real L), se reconocen daños punitivos como mecanismo *compensatorio*, ante la dificultad probatoria de las variables de eficiencia del acatamiento o desconocimiento de un mercado específico.

El reconocimiento de daños punitivos, mayor en situaciones de intencionalidad del agente que de simple culpa de este, se explica en que es más probable que su conducta dolosa se dé en condiciones no prohibitivas de mercado; lo cual implica, según hemos explicado, que la transacción resarcitoria no es socialmente beneficiosa (aunque no siempre se da así). Lo cierto es que el elemento propio del dolo, como suele ser la violencia, es más fácilmente aprehensible que la culpa, lo que conlleva a determinar un menor coste de error (verificar si la conducta podría ser excepcionalmente admitida y asumir que la tasación de perjuicios es mejor cerca a L que a D) en relación con el coste de no disuasión.

No obstante, es posible derivar similar conclusión respecto de daños intencionales circunscritos a mercados prohibitivos, cuando quiera que el

coste de oportunidad haya de ser tenido en cuenta a la hora de ponderar posibles excepciones a la prohibición. No se quiere defender con esto que, mediando *coste de oportunidad* en su obrar, el agente se limite a resarcir los daños efectivamente generados, pues la solución dependerá de si la utilidad es mayor que el daño esperado, así como de los mecanismos redistributivos de esta.

Piénsese en la fábrica que vierte desechos tóxicos a un río. En condiciones normales de mercado, le será más rentable a la fábrica filtrar sus residuos que indemnizar a toda una comunidad. Porque en la práctica ocurre que muy pocas víctimas acuden a la administración de justicia y, por algún motivo (ej. carga de la prueba), no a todas les es reconocido el pago perjuicios. El panorama descrito incentivaría al dueño de la fábrica a ahorrar en tecnología de filtrado, dado que la utilidad de contaminar (que no de la actividad de la fábrica) alcanza y sobra para asumir el coste judicial.

En actividades comerciales con algún impacto medioambiental, la mejor manera de obviar costes de verificación de elementos subjetivos (culpa) es la intervención administrativa a través de reglamentación. Dicho mecanismo es independiente, pero no por ello necesariamente ajeno, a la figura de la responsabilidad objetiva (*strict liability*). Por ejemplo, si bien puede hacerse responsable de daños resarcitorios al agente ante la simple ocurrencia del daño (*strict liability*), solo ante la ocurrencia de otras variables se le condenará al pago de daños punitivos; variables que podrían ser un umbral de daños, o una relación objetiva de comparación entre la utilidad percibida por la actividad comercial o industrial y otra cantidad fija, etc.

El ejemplo expuesto, al tratarse de una actividad reglada, obvia la dificultad de cuantificación de los costes de mercado, si bien alienta la solución de la punibilidad del daño en virtud de la intencionalidad del agente, los bajos costes del mercado (la rentabilidad de un negocio debe contabilizar egresos necesarios en prevención), la magnitud del siniestro (según la normativa contemple este criterio o no, etc.). Empero, no obstante, sería imaginable una prohibición *in limine* de semejante insensatez; así, a través de mecanismos punitivos, es posible plantear situaciones en las cuales las condiciones de mercado se agravan súbitamente y una prohibición tajante se tornaría ineficaz.

Otro ejemplo ilustrará mejor el punto. Considérese una industria de extracción de carbón que, para explotar nuevos terrenos adyacentes, precisa de autorización gubernamental. De repente (como en efecto ocurre en la actualidad), los precios internacionales del carbón se disparan y la obtención del permiso se torna nugatorio, dado que la instalación de la tecnología ecológica tardaría mucho tiempo (estudios y predicciones del mercado esperan una continuidad de la bonanza durante tiempo suficiente como para que, al menos, se alcance un punto de equilibrio). Está claro que tal proceder generará perjuicios en el aire que respiran aldeas vecinas, pero también que la utilidad sería muchas veces mayor que el trasladar a sus habitantes a

otro lugar; así como que el incumplimiento de la reglamentación acarreará perjuicios.

Surge el interrogante sobre la eficacia de una prohibición absoluta de la industria energética por medio, por ejemplo, de daños punitivos exorbitantes ante la simple mediación de los elementos referenciados (intención, mercado a priori no prohibitivo, indeterminabilidad del perjuicio, etc.). La solución en este caso es, en el plano exclusivo de la responsabilidad civil, la implementación de daños punitivos no muy superiores al daño esperado *D*.

Ahora bien, es eficiente la punibilidad civil en relación con la *culpa grave*. Recordemos que la gradación de la culpa es fundamental a la hora de derivar soluciones. En efecto, todo depende de la incidencia que un incremento en el deber de cuidado tenga en la probabilidad de ocurrencia del siniestro.

La doctrina económica diferencia entre culpa grave (*gross negligence*) y culpa dolosa (*recklessness*). Mientras la alocaación de recursos es eficiente en la culpa simple, por cuanto se espera que el coste de prevención óptimo se distribuya entre agente y víctima (ideal de prevención), no así en los supuestos de culpa cualificada. La teleología económica de la responsabilidad civil parte, según se ha explicado, de la eficiencia en la alocaación de recursos; es decir, lo que las partes invierten en prevención ha de ser proporcional a la disminución en la probabilidad del daño; tal será el parámetro para cuantificar el daño punitivo según la culpa sea más o menos grave.

A mayor desproporción entre el coste de prevención y el daño esperado, en términos de probabilidad del siniestro, mayor deberá ser el incremento del rubro punitivo del daño como elemento correctivo del mercado. No se olvide que si bien el tratamiento que suele darle la legislación a la culpa grave como equiparable al dolo es insuficiente desde una perspectiva económica, dado que no toda culpa cualificada merece igual tratamiento; si bien, es claro que tratándose de *gross negligence* la alocaación de recursos preventivos involucra en alguna medida a la víctima; en relación con la culpa catalogada como dolosa (*recklessness*) es ineficiente alocar recursos en persona distinta al agente, por estar este como verdadero control de la situación dañina.

A esta altura del estudio es posible concluir que la diferencia entre *daño intencional* y *daño culposo*, para la teoría económica del Derecho de daños, estriba en dos criterios claros: la alocaación de recursos de prevención (de manera que el agente pueda eximir total o parcialmente su responsabilidad alegando culpa de la víctima¹³⁷) y el reconocimiento de daños punitivos¹³⁸.

¹³⁷ Desde una perspectiva civilista, tal solución no deja de tener complicaciones. Para el Derecho de daños continental, la culpa de la víctima opera como eximente de responsabilidad, inclusive en regímenes de responsabilidad objetiva, por cuanto afecta el nexa causal. Pero, para el análisis económico del Derecho, la culpa (no exclusiva) de la víctima solo es tenida en cuenta en la medida en que falte a un deber de cuidado previamente endilgado a ella por el modelo de daños; tratándose de dolo o *culpa dolosa* del agente, una alocaación

5.5. El daño punitivo frente al error intencional

Debe ahora explicarse la respuesta que da la teoría económica a supuestos de daños *intencionales* según la segunda acepción del vocablo, arriba estudiada; es decir, cuando el agente persigue el daño ante el hecho de que el coste de prevención es igual o mayor al del daño esperado, con una probabilidad de ocurrencia casi absoluta.

Si el agente obra sin error (aparente) en su apreciación de las circunstancias descritas, o sea, que el daño es inevitable ante la salvaguardia de un bien jurídico de igual o mayor importancia (v.gr. legítima defensa), desde una perspectiva económica no solo es inapropiado reconocer daños punitivos sino que operaría una exoneración total o parcial de responsabilidad, según el caso; por el contrario, si dicha apreciación es negligentemente valorada por el agente (es decir, el coste de prevención es menor que el daño esperado y ante una probabilidad igualmente alta), no solo es procedente endilgarle responsabilidad, sino también reconocer daños punitivos en la medida en que la negligencia sea cualificada (cuando la inversión en prevención es desproporcionadamente inferior con relación al daño esperado, según se ha visto).

El problema radica en la probabilidad de siniestro que el error incrementa¹³⁹, así como en el coste de evitarlo. Tal como se ha explicado, si el coste de prevención es desproporcionalmente bajo en relación con el daño esperado, y la probabilidad alta, estaremos en presencia de *culpa intencional* (*recklessness*) y la solución óptima será el reconocimiento de daños punitivos; en cambio, cuando el coste de prevención es más ajustado al daño esperado y la probabilidad se optimiza a través de la alocaación de dicho coste tanto en el agente como en la víctima, se estará en presencia de culpa simple o negligencia (*negligence*).

Sin embargo, cuando el agente se presenta como el más idóneo para prevenir el daño, por contar con los medios y el control de la situación (*lower-cost avoider*), independientemente del coste de prevención, la solución más eficiente deviene con la responsabilidad objetiva del ofensor; pero sin punibilidad civil cuando no concurren las variables arriba estudiadas (alta probabilidad de encontrar al agresor, de que este asuma el daño, así como costes de transacción prohibitivos).

eficiente de los costes de prevención obvia la conducta de la víctima; es decir, no opera como destructiva del nexo causal, sino que es valorada desde el mismo componente subjetivo de la responsabilidad.

¹³⁸ LANDES y POSNER, ob. cit., p. 162.

¹³⁹ La alta probabilidad del daño es condición necesaria pero no suficiente de intención en el agente, para efectos económicos.

Es decir, la responsabilidad objetiva no contradice necesariamente la condena en daños punitivos al agente. Los criterios para diferenciar el daño intencional del no intencional son la sanción económica (*remedy*) y la negligencia contributiva como mecanismo de defensa del agente. Que el error sea considerado como *intencional* no implica que la solución óptima sea el daño punitivo, ni tampoco que el modelo eficiente sea la responsabilidad objetiva.

Debe aclararse conceptos. El daño punitivo, como remedio de errores intencionales, depende no solo de la probabilidad de ocurrencia del daño, sino también de que el coste de prevención sea muy bajo respecto del daño esperado, y que la conducta del agente permita prever que evitará de cualquier modo asumir las consecuencias resarcitorias de su obrar. Noción diferente, aunque no excluyente, es la de alocación eficiente de recursos de prevención; si la prevención en la víctima se erige como prohibitiva, se estará en presencia de responsabilidad objetiva, de lo contrario, regirá el modelo de culpa simple o contributiva. Lo que sucede es que la responsabilidad objetiva convierte en *intencional* determinados niveles no intencionales de culpa, como el *descuido grave* (*careles negligence o gross fault*); aunque el remedio no contemple daños punitivos.

El ejemplo que propone la doctrina para comprender mejor este intrincado juego de palabras es el atentado a la honra de las personas (*defamation*). Un periódico publica una historia injuriosa sobre un sujeto imaginario cuyo nombre es corriente en la sociedad destinataria de la información. Un sujeto con el mismo nombre del personaje inventado demanda al periódico alegando que vecinos suyos pensaron que se trataba de él. La justicia condenó al medio informativo al pago de perjuicios resarcitorios y punitivos. El periódico alega, en su defensa, que se trató de un error insuperable que no ameritaba condena alguna, y que, en el peor de los casos, no se justificaba el reconocimiento de daños punitivos.

El caso plantea un ejemplo de *culpa intencional* (*recklessness*) y de responsabilidad objetiva (*strict liability*). En efecto, dado que la posibilidad que tiene la víctima era remota o en exceso onerosa (esconderse durante algún tiempo; comprar todo el tiraje del día de la publicación, etc.), es económicamente predicable que el agente era el actor ideal de prevención. Así mismo, es claro que el coste de prevención es bajo en relación con el daño esperado (advertir al comienzo de la historia que esta era ficticia); y que la probabilidad de siniestro es casi absoluta (la probabilidad de que una persona se vea identificada con la historia es alta en cuanto que el volumen de ejemplares y el porcentaje de individuos en la comunidad destinataria también es alta).

La alta probabilidad del daño, unida al bajo coste de prevención, describe el caso como un claro ejemplo de culpa intencional, y por ello justifica la condena al pago de perjuicios. Por su parte, el coste prohibitivo de prevención en la víctima sugiere el modelo de la responsabilidad objetiva (que solo el agente adopte medidas de prevención). No obstante, no se configuran los

demás requisitos económicos del daño punitivo, por cuanto el ofensor es fácilmente identificable, es predecible que este asuma el resultado dañino, y el coste de sustitución de mercado es también prohibitivo (el periódico no podía conciliar con alguien que no existe).

La categorización de la conducta como *intencional* cobra relevancia en la determinación del nivel de prevención esperada en el agente. Tratándose de una responsabilidad equivalente, o *conversión* (el agente paga solo y nada más que el daño), propio del modelo de culpa simple (*contributory negligence*), el agente invertirá en prevención en la medida en que pueda *complementar* la prevención de la víctima, y solo hasta el valor del daño efectivo. Pero, tal y como se explicó en párrafos anteriores, la variable a considerar en este caso es el daño esperado, pues lo que resulta eficiente es que el agente se aproxime al nivel óptimo de prevención. En nuestro ejemplo del periódico, el carácter intencional del error justifica, no la admisibilidad del daño punitivo, sino el incremento del daño esperado como variable de comparación que tenga el agente al momento de invertir en prevención.

5.6. Procedibilidad de la acción

Bajo el modelo de culpa simple, suele exigirse a la víctima probar que la conducta negligente del actor carece de justificación (*reasonableness*). Ello no implica, claro está, que pruebe la ausencia de causa extraña; lo cual sería excesivo y conllevaría por defecto a la casi siempre exoneración del agente. Por el contrario, la acreditación del elemento subjetivo por la víctima incluye, en un estadio de procedibilidad de la acción, su diligencia; es decir, que el ofensor no pueda alegar concurrencia de culpa o *contributory negligence*. Recuérdese que, desde una perspectiva de *law and economics*, la prevención eficiente se logra a través de una alocación equilibrada de costes entre las partes; y que tal requisito de procedibilidad es independiente de la posterior valoración que el juez realice del acervo probatorio aportado¹⁴⁰.

Ahora bien, la prima facie del daño intencional depende de la acreditación de mínimos elementos condenatorios, tales como el incremento de la probabilidad, un coste de prevención negativo (que el agente ha invertido en la generación del siniestro) o desproporcionalmente inferior respecto del daño esperado. La *irrazonabilidad* que debe desvirtuar el demandado (presunción) es diferente en esencia a la del régimen de culpa simple; nótese que lo que espera el agente no es la mera condena en perjuicios al ofensor, sino el reconocimiento de daños punitivos, de ahí que incremente su esfuerzo probatorio¹⁴¹.

¹⁴⁰ LANDES y POSNER, ob. cit., p. 167.

¹⁴¹ Mientras que en el modelo de *contributory negligence* la víctima acredita *culpa irrazonable* del agente a través de su propia diligencia; cuando alega daño intencional debe aprehender variables cuantificables tales como una mayor probabilidad del daño, el bajo o negativo coste de prevención, etc. Igualmente, superada esta etapa procesal, se incrementa

Corresponde ahora analizar la prima facie de algunos de los típicos casos de daños intencionales, al menos aquellos en los cuales la doctrina admite, por unanimidad, el reconocimiento de daños punitivos: *externalidad* (*tort of nuisance*), robo con agresión física (*battery*); asalto (*assault*) y transgresión de propiedad privada (*trespass*).

Los daños *físicos* a las personas suelen dividirse en *battery* y *assault*. *Battery* es definido como «*unlawful beating or wounding of a person or mere touching in a hostile or offensive manner*¹⁴²». Pero ¿hasta qué punto es eficiente en causar todos los «contactos físicos hostiles o no consentidos» como *típicos*? Para efectos, la acción (independientemente del resultado del proceso) es económicamente eficiente la elaboración prima facie de las variables descritas: la conducta ha incrementado la probabilidad de un daño (deseado o no), el coste de prevención en el agente es bajo o negativo, y prohibitivo en la víctima (depende de si el modelo de responsabilidad adoptado es culpa simple o responsabilidad objetiva).

Apréciase que otras variables no son tenidas en cuenta. En consecuencia, la concesión de daños punitivos depende tanto de la existencia de un mercado sustituto eficiente, como de la relación *utilidad-daño* (si la utilidad es menor); es decir, de si el daño es *socialmente beneficioso*. La intencionalidad, se repite, no depende del *deseo* de obtención del daño, y puede inferirse del simple error culposo (*recklessness*).

Pero, no siempre que hay daño es económicamente eficiente endilgar responsabilidad y, en consecuencia, el razonamiento de prevención explicado para el *tort of battery* es improcedente. Tal es el caso del *assault* (amenaza o asalto), así no vaya acompañado de una agresión física. En efecto, debe recordarse al lector cómo prevención y disuasión son finalidades económicas independientes del derecho de daños; mientras la prevención agrava el resultado dañino en lo que la doctrina reconoce como *daño esperado*, partiendo del reconocimiento social implícito de perjuicios excepcionalmente beneficiosos, la disuasión demanda una política económica *externa* o *no resarcitoria* como respuesta a la conducta del agente.

Dicha independencia explica por qué es frecuente encontrar decisiones judiciales donde los daños punitivos otorgados a la víctima superan, en múltiples veces, los daños resarcitorios. Igualmente, existen decisiones que cuantifican este rubro correctivo, a través de daños *compensatorios*, como suele ser el moral. Piénsese en la variedad del *assault* denominada

el *coste de defensa* del agente bajo el modelo de intencionalidad, dado que la *razonabilidad de su conducta* no depende de la conducta de la víctima, sino de factores externos tales como el carácter prohibitivo del mercado principal.

¹⁴² *Collins Dictionary & Thesaurus*. Tercera edición, Reino Unido: 2005.

tort of intentional infliction or emotional distress (daño al equilibrio emocional).

Resulta evidente, además, que no toda *amenaza de una consecuencia dañina* merece una política de disuasión, dado que en la práctica existen numerosas situaciones de amenaza legítima (la propia descripción de *norma* como silogismo jurídico). Así como no todo daño debe ser reparado (incluso bajo el modelo de *strict liability* existen causales externas de exoneración), no siempre que el daño es intencional se deben reconocer daños punitivos. Cuando el coste de establecer la necesidad de disuasión es muy alto (si el nexo causal es incierto, o si las condiciones de mercado son prohibitivas, etc.), lo eficiente por defecto es la prevención. El equilibrio del mercado no se da, entonces, vía daños punitivos, sino mediante daños *compensatorios correctivos* (algo corriente entre nuestros tribunales a la hora de cuantificar el daño moral u otros rubros no compensatorios del daño con base en la equidad, cuando, por ejemplo, los *daños personales* no devienen tan claros).

Por último, conviene analizar el daño denominado *trespass to land*. Este es un claro ejemplo de la diferencia entre prevención y disuasión que se concretiza o materializa en la distinción entre *strict liability* e *intencional tort*. Como no toda *invasión* a la propiedad privada es socialmente indeseada, el daño punitivo se presenta como una reacción excesiva al problema.

Sin embargo, es conveniente que el ordenamiento canalice en el mercado el uso de ajeno de la propiedad privada, por cuanto es pilar del liberalismo la defensa del *coste de oportunidad* implícito en el derecho real de propiedad, así como la alocación de prevención en la víctima es por definición ineficiente (quien realmente puede, a un menor coste, evitar el daño, es el propio agente); la solución tradicional que da el Derecho de la responsabilidad es el modelo de la *strict liability*, y medidas correctivas externas solo cuando se presenten las demás variables ya explicadas, como el *deseo de producir el resultado dañino* (intención bajo la tercera acepción del vocablo), una utilidad desproporcionadamente inferior al daño esperado, un coste de prevención irrisorio y un incremento significativo del riesgo, etc.

5.7. Causales de exoneración en el daño intencional

Se ha explicado cómo el reconocimiento de daños punitivos o ejemplificantes carece de justificación económica en algunos eventos de perjuicio *intencional*. Si en los casos de culpa grave (*recklessness*) o conciencia y deseo del resultado dañino (*deliberate wrongdoing*, tercera acepción de *intencional*), el ordenamiento asume, como implícitamente aceptables, algunas conductas *socialmente beneficiosas* a través de modelos de responsabilidad compensatoria (objetiva o subjetiva según su eficiencia en la alocación de recursos de prevención); con mucha mayor razón tratándose de *culpa*

*intencional*¹⁴³. Y es que la prima facie de *daños intencionales* es mucho más flexible que la posterior valoración probatoria de la eficiencia económica de los comportamientos dañinos. El *Common Law* contradice por definición la aplicación indeterminada de supuestos normativos. Las reglas elaboradas por la jurisprudencia admiten en el juez un análisis contextual de la viabilidad económica de ciertas conductas¹⁴⁴. Esto es importante a la hora de entender los mecanismos de defensa del demandado respecto o frente a daños punitivos.

La defensa del demandado debe partir de la consideración de la conducta como no susceptible de *prohibición in limine* por parte del ordenamiento jurídico. En efecto, como argumentos comunes a los supuestos *típicos* de consentimiento (*consent*), defensa propia (*self defense*) y defensa de la propiedad (*defense to property*), se encuentran el carácter prohibitivo del mercado específico; la utilidad mayor que el daño esperado ($G > D$; o que el daño es eficiente o *value-maximizing*); los mecanismos redistributivos de dicha utilidad (que esta tiene una connotación *pública*); que la mayor probabilidad responde a la escala de la propia actividad, o que el daño es, por su propia naturaleza, inevitable –primera acepción de *intencional*– (*scale of activity*); que los daños ejemplarizantes no tendrían por efecto desincentivar el mercado privado de prevención; y que las causas específicas operan dentro de los límites *reglados* de la razonabilidad.

El consentimiento (*consent*), como causal tipificada de exoneración, transforma la coerción en intercambio voluntario; finalidad última del derecho como *prevención*, desde una perspectiva económica, pero justificado en su aplicación como *norma de corrección*¹⁴⁵ (*tort law*), tal y como se anticipó en la introducción de este estudio¹⁴⁶.

¹⁴³ Las estadísticas recogidas por LANDES y POSNER, ob. cit., p. 184, hasta el año de 1987, muestran cómo en el 72% de los casos, típicamente admitidos como *deliberate wrongdoing* (*fraud, retaliatory discharge, libel, battery, etc.*), se reconocen daños punitivos, contra apenas un 23% respecto de daños, apriorísticamente admitidos como culposos (*negligence*). Igualmente, mientras el número de apelaciones es de apenas un 15% en el primer supuesto, en el segundo llegan al 75%.

¹⁴⁴ LANDES y POSNER, ob. cit., p. 184. La regla de daños punitivos descrita en relación con la *deliberate wrongdoings* dice «*where the defendant's wrongdoing has been intentional and deliberate, and has the character of outrage frequently associated with crime, all but a few courts have permitted the jury to award in the tort action punitive or exemplary damages*»; para la culpa cualificada, «*such a conscious and deliberate disregard of the interests of others that the conduct may be called wilful or wanton... –reckless– as proceeding with knowledge that the harm is substantially certain to occur, and the mere unreasonable risk of harm to another involved in ordinary negligence*». Ahora bien, los daños punitivos no son automáticos porque «*it is not so much the particular tort committed as the defendant's motives and conduct in committing it will be important as the basis of the award*».

¹⁴⁵ LANDES y POSNER, ob. cit., p. 171.

¹⁴⁶ El Derecho de daños es la respuesta *estandarizada* al carácter prohibitivo de las relaciones resarcitorias no transaccionales. En efecto, ante un daño, que se presume resulta de un comportamiento *desviado* de las condiciones de un mercado eficiente, el Derecho entien-

El principal problema relacionado con el consentimiento versa sobre su errónea percepción por parte del agente (*misleading impression of consent*). Las variables a considerar, dadas por el análisis económico del Derecho, son más que predecibles: la eficiente alocaación de recursos de prevención en el error, así como las condiciones específicas del mercado. En efecto, la parte cuyo *cost of avoidance*, según las condiciones del mercado, sea más bajo, asumirá las consecuencias económicas del consentimiento erróneo. Contrario a la solución *civilista* de este vicio relativo, la eficiencia económica de la relación resarcitoria no endilga presunción alguna; tanto la víctima como el agente deberán probar que las variables antedichas no los perjudican¹⁴⁷.

La segunda causal tipificada es la *legítima defensa* (*self-defense*). Su función es preventiva, más que disuasoria. El derecho que tiene la víctima a defenderse de la agresión (evento que la ubica a su vez como demandado por haberse anticipado al resultado dañino) aumenta los costes del daño evitado, afectando la expectativa de utilidad del ofensor y, por ende, disminuyendo la probabilidad¹⁴⁸.

Pero el derecho de defensa no es ilimitado, sino que debe ser ejercido dentro de límites precisos de la razonabilidad (*reasonableness*). La razonabilidad se refiere tanto a la apreciación de la agresión como a su respuesta. Lo primero se refiere a posibles errores del agresor en, por ejemplo, la legitimación de su conducta o el deseo del resultado dañino. El segundo habla de que la respuesta debe ser proporcional y solo justificable en relación con amenazas que atenten contra la integridad personal de quien la ejerce; y siempre y cuando sea el mecanismo más eficiente de respuesta. Y es que la víctima debe ser consciente de que el bien jurídico que intenta salvaguardar es mayor que el vulnerado por el agresor.

Por eso se dice que esta causal de exoneración versa, no sobre la responsabilidad compensatoria sino respecto del reconocimiento de daños punitivos; como «esfuerzo por minimizar los costes de prevención de las partes¹⁴⁹»

de que su corrección difícilmente podrá darse en condiciones privadas de negociación; con independencia de los mecanismos alternativos de resolución de controversias.

¹⁴⁷ El ejemplo que da la doctrina es el de la *unforeseen emergency* en procedimientos quirúrgicos; como el caso de un paciente en cuya intervención debió ser operado de algo distinto a aquello para lo cual había emitido expresamente su consentimiento. El galeno debió asumir su consentimiento como implícito para poder salvarle la vida. Ver LANDES y POSNER, ob. cit., p. 172.

¹⁴⁸ $G^a = p(x,y)(G - D) - B(y) > 0$, donde G^a , utilidad desencadenante del daño, es mayor a cero, y D es el daño resultante de ambas agresiones (el que origina la *self-defense* y el que es que ésta desencadena); $B(y)$ incluirá a su vez, el coste de prevención, por lo general negativo, no solo del agente (quien intentará producir el daño), sino también de la víctima, la cual, al anticiparse al daño, *invertirá* recursos para generar un daño en su ofensor. Ver en LANDES y POSNER, ob. cit., p. 173.

¹⁴⁹ LANDES y POSNER, ob. cit., p. 174.

(*damage limitation*). No puede perderse de vista que el agresor que, pese al mayor coste de su conducta, la ejecuta, es difícilmente disuasible; el objetivo de la *self-defense* no es otro que el de subordinar la disuasión a la limitación del daño. La valoración del error en la defensa debe basarse, entonces, en las mismas variables estudiadas respecto del *consent*: alocaación eficiente de prevención y otras alternativas no prohibitivas del mercado. Es decir, un modelo de culpa simple (*negligence*).

El tercero y último medio de exoneración *reglado* por el *Common Law* es la defensa a la propiedad (*defense or property*). Esta causal incluye los eventos de atentado a la integridad personal del agresor potencial (*use of force*), por parte de la víctima, para defender su propiedad; el desconocimiento de la propiedad ajena para proteger la propia; y el de defensa de la propiedad de un tercero.

El primer supuesto (agresión de la víctima al agente para proteger su propiedad) suele estar delimitado estatutariamente en la integridad personal del agresor (muerte o lesiones graves). Este condicionamiento de eficacia de la exoneración se justifica teóricamente en la asunción del mayor valor de la vida que el de la propiedad (*damage-limitation theory*); y en la improcedencia de una finalidad disuasoria de la responsabilidad, según se explicó en la *self-defense*.

No obstante, si bien el *Common Law* no es indiferente a la razonabilidad de esta causal de exoneración, también contempla, como criterio de interpretación, el de si el medio de defensa es el menos prohibitivo en la relación coste-probabilidad de daño. No puede olvidarse que el objetivo económico de las causales de exoneración (*self-help remedies*) es la prevención (no la retaliación o venganza).

El ejemplo clásico recogido por la doctrina es el del arma con dispositivo de disparo automático¹⁵⁰ (*spring guns*). Su coste es, evidentemente, menor que el de otros mecanismos de prevención (v.gr., vigilancia privada), y la probabilidad de error disminuye significativamente por medio de una advertencia visible a potenciales intrusos no ilegítimos; conciliando así los postulados de la regla de *damage-limitation* (que la vida vale más que la propiedad como premisa de *razonabilidad* de la defensa), con la eficiente alocaación de recursos de prevención perseguida por el análisis económico del *tort law* (la advertencia de las consecuencias de la agresión, traslada la prevención del error en el agente: si este invade propiedad ajena será a su propio riesgo).

El segundo supuesto (desconocimiento de la propiedad ajena para salvaguardar la propia) hace referencia a las reglas de *trespass of necessity* o *private necessity*¹⁵¹. Por simple lógica, la necesidad de una de las partes confiere a la otra tal poder de negociación (asumido por la última como *cost of*

¹⁵⁰ LANDES y POSNER, ob. cit., p. 174.

¹⁵¹ LANDES y POSNER, ob. cit., p. 177.

opportunity), que torna prohibitivo cualquier acuerdo privado (*bilateral monopoly*). Lo anterior explica que, de aplicarse el modelo de la culpa simple (*negligence*), el agente de un daño por necesidad debería ser exonerado completamente, si ha procedido, con razonable consciencia, de que su propiedad protegida vale más que la sacrificada (daño esperado es menor que el daño real o $L > D$).

No obstante, el *Common Law* suele aplicar la regla de la responsabilidad objetiva en eventos de necesidad, aceptando la causal en estudio con el único efecto de no reconocer daños punitivos. Y es que el modelo de la *strict liability* también se justifica en lo esporádico del daño (alocar recursos de prevención permanentes en relación con riesgos con muy baja probabilidad sería ineficiente); y en que incentiva cambios de comportamiento, a largo plazo, en los potenciales agentes, de manera tal que el sacrificio de la propiedad ajena sea verdaderamente excepcional¹⁵².

Solución distinta se da en el tercer y último supuesto de la causal *defense to property* (defensa de un *bien público* en sacrificio de un derecho de propiedad ajeno). Su objetivo económico no es otro que el de incentivar la defensa colectiva de bienes de interés general, a través de la *externalización* del daño privado; típico evento de *public necessity*.

Para ello, y a pesar de tratarse de un daño esporádico (que ameritaría, según el argumento esgrimido para el supuesto segundo de esta causal, arriba estudiado), el modelo de responsabilidad idóneo en relación con el ejercicio erróneo de la defensa, es la culpa simple (*negligence*). Es decir, esta causal es eximente, no solo de daños sancionatorios, sino también de responsabilidad compensatoria; porque, además de ser prohibitiva la internalización de beneficios, debido al alto número de individuos con quienes podría el agente negociar, debe ser política pública el incentivo en la defensa activa de derechos e intereses colectivos¹⁵³.

5.8. Cómo medir eficientemente el daño punitivo

La teoría de la Internalización racional de la norma, planteada por Cooter¹⁵⁴ (*Rational self-monitoring theory*) explica la importancia de aumentar

¹⁵² La irresponsabilidad, por su parte, desincentivaría la solidaridad pública, incrementando la inversión en prevención contra daños remotos, de manera completamente ineficiente.

¹⁵³ Recuérdese cómo el argumento contrario justifica el reconocimiento de daños punitivos, en relación con derechos e intereses colectivos. En efecto, cuando el agente pretende obtener beneficios privados, en sacrificio de su propia colectividad, el mecanismo punitivo de la responsabilidad civil, en su función disuasoria, no es más que la internalización, también privada, de los dichos daños colectivos, más allá de las dificultades teóricas y prácticas en su cuantificación.

¹⁵⁴ COOTER, «Punitive damages for deterrence: when and how much». *Alabama Law Review*, Vol. 40, Spring 1989, No. 3, p. 73, en <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=robert_cooter>.

el daño compensatorio, cuando el objetivo disuasorio de la norma falla, debido a su racional desconocimiento por parte del agente, quien pretende derivar un beneficio privado de su conducta dañina. En otras palabras, el daño punitivo tiene como función corregir la ineficiencia de la norma respecto de daños intencionales¹⁵⁵.

Pero, una incorrecta valoración del mínimo correctivo del daño, traería como consecuencias, bien una disuasión inadecuada aunque excesivamente costosa en términos sociales (enriqueciendo a unos pocos pero sin alterar la conducta del agente), cuando es insuficiente; o distorsionando la naturaleza de la responsabilidad, irrogándole funciones administrativas de índole político a la administración de justicia, así como atentando contra el normal desarrollo de mercados económicamente productivos, cuando es excesiva. Esto explica la generalizada reticencia hacia este tipo de daños, no solo por parte de ordenamientos jurídicos de corte *civilista*, sino por el propio Derecho estatutario elaborado a la sombra del *Common Law*¹⁵⁶.

Y es que la jurisprudencia del *Common Law*, así como el Derecho regulado¹⁵⁷, poco han ayudado a trazar, de manera consistente y pacífica, las pautas necesarias para que estos daños coincidan con su finalidad económica.

¹⁵⁵ COOTER, R, «Punitive Damages...» ob. cit., p. 74: «Optimal deterrence requires increasing compensatory damages by the reciprocal of the enforcement error».

¹⁵⁶ Un ejemplo es la normativa antitrust de los EE.UU., *Clayton Act*, que en su reforma de 1994 prevé diferentes limitaciones al poder de la Corte a la hora de imponer sanciones civiles a los directores de empresas implicadas en prácticas desleales, dominantes o anti-competitivas. Así, en su apartado 7A § 18a. (g), sobre *penas civiles, cumplimiento y facultad de la Corte*, reza: «Any person, or any officer, director, or partner there of, who fails to comply with any provision of this section shall be liable to the United States for a civil penalty of not more than \$10,000 for each day during which such person is in violation of this section. Such penalty may be recovered in a civil action brought by the United States». Y, más específicamente, en su apartado 14: «whenever a corporation shall violate any of the penal provisions of the antitrust laws, such violation shall be deemed to be also that of the individual directors, officers, or agents of such corporation who shall have authorized, ordered, or done any of the acts constituting in whole or in part such violation, and such violation shall be deemed a misdemeanour, and upon conviction therefore of any such director, officer, or agent he shall be punished by a fine of not exceeding \$5,000 or by imprisonment for not exceeding one year, or by both, in the discretion of the court». Ver en <<http://siteresources.worldbank.org/INTCOMPLEGALDB/Resources/ClaytonAct.pdf>>, § 14 Clayton Act, 15 U.S.C. § 24., 5 de Octubre de 2008.

¹⁵⁷ Por ejemplo, el Código Civil de California, en su modificación de 1998, No. 3294: únicamente se limita a describir la conducta dañina en que es posible reconocer daños punitivos: «(a) In an action for the breach of an obligation not arising from contract, where it is proven by clear and convincing evidence that the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant». En la letra *b* cualifica la conducta del empleador por daños de sus dependientes, para efectos de daños punitivos; y en la *g* individualiza conceptualmente esta modalidad de daño en caso de muerte de la víctima. Ver en <<http://law.justia.com/california/codes/civ/3294-3296.html>>, 10 de Octubre de 2008.

Antes de continuar, es necesario recordar la diferencia entre prevención y disuasión o, de manera más técnica, entre *liability right* y *prohibition*. En el primer caso, la finalidad del modelo no es otra que la eficiente aloca-ción de recursos entre las partes, de manera que se internalicen proporcionalmente las consecuencias económicas del siniestro. No es de extrañar que esto se consiga a través de lo que la doctrina anglosajona denomina como *perfect compensation*, donde el agente es libre de valorar sus propios riesgos en la medida en que puede asumir el resultado.

Cuando la condena excede a los daños reales ($D > L$), o cuando el daño es intangible¹⁵⁸, este rubro *extra compensatorio* también tiene una finalidad correctiva, aunque no disuasoria, de los errores de la internalización, tal y como se estudió en los daños prima facie intencionales, pero económicamente *culposos*. El método del riesgo equivalente¹⁵⁹ (*risk-equivalent method*) proporciona un criterio consistente de tasación de esta acepción de *daños punitivos*¹⁶⁰.

Solución distinta para comportamientos prohibidos, donde la reparación de la víctima pasa a un segundo plano respecto de la finalidad disuasoria del modelo. Aquí los daños punitivos corrigen la prohibición, por lo cual tienen como primera variable de tasación la utilidad del agente, más que el perjuicio causado. Debe tenerse en cuenta que, cuando el modelo compensatorio falla, por ejemplo, por ser incierta la *intencionalidad* del agente, sobre todo en regímenes de responsabilidad objetiva, la cuantificación del rubro punitivo deberá también acudir al perjuicio real como criterio adicional a la utilidad.

¹⁵⁸ El origen de los daños punitivos se encuentra en los derechos a la honra y buena imagen. COOTER nos ejemplifica rubros del daño inmaterial difícilmente individualizables por la jurisprudencia, ante la insolvencia probatoria, y cuyo remedio usual *preventivo* es el incremento *punitivo* de los perjuicios resarcitorios (*filling the gap*): «Sometimes the legal methodology for computing compensatory damages omits categories of harm. To illustrate, the law may fail to compensate fully for *consequential damages, remote damages, economic losses, exposure to risk, emotional distress, or pain and suffering*» (COOTER, R., «Punitive Damages...», ob. cit., p. 85). Es tal el caso *Alcorn v. Mitchel*, analizado por POSNER, en el que, en 1872, se reconocen US\$ 1000 por concepto de daños punitivos (frente a tan solo US\$ 20 por daños compensatorios), a la víctima de una agresión verbal en un lugar público (LANDES y POSNER, ob. cit., p. 161).

¹⁵⁹ $L = X/p$, donde L es el daño a un bien prohibitivamente sustituible (tanto material como inmaterial; v.gr. un cuadro original, o el dolor por la muerte de un ser querido), un daño *intencional* atenuado (v.gr. por un error en una causal de exoneración), o un daño no intencional pero con otros errores no transaccionales (bajo el modelo de la *negligence*); X es el nivel adecuado de prevención por cada unidad de riesgo p , según una norma social o legal, siendo $X > pL$. Ver más en COOTER, Robert, «Punitive Damages...», ob. cit., p. 84.

¹⁶⁰ Este método puede ser usado para corregir las inconsistencias de jueces del sistema continental a la hora de tasar perjuicios inmateriales. Son frecuentes las discrepancias jurisprudenciales en la creación de reglas (o en el seguimiento de pautas legales) que valoran artificialmente y con poco rigor científico, estos rubros del daño; a través de los cuales, valga la pena mencionarlo, se corrigen ciertas conductas socialmente reprochables.

En relación con daños intencionales, la doctrina ofrece criterios auxiliares, la mayoría de las veces no seguidos por las cortes¹⁶¹. Cooter, por ejemplo, diferencia tres situaciones causantes de daños intencionales, cada una con reglas propias de tasación.

Una primera causa de intencionalidad en el agente es ocasionada por la incorrecta valoración de daños compensatorios, debido, principalmente, a la baja probabilidad de ejecución de la norma, es decir, que no siempre el causante del daño es encontrado o paga efectivamente por su conducta (*errors in enforcing compensatory damages*).

Tal es la regla de la reciprocidad (*rule of reciprocal*¹⁶²), formulada $L = L + PD$ ($L = D$), donde L (*liability*) es el daño total que debe reconocer la

¹⁶¹ El modelo de juicio-jurado propio de la *Common Law* dificulta la elaboración o seguimiento de reglas estándares de disuasión respecto de daños intencionales. En efecto, el papel del juez es ilustrar al jurado acerca de los requerimientos mínimos de reconocimiento y tasación de daños punitivos, aunque según consta en las estadísticas, la probabilidad de un individuo de repetir su rol como jurado son mínimamente prohibitivas. Tal incertidumbre tiene un resultado nefasto para la finalidad económica de la responsabilidad, como puede verse en la teoría de la incertidumbre formulada por CALFEE y CRASWELL, analizada en este estudio, y mejor entendida según el modelo expuesto por COOTER en la Teoría de las Normas Sociales. Corolario de lo anterior, no existen en el *Common Law* criterios o reglas ciertas y constantemente seguidas para este tipo de daños. Ver más en COOTER, Robert, «Punitive Damages...», ob. cit., p. 85.

¹⁶² Una más profusa explicación de la regla de la reciprocidad puede verse en COOTER, Robert, y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México: 1997, pp. 442-446. Se advierte al lector que las siglas han sido traducidas a las utilizadas a lo largo del presente trabajo. Ha de entenderse que cada autor maneja sus propias siglas; y que el siguiente análisis es meramente económico. Supóngase un agente racionalmente egoísta, interesado únicamente en minimizar su coste de prevención en relación con el daño esperado: $X' = cx + p(x)D$ (K' es el coste minimizado de precaución; p es la probabilidad de causación del daño; D es el daño esperado; x el nivel de prevención efectivamente asumido; c es el coste de dicha unidad de prevención x). Pero a dicho agente solo le interesa el valor del daño efectivamente reconocido en juicio, es decir, el daño subjetivamente esperado X^\wedge , en lugar del daño esperado por la víctima D , asumiendo un coste de prevención que minimiza la probabilidad del daño efectivamente reconocido en juicio, $L: X^\wedge = cx + p(x)L$. Para evitar ser condenado en daños punitivos, la responsabilidad del agente debe asumir el error de ejecución de la norma, e , de manera que se actualice el daño efectivamente reconocido, resultado de tal error: $e \rightarrow L = De$. $X' = cx + p(x)D \rightarrow X' = cx + p(x)De$ (donde e representa la externalización del coste social que incentiva al agente a asumir una prevención ineficiente). Para que el agente internalice el coste social (error en la ejecución de la norma), los daños compensatorios deben ser aumentados a través de una sanción. Así, de admitirse los daños punitivos, el *multiple punitive* deberá multiplicarse por los daños compensatorios (daño esperado), actualizados por el error: $e \rightarrow L = Dem \rightarrow X' = wx + p(x)Aem$. De esta manera, el coste marginal de prevención, w (o sea, el asumido por el agente de manera egoísta), iguala a la reducción marginal de la probabilidad del daño, p , multiplicado el daño esperado, ya valorado el error: $Ae \rightarrow 0 = c + p(x)De$. Adecuando la ecuación, e es percibido por el agente como la unidad de prevención asumida dividido por la reducción de daño compensatorio por cada unidad de prevención adicional: $e = c / [-p(x)D]$. Entonces,

corte para corregir el error de ejecución, L (*loss*) es el daño efectivamente reconocido según la probabilidad de error ($L = D(e)$, siendo D el daño esperado *-expected damage-*, y e el margen de error), y PD es el daño punitivo (*punitive damage*), donde $PD = D - L$.

Un ejemplo servirá para entender mejor la regla. Supóngase que la norma prohíbe cruzar un semáforo cuando está en rojo la señal. Obviando correctivos externos de índole administrativo (multas, talleres forzosos o trabajo social), la probabilidad de que a los transgresores de esta norma sean castigados, es apenas del $1/2$ (50%); $1/2$ es el margen de error en la aplicación de la norma. Acéptese un daño predeterminado de 10.000 €, y un coste de prevención (X) de 6.000 €. El análisis de prevención (*self-monitoring judgement*) de un individuo ante la norma hará que se arriesgue a no cumplir la norma, para ahorrar 1.000 € (la diferencia entre coste de prevención y daño reconocido bajo el error, o $X - L$).

De aplicar la regla de la reciprocidad propuesta por COOTER, el jurado debería, para corregir el error de ejecución (e) aumentar L en PD , reconociendo por concepto de DP , 5.000 € ($PD = 10.000 - (10.000/2)$).

Similar análisis puede hacerse respecto de las empresas (con independencia de su personalidad jurídica, que para estos efectos deviene irrelevante). El juicio de prevención se basa ahora en la noción de control de calidad (*quality control*), equivalente al *self-monitoring* de personas naturales; solo que el análisis de responsabilidad debe hacerse respecto de sus directivas y de los empleados o aquellas personas que ejecutan una política que reporta beneficios a la empresa.

Ahora bien, no siempre es necesario corregir el error descrito, dado que su magnitud no repercute significativamente en el desconocimiento del enunciado normativo, por ejemplo, por tratarse de *mandatos sociales* recogidos pacíficamente por una prescripción legal¹⁶³ (nadie duda de que el matar a alguien, si bien está prohibido por la ley, es un mandato impe-

el *múltiplo punitive* óptimo es igual al inverso del error: $e \rightarrow m = 1 / e \rightarrow m = (D/w)[-p(x)]$. El modelo resta sobre la presunción de que la prevención es constante y determinante en la reducción de la probabilidad del daño, así como en el ánimo racional del agente de evitar ser condenado por daños punitivos (es decir, un agente verdaderamente racional). De esta manera, el objetivo de internalización del coste social asociado al error de ejecución de la norma, solo es posible si el múltiplo punitivo iguala los daños compensatorios al coste de prevención asumido racionalmente, multiplicado por la probabilidad marginal de anticiparse al resultado dañino. Es por esto por lo que solo deben reconocerse daños punitivos cuando el agente asume un nivel de prevención considerable, es decir, cuando el error de ejecución normativo deriva un coste social excesivo; evento que no se presenta cuando, por ejemplo, el agente es un individuo solvente.

¹⁶³ COOTER, R., «Punitive Damages...», ob. cit., p. 86: «*In general, the necessity of reciprocal damages to deter wrongdoing depends upon the relative size of the enforcement error and the jump in liability costs at the legal standard*».

rativo internalizado socialmente como fundamental para una convivencia pacífica¹⁶⁴).

Esta regla tiene el inconveniente de la dificultad para prevalorar *D*, nada distinto a *expresión emotiva de la norma (emotive expression of rational rules)* desarrollada en la Teoría de la norma de COOTER; porque, en efecto, la compensación perfecta es una utopía, tanto desde una perspectiva económica como legal de cualquier sistema normativo.

Una segunda causa de intencionalidad es descrita por COOTER como *malicia (malice)*, es decir, aquella conducta consumada únicamente con el propósito de derivar un beneficio privado y egoísta del daño. COOTER diferencia el supuesto de beneficio psicológico (*subjective satisfaction*) del beneficio económico, para concluir que el primero carece de regla de tasación del daño punitivo como disuasorio¹⁶⁵.

En relación con el segundo, debe advertirse que los criterios seguidos en el reconocimiento jurisprudencial de daños punitivos son la conducta dañina (*harmful behaviour*) y la disuasión (*deterrence*). Tales son, sin lugar a dudas, los parámetros más complejos y que han dado lugar a un considerable número de sentencias relevantes para el análisis económico del daño punitivo, cuando quiera que su cuantía exceda desproporcionadamente el monto reconocido por concepto de daños compensatorios (*compensatory damages*).

Un ejemplo de lo anterior es el caso *Mathias V. Accor Economy Lodging, Inc.*¹⁶⁶. Del acervo probatorio se coligen los siguientes hechos. Las víctimas fueron mordidas durante su corta estadía en el «Motel 6», parte de la cadena hotelera «Accor Economy Lodging, Inc.». El demandado rehusó a fumigar las habitaciones, pese a ser advertido de tal necesidad por parte del contrastista «EcoLab». Ante el creciente número de reclamos por parte de clientes afectados, el encargado del hotel optó por engañar al público, diciendo que, en lugar de pulgas, se trataba de otros insectos¹⁶⁷ y que su proliferación obedecía a la estación del año, que nada se podía hacer, continuando con la política de devoluciones. El coste de la fumigación era mucho menor que el de las devoluciones de un mes. Pese a que el daño demostrado no era mayor que un par de días de incapacidad debido a malestar general e irritación, el jurado reconoció, en primera instancia, US\$ 5.000 por daños compensatorios

¹⁶⁴ El papel de la Filosofía del Derecho cobra aquí notoria importancia, aunque no será desarrollado por exceder el objetivo del presente estudio.

¹⁶⁵ Cooter admite la viabilidad del Método del Riesgo Equivalente (*Risk-Equivalent Method*), desarrollado para compensar daños de naturaleza intangible, a la hora de valorar el beneficio psicológico que reporta el agente en esta modalidad de daños intencionales.

¹⁶⁶ El caso puede obtenerse en la dirección *online* <<http://www.wileyrein.com/docs/docs/82.pdf>>. 12 de octubre de 2008.

¹⁶⁷ Como medida para no asustar a la clientela, dado que las pulgas generan un mayor temor entre el público que otros insectos, pero sin advertir que los insectos que alegaban que existían en el lugar, eran, en efecto, más peligrosos epidemiológicamente hablando.

para cada víctima, y US\$ 382.000 por daños punitivos. La decisión fue recurrida bajo el argumento de exceso punitivo (daños punitivos 37,2 veces el compensatorio).

La apelación correspondió al famoso tratadista y juez Richard Posner, quien ratificó lo fallado por el *a quo*, bajo el argumento de que, dadas las circunstancias del caso, es palpable que, debido al bajo monto de los daños compensatorios (hecho que lleva a las víctimas a internalizar el resultado dañino ante los prohibitivos costes judiciales), así como el desequilibrio económico de las partes (que el hotel tenía mucho más dinero para asumir el juicio), hecho que volvía prohibitivo cualquier acuerdo voluntario no transaccional, era presumible una muy baja probabilidad en la ejecución de la norma (no necesariamente legal, pues en la sentencia no se tienen en cuenta las regulaciones legales o administrativas de la industria hotelera).

Para Posner, la insuficiencia fáctica de la probabilidad de inejecución da discrecionalidad al jurado¹⁶⁸, incluso para desconocer, en el caso concreto y sin pretensión de regla, lo establecido por la jurisprudencia relevante (o más aún, el propio mandato constitucional)¹⁶⁹; motivo que, unido a la finalidad intrínseca de disuasión del daño sancionatorio, son suficientes para no cuestionar la decisión¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Mathias V. Accor Economy Lodging, Inc, p. 3: «(...) *limiting the defendant's ability to profit from its fraud by escaping detection and (private) prosecution. If a tortfeasor is 'caught' only half the time..., then when he is caught he should be punished twice as heavily in order to make up for the times he gets away*».

¹⁶⁹ De ser posible asumirse una determinada regla en esta modalidad de daños intencionales, no puede ser otra que la esgrimida en *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*: «*few awards –of punitive damages– exceeding a single-digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process. (...) –it's– suggested that four times the amount of compensatory damages might be close to the line of constitutional impropriety*». Nótese como esta decisión apela a criterios constitucionales de limitación del daño, concretamente la Octava Enmienda de la Constitución de los EE. UU. que reza que «no serán impuestas fianzas, multas o castigos excesivos, inusuales o crueles» (traducción al castellano propia). La Constitución de los Estados Unidos de América puede obtenerse en <<http://constitutioncenter.org/files/constitution.pdf>>. El caso *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell* en *United States Reports*, No. 538, Oct. Term 2002, «Cases Adjudged in The Supreme Court». Entrega oficial realizada el día 5 de marzo de 2008. Compilación hecha por WAGNER, Frank D. *United States Reports*, Vol. 38, *Cases Adjudged in The Supreme Court*, Oct, 2002. Washington: Uncoated Printing Paper, 2004, en <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/boundvolumes/538bv.pdf>>, p. 408 y ss. Sobre un mejor análisis de las implicaciones constitucionales en la cuantificación de daños sancionatorios, la diferencia entre *mitigation* y *deterrence*, los límites del poder disuasorio de los jueces, entre otros, ver a COOTER, Robert D. *The Strategic Constitution*, ob. cit., pp. 459 a 467.

¹⁷⁰ Críticas a este caso, en SHAVELL, Steven. *On the Proper Magnitude of Punitive Damages: Mathias V. Accor Economy Lodging, Inc*. Harvard Law Review, Vol. 120, pp. 1223-1229, publicado en <<http://www.harvardlawreview.org/issues/120/march07/shavell.pdf>>. Lo relevante de las críticas de Shavell al caso, aplicables a otros casos donde se reconocen

La tercera fuente de intencionalidad es la indiferencia del agente a la exposición indiscriminada del riesgo, debido, principalmente, a circunstancias transitorias de índole emocional (*emotional states*). El ejemplo planteado por Cooter es el del sujeto que celebra sin control, conduciendo en estado de embriaguez. Esta es apenas una de las modalidades de la culpa grave (*reckless disregard of the safety of others*). Debido a la dificultad reinante en la valoración de elementos subjetivos, COOTER propone una reformulación de la *teoría de los lapsos (model of lapses)* a través de la incorporación de un valor constante de valor de utilidad a la regla tradicional de la responsabilidad por culpa, arriba estudiada¹⁷¹.

5.9. De los posibles correctivos a la incertidumbre

La doctrina propone las siguientes alternativas puntuales de corrección ante la incertidumbre del daño:

5.9.1. LA APLICACIÓN DE UN MÚLTIPLO PUNITIVO, CAPAZ DE MEDIR LA IMPROBABILIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA

La fórmula, mayormente aceptada por la literatura que analiza el Derecho de daños desde un enfoque económico, hace hincapié en la relación uti-

daños punitivos excesivos, giran alrededor de tres puntos: 1. De los hechos no se puede colegir que el agente, que es una compañía económicamente solvente, esté dispuesto a arriesgar su actividad so pretexto de evadir el juicio. Además, dado la causa del perjuicio, es natural inferir que las víctimas pueden fácilmente asociar su daño al demandado. 2. En relación con lo anterior, deben diferenciarse las víctimas vinculadas por una relación contractual, de aquellas ajenas a la actividad comercial del agente. En efecto, las primeras podrán incidir más directamente en la finalidad lucrativa de este, bien directamente (cambiando de prestador del bien o servicio), o a través de mecanismos públicos de regulación (quejas). 3. Deben, igualmente, valorarse criterios no legales (*non legal criteria*), tales como la reputación del demandado, de la industria a la que este pertenece, o la posibilidad de transacciones voluntarias de reembolso; para admitir que el mercado cuenta con herramientas suficientes de disuasión (el demandado terminaría internalizando los costes de prevención, de manera espontánea, ante un detrimento patrimonial ostensible, o ante la presión del gremio). Para Shavell, los daños punitivos en este caso, deben reconocerse como *criterio auxiliar canalizador de la conducta dañina el mercado voluntario*, pero no en detrimento de reglas jurisprudenciales ni, mucho menos, poniendo en peligro mandatos constitucionales. «*Concealment...might not greatly reduce the probability of suit if—according to the factual data—Also, it is not clear that damage of \$382,000 — \$191,000 for each plaintiff—is needed to induce suit... (although perhaps winning might not have been easy)*. Lo anterior no es aplicable, según el propio autor, a otros casos renombrados como el de *Philip Morris USA v. Mayola*; el cual puede obtenerse en <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-1256.ZO.html>>.

¹⁷¹ Ver más en COOTER, Robert. *Models of Morality in Law and Economics: Self-control and self-improvement for the «Bad Man» of Holmes*. Boston University Review, Vol. 78, pp. 903-930, publicado en <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=robert_cooter>. 15 de octubre de 2008.

lidad-expectativa de utilidad (privada) del daño como variables para medir el margen de error en la adecuada valoración el estándar óptimo de cuidado, *e* (*due optimal care*), dejando en un segundo plano la vocación del agente para evadir la norma.

Es frecuente que el jurado infiera la vocación elusiva del agente de gravedad del daño (*gross damages*) o, lo que es peor, de la irrazonabilidad de su conducta, llevándoles a fijar sanciones exorbitantes.

Una plausible solución¹⁷² a la problemática de la prohibición total, como exceso de disuasión (*overdeterrence*), es la de obtener un múltiplo punitivo que mida directamente, y sin otras variables de incierta verificación (nada más difícil que medir la utilidad que el agente espera derivar de su conducta), la ejecución estadística de sanciones civiles en relación con el daño real¹⁷³ (*true social costs*).

Pero la alternativa de COLEMAN, entendida como Regla del Múltiplo Individual (*Individual Multiple Rule*) no es fácilmente aplicable, en gran medida porque malinterpreta la fórmula tradicional expuesta por COOTER¹⁷⁴. En efecto, COLEMAN entiende que COOTER hace recaer el problema de la probabilidad en la gravedad de la conducta, lo que termina por ahondar el problema de la incertidumbre.

El error está en entender la regla como un múltiplo inferior a uno (como divisor) lo que hace que, a mayor probabilidad, menor sea el múltiplo punitivo; nada más contrario a la descripción que hace COOTER de su fórmula, como un número mayor a uno. A favor de COLEMAN, está el hecho de que la regla de COOTER está pensada para daños punitivos relacionados con la gravedad de la conducta y no con la probabilidad de evasión de la norma; motivo por el cual se incluyen las otras variables. En su contra,

¹⁷² Solución que también es aplicable a las denominadas *negligencias intencionales*. Ver más en POSNER, Richard A. *El análisis económico del Derecho*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México: 1998, pp. 198-202.

¹⁷³ Es decir, qué porcentaje de las condenas compensatorias se han efectivamente pagado, en relación directa con los costes sociales del daño (no solo los perjuicios de la víctima, sino además los costes procesales, rubros a terceros no tenidos en cuenta, etc.). Solo así será posible medir el correctivo sancionatorio de conductas no disuadibles bajo un modelo de culpa simple (*negligence*). Esta solución parte de la necesidad de daños punitivos, no en relación directa con la intencionalidad de la conducta dañina, sino con la predisponibilidad del agente para asumir el coste del perjuicio (diferencia entre la probabilidad de no condenar a un culpable, como de culpa a un inocente); o mejor dicho, la inoperancia misma del modelo subjetivo tradicional de responsabilidad, ante cierto tipo de daños.

¹⁷⁴ COLEMAN critica la fórmula de COOTER en los siguientes términos «*Even when probability of punishment is less than one, if that probability declines as defendants take more care, then defendants may tend to overcomply. In such a case, increasing the expected fine or damage award would only increase overdeterrence, exacerbating the problem rather than curing it*». CALFEE, John E. & CRASHWELL, ob. cit. p. 218.

puede sostenerse la dificultad empírica para hallar los múltiplos punitivos individuales.

Parece como si COLEMAN evadiera la anterior observación al afirmar que los múltiplos punitivos, más que *individuales*, son *temáticos* (o por categoría de daños), y que no vienen dados de manera diferenciada sino *constante*; como en el caso del múltiplo triple que consagra la normativa *antitrust* norteamericana. Sin embargo, el problema de la *overdeterrence* de COLEMAN, se resolvería si se comprendiese que el *daño intencional* suele darse en individuos con un nivel inferior de sensibilidad y respeto a la norma, es decir, más indiferente al castigo¹⁷⁵.

5.9.2. LA FIJACIÓN DEL ESTÁNDAR DE RESPONSABILIDAD¹⁷⁶ EN EL PUNTO INTERMEDIO ENTRE EL COSTE MARGINAL Y UTILIDAD

Para COLEMAN, la incertidumbre genera que la localización del estándar legal solo sea posible como probabilidad¹⁷⁷. Ello lo lleva a proponer que dicho estándar debería establecerse artificialmente por encima o por debajo del nivel óptimo de prevención para cada modelo de responsabilidad.

¹⁷⁵ El mayor inconveniente radica en aquellos supuestos de *intencionalidad por equivalencia*, como la culpa grave (*reckless*) o daños socialmente beneficiosos aunque con ausencia de mecanismos redistributivos de utilidad, donde el individuo, socialmente afecto por la norma, la incumple por otros motivos; aunque este múltiplo punitivo solo se refiera a casos de escape de la norma (no de otras variables). Así las cosas, se entiende que COLEMAN hable de un múltiplo inferior a uno, lo cual explica su preocupación ante la consecuente *ovecompliance*; y que las variables de COOTER son más complejas (valoración de daños intangibles, conducta dolosa, daño masivo, etc.). En efecto, COLEMAN propone reducir el daño en el detrimento marginal que supone una mayor prevención por miedo a la incertidumbre, aunque esta solución no puede entenderse como limitada a todas las causas de incertidumbre, sino solo de aquellas generadas por la irresponsabilidad del agente. Una solución estandarizada sería reducir la sanción fija (en una cantidad predeterminada o determinable a través de un múltiplo sancionador fijo) en el detrimento marginal derivado de la mayor prevención (CALFEE, John E. & CRASHWELL, ob. cit. p. 219). Sin embargo, esta solución dista de ser fácil y objetivamente aprehensible, dado que en la práctica la determinación del estándar de cuidado no es necesariamente eficiente (así no existiese incertidumbre). El problema de la reducción no punitiva (compensación por la mayor prevención, contrario al castigo por la *undercompliance* o el dolo) no es viable en casos de daños intencionales, porque la no compensación por la mayor prevención no elimina el beneficio derivado de la acción dañina, la cual no sancionatoriamente amortizada (el agente consumará el daño, con independencia de si gana o no el incentivo de no hacerlo, si sabe que no habrá sanción y que a lo sumo tendrá que pagar el coste real del daño, sea cual fuere el nivel de certidumbre en la ejecución de la norma).

¹⁷⁶ Como por ejemplo, el de *cuidado óptimo* (*reasonable due care*), en el modelo de culpa simple (*negligence*).

¹⁷⁷ CALFEE, John E. & CRASHWELL, ob. cit. p. 220: «*In the real model, legal standards are more like the quarks and other basic particles studied in particle physics, which have no definite location and can only be expressed as a distribution of probabilities*».

Así, por ejemplo, en un modelo de responsabilidad objetiva (*strict liability*), donde la conducta del agente es irrelevante (bajo el supuesto de inaplicación de daños punitivos), y debido a que la tendencia es hacia la *undercompliance*, el estándar de cuidado debería fijarse por encima del ideal (*optimal care*); por su parte, frente a daños intencionales, donde la tendencia es hacia la *overcompliance* (obviando el que los agentes de este tipo de daños sean difícilmente disuadibles), lo ideal sería fijar un nivel de cuidado por debajo del nivel óptimo¹⁷⁸.

Pero, el nivel de ajuste (resultante de la distribución de probabilidades del estándar tradicional de cuidado *coste-beneficio*) no garantiza que el estándar así calculado sea el más eficiente. La práctica demuestra que el juego de las probabilidades es implícitamente seguido por las cortes, cuando fijan el estándar de prevención según la relación coste-beneficio del daño¹⁷⁹ (mayor si el beneficio del daño es alto y el coste de prevención es bajo; y menor en el sentido opuesto).

5.9.3. CORRIGIENDO LA INCERTIDUMBRE A TRAVÉS DE MECANISMOS LEGALES

Tales como un estándar fijo de cuidado, pretasación de daños, mejor recopilación de pruebas o la internalización de costes mayores o menores de prevención que no sigan el nivel preestablecido. El inconveniente estriba en que, además del mayor coste administrativo implícito en la implementación de tales medidas, surge la necesidad de modificar los estándares, cada vez que el contexto social varíe (por ejemplo, si se establece como límite de velocidad 60 km/h, y por cada km adicional se prevé un aumento determinado del daño, cuando se construyan mejores vías de comunicación, se deberá modificar la norma a la nueva realidad), lo que a su vez aumentará los costes del sistema; por no mencionar el abandono de la más notoria ventaja del *Common Law* respecto del Derecho continental, como lo es la flexibilidad de adaptación con que cuenta el precedente¹⁸⁰.

6. Eficiencia económica de las reglas de responsabilidad convencionales

Determinar la eficiencia de las reglas convencionales de responsabilidad del transportista en supuestos de muerte y lesiones de pasajeros entraña un alto riesgo de superficialidad, habida cuenta de los múltiples factores que

¹⁷⁸ Lo que se traduciría en una reducción del rubro punitivo como consecuencia de la previa reducción del daño compensatorio (variable usualmente considerada en la fórmulas estudiadas), por cuanto si el estándar de cuidado se infravalora, el agente solo debería internalizar el coste marginal del daño (de aplicarse la *incremental damage rule*).

¹⁷⁹ CALFEE, John E. & CRASHWELL, ob. cit., p. 219-221.

¹⁸⁰ CALFEE, John E. & CRASHWELL, ob. cit., p. 221 y 222.

han condicionado su negociación. Por su parte, valorar la adecuación contributiva de cada uno de dichos factores, implicaría una tarea de monumentales dimensiones, que de lejos escapa las pretensiones del presente estudio. Por ello, solo será posible limitarse al análisis económico aislado de la eficiencia de tales reglas, pero literalmente interpretadas.

Como se tuvo la oportunidad de estudiar en el acápite anterior, la eficiencia de toda regla de responsabilidad debe ser valorada en razón de la manera como logre distribuir los riesgos entre los actores de la relación jurídica, tanto contractual como extracontractual. Esta distribución será económicamente válida si tiene en consideración sus posibilidades reales (e incluso, potenciales) de prevención, como criterio principal, y la capacidad de acceso probatorio, como criterio secundario. Lo anterior, bajo el entendido de racionalizar recursos, disminuir el riesgo, y maximizar la utilidad marginal; entendida esta como la suma de utilidades individuales, restadas en los costes directos e indirectos de la transacción.

El análisis económico del Derecho parte de que el mercado es suficientemente eficiente como para únicamente justificar su intervención pública en casos puntuales. La debilidad estructural de cada mercado referenciado, y no intereses individuales y/o sectoriales, justifican, *per se*, el intervencionismo externo (proveniente de un agente que se ubique por fuera del mercado).

Traduciendo estos derroteros interpretativos, debe pasarse a su concreción en la relación contractual (o extracontractual) configurada alrededor del transporte internacional aéreo de personas. En primer lugar, es claro que un porcentaje considerable del *riesgo aeronáutico* escapa de la esfera de control del primer llamado a obtener beneficios de la actividad, entiéndase el transportista (la utilidad del pasajero, aunque eventualmente cuantificable, se presenta en un primer momento como no pecuniaria). La compleja operatividad de la industria, en la cual intervienen muchos actores (transportistas de hecho, personal aeroportuario, técnicos no dependientes del transportista, agentes públicos de control, etc.), además de particularizar el transporte aéreo como realidad *sui generis*, dificulta la tarea de delimitar el ámbito de control de cada uno de ellos. Es así, como no todo riesgo podrá ser eficientemente asumido por quien los crea, ni siquiera por quien se beneficia de él.

Desde esta óptica (la del control del riesgo), el régimen de responsabilidad objetiva puro (sin matices) del transportista no es viable; además, porque la adjudicación del riesgo sería demasiado oneroso y por demás ineficiente. La complejidad descrita sí que justifica la regla de la solidaridad; y en esto de estimarse parcialmente incongruente el Derecho convencional (tanto el anterior SV como el actual CM 1999); por cuanto este no extiende la solidaridad a los otros actores de la relación jurídica. Tal yerro es parcialmente subsanado por la exigencia de un seguro y, para evitar injerencias públicas de índole subvencionistas (lo que sería una regulación exagerada del mercado que dificultaría la finalidad de uniformidad), en lugar de obli-

gar el pago público de primas, limita la responsabilidad base del obligado a suscribirlos, es decir, el transportista.

En este único entendido (al menos desde una visión meramente económica y no *garantista*), tiene validez la limitación resarcitoria. En efecto, tienen razón quienes, consciente o inconscientemente, pregonan la *función niveladora* de la limitación convencional, relativa a la objetividad. Pero, además, debe apreciarse otro criterio que explica, paralelo a la solidaridad, la objetividad inicial del modelo: el pasajero es el menos indicado para invertir en prevención, por cuanto su esfera de control es completamente ajena al riesgo propiamente aeronáutico. Con todo, tanto el SV como el CM 1999 admiten la exoneración del transportista, total o parcial, y en cualquier momento de ejecución contractual, cuando se acredite concurrencia culposa o dolosa del pasajero. Nada más acorde con la teoría de *asunción mínima de prevención*, como medida económica de no agravación del daño. En consecuencia, el pasajero procurará no incidir negativamente, no solo en la generación del daño, sino también en la no extensión de sus efectos.

Algo que sí que no encuentra mayor sustento económico es la graduación de la limitación objetiva de responsabilidad. ¿Por qué 100.000 DEG, y no 150.000, por ejemplo? Esta es una de aquellas situaciones en que el Derecho coadyuva a la economía, como canalizador de factores interdisciplinarios. Aunque podría argüirse que tal cifra fue calculada en criterios vectoriales de sostenibilidad del sector asegurador, su valoración sería puramente económica.

Debido a las fuentes externas (condiciones atmosféricas), e internas (las compleja estructura de la actividad aérea, arriba explicadas) incrementadoras del riesgo, no sería descartable la solución del texto original del CV 1929, de no ser por la excesiva carga probatoria que se hacía recaer sobre el pasajero-víctima (dolo o culpa grave). En consecuencia, la propia complejidad técnica del transporte tornaba nugatoria dicha posibilidad. Las posteriores modificaciones configurativas del SV corrigieron la ineficiencia original, aunque parcialmente.

Parecería que el CM 1999 recoge las «recomendaciones» de la teoría económica: responsabilidad objetiva ante la sustancial imposibilidad del pasajero de controlar el riesgo; culpa presunta no cualificada por encima de los límites resarcitorios, como respuesta a la excesiva onerosidad de implicaría transmitir la carga probatoria de elementos de imputación subjetivos al pasajero (además de que el transportista tampoco tiene absoluto control de su actividad; es decir, es creador parcial del riesgo); y límites indemnizatorios que, además de coadyuvar los argumentos previos, facilita la socialización del riesgo a través del seguro.

No obstante, lo que sí es económicamente ineficiente, es la naturaleza *exclusivamente* reparadora del modelo. Se ha analizado ya a profundidad la importancia de emplear, en supuestos tasados (y aplicando los correctivos a la incertidumbre del sistema jurisprudencial del *Common Law*), y previa

delimitación *estatutaria*, la responsabilidad civil para materializar políticas públicas de control social. Obviando estas, la racionalización de recursos de prevención solo es posible si se reconoce la admisibilidad¹⁸¹ de daños no indemnizatorios («punitivos» o como quiera llamarse).

La tesis contraria alega incompatibilidad jurídica de la institución civil punitiva, adecuadora o correctiva, propia del *Common Law*, con la tradición del sistema continental; además de la necesidad de prevenir prácticas tecnicistas, meramente procedimentales, que pudiesen atentar contra la uniformidad tan anhelada: el *bad forum shopping*. No obstante, se ha demostrado plenamente que uniformidad, como símbolo de seguridad jurídica, y cohesión social y económica entre naciones, no es más que una utopía.

7. Conclusiones-futuro de la convención y propuestas de reforma

Para no ser reiterativos, solo resta complementar el acápite anterior, en tres puntos concretamente: remisión legeforista, límites indemnizatorios y alocaación del riesgo.

A manera de conclusión, se sugieren las siguientes reformas del Modelo de Responsabilidad Convencional del transportista para los eventos de muerte o lesiones del pasajero; para poder imprimirle una mayor uniformidad al CM 1999, y garantizar su éxito futuro y su eficiencia económica. Primero, incrementar la precisión de las remisiones legeforistas, en especial los rubros del daño que son indemnizables. Tal precisión bien podría darse de manera *negativa*, por ejemplo, excluyendo taxativamente los rubros no reconocibles por interpretación autóctona (y que los demás sean admisibles). A manera de ejemplo, son divergentes las interpretaciones jurisprudenciales relativas a admisibilidad de rubros no materiales del daño (daño psíquico o moral). No obstante, debe defenderse la tesis de incorporación de elementos extra-resarcitorios del daño, como criterio de eficiencia económica del sistema, aunque bien precisados en aspectos tales como su definición, cuantía y límites.

Segundo, los límites indemnizatorios siguen siendo injustificadamente bajos. Los argumentos relacionados con la socialización privada de los riesgos (seguro privado), y la consecuente *desregularización pública* del mercado, como condicionante de políticas de liberalización económica (rechazo a las subvenciones estatales), devienen incongruentes con la actual bonanza económica del sector, sobre todo en los países más ricos, donde precisamen-

¹⁸¹ No contradice esta postura la sostenida al comienzo de este trabajo, por cuanto lo que incentiva el *forum shopping* no es la admisibilidad o inadmisibilidad del daño intencional por parte del Régimen Convencional; sino su desconocimiento (que aunque aislado, existente) por Ordenamientos Estatales que reconocen los «daños punitivos» (aunque bajo la acepción no «sancionatoria»), o cualesquiera rubros espaciales del daño (no reconocidos por la mayoría de los otros Ordenamientos). Ver pie de pág. 56

te se ejerce mayor presión por parte de asociaciones de usuarios. Se ha comprobado que el CM 1999 es poco innovador en la materia, al recoger modificaciones ya previstas en instrumentos anteriores; permanece así la principal causa del cisma y posterior ruptura del SV.

Tercero, sí que parece lógico extender la solidaridad a otros actores de la realidad aeronáutica, que contribuyen (unos más, otros menos) en la creación del riesgo. En efecto, no tiene sentido que la objetividad se endilgue únicamente al transportista durante el período de espera en sala, el cual, se ha visto, es uniformemente interpretado como parte del «embarque» en «medida en que este pueda ejercer control del pasajero». El ámbito natural de prevención (aquel que puede darse a un menor coste) no corresponde, en este ejemplo, al transportista más que al personal que administra el aeropuerto; por lo que se le debe extender, al menos durante este lapso, la solidaridad mencionada. Otro tanto, y para cada supuesto específico, podría alegarse de autoridades públicas de control, contratistas externos de mantenimientos de pistas de despegue, etc.

Bibliografía

- AREAL LUDEÑA, Santiago. «El contrato internacional de transporte aéreo», en *Curso de contratación internacional* (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González –dirs.–). Madrid: Colex, 2.^a ed., 2003, pp. 759-803.
- *El seguro aeronáutico. Especial referencia a la responsabilidad del fabricante de productos defectuosos*. Madrid: ed. Colex, 1998.
- BOTANA AGRA, M. *La ilimitación de la responsabilidad del transportista aéreo comunitario por daños a los pasajeros en caso de accidente: un estudio del Reglamento (CE) 2027/1997*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2000.
- BROWN, John P. «Economic theory of liability rules». En *Economic Analysis of the Law: Selected Readings*. Editado por WITTMAN, Donald A. Oxford: Blackwell Publishing, 2003, pp. 34-42.
- CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Traducida por BISBAL, Joaquín. Barcelona: Ed. Ariel: 1984.
- CALVO CARAVACA, A. L & AREAL LUDEÑA –edit.–. *Seminario Sobre Derecho Aeronáutico. Madrid, 13-14 de Mayo de 1998*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999.
- CALVO CARAVACA, A. L & CARRASCOSA GONZÁLEZ. «Desregularización del sector aéreo y Derecho comunitario», CDP, N.º 4, 1998, pp. 9 y ss.
- CALFEE, John E. & CRASHWELL, Richard. «Some effects of uncertainty on compliance with the legal standards». *Virginia Law Review*, Vol. 70, pp. 965-1003. En COLEMAN, Jules & LANGE, Jeffrey. *Law and Economics*, Vol. I. Cambridge: Ed. Dartmouth, 1992, pp. 187 a 229.

- COLEMAN, Jules. *Markets, Morals and the Law*. New York, Oxford University Press & Yale Law School Press, 2003.
- COOTER, Robert. «Models of Morality in Law and Economics: Self-control and self-improvement for the “Bad Man” of Holmes». *Boston University Review*, Vol. 78, pp. 903-930, publicado en <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=robert_cooter>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.
- «Punitive damages for deterrence: when and how much». *Alabama Law Review*, Vol. 40, Spring 1989, No. 3, p. 73, en <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=robert_cooter>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.
- «Punitive damages, social norms, and economics». En *Law and Contemporary Problems, Duke University, School of Law Journal*. Vol. 60, summer & autumn 1997, No. 3. & 4. <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=robert_cooter>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.
- *The Strategic Constitution*. Cambridge: Princeton University Press, 2000, Chapters 12 y 14, pp. 434-440, y 512-521. Publicación online en <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=robert_cooter>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.
- COOTER, Robert & ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. Traducida por SUÁREZ, Eduardo L. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998.
- DE CUPIS, Adriano, *El daño, teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Ed. Bosch, 1996.
- DE PAZ MARTÍN, Jesús. *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional: de Varsovia (1929) a Montreal (1999)*. Universidad de Castilla-La Mancha. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2006.
- DE QUEROL A., Nuria. *Análisis económico del Derecho: teoría y aplicaciones*. Revista Colección Derecho, Vol. 2. España: Ediciones FIEC, 2007.
- DIEDERIKS-VERSCHOOR. *An introduction to air law*. Amsterdam: Ed. Kluwer Law International, 8.ª ed., 2006.
- DÍEZ-PICAZO, L. *El Derecho de daños*. Madrid: Ed. Civitas, 1999.
- FRIEDMAN, David D. *Law's Order: what Economics has to do with Law and why it matters*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000.
- GARCÍA MATAMORROS, Laura. «El concepto de los daños punitivos o ‘Punitive Damages’». *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 5, No. 001, Universidad del Rosario, Bogotá: 2003, en <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2315022>>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.
- GIEMULLA/SCHMID –edit–. *Montreal Convention*. Amsterdam: Ed. Kluwer Law International, 2006.
- IPPOLITO, Richard A. *Economics for Lawyers*. New Jersey: Princeton & Oxford University Press, 2005.
- LANDES, William M. & POSNER, Richard A. *The economic structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

- LARSEN, Paul B.; SWEENEY, Joseph C.; y GUILLICK, John E. *Aviation Law: cases, laws and related Sources*. New York: Ed. Transnational Publishers, Inc, 2006.
- MADEN, M., Stuart y BOSTON, Gerald W., *Law of environmental and toxic torts, cases, materials and problems*. Cambridge: Ed. Thomson West, 2005, pp. 240 y ss.
- MALLOY, Robin P. *Law and Economics: a comparative approach to theory and practice*. St. Paul, Minn., USA: West Publishing Co., 1990.
- MAPELLI, E. *El contrato de transporte aéreo internacional. Comentarios al Convenio de Varsovia*. Madrid: ed. Tecnos, 1968.
- MARTÍN-CASALS, Miquel. «Spanish product liability today –Adapting to the new rules». En *Products liability in comparative perspective*. Editado por DUNCAN, Fairgrieve. New York: Cambridge University Press, 2005.
- MENÉNDEZ M. Adolfo –dir.–. *Régimen jurídico del transporte aéreo*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2005.
- MOLLER, Erik, PACE, Nicholas M., & CARROL, Stephen J. *Punitive damages in financial injury, and its implication for the industrial economies: jury verdicts*. Institute for Civil Justice. Washington: Ed. Rand, 1997. Versión virtual en <<http://www.rand.org/pubs/testimonies/2006/CT143.pdf>>. Fecha de consulta: 20 de octubre de 2008.
- PIZARRO, Ramón Daniel. *Derecho de daños*. Ed. La Roca, Buenos Aires: 1996, pp. 287-337.
- POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to Law and Economics*. Third Edition. New York: Aspen Publishers, 2003.
- POLINSKY, A. Mitchell & SHAVELL, Steven. «Punitive damages: an economic perspective». En *Litigation services handbook*, Chap. 13, Third Edition. Ed. Roman L. Weil, Michael J Wagner, Peter B. Frank, John Wiley & Sons, 2001. Versión virtual en <<http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pubs.php>>.
- POSNER, Richard A. *El análisis económico del Derecho*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México: 1998, pp. 198 a 202.
- RUBIO, Mauricio. *Economía jurídica: introducción al análisis económico del Derecho*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 578 a 622.
- RUEDA VALDIVIA, Ricardo. *La responsabilidad del transportista aéreo en la Unión Europea*. Granada: Ed. Comares, 2002.
- SANTOS BRIZ, «Unidad del concepto de culpa civil», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid, Dykinson, 2000,
- SHAVELL, Steven. «A note on marginal deterrence». *International Review of Law and Economics*, Vol. 12, Sept. 1992, pp. 345 a 355, Harvard Institute of Law and Economics. Versión virtual en <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/12_Inter_Rev_Law_Econ_345.pdf>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.
- «Do excessive legal standards discourage desirable activity?» *Economics Letters*, Vol. 95, 2007, pp. 394-397, Harvard Institute of Law and Eco-

- nomics. Versión virtual en <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/Excessive_Legal_Standards_95_Economic%20Letters_2007_p394.pdf>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.
- *Economic analysis of Accident Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1987.
- «On the proper magnitude of punitive damages: Mathias V. Accor Economy Lodging, Inc». *Harvard Law Review*, Vol. 120, pp. 1223-1229. Versión virtual en <<http://www.harvardlawreview.org/issues/120/march07/shavell.pdf>>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.
- «Punitive damages: an economic analysis». *Harvard Law Review*, Vol. 111, Feb. 1998, No. 4. Disponible en HeinOnline 111, Harv.L.869 (1997-1998), <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/111_Harvard_Law_Rev_869.pdf>.
- «Uncertainty over causation and the determination of civil liability». *Harvard Journal of Law and Economics*, Vol. 28, Oct. 1985. Versión virtual en HeinOnline 28, J.L. & Econ. p. 587, 1985: <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/29_Uncertainty.pdf>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.
- «The appeals process as a means of error correction in the quantification of punitive damages». *Journal of Legal Studies*, Vol. 24, June 1995, pp. 379-426. Versión virtual en HeinOnline, 24, J. Legal Stud. 379, 1999, en <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/66_Appeals_Process.pdf>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.
- «The fairness of sanctions: some implication for optimal enforcement policy». *American Law and Economics Review*, Vol. 2, Number 2, Fall 2000, p. 223-237, Harvard Law and Economics Institute. Versión virtual en <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/2_Amer_Law_Econ_Rev_223.pdf>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. *Tratado de la responsabilidad civil*, Tomo I. Barcelona: Ed. Bosch: 2008.
- STEPHEN DEMPSEY, Paul. *European Aviation Law*. Amsterdam: Kluwer Law International, 2004.
- TAMAYO, J. Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II. Ed. Legis: Bogotá, 2007.
- VON DEN STEINEN, Erwin. *National interest and international aviation*. Ámsterdam: Kluwer Law International, 2006.
- WAGNER, Frank D. *United States Reports, Vol. 38, Cases Adjudged in The Supreme Court, Oct, 2002*. Washington: Uncoated Printing Paper, 2004, pp. 408 y ss. Versión virtual en <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/boundvolumes/538bv.pdf>>, Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.
- WERNER, Z., Hirsch. *Law and Economics: an introductory analysis*. London: Academic Brace Jovanovich, Publishers, 1988.
- WITTMAN, Donald. *Economic Foundation of Law and Organization*. New York: Cambridge University Press, 2006.

La competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer

Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa
Profesora doctora de Derecho procesal
Universidad de Deusto

Recibido: 13.02.09

Aceptado: 04.05.09

Resumen: Una de las novedades más destacadas de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género viene constituida por la introducción de unos órganos judiciales de nueva creación, denominados Juzgados de Violencia sobre la Mujer, a los que corresponde, de manera exclusiva y excluyente, el conocimiento de los actos de violencia de género y, acumuladamente, diversas pretensiones de naturaleza civil, con el fin de proporcionar a la mujer víctima una protección integral.

Durante los años de funcionamiento de estos órganos se han producido numerosos conflictos competenciales con los órganos civiles que tradicionalmente conocían de las materias civiles que ahora se sustraen de su conocimiento y que han puesto de manifiesto, en determinados casos, la insuficiencia de la normativa actual para su resolución, y la necesidad de una reforma legislativa que ponga fin a la división doctrinal y jurisprudencial que ha originado. En el presente trabajo, se abordan especialmente dichos supuestos conflictivos apuntando posibles soluciones para ellos.

Palabras clave: Juzgados de violencia sobre la mujer; competencia judicial, conflictos de competencia.

Abstract: *One of the most remarkable novelties introduced by the Organic Law 1/2004, 28th of December 2004, which regulate the measures of integral protection against gender-based violence, is the incorporation of a new type of judicial bodies. These new created judicial branches are called «Courts of violence against women», and are appointed to resolve all the conflicts related to domestic violence, and accumulatively, several civil law suits with the purpose of providing violence victim women, an integral protection, on an exclusive and excluding basis.*

During the first years in which these judicial branches have been working, many matters involving the jurisdictional authority have appeared between these new type of courts and the civil judicial bodies, as the late ones traditionally had been resolved the civil issues that with the new law are being retrieved and removed from their jurisdiction. These matters have evidenced, in some cases, the insufficiency of legal resources of the present regulation to solve the jurisdictional controversies aroused. Besides, they have showed the clear necessity of a legal modification in order to put an end to the discussion and division among the legal doctrine and divergent jurisprudence created related to that topic. This paper allows a comprehensive approach of these conflictive cases and their possible solutions.

Key words: *Courts of violence against women; judicial competition; conflicts of competition.*

Sumario: I. Los juzgados de violencia sobre la mujer. Idea general.—II. Fundamento de su creación.—III. Críticas a su implantación.—IV. Competencia objetiva civil de los juzgados de violencia sobre la mujer. 1. Criterios de atribución. 2. Desaparición sobrevenida de alguno de los presupuestos determinantes de la atribución competencial. 3. Asuntos civiles atribuidos a los juzgados de violencia sobre la mujer.—V. Conflictos de competencia entre los juzgados civiles y los juzgados de violencia sobre la mujer. Regulación y cuestiones que se suscitan. 1. Planteamiento. 2. Procedimiento civil iniciado con anterioridad a la incoación de un proceso penal o a la emisión de una orden de protección. Pérdida de la competencia del juzgado civil. 2.1. Inhibición de oficio del juez civil por incoación del proceso penal o emisión de orden de protección. 2.1.1. Regulación de la inhibición. 2.1.2. Especial referencia al límite temporal para la inhibición. 2.2. Requerimiento de inhibición. 2.3. Supuesto previsto en el apartado segundo del artículo 49 bis de la ley de enjuiciamiento civil. 3. Procedimiento penal u orden de protección anterior a la interposición de la demanda civil. 3.1. Supuesto en el que el procedimiento penal está tramitándose. 3.2. Procedimiento penal finalizado por sentencia absoluta o auto de sobreseimiento. 3.3. Procedimiento penal finalizado por sentencia condenatoria. 4. Supuesto de interposición de dos demandas civiles en un juzgado civil y en un juzgado de violencia sobre la mujer. 4.1. Supuesto en el que una de las partes interpone la demanda civil ante el juzgado civil ordinario con posterioridad a la presentación de la demanda, con idéntica pretensión, por la otra parte ante el juzgado de violencia sobre la mujer. 4.2. Supuesto en el que la demanda ante el juzgado civil se presentó con anterioridad a la idéntica presentada ante el órgano especializado.—VI. Competencia funcional.—VII. La competencia territorial.

I. Los juzgados de violencia sobre la mujer. Idea general

El 28 de enero de 2005 entró en vigor la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹, a excepción de los títulos IV y V, que lo hicieron el 29 de junio de ese mismo año. Una de las novedades más destacadas de la citada ley viene constituida por la introducción de unos órganos judiciales de nueva creación, denominados *juzgados de violencia sobre la mujer*; los Capítulos I a IV del Título V (arts. 43 a 69) se dedican a la regulación de dichos juzgados, así como a las normas procesales que han de regir sus actuaciones.

¹ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004; rect. BOE núm. 87, de 12 de abril de 2005 (RCL 2004, 2661 y RCL 2005, 735).

Los juzgados de violencia sobre la mujer se configuran como juzgados de instrucción especializados, si bien, desde el punto de vista de la competencia, tienen una competencia mixta que abarca materias de dos órdenes jurisdiccionales distintos, el penal y el civil², ya que estos juzgados conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial³, adicionado por el artículo 43 de la Ley Orgánica 1/2004, los juzgados de violencia sobre la mujer tienen como demarcación el Partido Judicial, con sede en la capital de aquel y jurisdicción en todo su ámbito territorial, tomando su designación del municipio de su sede.

No obstante lo anterior, excepcionalmente, pueden establecerse en otras poblaciones o abarcar dos o más Partidos dentro de una misma provincia (art. 87 bis. 2 LOPJ) o bien, puede el Consejo General del Poder Judicial, previo informe de las Salas de Gobierno, acordar que, en aquellas circunstancias donde sea conveniente en función de la carga de trabajo existente, el conocimiento de los asuntos referidos en el art. 87 ter LOPJ, corresponda a uno de los juzgados de primera instancia e instrucción, o de instrucción en su caso, y se determina en esta situación que uno solo de estos órganos conozca de todos estos asuntos dentro del Partido Judicial, ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias (art. 87 bis 3 LOPJ). A estos efectos, el artículo 52 de la Ley Orgánica 1/ 2004 adiciona a la Ley 38/1988, de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988⁴ un nuevo artículo 46 ter, que indica cómo debe efectuarse la adaptación nece-

² El apartado séptimo del artículo 544 ter LECrim, introducido por la Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003), ya atribuye competencias civiles a un órgano jurisdiccional de carácter penal, como es el juzgado de instrucción, si bien limitadas a determinadas medidas que se pueden acordar provisionalmente en la orden de protección, cuando existan hijos menores o incapaces. Sin embargo, estas medidas tendrán una vigencia temporal de treinta días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente. Por tanto, no se produce una sustracción de atribuciones de los juzgados de primera instancia, a favor de los juzgados de instrucción, a diferencia de lo que ocurre en relación con los juzgados de violencia sobre la mujer.

³ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985; rect. BOE núm. 264, de 4 de noviembre (RCL 1985, 1578 y 2635).

⁴ BOE núm. 313, de 30 de diciembre; rect. BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1989 (RCL 1988, 2606 y RCL 1989, 1150).

saría para la asunción de las funciones propias de los juzgados de violencia sobre la mujer⁵.

En los partidos judiciales en que exista un solo juzgado de primera instancia e instrucción será este el que asuma el conocimiento de los asuntos a los que se refiere el artículo 87 ter LOPJ, compatibilizándolos con el resto de las competencias que tienen legalmente atribuidas (art. 87 bis 4 LOPJ)⁶.

A la vista de lo expuesto hasta el momento, cabe afirmar que, en realidad, la especialización competencial, bien con carácter exclusivo y excluyente, bien con carácter no exclusivo pero sí excluyente, se produce en aquellos casos en los que el conocimiento de los asuntos referidos en el artículo 87 ter LOPJ se atribuye a juzgados de primera instancia e instrucción, o de instrucción⁷. En el resto de los casos, estamos ante órganos de nueva creación, sin perjuicio de ser competencialmente especializados.

⁵ Dispone el artículo 46 ter, 1 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial que «El Gobierno, dentro del marco de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, oído el Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, la Comunidad Autónoma afectada, procederá de forma escalonada y mediante Real Decreto a la constitución, compatibilización y transformación de Juzgados de Instrucción y de Primera Instancia e Instrucción, para la plena efectividad de la Planta de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer». En cumplimiento de estas previsiones, el Real Decreto 233/2005 de 4 de marzo, modifica el Anexo XIII de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, para adaptar los juzgados de violencia sobre la mujer a la programación del año 2005.

⁶ Establece en este sentido el artículo 15 bis de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988:

1. «La planta de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer será la establecida en el anexo XIII de esta Ley».

2. «La concreción de la planta inicial y la que sea objeto de desarrollo posterior, será realizada mediante Real Decreto de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la presente Ley se ajustará a los siguientes criterios:

- a) Podrán crearse Juzgados de Violencia Sobre la Mujer en aquellos Partidos Judiciales en los que la carga de trabajo así lo aconseje.
- b) En aquellos partidos judiciales en los que, en atención al volumen de asuntos no se considere necesario el desarrollo de la planta judicial, se podrán transformar algunos de los Juzgados de Instrucción y de Primera Instancia e Instrucción en funcionamiento, en Juzgados de Violencia sobre la Mujer.
- c) Asimismo, cuando se considere, en función de la carga de trabajo, que no es precisa la creación de un órgano judicial específico, se determinará, de existir varios, qué Juzgado de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción, asumirá el conocimiento de las materias de violencia sobre la mujer en los términos del artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género sin carácter exclusivo junto con el resto de las correspondientes a la jurisdicción penal o civil, según la naturaleza del órgano en cuestión».

⁷ En este sentido, señala ESCALADA LÓPEZ que estamos ante la creación de un órgano nuevo, y se base fundamentalmente en que su implantación ha supuesto la reforma del artículo 26 LOPJ, en el que se enuncian los juzgados y tribunales tipo, orgánicamente ordinarios, norma en la que, como señala la autora citada, «no existe referencia alguna a aquellos órganos que, siendo orgánicamente ordinarios, devienen ulteriormente especiales o

Los magistrados y jueces de los juzgados de violencia sobre la mujer serán sustituidos por los juzgados de instrucción o juzgados de primera instancia e instrucción, según el orden que establezca la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia respectivo⁸.

En las actuaciones que constituyen el servicio de guardia conforme al artículo 40 del Reglamento 5/1995 del Consejo General del Poder Judicial, el juez de instrucción que atiende el servicio de guardia actúa en sustitución del juzgado de violencia sobre la mujer.

Habrà que tener en cuenta, por último, la Instrucción 3/2003 de 9 de abril del Pleno del CGPJ sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica⁹ que, como complemento de lo dispuesto en la Ley 38/2002 de 24 de octubre¹⁰, pretende centralizar en un mismo juzgado todas las denuncias que pueda presentar la víctima para conseguir la aplicación de la habitualidad delictiva en este tipo de delitos. Por tanto, el juzgado de violencia sobre la mujer será competente para conocer de todos los ulteriores procesos penales que, con equiparable objeto y mismos sujetos, puedan incoarse en el futuro, asumiendo la competencia para cualquier actuación propia del proceso civil.

II. Fundamento de su creación

En la adopción de la medida de creación de estos órganos judiciales especializados o, en su caso, de especialización de los ya existentes, subyacen en palabras de FUENTES SORIANO¹¹ fundamentalmente dos razones: por una parte, «la necesidad de hacer frente de manera especializada y omnicompreensiva a un problema, cual es la violencia de género, cuyas diversas manifestaciones concita en torno a él conflictos de carácter penal, y de carácter

especializados desde un punto de vista competencial, *ergo*, la mención a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en este art. 26 LOPJ, refuerza la idea de que constituyen un órgano distinto de los Juzgados de Instrucción, y no presuntos Juzgados de Instrucción competencialmente especializados». (ESCALADA LÓPEZ, M.^a Luisa, *Sobre el Juez ordinario prede-terminado por la Ley*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 492).

⁸ Cfr. art. 211.3 LOPJ, adicionado por la disposición adicional 10.^a de la LO 1/2004.

⁹ *Vid.* en relación con dicha instrucción, MAGRO SERVET, Vicente, «La Instrucción 3/2003 de 9 de abril del CGPJ sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica», *Diario La Ley*, núm. 5784, Sección Doctrina, 20 de mayo de 2003, Año XXIV, Ref. D-119.

¹⁰ Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE 28 de octubre; rect. BOE 23 de noviembre de 2002).

¹¹ FUENTES SORIANO, Olga, «La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 6362, 2005, Tomo 5, Ref. D-268, p. 1165.

civil (e incluso en ocasiones asistencial o laboral) que conviene enjuiciar de forma conjunta. Y, por otro lado, el incremento constante de este tipo de violencia así como su gravedad, que requería la creación de unos órganos cuantitativamente especializados y suficientes en número».

Efectivamente, se trata de una decisión acorde con el objetivo de fomento de la especialización que, para todos los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección de las víctimas, propugna el artículo 2 j de la LO 1/2004¹² y que resulta imprescindible para lograr un tratamiento integral de la violencia de género, tal como se pone de manifiesto en la Recomendación R 13 (85) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la violencia en la familia, que señala como necesaria la existencia de juzgados especializados y la racionalización de las normas de reparto, con el fin de mejorar el rendimiento judicial frente al fenómeno del maltrato.

En relación con dicha especialización, cabe recordar que ya existen precedentes con la aprobación por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 1 de diciembre de 1999 de la especialización de los juzgados de instrucción número 4 de Orihuela, y el juzgado de primera instancia e instrucción número 5 de Elche y Alicante con el objeto de atribuirles la instrucción de todos los asuntos relacionados con la violencia doméstica. Dicha especialización se acordó con exención de reparto en algunas materias, pero conservando el resto de las competencias¹³.

La opción por una reforma legislativa que introdujera en el artículo 26 LOPJ estos órganos había sido valorada positivamente por MAGRO SERVET, como única vía para extender la experiencia piloto de los tres juzgados de la provincia de Alicante evitando, en cada caso, el procedimiento de espe-

¹² En este sentido señala la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica que «... se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles». La especialización no es, sin embargo, el único objetivo de esta atribución competencial sino que la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2004 afirma que la atribución de competencia objetiva para las causas civiles relacionadas con las causas penales en materia de violencia sobre la mujer persigue asegurar «la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada de la violencia». Con carácter general, sobre los aspectos fundamentales de esta Ley Orgánica se puede consultar CARBALLO CUERVO, Miguel Ángel, «Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Violencia doméstica*, SEPIN, Madrid, 2005, pp. 11-78.

¹³ Vid. en relación con dicho procedimiento de especialización MAGRO SERVET, Vicente, «Los nuevos Juzgados especializados de violencia doméstica», *Diario La Ley*, núm. 4954, de 22 de diciembre de 1999, Tomo 4, Ref. D-124.

cialización previsto en los artículos 17 y 18 del Reglamento 5/1995 de 7 de junio, de Aspectos Accesorios de la Carrera Judicial¹⁴.

III. Críticas a su implantación

La creación de los juzgados de violencia sobre la mujer no ha estado, sin embargo, exenta de críticas, que van desde el cuestionamiento de la conveniencia de su instauración o de la asignación de competencias civiles¹⁵, pasando por otras de carácter práctico, en relación con el número insuficiente de juzgados creado y el volumen excesivo de trabajo¹⁶, hasta otras más graves, al haberse cuestionado su constitucionalidad, puesto que se considera que se trata de una jurisdicción especial *ratione personae*.

En este sentido, el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial durante la tramitación parlamentaria de la LO 1/2004 llega a calificarlos de juzgados de excepción. En esta línea, DEL POZO PÉREZ¹⁷ pone de

¹⁴ En virtud de lo dispuesto por el artículo 17 del Reglamento 5/1995 de 7 de junio, «el acuerdo de especialización podrá adoptarse a iniciativa de las Juntas de Jueces, de las Salas de Gobierno y del propio Consejo General del Poder Judicial. La que proceda de las Juntas de Jueces se elevará por conducto de la Sala de Gobierno correspondiente y con su informe, al Consejo General del Poder Judicial».

De acuerdo con el artículo 18 del citado Reglamento «la propuesta que se eleve al Consejo General del Poder Judicial deberá ser suficientemente motivada e incorporará los antecedentes necesarios, así como un informe sobre la situación y funcionamiento de los órganos judiciales afectados y deberá contener un análisis de la incidencia que el acuerdo de especialización pueda tener sobre otros Tribunales o Juzgados».

El artículo 19 de dicha norma establece lo siguiente:

«1. La propuesta será presentada por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, la cual podrá recabar todos aquellos informes que estime convenientes. Necesariamente deberá recabar el informe de la Sala de Gobierno si no constare, el del Servicio de Inspección y el del Gabinete Técnico.

2. En la petición de los informes, que deberán ser emitidos en el plazo máximo de veinte días, contados a partir de la recepción del escrito, se concretarán el extremo o extremos acerca de los cuales se solicita el informe».

¹⁵ En este sentido, se ha criticado que los Juzgados de violencia sobre la mujer asuman el conocimiento de determinados procesos de familia, ya que la ubicación de estos procesos en sede penal «refuerza una visión punitiva de estos procesos que es incompatible con la finalidad pacificadora de los conflictos familiares que deben tener todos los procesos de familia». Vid. SANAHUJA, María, «Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 63. Para esta magistrada, los juzgados de violencia sobre la mujer deberían asumir exclusivamente las competencias penales y, en materia civil, las medidas provisionales urgentes derivadas de la orden de protección.

¹⁶ Vid. SANAHUJA, María, «Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *op.cit.*, p. 64.

¹⁷ DEL POZO PÉREZ, Marta, «Algunos recelos en torno a la regulación procesal de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 6402, 2006, Tomo I, D-16, p. 1.273. A juicio de esta autora, los juzgados especializados en esta materia deberían haberse denominado de otra manera (por ejemplo,

manifiesto que podría producirse con el nuevo órgano jurisdiccional una colisión con el principio de igualdad o con la prohibición de los tribunales de excepción. Esta autora considera que «resulta inadmisibles que la necesaria especialización no se haya producido para el conocimiento de la totalidad del conjunto de conductas que integran el complejo fenómeno de la violencia familiar; la creación de nuevos órganos jurisdiccionales no puede producirse para la atribución de competencias determinadas por el sexo de la víctima o la intención del agresor; dicha justificación resulta intolerable en un Estado social y democrático de Derecho que prohíbe la discriminación por razón de edad, sexo o condición».

En mi opinión, sin embargo, la creación de estos órganos cumple todos los requisitos exigidos por el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, sin que puedan ser considerados como una jurisdicción especial¹⁸. A este respecto, cabe recordar que de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al contenido del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley se deduce que encierra una triple garantía:

Por un lado, el órgano judicial ha debido ser creado por una ley en sentido estricto, en la cual se le inviste de jurisdicción y competencia. La STC 93/1988, de 24 de mayo de 1988 (213/1988), FJ 4.º, recuerda que «en relación con el rango de la norma en que han de contenerse dichos criterios generales, el Tribunal se ha pronunciado en el sentido de entender que se trata de ley en sentido estricto, como resulta tanto de la dicción literal del precepto como de su interpretación sistemática». Así en la STC 101/1984 de 8 de noviembre, este Tribunal afirmó que «la referencia del artículo 24.2 a la

juzgado de violencia familiar o doméstica) y ocuparse de todo tipo de cuestiones relacionadas con la violencia familiar, con independencia del sexo o la condición de su sujeto pasivo. Parece, concluye, «que se crea un órgano jurisdiccional especial para la mujer, cuestión vedada por la CE».

¹⁸ Así lo entienden igualmente FUENTES SORIANO, Olga, «La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», *cit.*, pp. 1165 y 1166.

Ciertas dudas parece tener ESCALADA LÓPEZ, para quien «la actual conformación legal de estos juzgados se traduce en que, si bien son creados y les es atribuida jurisdicción por ley, con anterioridad, generalidad y de forma dadora de independencia, su competencia es distribuida por ley (dudosamente constitucional), previa, pero facultadora de la postdeterminación derivada de parciales atracciones de competencias civiles, operadas por el juez penal y, por tanto, de forma excluyente de la abstracta imparcialidad. Ello es así, como consecuencia de la posibilidad de que la parte pueda provocar la postdeterminación competencial, con carácter específico (*ad hoc*) y crónico, de tal competencia inconstitucionalmente postdeterminada de modo concreto». Todo ello, a juicio de esta autora, «agravado, además, como consecuencia de las específicas normas de reparto por antecedentes, y la consagración de un sumario indefinido». (ESCALADA LÓPEZ, María Luisa, *Sobre el Juez ordinario...*, cit., p. 496).

ley coherente con lo también dispuesto en los arts. 53.1 y 86.1 de la Constitución, exige que el vehículo normativo para determinar cuál será el juez del caso es la ley en sentido estricto» y ello porque (...) «la interpretación sistemática entre el art. 24.2 y el 117.3, ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los jueces, que constituye el interés directo protegido por el derecho al juez ordinario predeterminado (...) radica en la ley». La referencia expresa a la ley que lleva a cabo el art. 24.2 CE se corresponde así con la reserva de ley que efectúa el art. 53.1 y la reserva similar contenida en el art. 117.3, y refleja, en relación con la fijación de las reglas fundamentales de la competencia material y territorial, una exclusión de otras normas –decretos leyes o disposiciones de carácter reglamentario– distintas de la ley en sentido estricto, por cuanto que esta se configura como la garantía de la independencia e imparcialidad judicial. Al integrar el contenido del derecho en cuestión la predeterminación por ley del juez competente, es claro que la intervención del decreto ley en este supuesto supone, no solo una afectación de ese derecho prohibida por el art. 86.1 CE, sino su misma negación, al excluir su aspecto esencial de este, como es la cualidad de ley formal de la norma que establezca los criterios fundamentales para la determinación de cuál sea el juez competente.

Por otro lado, es necesario que dicha ley sea previa a su actuación, es decir, que, con anterioridad al caso, se contengan legalmente los criterios de determinación que, al aplicarse a cada litigio, permitan establecer cuál es el juzgado o tribunal llamado a conocer del caso¹⁹, sin que quepa la creación *ad hoc*, para el conocimiento y resolución del litigio que se somete a su consideración.

Por último, es necesario que su régimen procesal no permita calificarlo como órgano especial o excepcional²⁰. Tal como señala ESCALADA LÓPEZ²¹, la alusión relativa a los órganos especiales «viene referida a los tribunales excepcionales o extraordinarios, y a los tribunales orgánicamente especiales constitucionalmente no previstos que, en esta medida, se identifican con los extraordinarios o de excepción».

¹⁹ En este sentido, la STC 93/1988, de 24 de mayo, FJ 4.º, señala que «la predeterminación por ley significa la preexistencia de unos criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso».

²⁰ La sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 47/1983, de 31 de mayo de 1983, rec. 148/1981, recuerda en su FJ 2.º la exigencia de que «la composición del órgano venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente». *Vid.* en el mismo sentido, entre otras, SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 9; 37/2003 de 25 de febrero, FJ 4; 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 7 Y 164/2008 de 15 de diciembre de 2008, rec. 1387/2005, FJ 2.

²¹ ESCALADA LÓPEZ, María Luisa, *Sobre el Juez ordinario...*, *op.cit.*, p. 443, nota a pie de página 807.

Las garantías referidas constituyen los componentes esenciales del principio constitucional del juez legal predeterminado. Sin embargo, cabe mencionar, siguiendo a BARONA VILAR²² dos elementos que complementarían los anteriores:

Por un lado, la exigencia de preexistencia a la atribución de un asunto a un tribunal, de unas reglas de reparto en aquellas poblaciones en las que concurren varios tribunales de la misma categoría, si bien, en su predeterminación no se exige ley formal, y su control corresponde exclusivamente a los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la exigencia de normas previas de asignación de ponencias entre los distintos magistrados que componen los órganos colegiados, cuya aprobación corresponde a las correspondientes Salas de Gobierno.

Considero que los juzgados de violencia sobre la mujer cumplen las exigencias expuestas, en la medida en que se trata de órganos creados por Ley Orgánica, con generalidad y anterioridad al momento de su intervención. Tampoco son tribunales orgánicamente especiales, sino tribunales ordinarios, incardinados en la organización judicial regulada en la LOPJ, sujetos al mismo régimen jurídico que el resto de los integrantes del Poder Judicial. Todo ello sin perjuicio de que se trate de órganos competencialmente especializados, como lo son otros órganos cuya constitucionalidad no se cuestiona, y que, en algunos casos, también asumen el conocimiento de materias propias de más de un orden jurisdiccional²³.

Cabría plantearse si la utilización del criterio personal, que se aplica cumulativamente con el criterio material, implica una discriminación por razón de sexo, que vulneraría el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE. A este respecto, señala ASENSIO MELLADO que «no puede ser considerado excepcional un tribunal por el hecho de que su competencia

²² BARONA VILAR, Silvia, en ESCRIBANO MORA, Fernando (coord.), *El proceso civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, Vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 452.

²³ En este sentido, cabe mencionar, además de los juzgados de primera instancia especializados en virtud de lo dispuesto en el artículo 98 LOPJ, la reciente creación de los juzgados de lo mercantil por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (BOE núm. 164, de 10 de julio [RCL 2003, 1747], por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que se configuran en la Exposición de Motivos II de la LO 8/2003 como juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil si bien precisa que estos extiendan su competencia a aspectos propios del orden jurisdiccional social.

Por otro lado, no debe olvidarse que la acumulación heterogénea de acciones (civil y penal) en aras de la protección más eficaz de la víctima, no es algo nuevo en el proceso penal en el que se produce *ope legis*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 112 LECrim; el artículo 10 del mismo texto legal permite a los perjudicados por un delito o falta «mostrarse parte en la causa y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan, según les conviniere».

venga determinada por la condición de mujer, ya que, lejos de responder esta opción a razones discriminatorias, lo hace atendiendo a una realidad, cual es la violencia ejercida frente a ella en el ámbito determinado por la ley que hunde sus raíces en un fenómeno social que exige respuestas particularizadas, de contenidos diversos y de forma integral. Considerar desigualdad lo que es una consecuencia de ella y negar una respuesta apropiada a una situación que obliga al Estado a actuar con firmeza y a través de mecanismos apropiados y eficaces constituye una opinión, legítima, pero no consciente de la realidad del problema y sus soluciones»²⁴.

Desde una perspectiva similar, considera LAURENZO COPELLO que «la exclusión del varón como sujeto pasivo de las figuras agravadas introducidas por la Ley Integral en nada afecta, pues, al art. 14 de la Constitución. Para que fuese posible discutir siquiera la posible constitucionalidad de esta medida sería preciso que la ley privara de esa tutela reforzada a algún colectivo que se encuentre en una situación fáctica semejante a la de las mujeres, una circunstancia que sin duda no concurre en el grupo de los hombres»²⁵.

Argumentos semejantes subyacen en el razonamiento de BALLESTEROS MORENO, quien alega como justificación de la existencia de los juzgados especializados en violencia sobre la mujer las estadísticas, la necesidad de que las mujeres dispongan de igualdad en el ejercicio y acceso a la tutela judicial efectiva, de su protección física y psíquica y de todas sus implicaciones. Desde esta perspectiva pone de manifiesto que «la importancia de que los juzgados de violencia sobre la mujer no constituyan una acción de discriminación inversa, radica en que, en primer término, no se afectan los derechos de los varones víctimas de violencia por parte de sus parejas o ex parejas y, por tanto, se debe considerar como una medida acorde con la Constitución, pues su finalidad es lograr principio de igualdad y la tutela judicial efectiva»²⁶.

Frente a este tipo de planteamientos, algún autor se cuestiona si existe realmente, en relación con la atribución de competencia a un órgano judicial

²⁴ ASENCIO MELLADO, José María, «La competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 73.

²⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia, «El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal», *La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 109. *Vid.* STC, Pleno, 98/2008 de 24 de julio de 2008, rec. 51/2007; STC, Pleno, 83/2008, de 17 de julio de 2008, rec. 5163/2006; STC, Pleno, 59/2008, de 14 de mayo, rec. 5939/2005.

²⁶ BALLESTEROS MORENO, Constanza, «Tutela judicial», en ARANDA ÁLVAREZ, Elviro (dir.), *Estudios sobre la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 141 y 142.

concreto, razones que justifiquen dicha medida en atención a la condición de mujer. En este sentido, hay que tener en cuenta que, en general, las medidas adoptadas se justifican precisamente desde la perspectiva del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, en su vertiente de igualdad en la ley, desde la consideración de que la regulación diferenciada se establece con base en que los supuestos de hecho son distintos de los que aparecen reflejados en la regulación general²⁷. Sin embargo, en este punto concreto se ha señalado que, por un lado, no existe una situación inicial de desventaja que impida o limite de algún modo el acceso a la tutela judicial a las mujeres víctimas de violencia a manos de sus maridos o parejas y, por otro, que la medida de excluir de la competencia de los nuevos juzgados las agresiones padecidas por sujetos distintos, como puede ser el varón o cualquier ascendiente con independencia de su sexo, no proporciona ventaja alguna respecto de la víctima mujer casada o compañera sentimental, sino que «tan solo supone una *discriminación negativa* respecto a quien no se encuentra amparado por los JVM»²⁸.

Estos argumentos se rebaten alegando que lo que se pretende es proteger más eficazmente la dignidad de la mujer, acudiendo a mecanismos que garanticen mejor la tutela judicial efectiva, partiendo de que existen desigualdades de inicio. En este sentido, como se ha apuntado, la creación de estos órganos responden a una necesidad social, apoyada en estadísticas judiciales obtenidas y analizadas por el Observatorio contra la Violencia de Género, para que, a través de su especialización, pueda realizarse un seguimiento completo de la problemática en la que vive inmersa cada mujer y los que con ella conviven.

²⁷ Vid. FUENTES SORIANO, Olga, «La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», *cit.*, pp. 1160 a 1162.

²⁸ CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la determinación de su competencia», *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, p. 127.

En el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (pág. 25), se señala que «la tutela judicial no es, en cuanto tal, un bien escaso que no permita, por una supuesta limitada disponibilidad, su reparto y atribución a todos cuanto lo precisen; es decir, la tutela judicial es un bien que no exige se excluya de su ámbito a ningún grupo humano (varones en este caso) para dar debida satisfacción a otro grupo más desfavorecido (mujeres en este caso). Por decirlo sintéticamente: existe posibilidad de tutela judicial para todos sin excluir ni postergar, es decir, sin eliminar ni discriminar a nadie. Distinto sería el supuesto de que una limitación legal impusiera un número máximo de asuntos a resolver por los nuevos órganos judiciales, previstos para conocer de la violencia doméstica, y esa limitación exigiera entonces dar prioridad a las mujeres frente a los varones (reparto de un bien escaso, con preferencia del más favorecido). Pero no sucede tal cosa, ni podría suceder en el proyecto que se informa».

Por todo ello, no se comparten tampoco las críticas vertidas en relación con el riesgo que supone para la imparcialidad el que un mismo juez sea quien instruya unos hechos que pueden constituir a su vez, al menos parcialmente, el objeto del proceso civil sobre el que ha de fallar. En este sentido se señala que esa posible conexión entre el objeto de uno y otro procesos puede provocar que el juzgado de violencia sobre la mujer lleve a cabo, en el proceso penal, determinadas actuaciones y diligencias de investigación que le generen algunos «prejuicios» sobre los hechos ocurridos o en relación con las personas implicadas, las cuales, se añade, podrían condicionarle a la hora de tomar ciertas decisiones en el proceso civil, especialmente aquellas que pueden encerrar un elevado grado de discrecionalidad, apuntándose como ejemplo a quién se atribuye la custodia de los hijos o cuál es el régimen de visitas, entre otras²⁹.

En mi opinión, sin embargo, el conocimiento de todos los hechos y circunstancias que puedan concurrir en estos supuestos no debe verse como un inconveniente sino como una necesidad y, especialmente, cuando se trata de adoptar medidas como la mencionada. A este respecto, cabe reiterar que, precisamente, la atribución de competencias civiles a estos órganos jurisdiccionales penales se justifica en la necesidad de otorgar a la mujer víctima de la violencia de género una protección integral, sin que pueda cumplirse dicha finalidad con efectividad si los diversos asuntos tanto penales como civiles, que afectan a su situación familiar y a su relación con el presunto agresor se tramitan ante órganos judiciales distintos, que pueden, incluso, dictar resoluciones contradictorias. Se evita así la tan criticada peregrinación de jurisdicciones que únicamente contribuye a victimizar, por segunda vez, a dicha mujer³⁰.

²⁹ Este es el planteamiento de CUBILLO LÓPEZ, que cuestiona la constitucionalidad de los juzgados de violencia sobre la mujer, por contravenir el derecho a un juez imparcial en su vertiente objetiva o, en otra terminología, a un juez no prevenido, comprendido dentro del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE. (CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la determinación de su competencia», *op.cit.*, p. 124).

³⁰ *Vid.* en este sentido, PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, «La competencia del Juez de Violencia sobre la Mujer», en BOIX REIG, Javier y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (coords.), *La Nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 295.

IV. Competencia objetiva civil de los juzgados de violencia sobre la mujer

1. Criterios de atribución

Supuesto un número de órganos judiciales de distinto tipo, las normas sobre competencia objetiva nos indican, teniendo en cuenta el objeto del proceso, qué tipo o clase de órgano judicial, dentro de los que tienen atribuida competencia genérica en el ámbito del orden jurisdicción civil³¹, debe conocer de un determinado asunto, en primera o única instancia.

Tradicionalmente tres son los criterios que, en ocasiones combinados entre sí, ha utilizado el legislador para atribuir este conocimiento: a) el de la persona del demandado; b) el de la materia o naturaleza del asunto; c) el de la cuantía o cantidad objeto de litigio. El criterio de la cuantía es siempre subsidiario, de manera que habrá que estar a lo que resulte de los otros dos, con independencia de a cuánto ascienda el valor de la demanda.

La creación de los juzgados de violencia sobre la mujer exige la combinación de algunos de los criterios mencionados y la incorporación de alguno nuevo. Concretamente, señala GONZÁLEZ GRANDA³², que, en el caso de los juzgados de violencia sobre la mujer, se combinan para la atribución de competencia objetiva en el ámbito civil tres criterios: a) un criterio cualitativo *ratione materiae*, asumiendo el conocimiento solo de un elenco de materias previamente enumeradas en el apartado segundo del nuevo artículo 87 ter

³¹ Dispone el párrafo segundo del artículo 9 de la LOPJ que «los Tribunales y Juzgados del Orden Civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional».

«En este orden civil, corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaría y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieron en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer del sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la autoridad judicial civil competente».

El artículo 87 ter LOPJ actúa de complemento del artículo 9.3 LOPJ, modificando, a su vez, la previsión del artículo 9.2 LOPJ, al sustraer del conocimiento de los tribunales civiles materias que «les son propias». (SENÉS MOTILLA, Carmen, «La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *Diario La Ley*, núm. 6371, 2005, Tomo 5, Ref. D-279, p. 1269).

³² GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, «Los Juzgados de Violencia sobre la mujer en la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 6214, 2005, Tomo 2, Ref. D-67, p. 1634; los mismos criterios son referidos por MAGRO SERVET, Vicente, «La competencia en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (competencia objetiva, territorial, y funcional)», *Práctica de los Tribunales*, núm. 19, septiembre 2005, pp. 36 y 37; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *Diario La Ley*, núm. 6279, 2005, Tomo 3, Ref. D-155, pp. 1922 a 1924.

LOPJ; b) un criterio cualitativo *ratione personae*, siendo necesario además que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género en los términos a que hace referencia el apartado 1.º del art. 87 ter LOPJ y que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género; y c) un criterio de actividad que se traduce en la exigencia de que se hayan iniciado ante el juez de violencia sobre la mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

En este sentido, ONTIVEROS RODRÍGUEZ³³ señala que la competencia objetiva en el orden civil de estos juzgados viene determinada por la concurrencia simultánea de tres presupuestos: un primero de carácter material; un segundo de carácter personal y un tercero de carácter procedimental³⁴.

Concretamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 ter 3.º LOPJ, los juzgados de violencia sobre la mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) *Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del artículo 44 del artículo 87 ter LOPJ*³⁵.
- b) *Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a del artículo 87 ter LOPJ.*

Este apartado se refiere concretamente a la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como los cometidos sobre los des-

³³ ONTIVEROS RODRÍGUEZ, Francisco, «Competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: el art. 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (problemática y propuestas de reforma)», *Diario La Ley*, núm. 6695, 2007, Tomo 2, Ref. D-95, pp. 1832 y 1833.

³⁴ SENÉS MOTILLA alude exclusivamente a un doble requisito: un requisito subjetivo (la condición de parte en el proceso civil de la víctima de violencia de género y de su agresor) y un requisito funcional (la pendencia de un proceso penal por hechos delictivos susceptibles de ser calificados de violencia de género o la adopción de un orden de protección a la víctima). (SENÉS MOTILLA, Carmen, «La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1270).

³⁵ *Vid.* epígrafe IV 3 de este trabajo.

cientemente propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género³⁶.

A efectos del cumplimiento de este presupuesto es indiferente la posición que ocupe la víctima (tanto la mujer como alguna de las personas a las que hace referencia el art. 87 ter,1 LOPJ) en el proceso civil, concurriendo dicho requisito incluso aunque ambos cónyuges compartan la misma posición procesal³⁷.

c) *Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.*

Cabe entender que la ley utiliza el término imputado en sentido amplio, sin que la atribución de la competencia civil quede condicionada a la existencia de imputación judicial en forma de auto de procesamiento o resolución equivalente³⁸.

A estos efectos, cabe recordar la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) 135/1989, de 19 de julio (RTC 1989, 135) en la que se reconoce la con-

³⁶ La referencia únicamente a delitos no debe inducir a error en cuanto a la negación de la competencia civil del juzgado de violencia sobre la mujer cuando lo sea penalmente en los supuesto de faltas. En este sentido el AAP de Murcia núm. 23/2006, de 14 de febrero de 2006, señala que «el límite sustantivo en la faceta penal, que es el que aquí interesa, alude claramente a delito y a falta, mientras que el apartado en que se apoya el Juzgado de Violencia se refiere a la delimitación personal, de ahí que la remisión al apartado 1 a) que ordena el art. 87 ter 3 b), lo sea a los solos efectos de concretar los sujetos, no los hechos, que vienen establecidos en el apartado d)».

³⁷ En el caso de que se produzcan agresiones mutuas, entiende ASENCIO MELLADO que deberán acumularse ante el juzgado de violencia sobre la mujer las pretensiones civiles que se dirijan ambos cónyuges. Estas normas, añade, autorizan al agresor a reconvenir, en el marco del art. 87 ter LOPJ, frente a la demanda interpuesta por la persona víctima de la violencia de género, sin que sea posible la reconvencción fuera de la competencia objetiva de los juzgados de violencia sobre la mujer. (ASENCIO MELLADO, José María, «La competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *op. cit.*, p. 77).

³⁸ En este sentido SENÉS MOTILLA, Carmen, «La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, pág. 1270; CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la determinación de su competencia», *op. cit.*, pp. 152 y 153. CASTILLEJO MANZANARES considera, en esta línea, que el concepto de imputado ha de entenderse equivalente al de denunciado, ya que el precepto mencionado se refiere no solo a procesos por delito sino también a procesos por faltas en los que no existe formalmente un juicio de imputabilidad con anterioridad al acto de la vista. (CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Diario La Ley*, núm. 6290, 2005, Tomo 3, Ref. D-171, p. 2029).

Vid. en relación con la condición de imputado en el procedimiento abreviado, STC, Pleno 186/1990, de 15 de noviembre de 1990, rec. 1914/1990.

dición de imputado «a toda persona a quien se atribuya, más o menos fundamentalmente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido, actuando en el procedimiento penal cualquiera que este sea, desde que se le comunique inmediatamente la admisión de la denuncia o querrela no de la simple interposición de una u otra, o cualquier otra actuación procesal de la que resulta la imputación de un delito, o haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá en este derecho».

Se ha señalado que cuando el hecho sea constitutivo de falta, será suficiente la mera interposición de la denuncia para entender cumplido este último requisito³⁹. Frente a esta opinión, cabría entender que en el juicio de faltas la condición de imputado se adquiere con la citación al plenario como denunciado o eventual responsable penal, momento a partir del cual se produce el traslado de la imputación pudiendo ejercitar el citado su derecho de defensa⁴⁰.

d) *Que se hayan iniciado ante el juez de violencia sobre la mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.*

En el caso de los delitos, la combinación de los requisitos exigidos en las letras *c* y *d* aconsejaría una mínima actividad procesal, con al menos una resolución judicial, que podría ser la de admisión de la denuncia o querrela⁴¹.

³⁹ ARMENTEROS LEÓN, Miguel, «Algunas cuestiones que plantea la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1232.

⁴⁰ DELGADO MARTÍN, Joaquín, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1923.

⁴¹ SENÉS MOTILLA considera «necesaria la calificación jurisdiccional de los hechos objeto de la denuncia como delictivos y manifestación de la violencia de género (ex art. 87 ter 1 a LOPJ) seguida de la incoación de las diligencias oportunas (arts. 308, 309 bis, 774 y 797.1 LECrim)». (SENÉS MOTILLA, Carmen, «La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1270).

En este sentido, CUBILLO LÓPEZ considera que «debe haberse admitido a trámite la pretensión penal, si ha sido formulada a instancia de parte (...). De este modo, se establece un cierto control a fin de evitar aquellas denuncias presentadas ante los JVM sin fundamento y con el único propósito de atribuirles el conocimiento del asunto civil, dada su actuación especializada y presumiblemente más rápida». (CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la determinación de su competencia», *op. cit.*, p. 152).

Señala MUERZA ESPARZA que, por ejemplo, «en el proceso abreviado deberá entenderse “iniciado” el proceso penal, a los efectos que aquí interesa, con carácter general, cuando se incoen las diligencias previas (art. 774 LECrim), que son las diligencias judiciales dirigidas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho delictivo; las personas que en él han participado y el órgano competente para su enjuiciamiento (art. 777 LECrim)». (MUERZA ESPARZA, Julio, «Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», MUERZA ESPARZA, Julio (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico-penales, procesales y laborales*, Thomson/Aranza-di, Cizur Menor, 2005, p. 59).

De no exigirse estas mínimas garantías, como pone de manifiesto ARMENTEROS LEÓN⁴², «se podría llegar a la situación de que se atribuya la competencia civil a los juzgados especializados porque se ha interpuesto una denuncia por actos de violencia de género y después resulta que esa denuncia es inadmitida o bien remitida a otro órgano judicial por no ser los hechos competencia de este juzgado». Se ha apuntado, por otro lado, que si fuera suficiente, en todos los casos, la mera interposición de la denuncia, sería mayor el peligro de la posible utilización fraudulenta de denuncias por maltrato para atraer la competencia del juez de violencia sobre la mujer, y la pérdida de la competencia de los juzgados de primera instancia que estuvieren conociendo⁴³.

En cuanto al requisito de la adopción de una orden de protección a favor de la víctima, se entenderá cumplido, a efectos de la atribución competencial a favor del juzgado de violencia sobre la mujer, aunque lo haya sido por un juzgado distinto del competente.

2. *Desaparición sobrevenida de alguno de los presupuestos determinantes de la atribución competencial*

La Ley Orgánica 1/2004 guarda silencio en relación con el supuesto en el que, después de que el juzgado de violencia sobre la mujer ha asumido la competencia objetiva para conocer de un concreto proceso de familia, por concurrir los presupuestos exigidos al efecto en el artículo 87 ter LOPJ, se produce la desaparición sobrevenida de alguno de dichos presupuestos, lo que ocurriría especialmente en caso de archivo o sobreseimiento del proceso penal por violencia de género o cuando se dicte en él una sentencia absolutoria.

En relación con dicho supuesto, y sin perjuicio de criticar la solución, CASTILLEJO MANZANARES⁴⁴, en los casos en los que el juez de violencia sobre la mujer al inicio de la instrucción archiva casi de forma inmediata las diligencias penales o, más adelante, sobresee el procedimiento, incluso de forma provisional, o dicta sentencia absolutoria, considera que el juez de vio-

⁴² ARMENTEROS LEÓN, Miguel, «Algunas cuestiones que plantea la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1232.

⁴³ Peligro que a juicio de GONZÁLEZ GRANDA es real y que no cabe pensar que quede eliminado simplemente con el posible efecto disuasorio de la apertura de diligencias por denuncia falsa. (GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, «Los Juzgados de Violencia sobre la mujer en la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», *cit.*, p. 1634).

⁴⁴ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *cit.*, pág. 2030. *Vid.* también PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, «La competencia del Juez de Violencia sobre la Mujer», *op. cit.*, pp. 304 y 305.

lencia sobre la mujer «debe dejar de conocer de todas las causas civiles por faltar el presupuesto de hecho del nuevo art. 87 ter 3, c, con los que no hallaríamos ante un trasvase de asuntos civiles que resulta conveniente evitar».

En la misma línea, PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA⁴⁵ señala que «a los efectos de evitar fraudes y abusos procesales, y elección de Juez, con fundamento en el art. 87 ter. 4, puede entenderse que *la competencia se traslada condicionada a que no se dicten en la causa penal una resolución de sobreseimiento o una sentencia absolutoria del acusado firme*, que determine que los hechos puestos en su conocimiento no constituyen de forma notoria expresión de violencia de género» y, de así determinarse en la causa penal, entiende que «el JVM remitirá de nuevo el procedimiento civil al órgano que fue por reparto competente».

En mi opinión, atribuida la competencia para conocer del asunto civil al juzgado de violencia sobre la mujer, esta no se pierde por el hecho de que, finalmente, el proceso penal termine mediante resolución absolutoria o cualquier otra que determine el archivo o sobreseimiento de las actuaciones⁴⁶. En este sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.^a) de 6 de marzo de 2006 (rec. 161/2006), refiriéndose al artículo 49 bis LECiv en relación con los requisitos que menciona el artículo 87 ter. 3 LOPJ, señala

⁴⁵ A juicio de este autor, «esto concuerda con la previsión de que las sentencias que se dicten por los Juzgados Penales o Audiencias Provinciales, cuando la instrucción de la causa hubiera correspondido a un JVM, serán remitidas al mismo por testimonio de forma inmediata, con indicación de si la sentencia es o no firme (art. 160 y 789.5 de la LECrim, reformados por un nuevo párrafo introducido por los arts. 53 y 55 de la LO 1/2004)». (PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, Francisco Javier, «Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Diario La Ley*, núm. 6273, 2005, Tomo 3, Ref. D-140, p. 1839).

⁴⁶ GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., «Cuestiones de organización y de competencia en la nueva LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género: los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer», *Revista Poder Judicial*, núm. 79, 2005, pp. 86 y 87. Se puede consultar también del mismo autor *Violencia de género. Fundamentos y práctica procesal*, SEPIN, Madrid, 2007.

GISBERT POMATA defiende igualmente la conservación de la competencia del juzgado de violencia sobre la mujer que la tenía en el momento de admisión a trámite de la demanda, aunque posteriormente el proceso penal termine por alguna de las posibilidades indicadas. (GISBERT POMATA, Marta, «La especialización de los Juzgados: Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *Revista de Derecho Procesal*, 2006, p. 350). En el mismo sentido se manifiestan ASENCIO MELLADO, José María, «La competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *op. cit.*, p. 84; SENÉS MOTILLA, Carmen, «La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1271; BALLESTEROS MORENO, Constanza, «Tutela judicial», en ARANDA ÁLVAREZ, Elviro (dir.), *op. cit.*, p. 142; CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la determinación de su competencia», *op. cit.*, p. 159; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La tutela judicial de la violencia de género*. Iustel, Madrid, 2008, pp. 111 y 112.

que «este último precepto (...) no supedita, en modo alguno, el definitivo conocimiento del asunto civil a la suerte de la causa penal, ya que (...), una vez determinada la competencia, en razón de las circunstancias procesales existentes al tiempo de presentarse la demanda, se produce el efecto de la *perpetuatio iurisdictionis*, lo que excluye, por los posibles avatares ulteriores del procedimiento penal, nuevos cambios de órgano competente, que entrarían en abierta colisión con el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley que consagra el artículo 24.2 de la Constitución», concluyendo que «la desaparición sobrevenida de los condicionantes que determinaron, en su momento, la competencia civil del Juzgado de Violencia, no puede conllevar el que el mismo decline nuevamente la misma, en una viciosa espiral que no viene permitida legalmente». Siguiendo un razonamiento similar en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.ª, de 6 de junio de 2007 (rec. 380/2007) se establece que «el sobreseimiento y archivo de la causa penal con posterioridad al momento en que procede hacer examen de la competencia, (...), no tiene como efecto la devolución de la competencia al Juzgado de Familia que acordó la inhibición del procedimiento al Juzgado de Violencia en estricta aplicación de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. (...) el sobreseimiento de la causa penal con fecha posterior, no cambia la competencia inicialmente determinada. El procedimiento de divorcio, en cuanto a la competencia objetiva se refiere, no puede depender o quedar supeditado a la suerte final de la causa penal abierta. La competencia queda determinada (...) atendiendo al estado en que se encuentra la causa penal en el momento de presentarse la demanda o lo que es lo mismo, determinada la competencia en función de las circunstancias procesales concurrentes al tiempo de plantearse la demanda civil, se produce el efecto de la *perpetuatio iurisdictionis*»⁴⁷.

Además del argumento basado en la *perpetuatio iurisdictionis*, la Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004 elaborada por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial añade, para justificar la conservación de la competencia civil por el juzgado de violencia sobre la mujer pese a la desaparición sobrevenida de los presupuestos que motivaron su asunción, a los efectos de evitar una nueva *traslatio iudicii* o trasvase al juez civil, los siguientes⁴⁸:

⁴⁷ Vid. igualmente, manteniendo la competencia del juzgado de violencia sobre la mujer para conocer del procedimiento civil, aun cuando con posterioridad a la recepción de las actuaciones por dicho juzgado (debiéndose tramitar estas, por el órgano judicial, conforme viene previsto en el art. 770 de la L.E.C.) se hubiera sobreseído la causa penal, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.ª), de 31 de enero de 2008, rec. 877/2007.

⁴⁸ Vid. en este sentido igualmente DELGADO MARTÍN, Joaquín, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, pp. 1926 y 1927.

- a) Que la solución contraria llevaría a una quiebra del principio de economía procesal.
- b) Que sería contrario al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, ante la ausencia de una norma legal expresa que permita una modificación de la competencia por alteraciones fácticas sobrevenidas.
- c) Que una nueva alteración de la competencia a favor del juzgado de lo civil no prevista legalmente supondría un menoscabo del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley.
- d) Que, asimismo, podría afectar al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), por el nuevo retraso que puede suponer en la tramitación del procedimiento.
- e) Por último, que podría suponer una situación de incertidumbre (asunción de la competencia objetiva de forma condicionada o provisional), que se considera difícilmente aceptable por el Derecho Procesal, posibilitando incluso que determinados actos de las partes puedan influir en la determinación y modificaciones sucesivas de la competencia objetiva; a este respecto se señala que habría espacio suficiente para cierto margen de elección del juez por las partes.

Ahora bien, el riesgo de la intervención de la voluntad de las partes, o de alguna de ellas, en la determinación del juez competente, en este ámbito en el que no solo las normas de competencia objetiva, sino también las que determinan la competencia territorial tienen carácter imperativo, quedando excluida la sumisión tácita o expresa a favor de un juzgado concreto, se plantea también mantenerse la tesis defendida en el texto, que excluye el trasvase judicial en caso de sobreseimiento o sentencia absolutoria.

A este respecto, sin perjuicio de lo expuesto, comparto el criterio de GUTIÉRREZ ROMERO⁴⁹, quien considera que debe existir un límite para evitar posibles fraudes procesales de interponer denuncia penal y así conseguir que el procedimiento civil correspondiente, que se está llevando en otro juzgado, se tramite con mayor celeridad o, cabe añadir, lo que es más grave desde el punto de vista del respeto al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, que se tramite ante un órgano distinto, que, se intuye, puede dictar una resolución más favorable a los intereses de la mujer⁵⁰. Dicha limitación, tal

⁴⁹ GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., «Cuestiones de organización y de competencia en la nueva LO 1/2004, de 28 de diciembre...», *cit.*, p. 87.

⁵⁰ Crítica Escalada López la distribución prevista en el artículo 87 ter LOPJ entre otras razones porque, a su juicio, «de la regulación contemplada se deriva la posibilidad de que la mujer que haya incoado un proceso civil sobre alguna de las aludidas materias (separación, divorcio, etc.) y que no se encuentre satisfecha con el juez que la ley le ha atribuido en suerte, o con el tratamiento que este esté dispensando a su caso, pueda presentar una denuncia o solicitar una orden de protección –fundada o no– de modo que se distraiga la competencia del juez civil, para atraerla en exclusiva al Juez de Violencia sobre la Mujer. De este modo, puede huírse de una sentencia cuyo contenido perjudicial se intuye,

como señala el mencionado autor, cabe encontrarla en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo artículo 87 ter, en su apartado cuarto, dispone que «cuando el juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente»⁵¹. En estos casos, por tanto, no conocerá del procedimiento penal y, por ende, tampoco del civil⁵².

Cabría cuestionarse, por último, la conveniencia de mantener la competencia del juzgado de lo civil en aquellos casos en los que, si bien en principio concurren los presupuestos del artículo 87 ter LOPJ para atribuir el conocimiento del proceso civil al juzgado de violencia sobre la mujer, todavía no se ha producido la acumulación de procesos ante este órgano, porque el juzgado civil no se ha inhibido de oficio (supuesto del artículo 49 bis LECiv, apartado primero), ni el juzgado especializado le ha requerido de inhibición (supuesto del artículo 49 bis LECiv apartado tercero) y se produce antes del trasvase inicial del procedimiento civil del órgano civil al penal el sobreseimiento, liberando de responsabilidad al imputado.

3. Asuntos civiles atribuidos a los juzgados de violencia sobre la mujer

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, que adiciona el apartado 2.º del artículo 87 ter LOPJ, «los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad (cfr. arts. 764 a 768 LECiv). Se trata de los procesos que tienen como objeto la determinación legal de la filiación, así como la impugnación de la que esté legalmente determinada.

en beneficio de otra cuyo contenido –perjudicial o no– es aún desconocido». Ello supone, en definitiva, concluye la mencionada autora, cambio de orden jurisdiccional, de juzgado y de juez. (ESCALADA LÓPEZ, María Luisa, *Sobre el Juez ordinario...*, cit., p. 494).

⁵¹ Vid. en relación con los problemas de aplicación práctica de este precepto, GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, «Los Juzgados de Violencia sobre la mujer en la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género» cit., pp. 1634 y 1635.

⁵² Pone de manifiesto SENÉS MOTILLA que, «bajo la apariencia formal de una pretendida inadmisión de la pretensión –civil–, lo que subyace es una abstención por falta de uno de los requisitos que la condicionan, a saber, que los hechos perseguidos sean susceptibles de ser calificados como actos de violencia de género». No existe por tanto, tal como pone de manifiesto la autora citada, control de fondo sobre la pretensión civil, sino «apreciación de la incompetencia objetiva por falta de la tipicidad penal requerida». (SENÉS MOTILLA, Carmen, «La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», cit., pág. 1271).

- b) Los de nulidad de matrimonio, separación y divorcio (cfr. arts. 770 a 777 LECiv).
- c) Los que versen sobre relaciones paterno-filiales.
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores (cfr. art. 769.3.º LECiv).
- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción (cfr. art. 781 LECiv).
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (cfr. art. 780 LECiv)».

El marco de atribuciones civiles se corresponde, por tanto, con los procesos no dispositivos regulados en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con exclusión de los procesos sobre capacidad de las personas (cfr. arts. 756 a 763 LECiv) y los de reconocimiento de la eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial (cfr. art. 778 LECiv)⁵³. La atribución del conocimiento de procedimientos con unos principios y tramitación comunes⁵⁴ tiene la ventaja, en palabras de ASENCIO MELLADO⁵⁵, de trasladar a los juzgados de violencia sobre la mujer un régimen procesal determinado en su actuación, uniforme y, por tanto, susceptible de proporcionar cierta seguridad al evitar la aplicación de regímenes procedimentales diversos.

Por otro lado, la letra *d*, referente a procedimientos de trascendencia familiar, no tiene, en cuanto a su denominación, correspondencia con alguno de los procedimientos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Partiendo de esta constatación, se ha apuntado que debería aplicarse este apartado a los procedimientos relativos a la modificación de las medidas adoptadas en los procedimientos matrimoniales⁵⁶. Asimismo se ha propuesto la inclusión en él de los procedimientos que afectan a parejas de hecho⁵⁷. En este sentido, la

⁵³ En relación con dichas atribuciones *vid.* UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis, «Los procesos de familia en la Ley Integral contra la Violencia de Género. Primera aproximación», *Violencia Doméstica*, SEPIN, Madrid, 2005, pp. 79-96.

⁵⁴ Cfr. arts. 748 a 755 LECiv.

⁵⁵ ASENCIO MELLADO, José María, «La competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *op. cit.*, p. 75.

⁵⁶ ARMENTEROS LEÓN, Miguel, «Algunas cuestiones que plantea la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1231; DELGADO MARTÍN, J., «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1922.

⁵⁷ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *cit.*, p. 2029; GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., «Cuestiones de organización y de competencia en la nueva LO 1/2004, de

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, en el Auto de 10 de abril de 2008 (rec. 70/2008), en relación con un supuesto en el que la actora solicita en la demanda la atribución del uso del domicilio familiar, refiriendo la existencia de convivencia con el demandado, durante cuatro años, lo que nos sitúa en el marco jurídico de la Ley de Uniones Estables de Pareja, señala que «ello determina que dicha demanda se incardine en el contenido del art. 87 ter. 2, letra d, de la L.O.P.J, por versar obviamente sobre la adopción de medidas de trascendencia familiar. No puede negarse dicha condición a los integrantes de una unión estable de pareja, no solo por constituir cuestión socialmente aceptada, sino por cuanto la propia L.U.E.P. confiere una regulación análoga a la prevista para las uniones matrimoniales, a lo largo de su articulado, si bien con las peculiaridades y disposiciones propias de la relación y estructura familiar. Por ello la demanda, discrepando esta Sala de lo argumentado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 3 de esta ciudad, sí versa sobre materia de la que resultan competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en el orden civil».

Sobre el apartado e, señala DELGADO MARTÍN⁵⁸ que cabe incluir en él los procesos que tengan como finalidad la concreción de los efectos de la ruptura de la pareja de hecho en relación con los hijos menores comunes. Y dentro de este grupo, considera que cabe incluir, con base en una interpretación amplia del término «guarda», tanto aquellos supuestos en los que se ejerciten acumuladamente todas las pretensiones que afectan a los hijos matrimoniales, como, con base en una interpretación amplia del término *alimentos*, lo relativo al derecho de habitación.

28 de diciembre...», *cit.*, p. 84; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1922.

En la Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, elaborada por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, se señala que «cabe entender que dentro de este apartado se incluyen todos los procedimientos de modificación de medidas. Por otra parte, sería necesario reflexionar sobre si en este apartado cabría incluir aquellos procesos dirigidos por una persona contra quien ha convivido con ella como pareja de hecho sin que existan hijos comunes, con fundamento en una interpretación amplia del término familia: reclamación de pensión compensatoria; indemnización con base en el enriquecimiento injusto, liquidación de los bienes comunes, y la delicada cuestión relativa al uso del domicilio común de la pareja. Esta interpretación parece resultar conforme con la filosofía de la LIVG que tiene como finalidad la protección de la mujer tanto en la pareja matrimonial como en la no matrimonial». (AA.VV., *Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, CGPJ, Madrid, 2005, p. 62).

⁵⁸ DELGADO MARTÍN, Joaquín, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1922.

V. Conflictos de competencia entre los juzgados civiles y los juzgados de violencia sobre la mujer. Regulación y cuestiones que se suscitan

1. *Planteamiento*

El artículo 49 bis LECiv, adicionado por la LOMPIVG, tiene como objeto ofrecer una solución a aquellos supuestos en los que puede surgir un conflicto de competencia entre los juzgados de violencia sobre la mujer y los juzgados civiles cuando concurren de una de las materias establecidas en el artículo 87 ter.2 LOPJ⁵⁹.

No contempla el precepto citado todas las hipótesis en las que puede surgir un conflicto relativo a la determinación de la competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer en relación con los juzgados de primera instancia. Se ocupa únicamente, de forma coherente con el título que precede a los distintos apartados que lo conforman, de los supuestos en los que se produce la pérdida de competencia de los órganos civiles a favor de los órganos especializados, y es el criterio rector fundamental el de la inhibición de los juzgados del orden jurisdiccional civil a favor de la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer. Por tanto, en el momento en que se den los presupuestos previstos en el artículo 87 ter 2 LOPJ, se producirá la atribución de competencia objetiva para conocer de la demanda civil, la cual podrá ser sobrevenida, en los casos en que la iniciación del proceso penal o emisión de la orden de protección fueran posteriores a la iniciación del proceso civil.

A continuación, se analizarán los distintos supuestos que pueden ser origen de conflictos, atendiendo a si el procedimiento civil por alguna de las materias establecidas en el artículo 87 ter, 2 LOPJ se ha iniciado con anterioridad o posterioridad a la incoación del proceso penal o la emisión de la orden de protección.

2. *Procedimiento civil iniciado con anterioridad a la incoación de un proceso penal o a la emisión de una orden de protección. Pérdida de la competencia del juzgado civil*

La diferencia fundamental entre este supuesto y el que es objeto de atención en el epígrafe siguiente radica en que, en este caso, la atribución de la competencia objetiva para conocer de la demanda civil del juzgado de vio-

⁵⁹ Un estudio de los diferentes tipos de conflictos que pueden suscitarse se puede consultar en ALHAMBRA PÉREZ, Pilar, «Cuestiones de competencia, competencia objetiva, subjetiva y funcional», *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007 (Cuadernos de Derecho Judicial I-2007), págs. 83-119.

lencia sobre la mujer es sobrevenida, ya que, inicialmente, al no concurrir los requisitos del artículo 87 ter 2 LOPJ, la competencia para conocer del proceso de familia corresponde al juzgado civil correspondiente (juzgado de primera instancia o juzgado de familia si lo hubiera), sin perjuicio de que, con posterioridad, en caso de cumplirse tales presupuestos, este último deba inhibirse a favor del juzgado de violencia sobre la mujer, que devendría competente.

Por tanto, en estos casos, sí se produce una pérdida de competencia por el órgano inicialmente competente a favor de otro, si bien se mantiene la validez de las actuaciones practicadas hasta ese momento.

2.1. INHIBICIÓN DE OFICIO DEL JUEZ CIVIL POR INCOACIÓN DEL PROCESO PENAL O EMISIÓN DE ORDEN DE PROTECCIÓN

2.1.1. Regulación de la inhibición

En coherencia con la competencia que, de forma exclusiva y excluyente, corresponde a los juzgados de violencia sobre la mujer cuando concurren los presupuestos del artículo 87 ter LOPJ, el apartado primero del artículo 49 bis LECiv dispone que «cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil⁶⁰, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el párrafo tercero del art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶¹, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral», con lo que no es, por tanto, de aplicación lo previsto en el artículo 48.3.º LECiv⁶².

⁶⁰ La referencia al juez que esté conociendo en primera instancia excluye su aplicación a los órganos colegiados que estén conociendo del proceso civil en apelación o casación. *Vid.* en este sentido, AA.VV., *Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, CGPJ, Madrid, 2005, p. 84.

⁶¹ Deberá comprobar documentalmente, en original o copia testimoniada, la existencia de una denuncia por juicio de faltas o por delito relativa a actos de violencia de género, siempre en este último caso que esté admitida, o bien mediante una orden de protección. También podría servir para ello la certificación emitida por el Ministerio Fiscal para los supuestos en los que no se ha podido celebrar una comparecencia para adoptar una orden de protección. (ARMENTEROS LEÓN, Miguel, «Algunas cuestiones que plantea la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1232). *Vid.* Instrucción 2/2005 de 2 de marzo de la Fiscalía General del Estado sobre la acreditación por parte del Ministerio Fiscal de los supuestos de Violencia de Género. Esta instrucción, que se puede encontrar en la página <www.fiscal.es>, trata sobre el informe que debe emitir el Ministerio Fiscal para el reconocimiento de ciertos derechos (laborales, de seguridad social, funcionariales o sociales) a favor de la víctima al amparo de lo dispuesto en el art. 23 de la L.O. 1/2004.

Por tanto, el juez civil deberá limitarse a constatar la concurrencia de los presupuestos del artículo 87 ter LOPJ, sin que pueda entrar a valorar la entidad del hecho penal. Constatada dicha concurrencia, no puede negarse a remitir las actuaciones. En cualquier caso, la falta de inhibición cuando fuera procedente puede dar lugar a la nulidad de actuaciones⁶³ que puede ser decretada de oficio⁶⁴.

El auto de inhibición deberá emplazarse a las partes para que comparezcan ante el juzgado de violencia sobre la mujer en el plazo de diez días, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 65.5.º LECiv para la estimación de la declinatoria⁶⁵.

Dicho auto será recurrible en apelación conforme a lo dispuesto en el artículo 66.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con efectos suspensivos (art. 456 LECiv). La existencia de este recurso resulta especialmente importante en estos supuestos en los que se priva a las partes de la posibilidad de realizar alegaciones con carácter previo.

La toma de conocimiento puede producirse a instancia de cualquiera de las partes, las cuales deberán aportar testimonio de las actuaciones penales ante el juez civil, sin perjuicio de la posibilidad que tienen de optar por solicitar al juzgado de violencia sobre la mujer que requiera de inhibición al civil, dando lugar a la tramitación señalada en el apartado tercero del artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En caso de que se inste la inhibición por cualquiera de las partes o por el Ministerio Fiscal en los supuestos en los que interviene en procedimientos civiles en los que alguno de los interesados es menor o incapaz (art. 749 LECiv), si el tribunal rechaza la solicitud, por entender que no concurren los requisitos del artículo 87 ter. 3 LOPJ, dictará un auto contra el que solo cabe recurso de reposición en el plazo de cinco días, que carece de efectos suspensivos, sin perjuicio de alegar de nuevo la falta de competencia objetiva en la apelación contra la sentencia definitiva de que se trate (art. 66 LECiv)⁶⁶.

Por otro lado, abundando en lo relativo a las posibilidades de las partes, en caso de que el órgano jurisdiccional civil no proceda a la remisión de las

⁶³ Se produce por tanto, en estos casos, una derogación de lo dispuesto en el artículo 9.6 LOPJ que, con carácter general, en relación con la falta de jurisdicción, establece que los órganos judiciales la apreciarán de oficio «y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal».

⁶³ Vid. arts. 48.2 y 225.1 LECiv y 238.1 LOPJ.

⁶⁴ Vid. arts. 227.2 LECiv y 240.2 LOPJ.

⁶⁵ PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, Francisco Javier, «Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *cit.*, pág. 1840.

⁶⁶ PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, Francisco Javier, «Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *cit.*, p. 1840.

actuaciones, hay que tener en cuenta que no cabe el planteamiento de la declinatoria (art. 49 bis 4 II LECiv), por lo que deberán hacer valer la competencia del juzgado de violencia sobre la mujer presentando ante aquel testimonio del auto de incoación de las diligencias previas o de juicio de faltas, de admisión de querrela o de la orden de protección adoptada⁶⁷ por este juzgado especializado, para propiciar así el planteamiento por este del conflicto o cuestión de competencia⁶⁸.

En cuanto al margen de actuación por parte del juzgado de violencia sobre la mujer, si bien no resulta de aplicación lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 49 bis LECiv, en caso de que considere que no concurren los presupuestos del artículo 87 ter LOPJ, podrá inadmitirla⁶⁹. Ni la Ley Orgánica de Violencia de Género, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplan, sin embargo, la posibilidad de que el juzgado de violencia sobre la mujer al que se remitan las actuaciones civiles se niegue a aceptarlas. La primera duda que suscita esta posibilidad, a mi juicio incuestionable, es la de ante qué tipo de conflicto estamos y, concretamente, la de si se trata de un «conflicto de competencia» o estamos ante una «cuestión de competencia». A este respecto, cabe recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 LOPJ, los conflictos de competencia son los que surgen en relación con el conocimiento de un asunto determinado «entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial». Es decir, el conflicto que se produce entre órganos judiciales de distintos órdenes jurisdiccionales. Por su parte, estaremos ante una cuestión de competencia cuando la colisión se produzca entre órganos del mismo orden jurisdiccional (arts. 51 y 52 LOPJ). Teniendo en cuenta que los juzgados de violencia sobre la mujer están incardinados en el orden jurisdiccional penal y que el conflicto se plantea respecto de órganos civiles (juzgados de primera instancia espe-

⁶⁷ En relación con la orden de protección, señala ASENCIO MELLADO que «obviamente, solo se acordará la inhibición como consecuencia de la emisión de una orden de protección cuando la dicte el JVM competente, nunca, pues, si es consecuencia de un Juez de instrucción o de uno de Guardia (téngase en cuenta que, si la pronuncia un Juzgado territorialmente incompetente, nunca será el de Violencia sobre la Mujer, salvo que se desconozca el domicilio de la víctima). Ello es así por cuanto el precepto obliga a remitir las actuaciones al JVM competente, así como que las partes están obligadas a aportar, para pedir la inhibición, testimonio procedente el JVM competente. Si la orden de protección es dictada por un Juez incompetente, habrá de esperarse, para aportar el referido testimonio o para la inhibición a que las actuaciones sean asumidas por el JVM competente». (ASENCIO MELLADO, José María, «La competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *op. cit.*, p. 83).

⁶⁸ En este sentido, *vid.* MUERZA ESPARZA, Julio, «Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», *op. cit.*, pp. 62 y 63.

⁶⁹ En este sentido, DELGADO MARTÍN, Joaquín, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1924.

cializados o no), habría que concluir que estamos ante un conflicto de competencia⁷⁰.

Sin embargo, fundamentalmente por razones prácticas, teniendo en cuenta que el procedimiento para su resolución es mucho más sencillo⁷¹, se ha defendido, dado que la naturaleza del objeto del proceso, civil, no es discutida, que podría considerarse como una cuestión de competencia objetiva en el orden jurisdiccional civil (aunque uno de los órganos forme parte del orden jurisdiccional penal)⁷². En este sentido, podría admitirse que el juzgado de violencia sobre la mujer actúa aquí como órgano civil de primera instancia⁷³. De aceptarse este planteamiento que es, en la práctica, el que parece seguirse, resolvería el conflicto el superior jerárquico común a ambos órganos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 51 y 52 LOPJ⁷⁴.

⁷⁰ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, «La competencia del Juez de Violencia sobre la Mujer», p. 303.

⁷¹ Téngase en cuenta que en el caso de darle el tratamiento procesal previsto para los «conflictos de competencia», habría que seguir el procedimiento establecido en los artículos 42 a 50 LOPJ, y corresponde su resolución a una Sala Especial del Tribunal Supremo, conocida como Sala de Conflictos de Competencia, presidida por el presidente y compuesta por dos magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno.

⁷² En este sentido, señala MUERZA ESPARZA que «aceptar que nos encontramos, no ante un conflicto de competencia sino ante una cuestión de competencia objetiva en el orden jurisdiccional civil (aunque uno de los órganos forme parte del orden jurisdiccional penal), dado que la naturaleza del objeto del proceso, civil, no es discutida, puede resultar mucho más práctico, siquiera sea porque el procedimiento previsto resulta más sencillo y rápido». (MUERZA ESPARZA, Julio, «Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», *op. cit.*, p. 61).

⁷³ A partir de dicha consideración entiende CUBILLO LÓPEZ que estamos ante una cuestión de competencia negativa. (CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la determinación de su competencia», *op. cit.*, p. 159).

⁷⁴ En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 2 de mayo de 2007, rec. 236/2007, si bien alude indistintamente a cuestión de competencia o conflicto de competencia dice literalmente lo siguiente: «El tema que se somete a la Sala (cuál es el órgano judicial objetivamente competente) tiene un problema previo que resolver, pues no viene regulada la forma de plantear la cuestión de competencia entre los distintos órganos judiciales, quizás porque la nueva regulación parte de la idea de que no es posible, pues siempre ha de prevalecer la decisión del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, y no puede plantearse por las partes la declinatoria (art. 49 bis LEC). Pero, como resulta obvio en el presente caso, ello no es así, y son múltiples las hipótesis en que pueden surgir cuestiones de competencia, suscitadas por los propios Juzgados (...). Debe acudirse, en tales supuestos, a las previsiones del artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su remisión a la regulación de las cuestiones de competencia, lo que habrá de determinar la aplicación del artículo 60, sobre conflicto negativo de competencia territorial, lo que permite adoptar un sistema rápido y definitivo para resolver la situación, sin más dilaciones como se pretende en la nueva regulación de la materia sobre todo teniendo en cuenta que esta Sala es la competente para conocer de los recursos derivados en materia matrimonial y en materia de violencia de género».

2.1.2. Especial referencia al límite temporal para la inhibición

Expuesta, en líneas generales, la regulación contenida en el párrafo primero del artículo 49 bis LECiv, hay que detenerse en una de las cuestiones que más dudas interpretativas ha suscitado en la doctrina y en el ámbito judicial, y que no es otra sino la relativa al límite temporal para la inhibición por parte del juez civil.

Efectivamente, la aplicación práctica del apartado primero del citado precepto ha planteado numerosas interpretaciones en torno a la desafortunada expresión concerniente a la referida «fase del juicio oral», ya que un sector doctrinal mayoritario⁷⁵, respaldado por varias resoluciones judiciales⁷⁶, considera que, a pesar de que terminológicamente parece propia del proceso penal, debe interpretarse como referida al proceso civil, lo cual plantea el problema de dilucidar cuándo se entiende, en el ámbito del juicio verbal, que es el adecuado para la tramitación de este tipo de procedimientos⁷⁷, abierta dicha fase, al considerar, con carácter general, que habría que estar al momento en el que se ha dictado providencia y se ha señalado la fecha para

⁷⁵ SENÉS MOTILLA, Carmen, «La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1272; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», *cit.*, p. 2029; ONTIVEROS RODRÍGUEZ, Francisco, «Competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: el art. 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (problemática y propuestas de reforma)», *cit.*, p. 1834; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1926; SÁNCHEZ BARRIOS, Inmaculada, «Comentario al artículo 57», en SANZ MULAS, Nieves; GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a Ángeles; MARTÍNEZ GALLEGU, Eva M.^a (coords.), *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Iustel, Madrid, 2005, p. 230.

La Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, elaborada por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, considera igualmente tal expresión referida al proceso civil, entendiéndose que cuando el órgano civil hubiere señalado para el juicio o vista ya no cabría inhibición a favor de los juzgados de violencia sobre la mujer. (AA.VV., *Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, CGPJ, Madrid, 2005, p. 84).

⁷⁶ *Vid.*, entre otras, AAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 29 de junio de 2006, rec. 409/2006; AAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 28 de julio de 2006, rec. 425/2006; AAP de Madrid, Sección 22.^a, de 31 de julio de 2006, rec. 650/2006; AAP de Badajoz, Sección 3.^a, de 24 de abril de 2007, rec. 175/2007; AAP de Murcia, Sección 1.^a, de 2 de mayo de 2007, rec. 236/2007; AAAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 10 de diciembre de 2007, rec. 704/2007; 19 de noviembre de 2007, rec. 564/2007; 9 de octubre de 2007, rec. 544/2007; 16 de junio de 2008, rec. 334/2008.

⁷⁷ Dispone el artículo 753 LECiv que «salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este Título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente Ley».

la vista del procedimiento principal⁷⁸ o para la comparecencia de las medidas provisionales⁷⁹.

En los casos de separación o divorcio instados de mutuo acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro, dada la inexistencia de juicio oral en su tramitación, se ha señalado que es a partir de la comparecencia para la ratificación del convenio cuando el juez de lo civil continuará conociendo del proceso hasta el final, sin tener que inhibirse a favor del juzgado de violencia sobre la mujer aunque existan actos de violencia de género⁸⁰. A favor de esta interpretación se esgrimen los siguientes argumentos:

En primer lugar, se alega el propio tenor literal del precepto, y se señala que la redacción del precepto indica que se refiere al proceso civil, ya que, en él, el legislador se está poniendo en todo momento en la posición del juez civil⁸¹.

⁷⁸ DELGADO MARTÍN, Joaquín, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1926. En este sentido señala el AAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 25 de julio de 2007, rec. 445/2007, que «la expresión de inicio de la fase de juicio oral debe entenderse referida al procedimiento principal, en el que se sustancia la acción ejercitada y del que el proceso de medidas constituye pretensión coetánea y sometida al ejercicio de dicha acción principal, de forma que no puede existir este si no existe aquel, mientras que podrá sustanciarse procedimiento de divorcio, dada la acción ejercitada en el supuesto de autos, sin pretensión de Medidas Provisionales, por lo que cualquier referencia a una fase procesal deberá serlo para el procedimiento principal. Ello determina que el juicio o vista civil a la que se refiere el art. 49 bis de la LEC, sea el juicio o vista del procedimiento principal, que es el que convoca a las partes a la celebración de vista, de conformidad con lo previsto en el art. 770 de la LEC». *Vid.* igualmente AAP de Badajoz, Sección 3.^a, de 24 de abril de 2007, rec. 175/2007; AAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 25 de enero de 2007, rec. 686/2006; AAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 28 de julio de 2006, rec. 425/2006; AAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 1 de marzo de 2006, rec. 999/2005.

Para GUTIÉRREZ ROMERO, la fase del juicio oral se entiende iniciada cuando el procedimiento haya llegado a la celebración de vista y, por ende, el juez haya de dictar sentencia (art. 443 LECiv). En los procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, ese límite lo considera referido a la comparecencia para la ratificación del convenio. (GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., «Cuestiones de organización y de competencia en la nueva LO 1/2004, de 28 de diciembre...», *cit.*, p. 95).

⁷⁹ DELGADO MARTÍN, Joaquín, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1926. *Vid.* AAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 18 de julio de 2006, rec. 408/2006 (FJ 2.^o); AAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 29 de junio de 2006, rec. 409/2006; AAP de Girona, Sección 2.^a, de 1 de octubre de 2007, rec. 461/2007.

⁸⁰ *Vid.* AAP de Madrid, Sección 22.^a, de 31 de julio de 2006, rec. 650/2006 (FJ 1.^o); AAAP de Alicante, Sección 5.^a, de 31 de mayo de 2006, rec. 220/2006 y 7 de junio de 2006, rec. 270/2006.

⁸¹ ARMENTEROS LEÓN pone de manifiesto a este respecto que se trata de un artículo que forma parte de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (ARMENTEROS LEÓN, Miguel, «Algunas cuestiones que plantea la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1232).

En segundo lugar, que la inhibición tras la fase del juicio oral civil, conduciría a un grave menoscabo de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y concentración⁸².

En tercer lugar, ahondando en esta línea, se alega la necesaria observancia escrupulosa de los principios inherentes e informadores del ordenamiento jurídico, entre los que, en materia como la que nos ocupa, cobran especial significación las razones de economía procesal, en evitación de reprochables dilaciones y actuaciones procesales itinerantes de los litigantes, que mal se compaginan con la tutela judicial efectiva⁸³.

Frente a esta tesis, otros autores⁸⁴, también en este caso con su correspondiente respaldo jurisprudencial⁸⁵, consideran que la expresión «fase del juicio oral» debe entenderse referida al proceso penal, utilizando los siguientes argumentos:

Por un lado, se alega que, técnicamente, «juicio oral» solo existe en los procesos penales, y se señala que en el caso de los juicios civiles verbales, las actuaciones orales se concentran en un acto que se denomina «vista» (art. 443 LECiv)⁸⁶.

Por otro lado, se esgrime que el límite de que todavía no se haya iniciado la fase del juicio oral, referida al proceso penal, tiene el sentido cabal de que las actuaciones aún se mantienen en manos del juzgado de violencia sobre la mujer en cuanto órgano instructor. Es decir, señala CUBILLO LÓPEZ,

⁸² Vid. AAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 28 de julio de 2006, rec. 425/2006 (FJ 2.º).

⁸³ Para GUTIÉRREZ ROMERO «aunque la redacción es confusa, una interpretación integradora de los apartados del artículo 49 bis LEC nos lleva a concluir que se está refiriendo al Juicio Civil y tiene su explicación en la finalidad de no paralizar y evitar “peloteos” entre el Juez Civil y el Juez de violencia». (GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., «Cuestiones de organización y de competencia en la nueva LO 1/2004, de 28 de diciembre...», *cit.*, p. 95).

⁸⁴ MUERZA ESPARZA considera que «lo más oportuno, para determinar la inhibición o no del Juez de Primera Instancia, es estar al momento en que el órgano jurisdiccional penal previsto por la ley haya decretado la apertura del juicio oral, puesto que es el momento en que el objeto del proceso penal ha quedado delimitado, aunque no sea definitivamente». (MUERZA ESPARZA, Julio, «Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», *op. cit.*, pp. 63 y 64).

⁸⁵ Defienden, entre otras, que la referencia debe entenderse hecha al procedimiento penal, reiterando el criterio mantenido en resoluciones anteriores los Autos de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 26 de noviembre de 2007, rec. 483/2007; de 28 de noviembre de 2007, rec. 486/2007 y de 31 de marzo de 2008, rec. 627/2007; el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 26 de julio de 2007, rec. 20/2007; los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 8 de marzo de 2006, rec. 3/2006 y 10 de julio de 2006, rec. 578/2006; los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 14 de febrero de 2007, rec. 73/2007, 10 de abril de 2008, rec. 27/2008 y de 21 de mayo de 2008, rec. 1155/2007.

⁸⁶ CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la determinación de su competencia», *op. cit.*, p. 155.

«está indicando que, una vez finalizada la fase de instrucción y elevada la causa al órgano encargado del enjuiciamiento, ha perdido su razón de ser –y de hecho no resulta ya posible– la tramitación, por un mismo órgano, del proceso civil y del proceso penal (en su fase de instrucción)»⁸⁷.

En este sentido, ASENCIO MELLADO⁸⁸ señala que la acumulación de las pretensiones civil y penal se da en estos supuestos ante el mismo juzgado, que no es otro que el juzgado de violencia sobre la mujer, añadiendo que, cuando en el apartado tercero del artículo 49 bis LEC se regula el requerimiento de inhibición por parte el juez penal, únicamente se hace referencia al juzgado de violencia sobre la mujer, sin contemplar la posibilidad de requerimiento de las actuaciones al juez civil, cuando el proceso penal está ya tramitándose ante el juzgado de lo penal o la audiencia provincial. Acogiendo este planteamiento, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, en el Auto de 27 de febrero de 2008 (rec. 112/2008) advierte a estos efectos, «que el artículo 87 ter de la LOPJ, a los fines de la integración obligada de los procedimientos penales y civiles en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, requiere que se hayan “iniciado” ante el mismo actuaciones penales, o se haya adoptado una orden de protección, pero sin hacer mención alguna a ulteriores fases del procedimiento penal, idea en la que insiste el apartado c) de tal precepto, en el que se habla de imputado, pero nunca de acusado, procesado y, mucho menos, de condenado».

En la misma línea, el artículo 49 bis de la LECiv hace referencia en su apartado n.º 1 a la «iniciación de un proceso penal» o a la adopción de «una orden de protección», guardando significativo silencio respecto de ulteriores fases del procedimiento penal, lo que se reitera en su apartado n.º 2 y, especialmente, en el n.º 3, que exige que el juzgado de violencia sobre la mujer «esté conociendo de una causa penal por violencia de género» (y no que haya conocido), y ello en orden a poder requerir de inhibición al juzgado civil que esté tramitando un proceso civil de los comprendidos en el artículo 87 ter de la LOPJ. Se añade, de igual manera significativa, que al correspondiente requerimiento deberá acompañarse testimonio de la «incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querrela, o de la orden de protección adoptada», en inequívoca referencia a fases iniciales del procedimiento penal, sin ampliarla a aquellas otras en las que, tras la apertura del juicio oral, el juzgado de violencia sobre la mujer pierde su competencia para seguir tramitando las actuaciones penales, pues, en otro caso, no se cumpliría el requisito del conocimiento actual (“esté conociendo”).

⁸⁷ CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la determinación de su competencia», *op. cit.*, p. 155.

⁸⁸ ASENCIO MELLADO, José María, «La competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *op. cit.*, p. 85.

En efecto, concluye la citada resolución, «conforme a la nueva normativa, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, a salvo de los juicios de faltas, queda configurado como un órgano de instrucción, que no de enjuiciamiento, de modo tal que, una vez abierto el juicio oral, no tiene ya a su disposición las actuaciones penales. Por ello, y aunque la finalidad perseguida por la Ley es la de otorgar una protección integral a la víctima de actos de violencia de género, mediante la asignación a un solo Juzgado de todos los procedimientos que afecte a aquella, tal objetivo no puede cumplirse cuando, al tiempo de iniciarse el procedimiento civil, las actuaciones penales han salido ya de la esfera de actuación del Juzgado de Violencia sobre la Mujer».

Por todas las razones expuestas, desde esta perspectiva, se interpreta que la expresión relativa a la fase del juicio oral debe entenderse referida al proceso penal, ya que no se encuentra mencionada en ningún otro lugar de la LECiv, y encuentra, por el contrario, su natural acomodo y continua regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con innumerables menciones de dicho concepto técnico-jurídico, en referencia, además, no a un acto concreto, como en el procedimiento civil puede ser el juicio verbal o la vista, sino a toda una fase procedimental, que se inicia con la apertura del juicio oral y culmina con su celebración⁸⁹.

Este planteamiento no puede llevar a olvidar la necesaria protección de los principios procesales y constitucionales que esgrimen los defensores de la tesis que vinculan la referencia a la «fase del juicio oral» al proceso civil. Por ello, se ha tratado de buscar, tanto desde la doctrina, como en el ámbito judicial, una solución lógica que huya de la posibilidad de que el procedimiento civil del que pueda estar conociendo el juzgado de familia o el de primera instancia no especializado quede a expensas de su remisión en cualquier momento al juzgado de violencia sobre la mujer. A estos efectos, se señala como límite temporal en relación con el proceso civil el de la citación a las partes a juicio verbal o vista⁹⁰, es decir, el mismo que esgrimen la mayoría de los defensores de la tesis contraria. Sin embargo, para los partidarios de esta posición, esta solución no habría de discurrir por la tergiversación de una terminología técnica tan clara como la recogida en la Ley («fase del jui-

⁸⁹ En este sentido, PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ BORDONA entiende que la fase del juicio oral se refiere al procedimiento penal, «pues en el procedimiento de familia no se distingue en la dogmática una fase de juicio oral, a diferencia de en el procedimiento penal, que es la fase que sigue a la intermedia o preparatoria del juicio oral, que se inicia con el auto de apertura de juicio oral en procedimientos por delito o con el inicio del juicio en el juicio de faltas». PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ BORDONA, Francisco Javier, «Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *cit.*, p. 1839.

⁹⁰ En este sentido, dice el referido Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 27 de febrero de 2008, rec. 112/2008 que la solución lógica «... habría de llevar a perpetuar la jurisdicción en el supuesto de que ya se hubiesen sobrepasado los iniciales trámites de alegación por escrito, y citado a las partes a juicio verbal o vista».

cio oral»), sin encaje posible en la normativa civil, sino que puede defenderse con base en la aplicación de la normativa relativa a la acumulación de procesos civiles⁹¹, ya que el artículo 77 de la LECiv, en su apartado cuarto, establece expresamente que «para que sea admisible la acumulación de procesos será preciso que estos se encuentren en primera instancia, y que en ninguno de ellos haya finalizado el juicio a que se refiere el artículo 433 de esta Ley» y todo ello, siempre, sin perder de vista la protección imprescindible de los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, concentración y economía procesal, también expresamente regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En mi opinión, y sin desconocer la solidez de ciertos argumentos esgrimidos por la tesis que considera que la referencia debe entenderse realizada al proceso penal, es más correcta la contraria⁹².

En este sentido, comenzando por el argumento gramatical, hay que tener en cuenta que la referencia a la fase del juicio oral se emplea y circunscribe en un párrafo que empieza estableciendo que «cuando un Juez de primera instancia que esté conociendo de un procedimiento civil», lo que sitúa el conocimiento de la existencia o no de aquella fase precisamente en el juzgador de primera instancia, que es el sujeto de la actuación jurisdiccional que se describe en el precepto señalado. Es el juez civil quien podrá determinar la fase en la que se encuentra el procedimiento civil, no alcanzando su conocimiento al procedimiento penal que se encuentra en otro juzgado.

Por otro lado, si bien el artículo 87 ter LOPJ, a los fines de integración de los procedimientos penales y civiles en el juzgado de violencia sobre la mujer, requiere que se hayan iniciado ante estas actuaciones penales o se haya adoptado una orden de protección, dicha solución legal parece obedecer a que tales actuaciones penales han tenido, por fuerza, que haberse iniciado, puesto que, de no ser así, no nace el supuesto fáctico susceptible de dicha regulación legal. Hay que poner de manifiesto, además, que no obstante la conclusión de la instrucción por el juzgado de violencia sobre la mujer, este recibirá la sentencia recaída, en el procedimiento penal, según establece el

⁹¹ ASENCIO MELLADO, José María, «La competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *op. cit.*, p. 85.

⁹² *Vid.* los argumentos recogidos en el texto en el Voto Particular al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 30 de julio de 2008, rec. 813/2008. A los argumentos expuestos añade que «quedan, en fin, también, sin explicación lógica –aceptando la inviabilidad del conocimiento de estos asuntos por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer una vez iniciada la fase del Juicio Oral, en la interpretación terminológica de esta expresión jurídico-procesal utilizada hasta ahora exclusivamente en la regulación del procedimiento penal–, la existencia de la llamada fase de juicio oral en las también reguladas por el legislador faltas u “órdenes de protección”, procedimientos y medidas a tramitar y adoptar, en su caso por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que en su estructura, naturaleza y condición carecen ni como fase ni como actos propios, individuales o independientes de la llamada “fase de juicio oral”».

artículo 160 LECrim, y se le dirigirá la comunicación con el testimonio de la sentencia dictada por el juzgado de lo penal, cuando a este le hubiera correspondido el enjuiciamiento de los hechos, según modifica el artículo 55 de la Ley Orgánica 1/2004, de lo que se infiere que en el juzgado de violencia sobre la mujer permanecen las actuaciones civiles, para la continuación de su tramitación.

A todo lo expuesto cabe añadir que el designio primordial y básico del legislador al crear estos juzgados especializados es que en un mismo juzgado se sigan y tramiten los procesos penales y civiles, para que un mismo juez decida los aspectos penales y civiles de una crisis matrimonial donde haya existido un acto de violencia de género.

En conclusión, cabe entender que el artículo 87 ter LOPJ no pone límites temporales para que el juzgado de violencia sobre la mujer asuma esta competencia civil en función de la fase en que se halle el proceso penal, al entender que el artículo 49 bis LECiv se refiere a una inhibición que debe acordar el órgano jurisdiccional civil con una excepción que se vincula más bien al procedimiento civil, y que, en definitiva, trata de evitar que un acto de juicio verbal ya iniciado tenga que repetirse ante otro juzgado, retrasando, además la decisión pronta y definitiva, que es lo que en estos casos de violencia de género interesa fundamentalmente.

Esta es, por otro lado, la tesis por la que ha optado el Tribunal Supremo, Sala Primera, entre otros, en el Auto de 24 de septiembre de 2008, rec. 91/2008, acogiendo el criterio del Ministerio Fiscal, que es, por otro lado, el seguido en la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/05, de 18 de julio de 2005, según la cual, debe considerarse iniciada la fase del juicio oral cuando se haya llegado a la vista del artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cualquier caso, lo expuesto hasta el momento, pone de manifiesto que existen argumentos, a mi juicio suficientemente sólidos, para mantener una y otra posición. Por ello, y dada la inseguridad jurídica que la división jurisprudencial existente puede generar, resultaría conveniente una reforma legislativa que aclare definitivamente la cuestión. Todo ello, y sin perjuicio de que sea posible encontrar una solución que resulte respetuosa con el tenor literal de la normativa actual, evite disfunciones en la aplicación de los distintos apartados del artículo 49 bis, y respete los principios esenciales del proceso civil.

2.2. REQUERIMIENTO DE INHIBICIÓN

Cuando un juez de violencia sobre la mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, y verifique la concurrencia de los presupuestos establecidos en el apartado tercero del artículo 87 ter de la LOPJ, requerirá de inhibición al tribunal civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente.

Pese al silencio legal, una interpretación sistemática del artículo 87 ter LOPJ y del artículo 49 bis LECiv permite entender que el requerimiento de inhibición procederá igualmente en los supuestos en los que no se haya incoado la causa penal, pero se haya adoptado una orden de protección⁹³.

El requerimiento deberá acompañarse de testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicios de faltas, de auto de admisión de la querrela o de la orden de protección adoptada (art. 49 bis. 3 LECiv).

A diferencia de lo que ocurre en el analizado con anterioridad, en este caso no se establece expresamente un límite temporal para el requerimiento de inhibición al juzgado de primera instancia. En relación con el proceso penal podría interpretarse que dicha indicación es innecesaria puesto que se parte de que las actuaciones están a disposición del juzgado de violencia sobre la mujer, por cuanto es este órgano el que lleva a cabo el requerimiento y, por tanto, no se habrá iniciado la fase del juicio oral del procedimiento penal. Cabe cuestionarse si, en cuanto al proceso civil que está tramitándose, existe un momento preclusivo para la inhibición. En mi opinión, será de aplicación también a este respecto la interpretación mantenida en relación con el apartado primero del artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁴.

En cualquier caso, para evitar cualquier duda al respecto también en relación con este precepto considero que debería abordarse la reforma de dicho apartado para establecer el mismo límite temporal a todos los supuestos en los que se produce la pérdida de la competencia del juzgado de primera instancia a favor del juzgado de violencia sobre la mujer.

2.3. SUPUESTO PREVISTO EN EL APARTADO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 49 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Prevé el artículo 49 bis, en su apartado segundo, que cuando el juez que esté conociendo de un procedimiento civil tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del párrafo tercero del artículo 87 ter LOPJ, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que este tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las

⁹³ Así lo entiende también ASENCIO MELLADO, José María, «La competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *op. cit.*, p. 90.

⁹⁴ En contra de esta opinión, sin perjuicio de criticarlo, CASTILLEJO MANZANARES considera que el requerimiento de inhibición del juez de violencia no tiene límite. (CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *cit.*, p. 2029).

24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el juzgado de violencia sobre la mujer que resulte competente.

En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el tribunal (cabe entender que se refiere al que está conociendo del procedimiento civil), el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el juez de violencia sobre la mujer competente (art. 49 bis.2 LECiv).

3. Procedimiento penal u orden de protección anterior a la interposición de la demanda civil

Se examinará a continuación cuál ha de ser la respuesta del órgano civil (juzgado de primera instancia o, en su caso, juzgado de familia) ante la presentación de la demanda civil que tenga por objeto alguna de las materias enumeradas en el artículo 87 ter LOPJ en caso de que se haya incoado un procedimiento penal ante el juzgado de violencia sobre la mujer o emitido una orden de protección, y, a su vez, en este segundo supuesto, habrá que distinguir en función de que dicho procedimiento penal esté aún tramitándose o haya finalizado por sentencia o auto de sobreseimiento.

3.1. SUPUESTO EN EL QUE EL PROCEDIMIENTO PENAL ESTÁ TRAMITÁNDOSE

En este caso, hay que partir de la competencia inicial, exclusiva y excluyente que, con carácter imperativo corresponde a los juzgados de violencia sobre la mujer para conocer de la demanda civil en estos casos. En consecuencia, todas las actuaciones que, en su caso, se hubieran practicado o se practicaran ante el juez civil serían nulas de pleno derecho por falta de competencia objetiva, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 238.1.º LOPJ. No se trata, en definitiva, a diferencia del supuesto analizado en el epígrafe anterior, de un caso de pérdida de competencia sobrevenida, sino de una falta de competencia inicial. Entraría en juego la exigencia del control de oficio de la competencia objetiva por parte del juez, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁵.

Una vez declarada la falta de competencia, carece de sentido en estos supuestos remitir al juzgado de violencia sobre la mujer actuaciones nulas de

⁹⁵ Dispone el artículo 240.2.º LOPJ que «... el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular».

pleno derecho, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 LECiv, quedará a salvo el derecho de las partes de acudir ante el tribunal competente.

Al margen del control de oficio, el carácter imperativo de las normas de competencia objetiva permite que su falta sea alegada por las partes mediante la interposición de la declinatoria.

3.2. PROCEDIMIENTO PENAL FINALIZADO POR SENTENCIA ABSOLUTORIA O AUTO DE SOBRESEIMIENTO

En este caso, considero que será competente para conocer del proceso de familia el juzgado civil, al no concurrir uno de los requisitos exigidos por el artículo 87 ter LOPJ⁹⁶, si bien en el caso del auto de sobreseimiento provi-

⁹⁶ Señala ONTIVEROS RODRÍGUEZ que «en estos supuestos parece clara la exigencia de que la referida resolución judicial que pone fin al proceso penal sea firme pues lo contrario podría generar un continuo baile de procedimientos entre el JVSM y el Juzgado de Primera Instancia con el consiguiente perjuicio para la víctima, frustrándose así el objetivo pretendido por la LOMPIVG, que conforme a su Exposición de Motivos, apartado relativo a la tutela judicial, no es otro que *garantizar un tratamiento adecuado y eficaz (...) a las víctimas de la violencia de género y ello a través de medidas procesales que permitan procedimientos ágiles y sumarios*». (ONTIVEROS RODRÍGUEZ, Francisco, «Competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: el art. 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (problemática y propuestas de reforma)», *cit.*, p. 1836, nota al pie de página núm. 5).

El criterio mantenido por las Audiencias Provinciales es el de excluir la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer para conocer de la causa civil cuando ha recaído sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, por no concurrir en tales casos el requisito del apartado 3 c del artículo 87 ter LOPJ. En este sentido se puede consultar, entre otros, el Auto de 23 de mayo de 2003, de la AP de Murcia, Sección 5.ª, rec. 210/2006, en el que siguiendo el criterio mantenido por otras Audiencias, da la razón al Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción, con funciones compartidas de Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, tomando como referencia la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y los criterios expresados por la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en sus autos de fecha 3 de octubre de 2005, rec. 711/2005 y 6 de marzo de 2006, rec. 161/2006. En este sentido, señala que «se ha de coincidir con este último auto en “que, de conformidad con la normativa citada, el procedimiento civil, en supuestos como el que nos ocupa, no puede, en tal aspecto competencial, quedar supeditado a la suerte final de la causa seguida en el orden penal y sí, por el contrario, al estado que esta última mantenga al tiempo de presentarse la demanda”; y también se ha de coincidir con el primero de esos autos en que el artículo 87 ter “no hace referencia alguna al resultado final del procedimiento penal, y sí tan sólo a la iniciación del mismo, lo que se completa con el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que el Juez que esté conociendo de un procedimiento civil y tenga noticias de la comisión de un acto de violencia que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el estudiado precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos, en el estado en que se hallen, al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral”». Pero en este caso,

sional la cuestión puede ser más dudosa. La solución apuntada por la Fiscalía General del Estado es la de distinguir en función de cuál haya sido la causa del sobreseimiento; si este se ha acordado por no haberse acreditado suficientemente el hecho o por no existir motivos bastantes para dirigir la acusación contra persona determinada, no cabría la inhibición del juez civil a favor del juez penal; en caso de que se trate de un sobreseimiento acordado porque el denunciado no ha podido ser citado o se encuentra en rebeldía, sí procedería la inhibición⁹⁷.

3.3. PROCEDIMIENTO PENAL FINALIZADO POR SENTENCIA CONDENATORIA

Algunos autores consideran que, en estos casos, cabría defender la competencia del juzgado de violencia sobre la mujer para conocer del proceso civil que se inicie, al menos hasta el momento en que se produzca la extinción de la responsabilidad penal del sujeto condenado⁹⁸. En este sentido, señala ARMENTEROS LEÓN⁹⁹ que habrá que estar al momento de archivo definitivo de la correspondiente ejecutoria, es decir, al del cumplimiento íntegro

como apunta el referido auto de fecha 12 de mayo de 2006, sobreseído, no existía procedimiento penal al tiempo de la interposición de la demanda, por lo que en ese momento faltaban los condicionantes determinantes de la competencia civil del Juzgado de Violencia».

En el mismo sentido, para un supuesto en el que la sentencia absolutoria estaba recurrida, se pronuncian el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 26 de enero de 2007, rec. 782/2006 y el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.ª, de 9 de julio de 2008, rec. 392/2008, que acoge la tesis inhibitoria del juzgado de violencia sobre la mujer, al haber recaído sentencia absolutoria en vía penal, entendiendo que los hechos ya no constituyen expresión de violencia de género, «debiendo tenerse en cuenta que la situación que se decide no es irreversible, como se destaca en la resolución del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Alicante, pues en el supuesto de que la sentencia absolutoria fuese revocada en apelación el Juzgado civil siempre podría derivar la causa hacia el especial de violencia, lo que no ocurriría en caso contrario de asumir este la competencia y ser confirmada la sentencia penal, teniendo obligación de continuar con un procedimiento civil que no le corresponde según el espíritu y finalidad de la Ley». *Vid.* también el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 21 de febrero de 2007, rec. 56/2007.

⁹⁷ ARMENTEROS LEÓN, Miguel, «Algunas cuestiones que plantea la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1233.

⁹⁸ ONTIVEROS RODRÍGUEZ, Francisco, «Competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: el art. 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (problemática y propuestas de reforma)», *cit.*, p. 1833; GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., «Cuestiones de organización y de competencia en la nueva LO 1/2004, de 28 de diciembre...», *cit.*, p. 95. Este es, igualmente el criterio mantenido en la Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, elaborada por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial (AA.VV., *Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, CGPJ, Madrid, 2005, p. 64).

⁹⁹ ARMENTEROS LEÓN, Miguel, «Algunas cuestiones que plantea la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, p. 1233. Si fueran varias las penas impuestas, señala este autor, habrá que esperar al cumplimiento de todas ellas.

de las penas o de remisión definitiva de la pena suspendida, sin necesidad de esperar a la cancelación de antecedentes.

En mi opinión, por el contrario, la competencia corresponderá a los juzgados civiles. En este sentido, coincido con la apreciación de que la voluntad del legislador no ha sido la de atribuir la competencia a los juzgados sobre la mujer para conocer de las cuestiones civiles establecidas en el artículo 87 ter 2 de la LOPJ, siempre que haya existido un hecho penal de su competencia, con independencia de que el proceso penal haya concluido o esté en trámite, pues las reglas reguladoras de conflictos rigen para supuestos de concurrencia de procedimientos y no para los supuestos en los que esa concurrencia no se produce.

No puede obviarse que el artículo 44 de la LO 1/2004 fija la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer para conocer de las causas civiles en atención a que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género, lo que evidencia que esa competencia se extiende únicamente a aquellos supuestos de concurrencia de los procedimientos, mientras el proceso penal no haya concluido con absolución o condena del imputado¹⁰⁰.

Para concluir, y siendo este último argumento aplicable a todos los supuestos en los que el proceso penal ya hubiera finalizado, cabe añadir que si la simple interposición de una denuncia por un delito o falta de violencia de género determinara y perpetuara la jurisdicción tanto penal como civil del juzgado de violencia sobre la mujer, caeríamos en el absurdo de dejar al arbitrio de la parte demandante la determinación de dicha competencia que desde el punto de vista penal es improrrogable y no está sujeta a sumisiones voluntarias¹⁰¹.

¹⁰⁰ Vid. en este sentido los Autos de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 31 de marzo de 2008, rec. 627/2007 y de 26 de noviembre de 2007, rec. 483/2007.

¹⁰¹ Así se pone de manifiesto en el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 27 de junio de 2007 (rec. 240/2007), que señala, en la línea de lo expuesto en el texto, para un supuesto en el que al tiempo de presentarse la demanda civil el procedimiento se encontraba ya sobreesido por medio de resolución firme que «no concurren en el supuesto de autos los requisitos del art. 87. ter 3 LOPJ, ya que no había proceso penal de violencia sobre la mujer al tiempo de presentarse la demanda civil, que por ello no supuso la perpetuación de ninguna jurisdicción de esa naturaleza para el juzgado penal, cuya excepcional competencia en tal materia que le es extraña se apoya únicamente en la previa iniciación y vigencia de las actuaciones penales por delito o falta de violencia sobre la mujer».

4. *Supuesto de interposición de dos demandas civiles en un juzgado civil y en un juzgado de violencia sobre la mujer*

Plantea ONTIVEROS RODRÍGUEZ¹⁰² el supuesto, no contemplado expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que existan dos demandas que han dado lugar a dos procedimientos distintos ante juzgados diferentes (un juzgado civil y uno de violencia sobre la mujer), cuestionándose cómo habría de llevarse a cabo la acumulación de ambos procedimientos por el juzgado de violencia sobre la mujer. Distingue, a estos efectos, entre dos hipótesis, en función de que la demanda civil presentada ante el juez de primera instancia sea anterior o posterior a la presentada, con idéntica pretensión, ante el juzgado de violencia sobre la mujer. Considero, aunque el autor citado no lo indica expresamente, que, para la determinación de la antigüedad habrá que estar a las normas generales previstas en el artículo 79.2 LECiv, el cual, a efectos de la consideración de cuál es el proceso más antiguo en los casos de acumulación, establece que la antigüedad se determinará por la fecha de la presentación de la demanda. Si las demandas se hubiesen presentado el mismo día, se considerará más antiguo el proceso que se hubiera repartido primero. Si por pender ante distintos tribunales, o por cualquier otra causa, no fuera posible determinar cuál de las demandas fue repartida en primer lugar, la solicitud podrá pedirse en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende.

Hechas estas precisiones, analizaremos los dos supuestos planteados por el autor mencionado, las soluciones por él apuntadas y las consideraciones personales al respecto.

4.1. SUPUESTO EN EL QUE UNA DE LAS PARTES INTERPONE LA DEMANDA CIVIL ANTE EL JUZGADO CIVIL ORDINARIO CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA, CON IDÉNTICA PRETENSIÓN, POR LA OTRA PARTE ANTE EL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

La solución apuntada para este caso consistiría en invocar la excepción de litispendencia ante el órgano jurisdiccional civil, con el consiguiente sobreesamiento de las actuaciones, dado que ya existe un proceso civil previo con idéntico objeto ante el juzgado de violencia sobre la mujer que tiene competencia exclusiva y excluyente sobre él. En este sentido, considera necesaria la inclusión de una previsión en tal sentido en el artículo 49 bis LECiv, de modo que acreditada ante el juzgado civil ordinario la pendencia ante el JVSJ de un procedimiento idéntico iniciado por una demanda ante-

¹⁰² ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F., «Competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: el art. 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (problemática y propuestas de reforma)», *cit.*, p. 1834.

rior, aquel pudiera dictar sin más auto de sobreseimiento del procedimiento de que conoce, iniciado por una demanda posterior. El propio autor reconoce que la solución apuntada no está exenta de crítica, máxime si se tiene en cuenta que las excepciones han de resolverse en la vista¹⁰³.

En mi opinión, en el supuesto planteado, y partiendo de que en el momento en que se interpuso la demanda civil ante el juzgado de violencia sobre la mujer concurrían todos los presupuestos para la atribución de competencia objetiva a este órgano, no estamos ante un problema de litispendencia, sino de falta de competencia objetiva del órgano civil (juzgado de primera instancia ordinario o especializado) para conocer de la demanda presentada, lo que determinaría la nulidad de las actuaciones practicadas ante él. Entraría en juego la exigencia del control de oficio de la competencia objetiva por parte del juez, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰⁴.

Al margen del control de oficio, el carácter imperativo de las normas de competencia objetiva permite que su falta sea alegada por las partes mediante la interposición de la declinatoria.

4.2. SUPUESTO EN EL QUE LA DEMANDA ANTE EL JUZGADO CIVIL SE PRESENTÓ CON ANTERIORIDAD A LA IDÉNTICA PRESENTADA ANTE EL ÓRGANO ESPECIALIZADO

En este caso, ONTIVEROS RODRÍGUEZ¹⁰⁵, partiendo de la competencia exclusiva y excluyente del juzgado de violencia sobre la mujer considera que a este último siempre habrá de acumularse (bien vía inhibición por el juzgado de primera instancia bien vía requerimiento de inhibición por el propio juzgado de violencia sobre la mujer) el procedimiento del que conoce el órgano civil, y ello, a su juicio, con independencia de que este último fuese más antiguo¹⁰⁶ y de que en la mayor parte de este tipo de procesos sea posi-

¹⁰³ ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F., «Competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: el art. 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (problemática y propuestas de reforma)», *cit.*, p. 1834.

¹⁰⁴ Dispone el artículo 240.2.º LOPJ que «... el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular».

¹⁰⁵ ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F., «Competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: el art. 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (problemática y propuestas de reforma)», *cit.*, pp. 1834 y 1835.

¹⁰⁶ Téngase en cuenta que, de acuerdo con las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «la acumulación de procesos se solicitará siempre al tribunal que conozca del proceso más antiguo, al que se acumularán los más modernos. De incumplirse este requisito, el tribunal inadmitirá la solicitud por auto y sin ulterior recurso» (art. 79.1 LECiv).

ble la reconvencción¹⁰⁷, y de que en este último proceso se hubiera superado el límite temporal de la fase del juicio oral en el caso de que se solicite al juzgado de violencia sobre la mujer que requiera de inhibición al Juzgado civil. El propio autor expone los inconvenientes que esta solución comporta, y señala literalmente que «piénsese en los abusos procesales a que puede dar lugar esta laguna legal (además de la posible alteración de la competencia territorial), sobre todo porque la parte demandante ante JVSJM, a pesar de haber interpuesto con posterioridad su demanda, se coloca en posición aventajada desde el punto de vista procesal; por ejemplo, en el caso de que en el proceso civil inicial ante el juzgado de primera instancia a la parte femenina le ha transcurrido, sin hacerlo, el plazo para contestar a la demanda o reconvenir (entre otras la pensión compensatoria) y antes de notificarle la rebeldía y citarla a la vista (o incluso con posterioridad) esta denuncia un acto de violencia de género ante el juzgado especializado, que da lugar al inicio de un proceso penal (lo que será la tónica general si por lo menos queremos oír al sujeto denunciado), para a continuación interponer ella una nueva demanda ante este último, al que además solicita que efectúe el requerimiento de inhibición a aquel otro órgano jurisdiccional». De ahí que, concluye el referido autor, «para evitar abusos maliciosos y desafueros sería conveniente que el legislador introdujera en el art. 49 bis LEC una previsión que en cierto modo otorgara “preeminencia procesal” al procedimiento iniciado con la demanda más antigua».

En mi opinión, no es necesaria dicha previsión expresa, sino que la solución debe venir dada en este supuesto por la aplicación de lo ya dispuesto en el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, hay que partir de que, en el caso que estamos analizando, el juzgado civil era competente para conocer de la demanda civil en el momento en que se planteó, ya que todavía no se daban los presupuestos previstos en el artículo 87 ter LOPJ para la asunción por el juzgado de violencia sobre la mujer del conocimiento del procedimiento civil correspondiente. Una vez incoado el proceso penal correspondiente, por alguna de las infracciones previstas en dicho precepto, entrarían en juego las posibilidades previstas en el artículo 49 bis (inhibición por el juzgado de primera instancia o requerimiento de inhibición por el juzgado de violencia sobre la mujer) que parten, en todo caso, de la validez de las actuaciones llevadas a cabo hasta el momento por el juez civil. Considero, por tanto, que el procedimiento civil que debería seguir tramitándose, ahora ante un órgano distinto, es el iniciado ante el juzgado de primera instancia.

Por lo que se refiere al límite temporal para la inhibición a favor del Juzgado de violencia sobre la mujer, en coherencia con lo expuesto hasta el momento, entiendo que debería ser el de la celebración de la vista en el juicio civil iniciado con anterioridad.

¹⁰⁷ Cfr. artículo 78.2 LECiv.

VI. Competencia funcional

Una vez que el juzgado de violencia sobre la mujer asume la competencia para conocer de un concreto proceso de familia, dicha competencia se extenderá a todas su tramitación, incluyendo la fase declarativa y la ejecución¹⁰⁸, así como los incidentes que se planteen¹⁰⁹.

En este sentido, establece el apartado cuarto del artículo 82.1.º LOPJ, añadido por el artículo 45 de la LO 1/2004, «de los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones en materia penal dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia. A fin de facilitar el conocimiento de estos recursos, y atendiendo al número de asuntos existentes, deberán especializarse una o varias secciones de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la citada Ley Orgánica. Esta especialización se extenderá a aquellos supuesto en que corresponda a la Audiencia Provincial el enjuiciamiento en primera instancia de asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia».

Por otro lado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 545.1 LECiv que dispone que «será competente para la ejecución de resoluciones judiciales y de transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados el tribunal que conoció del asunto en primera instancia o el que homologó o aprobó la transacción o acuerdo», el juzgado de violencia sobre la mujer será competente para la ejecución de todas aquellas resoluciones que haya dictado en asuntos civiles.

Comparto, por otro lado, con base en dicho precepto, el criterio de PÉREZ-OLLEROS¹¹⁰ en cuanto a la falta de competencia funcional del Juzgado

¹⁰⁸ Vid. LIBANO BERISTAIN, Arantza, «La competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer y su incidencia en la ejecución civil», Manuel CACHÓN CADENAS, Joan PICÓ I JUNOY (coords.), *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 281 a 314.

¹⁰⁹ Siendo la Jura de Cuenta un proceso dependiente del que trae su causa, su conocimiento corresponderá al juzgado, civil o de violencia sobre la mujer, que conoce del pleito de derecho de familia en el que se suscite. En este sentido señala la Audiencia Provincial de Madrid (sección 18.ª), en el Auto de 21 de diciembre de 2007, rec. 773/2007, que «no siendo la Jura de Cuenta un proceso autónomo, sino dependiente del principal del que trae causa, no es dable dividir su conocimiento y resolución, entre dos órganos judiciales. Máxime, cuando la atribución indebida de la competencia para su conocimiento a un Juzgado ajeno a aquel que tramita el procedimiento principal civil, de derecho de familia, privaría a este Juzgado del conocimiento sobre los necesarios antecedentes, que en dicho pleito principal obran, y que son necesarios para la resolución de la Jura de Cuenta. En consecuencia, al no poder sino entenderse el procedimiento de Jura de Cuenta, como un incidente del pleito principal del que trae causa, su conocimiento no puede sino atribuirse al Juzgado de Violencia contra la Mujer, ... que conoce del pleito de derecho de familia, del que es incidente dicha Jura de Cuenta».

¹¹⁰ PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, Francisco Javier, «Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *cit.*, p. 1839; En el mismo sentido, ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F., «Competencia civil de los Juzgados

de violencia sobre la mujer para la ejecución de lo ya resuelto en un procedimiento civil por un órgano civil (juzgado de familia o de primera instancia), sin perjuicio de que corresponda la ejecución al juzgado de violencia sobre la mujer si ha dictado la sentencia en el procedimiento civil, ya que, como señala el referido autor «los procedimientos de ejecución forzosa a que se refiere el art. 776 de la LEC no tienen por objeto la adopción o modificación de medidas, y porque la regla es que corresponde el conocimiento de la ejecución de lo resuelto al Juez que resolvió en primera instancia (arts. 61 y 545.1 y 776 LEC), sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes que al efecto se constituyan, y salvo especialización en Juzgados de ejecución con arreglo a lo dispuesto en el art. 98 de la LOPJ».

Por último, ante la falta de mención expresa, se ha cuestionado la inclusión del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, regulado en el Capítulo II del Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el listado del punto 2 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con carácter general, considero que la respuesta debe ser negativa por ser una interpretación extensiva no prevista en la ley¹¹¹, si bien esta postura debe matizarse por lo dispuesto en el artículo 807 LECiv, el cual, poniendo fin a las dudas suscitadas al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto al órgano competente para conocer de la liquidación¹¹², establece que «será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juez de primera instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil»¹¹³.

de Violencia sobre la Mujer: el art. 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (problemática y propuestas de reforma)», *cit.*, p. 1835; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *cit.*, p. 2030.

¹¹¹ PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, Francisco Javier, «Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *cit.*, p. 1839.

¹¹² *Id.* en relación con la situación anterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, MONTES REYES, Amalia, *División Judicial de patrimonios*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 147 y ss.

¹¹³ Se trata de un precepto coherente con lo dispuesto en artículo 61 LECiv, el cual, salvo disposición legal en otro sentido, atribuye al tribunal competente para conocer de un pleito la competencia funcional para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare, ya que nos encontramos ante uno de los aspectos de la ejecución de la sentencia. MONTES REYES, Amalia, *División Judicial de patrimonios*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 154 y 155.

El precepto transcrito parte de la posibilidad de que la disolución del régimen económico matrimonial sea consecuencia de la sentencia dictada en un proceso matrimonial o haya sido declarada en un proceso declarativo específico para la disolución del régimen económico, ordinario o verbal según la cuantía del patrimonio, con base en alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.393 del Código Civil¹¹⁴. Este tipo de procedimientos quedan fuera del listado relacionado en el apartado 2.º del artículo 87 ter LOPJ y, por tanto, en estos casos, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 807 LECiv, deberá conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial el órgano civil –juzgado de primera instancia o juzgado de familia– que hubiera conocido del proceso declarativo civil.

Sin embargo, cuando la liquidación sea como consecuencia de la disolución del régimen a que da lugar la sentencia de separación, nulidad o divorcio y esta haya sido dictada por un juzgado de violencia sobre la mujer, ese mismo artículo 807 LECiv debe conducir a considerar que corresponderá a este juzgado el conocimiento del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial¹¹⁵. Así, lo dispone, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 29 de mayo de 2008, rec. 403/2008¹¹⁶ al señalar que «el hecho de que el artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no precise esta competencia entre las de orden civil que corresponden a estos Juzgados no impide que se considere que la tienen por conexión, determinada por el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; esta atribución de competencia es además más coherente con el propósito de la Ley Orgánica 1/2004 (...), que pretende, como su título indica, una protección de la mujer frente a la violencia doméstica lo más completa posible, y en consecuencia, es claro que esa protección debe extenderse a un proceso como el de liquidación del régimen económico matrimonial, que es consecuencia directa del proceso que regula las consecuencias de la crisis conyugal».

VII. La competencia territorial

La competencia territorial de los juzgados de violencia sobre la mujer viene determinada por la norma establecida en el artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adicionado por el artículo 59 de la LO 1/2004, el

¹¹⁴ Cfr. artículos 1.393, 1.392, 1.373 y 1.415 del Código Civil.

¹¹⁵ PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, Francisco Javier, «Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *cit.*, p. 1832.

¹¹⁶ Se pueden consultar en este sentido, además de las resoluciones citadas en este auto, los Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 15 de diciembre de 2006, rec. 725/2006 y de 26 de enero de 2007, rec. 674/2006.

cual, en relación con los delitos y faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda a estos órganos exceptúa la regla general del lugar de comisión del hecho (*forum delicti commissi*), y establece como fuero el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la posible adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 LECrim¹¹⁷ por el juez de instrucción de guardia del lugar de comisión de los hechos, si fuera distinto al de la residencia habitual, lo cual acontecerá en aquellos supuestos en los que la pareja esté ya separada de hecho o judicialmente.

El cambio de criterio respecto al general en estos supuestos se introduce con la finalidad de facilitar el acceso de la víctima al órgano judicial, aunque pudiera plantear algunas cuestiones en caso de sucesivos cambios de domicilio o de provisionalidad de este.

En principio, para determinar cuál es el domicilio de la víctima, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 40 del Código Civil que establece que el domicilio de las personas naturales será el lugar de su residencia habitual¹¹⁸.

En los casos en los que la víctima no tenga una residencia fija¹¹⁹, habrá de establecerse cuál es el lugar en el que reside de forma más continuada y con mayor arraigo y, a estos efectos, a partir de la declaración de la propia víctima, debería procederse a una comprobación por parte del órgano judicial, a efectos de contrastar que esta está corroborada por otros datos (domicilio que figure en el DNI, datos del padrón, domicilio fiscal...), a efectos de impedir que pueda elegir el órgano encargado de la instrucción de los hechos¹²⁰.

¹¹⁷ El artículo 13 LECrim considera como primeras diligencias «la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley».

¹¹⁸ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70 del Código Civil, «los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia».

¹¹⁹ Para los casos en los que la víctima desarrolle su vida en dos poblaciones distintas, MARTÍNEZ GARCÍA considera que «habrá que optar por aquel en el que tenga mayor arraigo, estimando en caso de duda como fuero preferente el que coincida con el lugar de comisión de los hechos» (MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La tutela judicial de la violencia de género. op. cit.*, p. 116).

¹²⁰ En este sentido, considera ARMENTEROS LEÓN, que «una primera diligencia básica en este tipo de procedimientos será la de oficiar a los organismos correspondientes a fin de averiguar el domicilio de la víctima, ello salvo que resulte notorio y sea innecesario lo anterior» (ARMENTEROS LEÓN, Miguel, «Algunas cuestiones que plantea la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *cit.*, D-10).

Una de las cuestiones que suscitó la aplicación del precepto que analizamos fue la relativa a qué momento debía atenderse para determinar el domicilio de la víctima. Cuestiones prácticas podrían aconsejar que fuera el de la interposición de la denuncia. Este criterio es más acorde con la finalidad perseguida con el establecimiento del fuero legal del artículo 15 bis LECrim, de facilitar el acceso de la víctima al órgano judicial.

Sin embargo, se ha establecido que habrá que estar al lugar del domicilio de la víctima, no en el momento de interponer la denuncia, sino en el momento en que ocurren los hechos punibles, y son intrascendentes los cambios posteriores que pudiera llevar a cabo. En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo (Sala 2.^a, Sección 1.^a) de 3 de marzo de 2006 (EDJ 2006/3725) señala que «esta decisión ha sido sometida a un Pleno no jurisdiccional de esta Sala (...) celebrada el día 31 de enero de 2006 y ha acordado que por domicilio de la víctima habrá que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de Juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio y es el criterio que coincide con lo expuesto por el Ministerio Fiscal, aplicando el mantenido por la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado».

Esta solución puede hacer frustrar la finalidad referida en aquellos casos, que pueden ser frecuentes, en los que la víctima, precisamente huyendo de su agresor, haya cambiado de domicilio tras la perpetración de los hechos, antes de proceder a denunciarlos. Sin embargo, pese a ese inconveniente, se ha considerado que este criterio garantiza en mayor medida el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, evitando la designación del órgano judicial por el juzgado¹²¹.

Este criterio no es suficiente para resolver los supuestos en los que los hechos objeto de la causa ocurrieron unos cuando la víctima tenía un domicilio y otros, cuando tenía otro distinto. Ante un caso de este tipo la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.^a, en el Auto de 2 de julio de 2007 (rec. 1230/2007), partiendo de que la *ratio legis* de la norma parece ser la de procurar que los hechos se instruyan y sean enjuiciados por un órgano judi-

¹²¹ En este sentido se señala en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección 1.^a, de 20 de noviembre de 2006, rec. 72/2006, que «es cierto que la realidad diaria demuestra que en sucesos como el que ha dado lugar al presente procedimiento, las víctimas se ven obligadas con frecuencia a poner tierra de por medio con sus agresores antes incluso de denunciar los hechos, realidad que, teniendo en cuenta el interés de la víctima, obligaría a deferir la competencia en tales supuestos al órgano judicial en cuyo partido se estableciera el nuevo domicilio y en el que se formalizara la denuncia, pero no lo es menos que un criterio de esta naturaleza podría dejar a voluntad de una de las partes la fijación del fuero competencial, e incluso de alterarlo tantas veces cuantas considerara necesario o simplemente conveniente cambiarlo, lo que pugna con la concepción de esta materia como propia del orden público y por lo tanto indisponible».

cial próximo al domicilio de la víctima, en beneficio de esta, a fin de acercarle dicho órgano, para facilitar su acceso a este, concluye que «en casos como el que nos ocupa, en los que la víctima tuvo dos domicilios distintos mientras ocurrieron los hechos objeto de la causa y no quepa apreciar que el traslado tuviera como objeto elegir el órgano competente, dicha finalidad solo se cumpliría si dicho órgano competente fuera, de entre el correspondiente a dichos dos domicilios, el del domicilio actual».

Por último, hay que mencionar que, en los casos excepcionales en los que no se pueda determinar el juez territorialmente competente por no poder concretarse el domicilio de la víctima, por encontrarse en el extranjero o no tener domicilio conocido, se estará al lugar en el que se encuentre residiendo aun con carácter accidental y, en su defecto, serán de aplicación los fueros generales previstos en los artículos 14 y 15 de la LECrim, con carácter subsidiario¹²².

En este sentido, para un caso en el que el delito se ha cometido en territorio español pero el domicilio habitual de la víctima se encuentra en Irlanda, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 4.ª, de 18 de septiembre de 2006 (rec. 731/2006), señala que «en estos supuestos es obvio que la jurisdicción española es competente para el conocimiento de los hechos (art. 23 LOPJ), y que las reglas de competencia territorial establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente resuelven la competencia entre órganos jurisdiccionales españoles del mismo orden». Por ello, continúa, «en aquellos supuestos en los que el domicilio de la víctima se encuentra en el extranjero o es desconocido, bien porque se carezca de él, o no se haya podido averiguar, dado que los Tribunales españoles siguen siendo competentes, deberá resolverse la atribución de competencia, que siempre ha de corresponder a un órgano jurisdiccional español, en función del domicilio que accidentalmente tenga la víctima en territorio español, o como último criterio subsidiario, por el lugar de comisión de los hechos».

La *vis atractiva* del juzgado de violencia sobre la mujer que conoce del asunto penal en relación con el proceso civil supone que el fuero penal atraerá la competencia territorial para conocer de dicho proceso civil, dejando sin efecto las normas de atribución de competencia territorial previstas en la Ley

¹²² El Auto de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 4.ª, de 17 de septiembre de 2007, rec. 433/2007, en un supuesto en el que de las actuaciones no puede decidirse a ciencia cierta cuál es el domicilio, establece que «no existiendo entonces un lugar en el que poder fijar de momento el domicilio de la perjudicada, sin perjuicio de que este extremo pueda aclararse en el futuro, podemos acogernos para la determinación de la competencia territorial a los criterios fijados por el art. 15 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone para el caso de que no conste el lugar en el que se haya cometido el delito o falta, lo que a nuestros efectos vendría a significar que no pueda determinarse con seguridad el domicilio de la víctima en un supuesto de violencia sobre la mujer, una cascada de posibilidades».

de Enjuiciamiento civil. Por tanto, en los casos en los procedimientos civiles que son de la competencia exclusiva y excluyente de los juzgados de violencia sobre la mujer, se produce una alteración de las normas de atribución de competencia territorial de los artículos 769 y 779 LECiv, así como del fuero previsto por el art. 51 LECiv en los supuestos de demandas que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y, por tanto, dirigidas contra la entidad pública.

Evaluación federal del sistema de competencias de la Unión Europea: la interpretación de las políticas de apoyo y complemento

Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano
Profesora doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

Recibido: 16.03.09
Aceptado: 04.05.09

Resumen: Desde sus comienzos, el proceso de integración europea ha construido un espacio global de ejercicio del poder público donde Unión y Estados interactúan y donde cada uno tiene asignadas, o reservadas, distintas facultades de actuación sobre materias dadas. El funcionalismo como modelo explicativo de la integración ha permitido una interpretación expansiva de las competencias comunitarias, a pesar de los límites que establecen las cláusulas de atribución de los Tratados. Hay un grupo de competencias de la Unión configuradas como complementarias de las de los Estados, que es un buen referente para analizar tanto el efecto amplificador del funcionalismo, como la escasa virtualidad correctiva que consiguen ciertos principios federales, como primacía o subsidiariedad. Estos principios, sin embargo, podrían aportar un equilibrio diferente a la dinámica de las competencias, si en lugar de orientar la interpretación con una hermenéutica funcionalista, se hiciera con una hermenéutica adoptada, y adaptada, desde el federalismo para la Unión Europea.

Palabras clave: Unión Europea, competencias complementarias, subsidiariedad, primacía.

Abstract: *Ever since the European integration process was started, a global space where public power is shared by the EU and the Member States has been built. Both, the Union and the States, act within their scopes of powers on subject matters either allocated to the EU or kept by the States. As an explanatory theory of integration, functionalism has allowed an extensive interpretation of Community competences, disregarding the limits set by the EC Treaty in its conferral clauses. There is a group of competences of the Union described as supplementary or complementary to those of the Member States', which is a good referent to analyse the amplificatory effects of functionalism, as well as to show how functionalism also influences federal principles, such as primacy and subsidiarity, making them unable to correct those effects. Both principles, notwithstanding, could offer a different balance just in case a federal hermeneutics, which should be specifically thought for the EU, were applied to the interpretation of competences, instead of making use of functionalism as hermeneutics.*

Key words: *European Union, complementary competencies, subsidiarity, primacy.*

Sumario: Introducción.—I. La cuestión de las competencias en la experiencia federal y en la Europa de la Unión. 1.1. Legado federal y plu-

ralismo constitucional europeo. 1.2. Competencia y controversia en la experiencia federal.—II. Competencias de la Unión, competencias estatales y razones para el conflicto. 2.1. Constitucionalismo o funcionalismo: primeros desajustes para la interpretación. 2.2. La ordenación de las competencias de los Tratados.—III. Las competencias complementarias y su interpretación. 3.1. Identificación y caracterización de las competencias complementarias. 3.2. Modelo de interpretación funcionalista. 3.2.1. Efecto en la interpretación institucional y subsidiariedad. 3.2.2. Efecto en la interpretación jurisprudencial y subsidiariedad. 3.2.3. Efecto en la interpretación jurisprudencial y primacía.—IV. Condiciones o principios para una interpretación federal.—V. Conclusión.

Introducción

El análisis de la Unión Europea desde el Derecho Constitucional requiere casi siempre una especial atención metodológica. La condición previa a cualquier intento explicativo de la configuración normativa y de los límites de ejercicio del poder público en el espacio europeo es enfocar bien, estableciendo el marco conceptual en función del cual se va a trabajar. Esa exigencia se manifiesta para todos los posibles objetos de estudio singulares: instituciones, sistema de fuentes, reforma de los Tratados, procesos de decisión, derechos fundamentales o relaciones entre ordenamientos. Dentro de ese último campo de las relaciones entre ordenamientos, el sistema de reparto de competencias plantea cuestiones interesantes cuando se explica a través de una precomprensión federal del orden formado por la Unión y los Estados miembros. El uso de categorías del federalismo pone de relieve que la manera en la que las competencias son ejercidas por los actores institucionales europeos tiene unas consecuencias determinadas sobre las posibilidades de actuación estatal.

En este trabajo vamos a realizar una aproximación panorámica a esos problemas, tomando como muestra las competencias complementarias de la Unión y observando algunas de las pautas de su ejercicio. En concreto, la reflexión sobre las peculiaridades en la configuración y en la interpretación de esas competencias complementarias ofrece un cuadro explicativo que muestra varios puntos de interés. Muestra las contradicciones que se producen entre configuración e interpretación. Revela el porqué de esas contradicciones. Y, por último, evidencia los efectos de tales contradicciones sobre la relación entre los órdenes constitucionales de la Unión y de los Estados. En última instancia, esa panorámica puede utilizarse como plataforma desde la que sugerir elementos de corrección. Hay principios normativos, como la primacía y la subsidiariedad, que, desde la interpretación, son capaces de dar pautas que minimicen las contradicciones y los efectos disfuncionales para la comprensión del orden global formado por Unión y Estados. Un orden global que abordamos desde el constitucionalismo y analizamos conforme a categorías propias del federalismo.

I. La cuestión de las competencias en la experiencia federal y en la Europa de la Unión

La forja del orden federal de los Estados Unidos fue en su tiempo una inspiración para las revoluciones liberales a ambos lados del Atlántico. Por primera vez se rompía con el orden monárquico del Antiguo Régimen. Por primera vez se instauraba un sistema político a partir de una Constitución elaborada por los representantes de los distintos territorios ex coloniales. Esa conjunción de novedades también convirtió al modelo americano en referente para el desarrollo, bastante posterior, del constitucionalismo democrático en Europa. E igualmente consagró al federalismo como ideal de organización de estructuras estatales territorial y políticamente plurales. La Constitución Federal, corriendo el tiempo, se ha consagrado como una categoría normativa específica dentro de la disciplina del Derecho Constitucional.

La interpretación y la aplicación singular de las normas de la Constitución de 1787, por su parte, han ido acumulando todo un legado de experiencia federal que, en su adecuada medida, puede ser aprovechado por ese constitucionalismo pluralista, fragmentado, inédito y obtuso que se predica de la Unión Europea. Es un constitucionalismo fragmentado puesto que reparte sus fundamentos, como mínimo, entre Tratados de integración y normas constitucionales de incorporación al complejo europeo y de recepción de sus actos. Es inédito, siguiendo a Cruz Villalón, porque el orden formado por la Unión y los Estados miembros se despliega en «una pluralidad constitucional sin precedentes», que abandona el terreno de las organizaciones internacionales, sin por ello asimilarse al modelo de pluralidad federal del Estado constitucional. Y es obtuso porque, aun al trasladar las categorías del Estado constitucional al conjunto de Unión, Tratados, Constituciones y Estados miembros, el resultado sigue requiriendo una denominación constitucional singular, especial, que a su vez necesita explicarse de nuevo¹.

¹ P. CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita*, Trotta, Madrid, 2004, p. 137. Lo cierto es que el término más utilizado para la descripción de la dimensión interrelacional del pluralismo constitucional europeo es el de *multinivel*, tomado de la elaboración teórica de I. Pernice. I. PERNICE, «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?», *Common Market Law Review*, num. 36, 1999, pp. 703-750; o I. PERNICE y F. MAYER, «De la constitution composée de l'Europe», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 36 (4), 2000, pp. 623-647. Sin embargo, otros autores sugieren que el uso del término *multinivel* no es del todo apropiado para un sistema que quiere desvincularse de la jerarquía como criterio de organización interna. P. HÄBERLE, *¿Tienen España y Europa una Constitución?*, Fundación El Monte, Sevilla, 2004, p. 96. El término de *constitucionalismo entrelazado* (*interciamento costituzionale*) es de J. ZILLER, «La función de los conceptos constitucionales de los Estados miembros en la nueva constitución para Europa», en M. CARTABIA, B. DE WITTE y P. PÉREZ TREMPES (dirs.), *Constitución Europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 27-85, en concreto p. 85.

1.1. *Legado federal y pluralismo constitucional europeo*

Cuando se habla de constitucionalismo de la Unión Europea, se hace alusión al esfuerzo teórico mediante el cual la doctrina constitucional, desde los años noventa del siglo XX hasta nuestros días, quiere facilitar a la integración europea un marco de explicación fundamentado en las bases sustantivas propias del constitucionalismo. Enumeradas de forma apresurada y escueta, esas bases serían democracia, imperio de la ley, garantía de derechos y división de poderes. Ese esfuerzo, como ya se ha apuntado, parte de una realidad jurídica que no es formalmente constitucional, sino que está compuesta por los Tratados europeos y las Constituciones estatales. Esos son los basamentos textuales de un conglomerado normativo sobre el que, con mayor o menor acierto, ha de apoyarse la legitimidad de una realidad que sí que tiene dimensión constitucional, y que consiste en que las instituciones supranacionales de la Unión ejercen importantes competencias y crean normas jurídicas que son obligatorias en los Estados miembros de manera inmediata.

La vigencia de ese Derecho europeo se sitúa en su aplicación al mismo nivel que el propiamente estatal y convive con él. De manera que habrá cruces y superposiciones entre las regulaciones europeas y estatales, espacios de intersección material en los que tanto la Unión como los Estados tendrán competencias, y pretensiones de vigencia contradictorias que habrán de resolverse conforme a un sistema de solución común a ambos órdenes jurídicos. En consecuencia, es necesario que la coexistencia de distintos espacios públicos territorialmente ordenados, cada uno de los cuales asume una función diferente respecto al sujeto-ciudadano, esté sustentada en aquellos principios del constitucionalismo, y que el federalismo, como mecanismo de organización del pluralismo constitucional, sea un elemento que explique el marco constitucional común.

Si nos fijamos en las organizaciones federales, es fácil comprobar cómo la distribución de las tareas que debe llevar a cabo cada esfera de poder público –bien la Federación, bien los Estados– siempre ha sido un asunto en el que lo político ha precedido a lo normativo. Una vez establecidos constitucionalmente los mandatos de reparto de ámbitos de competencia, señalamiento de facultades y asignación de funciones, el factor político que condiciona una determinada organización de las competencias hace que las controversias en torno a ellas se resistan a conformarse con los márgenes

A tales críticas responde, entre otros, Mayer, alegando que los niveles no tienen por qué suponer, necesariamente, supraordenación, supervisión o subordinación, y que los niveles pueden entenderse como plataformas que en momentos están a la misma altura, y en otros a diferentes. F. C. MAYER, «The European Constitution and the Courts», en A. VON BOGDANDY y J. BAST, (eds.), *Principles of European constitutional law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 281-333, en concreto pp. 320 y 321.

determinados por las normas constitucionales de reparto. En cualquier caso, el optimismo racionalista llevó a los padres de la Constitución de 1787 al convencimiento de que era posible ordenar el sistema, darle un marco normativo y plasmarlo en un documento. Desde ese instante, el asunto de las competencias pasó a ser también un tema jurídico, un tema de la Constitución².

A partir de entonces, lo político se mezcla con lo normativo cuando se estudia el asunto de las competencias, cuando se escruta la manera en la que son ejercidas en cada esfera, y cuando se intenta explicar el sentido en el que los actores institucionales de los diferentes espacios públicos –Federación o Estados– entienden e interpretan los mandatos constitucionales sobre ámbitos y límites de ejercicio de competencias. Pero al introducir la concepción democrática del orden federal, la cuestión de las competencias adquiere además una relevancia constitucional, y por tanto jurídica, mucho más fundamental. En efecto, el respeto a su configuración ya no es solo sensible desde el punto de vista de los poderes públicos o de las instituciones que las ejercen. La concepción democrática exige que la construcción jurídica de lo político se lleve a cabo exclusivamente desde, y hacia, el sistema de derechos³. Por tanto, la dimensión constitucional de la cuestión competencial se enfoca ahora desde la perspectiva del sujeto y de sus derechos. Al incorporar tal perspectiva, se percibe cómo el respeto al reparto de competencias incide sobre la realización de los derechos de inclusión y de participación del sujeto en cada uno de los *fora*, espacios públicos, o comunidades políticas en los que se integra. Por este camino, y teniendo en cuenta que la cuestión de las competencias es determinante en la composición del sistema de fuentes, se hace visible que de su coherencia pende la posibilidad de que un individuo, ciudadano, sepa a qué atenerse cuando ejerce sus derechos de participación política. O cómo reaccionar cuando se le pretende aplicar tal o cual norma federal, antes que esta o esa otra del Estado federado correspondiente.

1.2. Competencia y controversia en la experiencia federal

De vuelta a la experiencia histórica y jurídica del federalismo, por la estadounidense sabemos que la ilusión del reparto, o de la separación de esferas, fue parcialmente defraudada por la necesidad de adoptar nuevas políticas ante los cambios estructurales del contexto económico y social. El desarrollo de las políticas intervencionistas del keynesianismo económico

² Es la reflexión que se hace Hamilton en A. HAMILTON, «El federalista», XXXII, en A. HAMILTON, J. MADISON, y J. JAY, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

³ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 156.

fue el primer hito en esa ruptura del federalismo dual⁴. Hubo entonces que encontrar formas de dar lectura jurídica a la transformación de hecho de las relaciones entre los sistemas jurídicos, el federal y los de los Estados federados. El dualismo se convirtió a una nueva confesión, la del federalismo cooperativo. Al discurso tranquilizador de las esferas competenciales separadas, le sucedió el de las competencias compartidas y el de los mecanismos de colaboración⁵. Y, aun así, el marco de 1787 quedaba formalmente inalterado. Las normas constitucionales de distribución competencial seguían vigentes y eran límite y referencia tanto para los órganos políticos a la hora de ejercer las competencias respectivas, según su naturaleza federal o federada, como para los jueces y tribunales a la hora de situarse ante las leyes y cuestionar, o no, si respetaban el acuerdo inicial plasmado en la Constitución.

No sin conflicto, ese sistema de pluralismo ordinamental en el que la Constitución Federal tiene la última palabra ha pervivido y ha encontrado en cada momento reglas de adaptación que permitían lecturas conformes de las normas de reparto de competencias. La convivencia se ha conseguido mediante una conformación jerárquica de los ordenamientos jurídicos, independientes aunque relacionados y ordenados a causa de su vigencia bajo la supremacía federal. Esa supremacía que la Constitución del 1787 incluía en su Artículo VI y que podía interpretarse bien como supremacía constitucional, bien como primacía de la legislación de la Federación en su ámbito de competencia.

Pero la convivencia es algo muchísimo más difícil de organizar en un orden pluriconstitucional, como el de la Unión Europea, que no es piramidal sino policéntrico. Un orden, además, cuya razón de existencia es la atribución de competencias, la asignación de objetivos a un orden supranacional para realizar tareas que los Estados solo pueden realizar así: en conjunción con otros y organizados por una entidad neutral y aglutinadora. El sistema de competencias de la Unión Europea tiene un curioso árbol genealógico. En él se descubre la ascendencia directa del funcionalismo, principio inspirador de la creación de las Comunidades. Por otro lado, el sistema de la Unión tiene

⁴ Schwartz, basándose en jurisprudencia del Tribunal Supremo de EE. UU., explica la progresión del federalismo americano y la erosión del federalismo dual inicial. B. SCHWARTZ, *El federalismo norteamericano actual*, Civitas, Madrid, 1984.

⁵ García de Enterría considera que «hoy todos los federalismos y regionalismos en ejercicio han superado de manera definitiva la construcción de las autonomías sobre la técnica de la separación formal y absoluta de competencias entre el Estado y los entes miembros, la técnica de las “competencias exclusivas” parece entrar decididamente en el camino de las “competencias compartidas” o concurrentes», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Estudio Preliminar» en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.), *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, p. 24.

una filiación adoptiva con el racionalismo: el funcionalismo y la comprensión constitucional del orden europeo por la doctrina constitucional y la jurisprudencia comunitaria delatan la pertenencia a esa progenie. La filiación biológica se establece generacionalmente con el pensamiento de la posmodernidad: fragmentación e integración dentro del contexto del orden global.

Este pequeño embrollo genético no pone las cosas tan fáciles ni al actor político, ni al abogado, ni al juez o tribunal de turno, ni, en nuestro caso, al analista. Y no solo por la falta de perspectiva histórica que permita ver de lejos la evolución del conjunto, sino porque estudiar el sistema competencial de la Unión parece haberse convertido en una auténtica partida de *Tetris*, en la que, una vez encajado un elemento, se ve caer desde la esquina superior derecha una pieza distinta que no se ajusta ni del derecho, ni del revés. Y aunque el atribulado constitucionalista se esfuerza en utilizar categorías del federalismo, convirtiéndolas primero al espacio europeo para poder pasar a la fase siguiente, explicando con resignación que la complejidad del tema hace compleja la explicación misma, las piezas que siguen apareciendo desde el cielo digital caen de cualquier manera. El Tribunal de Justicia sigue reconfortado por la tolerancia hacia la primacía. Y ciertos Tribunales Constitucionales estatales optan por no afrontar el problema: si lo ven de lejos, asumen que normalmente no habrá conflictos entre ejercicios de competencia estatal y europeos. Resuelven que si los hay igual ni se notan, y que si llegasen a notarse... entonces habría que ver⁶.

En definitiva, la naturaleza política de todo debate acerca de la distribución de competencias en la UE no libra al jurista de la necesidad de poner orden en los referentes. Principalmente porque tal orden repercute en el sistema de fuentes que debe manejar. Y, sobre todo, porque de ello depende la posibilidad de que el sujeto-ciudadano, nacional de Estado miembro, euroconsumidor, eurovotante y euroimplicado, pueda saber a qué atenerse a la hora de ejercer sus derechos políticos. O a la hora de presentarse ante un juez nacional pidiendo la aplicación o defendiendo la posición que las leyes, europeas y estatales, le otorgan.

Se trata de pasar a la segunda fase del *Tetris de las competencias*. Puede ser que, si se recolocan algunos de los elementos que se dan por sentados en la explicación habitual del reparto de tareas, encontremos sugerencias distintas a la de usar la primacía y olvidar el conflicto potencial. Para esa segunda fase, este escrito propone una partida con piezas nuevas. La propuesta es una

⁶ Es la postura del Tribunal Constitucional español ante el Tratado que establece una Constitución para Europa. En su análisis del principio de primacía, que se incorporaba formalmente a través de ese Tratado, el TC consideraba que la separación de ámbitos de competencia de la Unión y de los Estados hacía poco probable el conflicto normativo. Declaración del Tribunal Constitucional, DTC 1/2004 de 13 de diciembre, suplemento BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005, FF. JJ. 3 y 4.

aproximación al tema a través del análisis de un tipo concreto de competencias comunitarias: las complementarias. Seguramente es en este tipo de competencias donde más claramente pueden constatar las disfunciones que provoca la falta de un marco apropiado, tanto teórico como normativo, para que la interpretación constitucional pueda situar cada una de las esferas políticas, Unión y Estados, en el sitio que le corresponde.

II. Competencias de la Unión, competencias estatales y razones para el conflicto

La definición normativa del sistema de competencias de la Unión Europea se encuentra, como en los órdenes federales al uso, en un documento único: los Tratados. Sin embargo, por lo dicho sabemos que el fundamento constitucional no se encuentra solo ahí. Está disperso en Tratados y Constituciones, en lugar de estar concentrado en un solo referente que aúne la voluntad constituyente de la ciudadanía y que establezca las reglas de convivencia de los diferentes espacios públicos. Los límites de actuación de Estados miembros y Unión en un sentido relacional no están unitariamente codificados en sus respectivas normas de cabecera. Cada uno ha de mirar respectivamente a la del otro para tener un referente completo sobre la corrección constitucional del ejercicio de las competencias. Dicho con otras palabras: la conformidad constitucional del ejercicio de las competencias tiene que residenciarse en los mismos elementos en los que lo hace la legitimidad del pluralismo constitucional europeo, que son las Constituciones nacionales y los Tratados constitucionalizados⁷.

Además, desde el punto de vista normativo, la distribución de competencias en la Unión no es, en sí, ni una distribución ni un reparto. Lo que hay en los Tratados europeos es una atribución de competencias a las Comunidades, o a la Unión, para la consecución de unos fines específicos también consignados en esos Tratados. Toda otra competencia no atribuida, como ya deja dicho por dos veces el Tratado de Lisboa –artículo 4.1 y 5.2 TUE(L)⁸–, se mantiene en la esfera de los Estados miembros. En lo que atañe a las Cons-

⁷ Esas son las bases normativas de la *Unión Constitucional* de Ingolf Pernice, entendida como orden pluralista y construida como oposición a la conceptualización más propiamente *estatista* que hace Paul Kirchhof de Europa como *Unión de Estados*. I. PERNICE, *Fondements de droit constitutionnel européen*, <<http://www.whi-berlin.de/>>, 2002. P. KIRCHHOF, «The legal structure of the European Union as a Union of States» en A. VON BOGDANDY y J. BAST, (eds.), *Principles of European constitutional law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 765-802.

⁸ Al estar pendiente de ratificación el Tratado de Lisboa, distinguiremos en las remisiones que se hagan a artículos del Tratado de la Unión cuando sea la versión de Niza (N) o la de Lisboa (L). El Tratado de Funcionamiento de la Unión aparecerá como TFUE y el clásico, el de la Comunidad Europea, como TCE.

tituciones nacionales, en primer término, la atribución de competencias es posible gracias a la apertura de las normas fundamentales estatales a un orden jurídico distinto del que presiden. El ejercicio, desde lo estatal, del poder de integración constitucionalmente prefigurado, concretado en cláusulas de integración, posibilita una nueva conceptualización del Estado mismo, ahora integrado⁹. Como consecuencia de este proceso de atribución, los Estados limitan sus facultades de creación normativa en esos ámbitos de competencias atribuidos a las Comunidades y a la Unión.

En segunda instancia, la legitimidad constitucional de las competencias atribuidas en los Tratados europeos se sostiene en un doble fundamento: uno es esa apertura constitucional estatal y otro es la afirmación de autonomía constitucional del orden comunitario. La autonomía ha sido tramada en la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia y luego consentida por la propia evolución del Derecho europeo¹⁰. Por otra parte, las competencias que las Comunidades han ido recibiendo no son, sin más precisiones, competencias que anteriormente ejercieran los Estados miembros en soledad y que ahora compartan en un espacio supranacional. La atribución forja unas competencias específicas que solo existen porque existe la Unión. No son concebibles la unión aduanera, el mercado interior, la política agrícola común o, inclusive, el euro sin la existencia de una organización supraestatal distinta de los Estados mismos. En el último caso, la adhesión sustituye alguna competencia estatal anterior, pero por lo común se superpone a las competencias persistentes de Estados y entes subestatales. Las competencias comunitarias no solo son distintas por el ámbito global en el que se ejercen, lo cual ocurre también con las competencias de la Federación en cualquier sistema federal. También lo son por la raíz funcionalista que engendró y estimuló la expansión de todo el sistema europeo desde los años cincuenta hasta hoy.

Como conclusión transitoria, se observa una primera dificultad para comprender el orden de competencias de la Unión por la manera en la que los referentes de constitucionalidad están configurados. El Derecho comuni-

⁹ Esa apertura se traduce en una nueva conceptualización del Estado constitucional en Estado cooperativo y se concreta, para el caso de la UE, en programas europeos de las constituciones estatales. P. HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 124 y ss, y 256 y ss. Sobre el concepto de poder de integración y los límites de su ejercicio, A. LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e Integración*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996. La nueva identificación del Estado como «integrado», en F. RUBIO LLORENTE, «El Constitucionalismo de los Estados Integrados de Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996, pp. 9-33.

¹⁰ Al respecto, J. H. H. WEILER, «La transformación de Europa» en J. H. H. WEILER, *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 13-126; K. J. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2001; o I. PERNICE, *Fondements de...*, *op. cit.*

tario derivado, producto del ejercicio de competencias de las Comunidades, encuentra su parámetro de validez y de constitucionalidad en un ordenamiento jurídico presidido por Tratados de integración y remitido en su fundamento a los órdenes constitucionales estatales. Mientras, la legislación estatal tiene su referente en la Constitución propia, la cual ha limitado las posibilidades de acción estatal a favor del complejo supranacional condensado por la Unión Europea. Las Constituciones estatales y los Tratados se sitúan como bisagras de un orden complejo que regula distintos sectores materiales de la realidad a través de diferentes sistemas de fuentes. El conflicto interordinamental aparece como efecto de esa realidad compleja en la que hay diferentes parámetros de constitucionalidad que fragmentan, a su vez, los sectores y ámbitos de competencia conforme a criterios distintos.

2.1. *Constitucionalismo, funcionalismo y primeros desajustes*

Abordemos en primer lugar los efectos que la diversidad de parámetros de constitucionalidad tiene sobre el asunto de las competencias en el sistema Unión-Estados. Insistiremos de nuevo en el método comparativo como instrumento de análisis, tomando modelos conceptuales del federalismo y trasladándolos al sistema de la Unión. Así se pueden evidenciar las diferencias que hay entre la concepción del problema de las competencias en un ideal, e idílico, orden federal estatal y la que hay en el orden pluriconstitucional europeo.

En un orden federal, el sentido de la Constitución es la convivencia, los derechos, y la organización y límite del ejercicio del poder público. Los principios de la Constitución federal son los que señalan los parámetros de constitucionalidad de todo el conjunto. Una Constitución federal puede privilegiar más o menos al ente federal, puede introducir más o menos mecanismos de contención, o de expansión, del poder central, pero en lo que al orden constitucional se refiere, los referentes que guían el ejercicio de competencias son iguales para todos, para la Federación y para los Estados miembros. En el Estado autonómico español, la realización democrática, el funcionamiento del Estado de Derecho, y los valores de libertad, pluralismo político, igualdad y justicia del artículo 1.1 de la Constitución, son los referentes del ordenamiento jurídico para el Estado y las Comunidades Autónomas. El mandato de promoción social del 9.2 se dirige a los poderes públicos, Estado, Comunidades Autónomas o Administraciones locales. Aun con el simplismo de esta ejemplificación, sirve para explicar que la concepción unitaria de los fines y valores del sistema constitucional hace que los conflictos que se dan como consecuencia de la distribución de competencias puedan ser resueltos conforme a ese mismo orden unitario. Y, por lo tanto, se resuelvan dentro del sistema mismo.

En la relación Unión-Estados miembros, sin embargo, los conflictos se tienen que resolver en una zona intermedia, una zona de intersección en la

que hay una pugna solapada de sentido entre órdenes estatales y orden europeo. Las regulaciones del Derecho europeo están al servicio de los fines de la integración misma, definidos en los artículos 2 del TUE(N) y 2 TCE –ahora en el 3 TUE(L)–. Incluso a pesar de la incorporación de los valores constitucionales comunes de los Estados miembros como principios fundamentales de la Unión –artículo 6 TUE(N), 2 TUE(L)¹¹, el fundamento de cualquier norma comunitaria siempre está en objetivos del Tratado y se apoya en una base jurídica concreta que, a su vez, describe un objetivo propio. La base jurídica por una parte relaciona la acción de la Unión con lo atribuido en el Tratado, y por otra señala a las instituciones el procedimiento concreto a seguir para la conformidad a Derecho del ejercicio competencial. Es en la primera de las dos significaciones en la que se descubre el sentido relacional de la base jurídica¹². Delimita lo que la Unión puede hacer y, en consecuencia, dónde los Estados miembros han renunciado a hacer. Y señala, también, un objetivo al que orientar realizaciones en un determinado sector de la realidad: mercado, competencia, aduanas, libre circulación, moneda, pesca, política social...

El diseño del proyecto comunitario configura competencias finalistas que se orientan a la consecución de objetivos específicos. Con mayor o menor acuerdo, ese motor de impulso de la integración en la Europa comunitaria se ha identificado con el funcionalismo como método de integración. Su efecto, visto desde el prisma del pluralismo constitucional y de la interpretación de las normas de reparto, es que el ejercicio de competencias comunitarias puede entrar en contradicción con principios constitucionales

¹¹ De las cláusulas de interpretación y aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, que fueron incorporadas en la versión que se incluyó en el Tratado Constitucional, se desprendía algo importante de cara a la interpretación de esos principios iusfundamentales, pues no parecía que los fines de la integración fueran a perder su hegemonía por lo que, en cierto sentido, se blindaba la interpretación de las competencias frente a la penetración de contenidos iusfundamentales. En efecto, el artículo II-111.2 del Tratado Constitucional afirmaba que «la presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nueva para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución». En la adhesión a la Carta que proclama el Tratado de Lisboa a través del artículo 6 del TUE(L) –y que le da el mismo valor jurídico que a los Tratados–, se repite esa idea. Se afirma que «las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal y como se definen en los Tratados».

¹² Díez-Picazo explica que la base jurídica no solo se relaciona con el concepto de competencia de atribución, y por esa vía con la cuestión Unión-Estados. También, e incluso más fuertemente, la base jurídica es determinante en el equilibrio institucional de la Unión, ya que es la que indica el procedimiento de decisión que ha de seguirse en cada caso (unanimidad, mayoría, cooperación, codecisión...). L. M. Díez-Picazo, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 173-187.

estatales de distinta naturaleza¹³. Incluso puede provocar colisión entre normas de derecho derivado y normas constitucionales¹⁴. Por esta razón hay Tribunales constitucionales que recurrentemente llaman la atención sobre los límites que las Constituciones estatales marcan al ejercicio de las competencias comunitarias. En concreto, el juez constitucional alemán provocó una reacción favorable al compromiso con la defensa, e inclusión, de los derechos fundamentales en el parámetro de constitucionalidad material de la Unión¹⁵. Sin embargo esto no significa que la legislación conforme a objetivos y la técnica de apoyo en bases jurídicas se haya modificado.

El funcionalismo que informó el sentido del proyecto comunitario sigue influyendo en la configuración competencial y en el ejercicio de las competencias. Los espacios de conflicto no solo se crean a causa de la división de la realidad en sectores objeto de regulación, sino también a causa de la amplitud y potencial expansivo de las metas de la integración económica. Los fines de la integración impregnan todo tipo de competencias comunitarias. De manera que siempre que se elaboran normas europeas, los objetivos de los tratados orientan tal legislación. Solo tienen prioridad los límites constitucionales en la medida en que figuren en los propios Tratados, bien como objetivos, bien como límites propios¹⁶. Esto crea mayores problemas

¹³ Es delicado hablar del funcionalismo en este contexto, puesto que la naturaleza del concepto lo identifica como una teoría de integración, cuya adecuación para explicar el fenómeno de la europea es incluso debatida desde enfoques de Ciencia Política, en los que compete con otras como el intergubernamentalismo, el neoinstitucionalismo e incluso el federalismo. C. CLOSA MONTERO, «E pur si muove: teorías sobre la integración europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 85, 1994, pp. 339-364. Sobre la manera en la que las instituciones comunitarias interpretan las competencias conforme a los fines de la integración, J. H. H. WEILER, «La transformación de Europa», *op. cit.*

¹⁴ Ejemplos conocidos de este tipo de colisión están detrás de casos como el Asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1970, C-11/70, ECR 1970, pp. 1125 y ss.; Asunto *Comisión vs. Luxemburgo*, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de julio de 1996, C 473/93, ECR 1996, pp. I-03207 y ss.; asunto *Comisión vs. Grecia*, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de julio de 1996, C 290/94, ECR, pp. I-03285; asunto *Kreil*, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de enero de 2000, C-285/98, ECR 2000, pp. I-69 y ss.

¹⁵ Las famosas sentencias Solange I y II del Tribunal Constitucional Federal, BVergGE, de 29 de mayo de 1974 y 22 de octubre de 1986, ambas comentadas en C. VIDAL PRADO, *El impacto del nuevo Derecho europeo en los Tribunales Constitucionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 27 y ss. La reacción del TJ, en el asunto *Nold*, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de mayo de 1974, C-4/73, ECR 1974, pp. 00491 y ss.

¹⁶ Ejemplos de este tipo de interpretación, en las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 1996, asuntos *Procesos penales contra X*, C-74-95 y 129-95, acumulados, ECR 1996, pp. I-06609 y ss., y Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de febrero de 2000, asunto *Deutsche Telekom AG vs. Lili Schröder*, C-50/96, ECR 2000, pp. I-00743 y ss. Son cuestiones prejudiciales en las que la primacía del Derecho comunitario, por decirlo así, *cede sin ceder*, ya que solo lo

cuando las bases jurídicas que atribuyen competencias a la Unión le otorgan poderes conscientemente reducidos o acotados. La primacía y el pretexto de los fines de la integración consiguen que, incluso en casos de competencias complementarias, los límites que imponen los Tratados se desdibujen.

2.2. La ordenación de las competencias de los Tratados

A los problemas identificados en el plano de los valores constitucionales frente a los fines de la integración, se suma otro que es un clásico en los estudios sobre federalismo. Tiene su origen en la extremadamente dificultosa ordenación de sectores materiales de la realidad con el fin de establecer responsables exclusivos o conjuntos para su regulación. Lo que hacen las reglas de reparto de competencias en un orden federal es crear, a partir de la compartimentación de sectores de la realidad social, ámbitos materiales sobre los que los distintos entes –Federación, Estados– ejerzan sus poderes específicos.

A la dificultad de la propia segmentación jurídica de la realidad, se une la de la subsiguiente categorización de lo normativamente establecido. ¿Qué es una competencia exclusiva? ¿Qué es una competencia compartida y qué es lo que se comparte, la materia o las facultades que se ejercen sobre la materia? Cuando se comparte un sector material, ¿qué facultad prevalece, la de la Federación o la del Estado? En esta parte del discurso será útil tomar prestado un modelo teórico, una guía metodológica para el análisis. Nos apoyaremos en la forma en la que Ignacio de Otto explica este problema, cuando sostiene que en un sistema federal hay competencias *plenas*, *compartidas*, *exclusivas* y *concurrentes*¹⁷. Son *plenas* «cuando un sujeto, la Federación o los Estados, ostenta *todas* las facultades posibles sobre una materia». En este sentido, la competencia *plena* se opone a la *compartida* y se refiere al *quantum* de la atribución. Hay competencias *exclusivas* y *concurrentes*, por otro lado, que se diferencian entre ellas en el *modo* de la atribución. La exclusividad se predicaría de los casos en los que «la facultad de que se trate –sea cual sea su extensión– se atribuye de modo tal que el otro sujeto quede excluido de ella. La competencia es *exclusiva* porque el otro sujeto está *excluido* de ella –aunque pueda ostentar *otra* facultad sobre la materia, que sería *compartida*–». Las competencias *concurrentes*, sobre materias compartidas, se darían cuando «la atribución de una facultad a un sujeto no implica monopolio, exclusión del otro, sino que este dispone de la *misma* facultad, por ejemplo de la legislación o de la totalidad de las facultades de que dis-

hace en virtud de la inclusión en los Tratados de principios generales que son comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

¹⁷ I. DE OTTO Y PARDO, *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 58 y 59. Ahí se encuentran las citas textuales que siguen en el texto.

pone el otro en la misma materia». Sería este último tipo de competencias concurrentes, o acumulativas, el que podría dar lugar a colisiones y requerir criterios de resolución. La prevalencia federal, que desplazaría las normas estatales a favor de las federales, sería una de las posibilidades de distensión del conflicto interordinamental¹⁸.

Si se descienden estos conceptos al caso europeo se ve que es difícil encontrar competencias-materias atribuidas plenamente en el repertorio mixto de objetivos y atribuciones. Solo con mirar la gran proporción de regulaciones comunitarias que deben ser ejecutadas por los Estados miembros, la afirmación de la plenitud de tal o cual competencia siempre quedaría en duda¹⁹. Si se enfoca el análisis sobre ámbitos que solo legislan ya las autoridades europeas a través de Reglamentos, sería menos objetable identificar rasgos de plenitud material. Podrían ser los casos de la regulación aduanera o de la monetaria. Casos que son excepciones y que no impiden que haya normas estatales que, desde otro sector material, puedan entrar en conflicto con las europeas.

Lo cierto es que la mayor parte de las materias sobre las que la Unión tiene competencia son compartidas²⁰. Incluso en casos en los que hay políticas lógicamente europeas –como la agrícola común–, su ámbito material –la agricultura– sigue estando compartido con los entes estatales, y con los regionales o subestatales cuando hay Estados miembros de estructura político-territorial. Tal y como se comparten estos ámbitos materiales, tampoco es sencillo identificar qué es *exclusivo*: si las facultades sobre materias o los objetivos de la atribución. Ello se pone de manifiesto en el breve listado de competencias exclusivas que el Tratado de Lisboa ha retomado del de la Constitución Europea –artículo 3 del TFUE–.

El resultado, en cuanto a facultades de producción normativa, ofrece un conjunto de ámbitos materiales compartidos sobre los que tanto la Unión

¹⁸ I. DE OTTO Y PARDO, *Estudios sobre...*, *op. cit.* La prevalencia no sería necesaria en los casos de competencia *plena* de la Federación, pues los miembros no tendrían posibilidad de actuar sobre esa materia. Y tampoco en los casos de competencia *exclusiva* de la Federación, ya que los miembros no tienen poderes de actuación concurrentes.

¹⁹ La Unión se concebiría, así, como un sistema federal de carácter *administrativo*, como opuesto al modelo de *federación legislativa* en la que el mismo ente ejecuta su propia legislación. W. SWENDEN, «Is the European Union in need of a competence catalogue? Insights from comparative federalism», *Journal of Common Market Studies*, vol. 42, 2004, pp. 371-392, en concreto p. 381. La profesora MANGAS MARTÍN explica que «aunque los Tratados han confiado poderes de ejecución del Derecho Comunitario a las Instituciones (Consejo y Comisión), los Tratados también han reservado a los Estados miembros una parte importante de la ejecución del Derecho Comunitario». A. MANGAS MARTÍN y D. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 485.

²⁰ Para Martín y Pérez de Nanclares hay una presunción de que las competencias comunitarias son compartidas. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, McGrawHill, Madrid, 1997, p. 156.

como los Estados tienen competencias, la mayoría concurrentes. La cuestión es que hay competencias concurrentes cuya *modulación* sugiere una preferencia por las regulaciones que se gesten en la esfera de la Unión. Pero hay otras en las que tal preferencia no solo no está tan clara, sino que se describen abiertamente como competencias estatales en las que la incidencia de la actuación europea debe ser, si lo es, secundaria. Se trata de las competencias complementarias, adscritas a la lógica de la subsidiariedad, pero acechadas por la de la primacía.

Llegados a este punto, estamos preparados para entrar en la cuestión de la interpretación de esas competencias *concurrentes* que son de complemento, apoyo o suplemento. Es en esa zona intermedia de los conflictos entre regulaciones europeas y estatales donde teóricamente funcionan esos dos principios mencionados: primacía y subsidiariedad. En la realidad de la interpretación última del Tribunal de Justicia, solo la primacía sirve para determinar el sentido de la preferencia por la competencia. La subsidiariedad, que sería el segundo principio, debería funcionar como refuerzo en la lectura federal de las competencias complementarias, pero de hecho no lo hace. Como consecuencia, los problemas derivados de la diversidad de parámetros de constitucionalidad y de la difícil segmentación de ámbitos de competencia son retroalimentados por la ausencia de una conveniente interpretación federal. Veámoslo.

III. Las competencias complementarias y su interpretación

La primera premisa sobre cualquier competencia de la Unión es que su sede normativa son los Tratados. Para el núcleo duro de la integración esa sede es el TCE, a partir de Lisboa será el TFUE. Son sus disposiciones las que dan detalle de los ámbitos de competencia que se atribuyen a la esfera supranacional: sus contenidos, límites, las facultades de regulación que se reconocen para su ejercicio, los objetivos que deben guiarlas y las exclusiones expresas de posibilidades de acción. En este sentido, y como principio, no habría objeciones a la afirmación de Dashwood de que «los límites de la autorización son discernibles con un tolerable grado de certidumbre»²¹. Pero a esta afirmación, justo a continuación en el discurso del mismo autor, le sigue otra. Esa segunda propuesta teórica sostiene que la efectividad de los límites depende del juego limpio de los actores institucionales, intérpretes políticos y jurídicos de las cláusulas de atribución. Y es esa afirmación la que

²¹ La cita sigue: «... aunque si los límites son efectivos depende del juego limpio de las instituciones –y de que los Estados miembros no consientan el juego sucio». A. DASHWOOD, «The limits of European Community powers», *European Law Review*, vol. 21, 1996, pp. 113-128, en concreto p. 114. Las traducciones de las citas sacadas de trabajos en inglés y francés que se incluyen en este artículo han sido realizadas por su autora.

aquí discutimos: ¿cómo se juega limpio cuando las reglas, en parte, orientan la acción de los partícipes a un uso abierto del encaje de las fichas? Los límites discernibles de las competencias atribuidas son puestos en solfa por ese finalismo abierto, que los revoluciona porque los impulsa a ir más allá de sí mismos. Además, el texto de los Tratados remite a la subsidiariedad y a su interpretación por los mismos actores institucionales europeos la deducción y toma en consideración de los espacios de actuación propiamente estatales. Es poco realista adherirse a la teoría del juego limpio con todos los jugadores en el mismo equipo. No lo es en ámbitos compartidos decantadamente europeos, como el mercado interior, pero tampoco en los ámbitos decantadamente estatales de competencias complementarias.

3.1. Identificación y caracterización de las competencias complementarias

En el proceso de crecimiento, paso a paso, de la Tercera Parte del TCE hay una fase amplia, que arranca con el Acta Única, en la que las atribuciones dejan de ser tan señaladamente económicas y empiezan a tocar otros terrenos, otras políticas²². Pero es la reforma de Maastricht la que señala el punto de inflexión a partir del cual la ampliación competencial adquiere connotaciones políticas independientes de lo económico²³. Además de los pi-

²² Como señala ALDECOA LUZÁRRAGA, «todas las reformas de los Tratados, aunque la de Niza en menor medida, han determinado un salto cualitativo en la cesión de competencias que van a ser ejercidas por la Unión. En efecto, se pasa de una Comunidad que, sustancialmente, ejercía cuatro políticas comunes de tipo sectorial o económico, cuales eran la agrícola, la de transportes, la comercial y la de competencia, a una Unión capaz de concebir y gestionar políticas no solo económicas sino de sociedad y, en los últimos tiempos, hacer incluso alta política» (F. ALDECOA LUZÁRRAGA, *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, vol II. *Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 51).

²³ El Acta Única Europea de 1987 introduce un nuevo objetivo para la CEE: el mercado interior. De cara a su instauración, el AUE atribuye a la CEE una serie de competencias, *complementarias* del mercado interior, que abarcan materias tales como capacidad monetaria, política social, cohesión económica y social, investigación y desarrollo tecnológico y medio ambiente. F. ALDECOA LUZÁRRAGA, *La integración europea...*, *op. cit.*, pp. 106-107. Cinco años después, Maastricht se dirige hacia las metas de la unión económica y, aunque más prudentemente, de la política. Por una parte, mediante los nuevos pilares de cooperación intergubernamental –Política Exterior y de Seguridad Común y la original cooperación en asuntos de Justicia e Interior, actual Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal–; por otra, mediante un considerable incremento de ámbitos de incidencia de la acción comunitaria. Dehousse las enumera: «ciudadanía europea, política de visados, educación, cultura, salud pública, protección a los consumidores, creación de redes de transporte transeuropeas, infraestructuras de telecomunicaciones y energía, industria y cooperación al desarrollo». R. DEHOUSSE, «Community competences: are there limits to Growth?» en R. DEHOUSSE (ed.), *Europe After Maastricht, An Ever Closer Union?*, Law Books in Europe, Munich, 1994, pp. 103-125, en concreto p. 104.

lares de cooperación intergubernamental en Política Exterior e Interior, origen de la estructura tripartita de la Unión, la propia Comunidad Europea recibe a través del Tratado de Maastricht un grupo de competencias nuevas en cuya definición se establece, expresamente, que se trata de ámbitos de acción complementaria a la estatal. Podemos identificar las que recogen los artículos 149 a 152 del TCE: por un lado educación y formación profesional dentro de la política social de la Comunidad, por otro cultura y salud pública. También, con matices, identificaremos la competencia sobre industria –157 TCE–.

Verbos como *apoyar* y *complementar* referidos a la *acción de los Estados miembros* caracterizan, y delimitan, esas cláusulas de atribución. A esas reglas sobre marcos de actuación, se suman restricciones textuales expresadas a las posibilidades de actuación de las instituciones, que se concretan en la *exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros*. Con ámbito de actuación algo mayor, aunque también dentro de una línea de complemento a la acción estatal, la política de industria no excluye la posibilidad de armonización, a pesar de lo cual se incluye como política de apoyo en la clasificación que hace el artículo 6 TFUE. Y es que en las últimas propuestas de reforma de los fundamentos del sistema jurídico comunitario –el Tratado constitucional y el de Lisboa– se han clasificado expresamente las mencionadas competencias como complementarias. El Tratado de Funcionamiento de la Unión separa estas competencias dentro de una categoría específica de apoyo, coordinación y complemento. La categoría se diferencia expresamente de las compartidas. Específico que en ningún caso el ejercicio de la competencia comunitaria podrá suponer la sustitución de la competencia estatal –artículo 2.5 TFUE–. Esta precisión es esencial, no solo porque supone una afirmación de la prioridad de la competencia estatal, sino porque excluye la regla de preclusión que establece el párrafo 2 de ese mismo artículo –2 TFUE– para las competencias compartidas.

A ese repertorio ya conocido, que recoge el artículo 6 TFUE –cultura, salud, educación y formación profesional e industria–, se han añadido algunas materias de complemento más. En concreto, son nuevas políticas ya anunciadas y esperadas desde Niza sobre protección civil, turismo, deporte

²⁴ Ver los artículos III-281 y siguientes del Tratado que establece una Constitución para Europa, recogidos ahora por el Tratado de Lisboa en el Tratado de Funcionamiento de la Unión en los Títulos XII –deporte va junto con educación y formación profesional– y XXII a XIV –turismo, protección civil y cooperación administrativa–. Sin embargo, la protección a los consumidores, que en ciertas clasificaciones se había encontrado entre las consideradas de apoyo, es en Lisboa competencia compartida. Es lógico, puesto que la protección de los consumidores en el artículo 153 TCE es presentada como complementaria para el mercado interior, no como complementaria de la acción estatal. De hecho, en su cláusula de atribución no hay exclusión de la posibilidad de armonizar.

y cooperación administrativa²⁴. Como las anteriores, estas nuevas competencias complementarias excluyen las facultades de armonización y se ponen en un segundo plano respecto a las políticas estatales en dichos ámbitos. Un caso singular cierra la descripción. Hay una competencia de investigación y desarrollo tecnológico a la cual se le da una sede especial e intermedia: un párrafo aparte y exclusivo del artículo 4 del TFUE, dedicado a las competencias compartidas. En ese 4.3 del TFUE expresamente se excluye la preclusión de la competencia estatal en materia de investigación y desarrollo, lo cual la asimilaría a las complementarias si no fuera porque no le afecta la prohibición de armonización.

Algunas precisiones también son necesarias en relación con la competencia sobre salud pública. Es considerada como política de complemento en el artículo 6 TFUE, pero el artículo 4.2 TFUE dice en su apartado *k* que los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública son competencia compartida. Es cierto que la ambigüedad en la definición de esta cuestión, la salud, como objeto de regulación europea está presente en las propias cláusulas de atribución del TCE. El artículo 152 contemplaba ya ciertos campos de la materia en los que la armonización no se excluye –152.4 *a* y *b* TCE–, pero otros en los que sí –152.4.*c*–. Luego, las propias cláusulas relativas al mercado interior en ocasiones consideran la salud como ámbito de excepción que, en ese sentido, sí eran susceptibles de quedar afectadas por regulaciones comunitarias. Según la base jurídica a la que se adhiriera el legislador europeo en su ejercicio competencial podría armonizar o no. El mismo artículo 95.3 TCE abre la posibilidad de armonizar legislaciones estatales en materia de salud, siempre que tal acción esté al servicio de la realización del mercado interior²⁵.

Estructurando ideas previas al análisis de la interpretación, en primer lugar podríamos decir que este conjunto de competencias complementarias serían facultades de actuación otorgadas a la Comunidad sobre ámbitos materiales compartidos. Por supuesto, al no ser exclusivas ni de la Unión ni de los Estados, el ejercicio de estas competencias estaría prefigurado en un espacio de concurrencia marcado por una relación de complemento según la cual el principal responsable de estas políticas seguiría siendo el Estado miembro correspondiente. La Unión adoptaría una función secundaria en la regulación de estas materias. En segundo lugar, como ya hemos adelantado, se estaría hablando de un tipo de competencias especialmente representativas del concepto de subsidiariedad. Un concepto de subsidiariedad horizontal según el cual la identificación de la instancia óptima para ejercer el poder en un determinado sector material vendría dada por la combinación de los

²⁵ Ese mismo artículo se traslada al 114.3 del TFUE. Sobre el uso de bases jurídicas y su repercusión en las exclusiones de armonización, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *El sistema europeo de distribución de competencias*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 116 y ss.

elementos de «autodeterminación al nivel (...) más bajo posible y de subsidio del nivel superior al inferior»²⁶. Incluso, y en tercer término, se trataría de facultades sobre materias que confirmarían la vigencia de la subsidiariedad como criterio operativo y modulador en el momento prenormativo o constitutivo –por no usar el término constituyente– de la atribución competencial²⁷. La realidad es que se atribuyen a la Comunidad facultades de actuación para que sean ejercidas en la medida en que los Estados no logren alcanzar determinados objetivos relacionados con esos ámbitos de competencia, bien por la necesidad de medidas de carácter global, bien por la insuficiencia de la simple acción estatal²⁸.

Esta presentación de las competencias complementarias nos pone por fin frente a la problemática de su interpretación. Un correcto entendimiento de estas normas de competencia ha de partir de su doble fundamento constitucional: las Constituciones y los Tratados. ¿Cuál sería la solución constitucional a un conflicto interpretativo entre dos normas, una estatal y otra europea, en alguno de esos ámbitos? ¿Habría que interpretar conforme a los objetivos del legislador estatal o conforme a los objetivos y dictados del europeo? ¿Sería adecuado modular la interpretación funcionalista habitual en el ejercicio de competencias comunitarias? ¿Cabría abrir paso a una interpretación federal que pusiera por delante los propios límites de las atribuciones o los fines prioritarios de las políticas estatales?

²⁶ F. FONSECA MORILLO, «Legitimidad democrática: el principio de subsidiariedad», *Europa Junta*, núm. 11, diciembre 1992, pp. 5-23. En concreto, p. 7.

²⁷ Siendo cierto que la norma de la subsidiariedad (art. 5 TCE) solo se refiere al ejercicio de las competencias, también es evidente que la subsidiariedad tiene en la integración europea una función previa. Para Alicia Chicharro se trata de la función de presidir «especialmente los procesos constituyentes, es decir, a la hora del primer reparto de competencias y en sus sucesivas reformas», A. CHICHARRO LÁZARO, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 37. Lenaerts y Van Ypersele hablan de dos funciones del principio de subsidiariedad: la constitucional, de presidir el reparto de competencias, y la normativa, de regular el ejercicio de poderes. K. LENAERTS y P. VAN YPERSELE, «Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3B du Traité CE», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 30, núms. 1-2, 1994, pp. 9-10. Del mismo modo, Gerkrath: «el principio de subsidiariedad ejerce en consecuencia una doble función en el ordenamiento jurídico comunitario. Interviene en tanto que principio rector de la atribución de competencias y ordena el ejercicio de competencias en los dominios en los que la competencia es compartida entre la Comunidad y sus Estados miembros. J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Université de Bruxelles, Bruselas, 1997, p. 372.

²⁸ La subsidiariedad opera, según el artículo 5 TCE, «en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario». El artículo 5.3 del TUE(L) añade a esa definición que la insuficiencia de la acción podrá ser identificada bien a escala estatal-central, bien a escala regional, bien local.

3.2. Modelo de interpretación funcionalista

Si se toma al funcionalismo como principio motriz de la integración, si se entiende que los Tratados establecen objetivos que las instituciones europeas están llamadas a conseguir, y si se acepta que las atribuciones de competencia están efectuadas de cara a que tales objetivos puedan alcanzarse, entonces es lógico que las instituciones europeas a la hora de ejercer las competencias efectúen interpretaciones finalistas. Se motiven sus actos legislativos sobre la base de las premisas del funcionalismo²⁹. El problema del funcionalismo como criterio o método de la interpretación es que no está capacitado para integrar otros objetivos para los actos comunitarios que no sean los de los Tratados. El intérprete, por tanto, puede ser coherente con su norma de referencia, el Tratado, pero no con el marco global en el que se inserta la legitimidad de su actuación. Por tanto, si el legislador comunitario como intérprete primario, o primero, de las competencias se guía por esa interpretación finalista, lo que hará será fundamentar sus actuaciones en objetivos y principios de dimensión comunitaria. Y lo que nunca hará será tener la referencia de sus propios límites en los ámbitos de actuación estatal.

3.2.1. EFECTO EN LA INTERPRETACIÓN INSTITUCIONAL Y SUBSIDIARIEDAD

Frente a esa actuación o tendencia del funcionalismo, la subsidiariedad podría considerarse el mandato que vincula desde los Tratados, como normas de cabecera, a los actores institucionales europeos. Llama al legislador a tener en cuenta las posibilidades de actuación estatal. Así lo recoge, desde Maastricht, el artículo 5 del Tratado CE, en relación con el ejercicio de toda competencia comunitaria no exclusiva. La reforma de Lisboa lo mantiene, en el artículo 5.3 del TUE(L), con la novedad de que pro futuro los parlamentos nacionales tendrán posibilidad de objetar a las motivaciones que sobre la

²⁹ Como ya hemos señalado, el funcionalismo se concibe desde la Ciencia Política como teoría de la integración, por lo que hablar de él como método de interpretación de normas no es del todo ortodoxo. Sin embargo, desde el momento en el que sirve para explicar la manera en la que las competencias comunitarias son comprendidas por los actores institucionales de la Unión, incluido el propio Tribunal de Justicia, podemos entender que hay una interpretación funcionalista de las normas de atribución. Sobre el funcionalismo en la Unión y su oposición al federalismo como método de integración, L. J. CONSTANTINESCO, «Federalisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme? (Refléxions sur la méthode de l'intégration européenne)», en AA.VV. *Mélanges Fernand Dehousse, Vol. 2. La construction européenne*, Nathan Labor, Bruselas, 1979, pp. 19-27. Ver también en C. CLOSA MONTERO, «E pur si muove: teorías sobre la integración europea», *op. cit.* p. 350, cómo este autor explica la manera en la que el federalismo, que es una teoría normativa, se desenvuelve, con sus limitaciones, como teoría de la integración.

subsidiariedad se hagan en las propuestas legislativas europeas. Ese nuevo procedimiento de control de la subsidiariedad, la alerta temprana, afectará a una cuestión que es crucial a la hora de interpretar estas competencias complementarias: quién define los objetivos de la acción, si son los Estados los que conservan la facultad de dar sentido al ejercicio de las competencias en esos ámbitos o si, una vez ejercidas las competencias en la esfera europea, son los objetivos de tal ejercicio los que pasan a dominar la interpretación³⁰.

A consecuencia del funcionalismo y de la identificación de los objetivos comunitarios como referentes únicos suministrados por el Tratado, el principio de subsidiariedad poco ha podido hacer hasta ahora para facilitar la defensa de los ámbitos de actuación estatal en materia de competencia complementaria. Bien es cierto que en el campo de lo que hemos llamado interpretación institucional, a la hora de realizar regulaciones comunitarias, los conflictos interpretativos no son muy llamativos. Al revisar las actuaciones comunitarias en esos ámbitos concebidos como complementarios desde los noventa hasta hoy, se constatan dos cosas. Una es que las regulaciones comunitarias con base jurídica principal en alguna de esas disposiciones sobre materias de apoyo y complemento no son muy abundantes. Otra constatación es que los tipos de actos jurídicos que adoptan las instituciones en estos ámbitos suelen ser bien Recomendaciones, que siguiendo el 249 TCE no son vinculantes, bien Decisiones, que sí son vinculantes pero que se dirigen a destinatarios específicos y carecen, por tanto, del carácter general de los actos típicamente legislativos. De hecho, con base en los 149-150 y 151 TCE –cultura y educación, y formación profesional–, solo encontramos Recomendaciones y Decisiones, por más que algunas de esas Decisiones sean acuerdos de la Comunidad con países terceros que, desde ese punto de vista, tienen como destinatarios todos los Estados integrados en la CE. Hasta

³⁰ El procedimiento se anuncia en el artículo 5.3 del TUE(L) y se rescata del Tratado constitucional en el Protocolo número 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. La intervención de los parlamentos nacionales en el inicio del procedimiento legislativo se concreta en unos dictámenes motivados que pueden denunciar las vulneraciones del principio de subsidiariedad que detecten en las propuestas legislativas y que, según los casos, obligarán a reconsiderar las formulaciones realizadas en tales propuestas. Ver, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, pp. 273-294; o bien, F. ALDECOA LUZÁRRAGA, M. GUINEA LLORENTE, *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2008, en especial pp. 181 y ss. También, sobre la regulación en el Tratado constitucional, L. M. HIÑOJOSA MARTÍNEZ, *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

³¹ La utilización de bases jurídicas puede analizarse a través de la base de datos del Observatorio Legislativo del Parlamento Europeo, a disposición del público en general en <<http://www.europarl.europa.eu/oeil/search.jsp>>.

2002 no se encuentran disposiciones comunitarias de carácter legislativo, si damos rango de tales solo a Directivas y Reglamentos, que tengan su referencia en el artículo 152 TCE, relativo a salud pública³¹.

Aun con esa contención que se trasluce en el precavido uso de las bases jurídicas, el funcionalismo está presente en la mayor parte de esos actos jurídicos. Más que complementar los ámbitos de actuación estatales en sí, crean ámbitos de actuación europea en esas materias. En especial, esto se nota en los actos relativos a educación y formación profesional, cuyas motivaciones, en los *considerandos* que hace el legislador europeo, aluden por lo general a los principios de libre circulación como inductores o justificadores de la adopción de los actos.

Pero esas cuestiones tan menores se convierten en pequeños conflictos. Saltan si rastreamos algunas de esas disposiciones legislativas comunitarias basadas propiamente en el 152 TCE. Al analizar la manera en la que el legislador las motiva, se constata que no es la idea de complemento a la acción estatal la que preside la intención del mismo. Al contrario: hay fines europeos vinculados a la confianza en los intercambios intracomunitarios que justifican la adopción, por ejemplo, de medidas relativas al tratamiento de la sangre donada³². La normativa europea se manifiesta comprometida con objetivos concretos definidos por las propias instituciones europeas sobre la base que le dan los Tratados. Son objetivos que al no poder ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, según el propio legislador europeo, cumplen los criterios de la subsidiariedad y deben ser impulsados desde la propia Comunidad. Con escuetas motivaciones como esta se atribuye a la regulación europea carácter prioritario. Y, como el único requisito que hasta ahora ha exigido el Tribunal de Justicia para dar por bueno el respeto al principio de subsidiariedad es esa mínima declaración de insuficiencia de medios estatales y prioridad de los fines comunitarios, no se duda. Los efec-

³² A modo de ejemplo, señalamos los «considerandos» o motivaciones de las Directivas 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, por las que se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes y por las que se modifica la Directiva 2001/83/CE, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 033 de 08/02/2003, pp. 0030-0040; y 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 102 de 07/04/2004 pp. 0048-0058. En el 152 TCE también se fundamenta el Reglamento 851/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un Centro Europeo para la prevención y el control de las enfermedades, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 142 de 30/04/2004, pp. 0001-0011.

³³ En efecto, hasta ahora el Tribunal de Justicia ha ido dando por buena cualquier justificación del respeto a la subsidiariedad que diera el legislador comunitario, incluso cuando la referencia expresa al principio del artículo 5 TCE no aparecía por ningún lado en la motiva-

tos del funcionalismo sobre la comprensión de las competencias complementarias hacen que estas dejen de ser complemento alguno y pasen a ser, por sí mismas, instrumentos de integración³³. Los efectos del funcionalismo sobre la subsidiariedad eliminan las objeciones que dicha norma pudiera oponer.

3.2.2. EFECTO EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Y SUBSIDIARIEDAD

En postrer término, y en lo que a la jurisprudencia se refiere, destacaremos un asunto también relativo a la materia de salud pública. De la Quadra-Salcedo Janini nos ilustra sobre la forma en la que el Tribunal de Justicia prioriza, en la comprensión de las normas comunitarias, los fines de la integración y no los límites que para las competencias complementarias fija el Tratado CE. Se trata de la sentencia de 5 de octubre de 2000, un recurso de anulación de Alemania contra la Directiva 98/43/CE sobre publicidad y patrocinio de productos del tabaco³⁴. Entre otras cosas, Alemania sostiene en el desarrollo de las alegaciones que la base jurídica elegida por las instituciones europeas debía haber sido la complementaria de protección de la *salud* –actual 152 TCE–, en lugar del artículo que trata sobre la armonización de legislaciones estatales en materias tales como la salud para el mejor funcionamiento del *mercado interior* –antiguo 100A TCE, actual 95 TCE–.

Aunque el TJ acaba anulando la Directiva, lo cierto es que lo hace por otros motivos. Frente a la protesta alemana por el uso de las bases jurídicas, argumenta el juez comunitario que la protección de la salud es tratada en la Directiva como objetivo secundario de la propia armonización³⁵. Esa posibilidad interpretativa, coherente con el funcionalismo que impregna el Dere-

ción del acto del que se tratase. Explican la forma en la que el TJ interpreta la exigencia de motivación de la subsidiariedad por el legislador E. ALBERTÍ, E. FOSSAS y M. A. CABELLOS en *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea: su consagración en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y las perspectivas para las regiones con poderes legislativos y, en especial, para sus parlamentos*, documento elaborado por el Instituto de Estudios Autonómicos a petición del Presidente del Parlamento de Cataluña, 14 de febrero de 2005, en <http://www.calre.eu/en/subsidiarity_en.html>, pp. 18 y ss. Las impugnaciones basadas en la subsidiariedad son ciertamente escasas y lo poco que responde el Tribunal de Justicia se aferra a esa mínima exigencia de motivación. A. ESTELLA DE NORIEGA, «La paradoja de la subsidiariedad: reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 3B (2) del Tratado de la Comunidad Europea», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 101, 1999, pp. 71-100.

³⁴ Asunto *Alemania vs. Consejo y Parlamento Europeo*, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de octubre de 2000, C-376/98, ECR 2000, pp. I-08419 y ss. Como decimos, este caso y su incidencia sobre las competencias complementarias es estudiado con detalle en T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *El sistema europeo de...*, op. cit., pp. 116 y ss.

³⁵ Ver el fundamento 88 de la citada STJCE de 5 de octubre de 2000.

cho derivado y con el juego de los artículos 95 TCE y 152 TCE, abre sin embargo tres interrogantes al análisis del ejercicio competencial. Uno es sobre la naturaleza complementaria de la competencia comunitaria «salud», pues si puede leerse como apoyo y complemento tanto de la esfera de competencia estatal como del mercado interior, ¿cuándo funciona en la primera de las dos lecturas? El segundo interrogante está relacionado con esa sistematización de valores, puesto que si el objetivo es la construcción del mercado interior y no la salud en sí, ¿los límites del 152 no vinculan en ningún caso? Como última incógnita, tercera, aparece la de la función de los mandatos del principio de subsidiariedad, pues su grado de relevancia debería ser mayor en una regulación sobre salud pública que en una regulación sobre mercado interior por la propia naturaleza de las atribuciones. Sin embargo, llegado el caso ¿qué otra cosa sino primacía se utilizaría para dilucidar un hipotético conflicto entre una norma estatal en materia de *salud* y una norma europea armonizadora del *mercado interior*?

3.2.3. EFECTO EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Y PRIMACÍA

En continuidad con todo lo anterior, siguen las preguntas: ¿en qué queda, entonces, el ámbito de participación estatal en estas materias?, ¿es complementado o es él el que complementa? En efecto, la prioridad dada a los fines de la integración tiene como consecuencia que el Derecho comunitario se aplique en estos casos con preferencia al estatal en caso de conflicto. El criterio de resolución del conflicto normativo que pueda implicar materias objeto de competencias complementarias es la primacía, a pesar de que el principio informador de su naturaleza es el de subsidiariedad y de que la configuración de la atribución no respalda tal concepción³⁶.

Para que la aplicación de la primacía sea lo más limpia posible, el juez comunitario necesita concebir la materia objeto de regulación como complementaria no del Derecho estatal, sino del comunitario. Esa inversión a la hora de enfrentarse a la materia atribuida es lo que hacía el Tribunal de Justicia en la resolución sobre la Directiva de la publicidad del tabaco, si bien en ese caso la discusión sobre bases jurídicas daba la cobertura al giro, a la prioridad de los fines comunitarios. Pero más llamativo resulta que la misma dinámica interpretativa se aplique en cuestiones prejudiciales cuando regulacio-

³⁶ HINOJOSA MARTÍNEZ señala la primacía como norma de solución de conflictos que también vincula en ámbitos de competencia complementaria en L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *El reparto de competencias entre la Unión Europea...*, op. cit., p. 102. La visión diferente, que reclama que la solución de este tipo de conflictos se haga a través del principio de atribución en vez de a través del de primacía, en T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *El sistema europeo de...*, op. cit., p. 125.

nes estatales en ámbitos de competencia propia se cruzan, sobre el terreno, con normas de los Tratados, o de Derecho derivado, que parten o avanzan en otra dirección.

Esta dinámica hermenéutica ya se detecta en sentencias anteriores a Maastricht. Es decir: anteriores a la consignación en los Tratados de las atribuciones de apoyo y complemento. Un ejemplo es el del caso *Matteucci*³⁷. Se trata de una sentencia del año 1988 en la que se resuelve el asunto que enfrentaba a una ciudadana italiana con el Estado belga. A Annunciata Matteucci se le deniega, en Bélgica, una beca de formación para Alemania. La concesión de estas becas, según un acuerdo cultural de 1956 entre Bélgica y Alemania, estaba reservada a los ciudadanos belgas y, como es deducible, se trataba de un acuerdo relacionado con ámbitos de cultura o educación, precisamente dos de los que en Maastricht se incluirían como complementarios en los Tratados. El asunto llega al TJ como cuestión prejudicial de interpretación y, en su resolución, el juez comunitario confronta los criterios para la concesión de las becas del acuerdo *cultural*, con dos fuentes normativas distintas. Una era la propia prohibición de discriminación por nacionalidad *en el ámbito del Tratado*, del artículo 7 TCE. Otra era lo dispuesto en el Reglamento CEE 1612/68, que obligaba a extender las ventajas *sociales* de los trabajadores de un Estado miembro dado a los de los demás Estados miembros.

El gobierno francés, personado en el proceso, llamó específicamente la atención acerca de la naturaleza *cultural* del acuerdo, ámbito al cual no eran aplicables las disposiciones del Tratado. No olvidemos ni que la sentencia es de 1988, ni que la prohibición de discriminación del artículo 7 TCE se refería al *ámbito del Tratado*. El Tribunal de Justicia, sin embargo, consideró que, mientras se tratase de ventajas para *trabajadores*, aplicaría el Tratado, por supuesto, con preeminencia. Lo único que concedía el juez comunitario al nacional es que fuera él mismo quien determinara si, en el caso concreto, la actividad de Matteucci se correspondía con el concepto de *trabajador* protegido por el Derecho comunitario. No importaba si el objeto del acuerdo entraba dentro del ámbito del Tratado, sino si el objetivo del Tratado se integraba en el acuerdo³⁸. En consecuencia, la materia del acuerdo interestatal no vinculaba desde ningún parámetro de interpretación al juez comunitario.

Nos queda por saber qué pudo hacer el juez belga, en su día, con esa respuesta del Tribunal de Luxemburgo. Pero, en lo que a esta reflexión atañe,

³⁷ Asunto *Matteucci*, sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de septiembre de 1988, C-235/87, ECR 1988, pp. 05589 y ss.

³⁸ Ver el fundamento 9 de la citada STJCE de 27 de septiembre de 1988.

³⁹ Las reflexiones del Grupo de Trabajo sobre Competencias Complementarias de la Convención sobre el futuro de Europa, que trabajó en la propuesta del Tratado que Establece una Constitución para Europa, eran muy conscientes de esa comprensión de la idea de complemento tenía que ser corregida. De hecho se insistió en que las competencias comple-

cabe preguntarse si la introducción en Maastricht de todas las disposiciones relativas a estas competencias de apoyo y complemento no trataba, precisamente, de evitar este tipo de interpretación³⁹. Cabe preguntarse si realmente los límites que se impusieron a la Comunidad en estas materias pueden mantenerse indemnes si no se tiene en cuenta la competencia estatal como referente en la interpretación. La primacía no consigue ese efecto, puesto que también es un principio informado por los fines de la integración y no un principio federal. La interpretación conforme a la primacía y conforme a los fines del Tratado relega la materia complementaria a un lugar secundario, por lo que no queda sitio para hacer valer los límites de actuación que tiene la Comunidad. De esta forma, desde la visión del TJ, incluso para el legislador estatal los principios que deben inspirar la ordenación de tales materias dejan de ser los de la propia Constitución. El juez comunitario no entra a juzgar la validez de las normas estatales, pero condiciona su aplicación según los fines de la integración, los de los Tratados. Con este tipo de giros, una competencia regulación principalmente estatal se transforma en una competencia secundariamente europea. La última cuestión es: ¿habría un modelo de interpretación federal que pudiese dar un giro a esta dinámica interpretativa y devolver a las competencias complementarias su dimensión de tales?

IV. Condiciones o principios para una interpretación federal

Hemos visto hasta ahora cómo se desenvuelven las competencias complementarias bajo la disciplina hermenéutica del funcionalismo y con la cobertura que le ofrecen los principios de primacía y subsidiariedad, impregnados también de ese sentido funcionalista. De lo que se trataría ahora, finalmente y como aportación desde la comprensión federal del fenómeno de la integración europea, es de ver si con un tratamiento distinto de esos dos principios de interrelación, sería posible transformar la interpretación funcionalista de las competencias complementarias en interpretación federal. De cualquier modo, está claro que los límites de la atribución no sirven por sí solos para contener las tendencias expansivas de la regulación de materias desde el orden europeo. Eso es algo común incluso en sistemas federales basados en la supremacía de una norma constitucional que establece un reparto de competencias. En la Unión, se suma el hecho de que los criterios utilizados en la interpretación tienen un efecto concreto sobre la conforma-

mentarias redujesen su «estatus» y se mencionasen solo como «medidas de apoyo». CONV 375/1/02, «Informe final del Grupo V sobre Competencias complementarias», de 31 de octubre de 2002. Los documentos de la convención pueden consultarse en castellano en <<http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=ES>>, Un resumen comentado, J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, *La elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, CEPC-BOE, Madrid, 2005.

ción de las dinámicas efectivas de funcionamiento de las competencias: al solo contemplar los objetivos de los Tratados, invierten su naturaleza y pasan a ser complemento de las acciones de la propia Unión. Como resultado, los objetivos que motivan regulaciones estatales, legítimas según sus referentes constitucionales, son olvidados sin que haya posibilidad de que sean rescatados. Habría que empezar considerando si la subsidiariedad puede tener ahí alguna función distinta de la que viene cumpliendo.

El caso de la subsidiariedad es, en efecto, el de una norma de corte federal cuyos contenidos esenciales llaman al respeto de los espacios de actuación estatales siempre que sea posible. Pero si la interpretación de la subsidiariedad se hace sobre la base de su correspondencia con la competencia europea y con su objetivo, se bloquean sus posibilidades de actuación como norma de inclusión del respeto a los ámbitos de ejercicio estatal de las competencias. Sería conveniente que la norma pudiera ser más un principio de respeto de los ámbitos de competencia estatales que un mero justificante de la acción comunitaria. Concretamente, para las competencias complementarias debería ser un principio que orientase la interpretación institucional y de la jurisprudencia siempre a favor de la preferencia por el ejercicio estatal de la competencia⁴⁰.

El camino para esa transformación podría desbloquearse con el mecanismo de alerta temprana, que espera a entrar en vigor a que el Tratado de Lisboa lo haga. Si los parlamentos nacionales y regionales pasan a aportar claves de interpretación de la competencia en juego, la interpretación de la subsidiariedad puede fortalecer su relación con la competencia y no depender tanto de su relación con la eficacia. Sea como sea, la inclusión de intérpretes estatales en la aplicación de la subsidiariedad es fundamental. La comprensión de los límites de la atribución complementaria desde el propio parámetro estatal obligaría a las instituciones europeas a ajustar mucho mejor sus propuestas legislativas. Sin embargo, la subsidiariedad seguiría teniendo en el ámbito jurisprudencial el mismo problema que viene acarreado desde su inclusión en los Tratados: que el Tribunal de Justicia no se atreve a exigir, para dar el visto bueno a su respeto, mucho más que un criterio formal de motivación. Reforzarse la exigencia de motivación, que deberá tener en cuenta las alegaciones que hagan los parlamentos de los Estados miembros, podría tener repercusiones también en la comprensión que el juez comuni-

⁴⁰ Sugiere Schilling que la subsidiariedad vista como principio normativo puede servir de contrapeso a la primacía en ciertos casos de colisión normativa. T. SCHILLING, «Subsidiarity as a rule and a principle, or: taking subsidiarity seriously», *Harvard Jean Monnet Working Paper* 10/95, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/95/9510ind.html>>. Desde otra perspectiva, T. R. FERNÁNDEZ, «Sobre la necesaria elevación del rango de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.) y R. ALONSO GARCÍA (subdir.), *La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 103-110.

tario hace de la subsidiariedad. En especial cuando una norma estatal en ámbito de apoyo o complemento choque con una norma de Derecho derivado europeo orientada según una base jurídica diferente.

En el caso de la primacía, su transformación pasaría por adaptarla para que sus contenidos priorizaran los mandatos europeos en los casos en los que verdaderamente ese fuera el sentido de la atribución. La solución quizás no sea reducir la primacía a un problema de aplicabilidad para evitar controversias teóricas⁴¹. Cuando eso ocurre, la primacía se desviste de los contenidos federales que la ciñen a proteger la preferencia por el Derecho europeo en su ámbito de competencia. Si el fundamento del orden europeo es doble, Tratados y Constituciones, el de la primacía también está en dos lados⁴². Dicho de otra manera, la primacía como simple regla de desplazamiento no explica suficientemente las razones por las cuales una norma estatal válida es desplazada por otra comunitaria desde una comprensión pluriconstitucional y federal del sistema europeo. Si las normas estatales que entran en conflicto son disposiciones constitucionales hay que repensar la primacía⁴³, igual que si se trata de ejercicio de competencias en las que la Unión solo tiene facultades de apoyo y complemento.

Aunque no sea realista aspirar a dar a los Tratados un tratamiento de Constitución federal, sí podría darse un contenido federal a la primacía, acotando su incidencia cuando estén presentes contenidos constitucionales y ámbitos de competencia estatal preferente. El riesgo de convertirla en indis-

⁴¹ Es sabido que la primacía no desencadena un juicio sobre la validez-invalidez de las normas objeto de conflicto. Solo decide que la norma comunitaria válida se aplique, mientras la estatal, cuya validez no se prejuzga, se dejaría inaplicada. Así entiende la primacía J. L. REQUEJO PAGÉS, *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, McGrawHill, Madrid, 1995, p. 63. Sin embargo, en la actualidad, se discute que la primacía pueda, en una perspectiva multiconstitucional, reducirse a simple aplicabilidad o, en el otro extremo, a supremacía constitucional en sentido estricto. Ver el trabajo de A. VON BOGDANDY, «Doctrine of principles», en *European Integration: the new German scholarship*, Jean Monnet Working Paper 9/03, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-01.html>>, pp. 41 y 42.

⁴² Mientras para el TJ la primacía del derecho comunitario se fundamenta en el propio orden comunitario, los jueces nacionales la basan por lo general en la Constitución propia. Así lo explica, entre otros B. De Witte, para quien, la primacía sigue siendo, en parte, Derecho internacional. B. DE WITTE, «Direct effect, supremacy, and the nature of legal order», P. CRAIG y G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213, en concreto p. 209.

⁴³ M. KUMM y V. FERRERES COMELLAS, «The future of constitutional conflict in the European Union: constitutional supremacy after the constitutional treaty», en J. H. H. WEILER and C. L. EISBURGER, (eds.), *Almeuland: The EU Constitution in a contextual perspective*, Jean Monnet Working Paper 5/04, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-15.html>>.

cutible se compensaría al interpretarla en coherencia con otros principios que aportasen contenidos de contrapeso. El respeto a la identidad nacional de los Estados miembros –6.3 TUE(N), 4.2 TUE(L)– daría entrada a la condición de respeto a los ámbitos de competencia estatales⁴⁴. La subsidiariedad los preservaría cuando el ejercicio comunitario de la competencia no estuviese suficientemente justificado.

V. Conclusión

Hay que reconsiderar los referentes que guían la interpretación constitucional de las competencias complementarias si se desea que estas se ajusten mejor a los límites de las atribuciones. Mientras la interpretación institucional y jurisprudencial solo se fundamente en los fines de la integración, la existencia de categorizaciones de competencias y límites normativos a su ejercicio siempre puede ser esquivada. Pero suministrar referentes para la interpretación acordes con la concepción pluralista del orden constitucional europeo no puede ser solo una labor del legislador o del juez comunitario. Es en gran parte una tarea constituyente y normativa.

Por un lado, sería necesaria una redefinición de la primacía, algo más valiente y más acorde con la pretensión de interrelación no jerárquica que preside la comprensión del pluralismo constitucional europeo. La reforma de Lisboa ha perdido la ocasión de hacerlo al eliminar el artículo I-6 que incluía el Tratado constitucional. El disorde fundamento de la primacía según lo expliquen órganos jurisdiccionales estatales y europeos solo puede armonizarse suministrando a dichos actores un principio de primacía claro. La verosimilitud constitucional del complejo europeo exige una coordinación de valores normativos. Por otro lado, también sería preciso un tratamiento algo más incisivo del respeto de la subsidiariedad, en especial cuando esas competencias sean primordialmente estatales y secundariamente europeas. La ocasión para hacer una construcción de contenidos de la subsidiariedad,

⁴⁴ Sobre el tratamiento de la identidad nacional y su relación con la distribución competencial, centrado en el análisis del proyecto de la Convención del Tratado constitucional europeo, López Castillo: «sin ser exactamente una de esas cláusulas de atribución “impropiada”, o de “delimitación” del alcance de la atribución, tanto por su generalidad como por su textura principal, deja abierta una vía de integración negativa del alcance de las competencias atribuidas a la Unión que, a la manera de una compleja “Constitución territorial”, quedarían delimitadas de forma refleja, a partir del negativo de una “identidad nacional” acerca de la que, en último término, vendría a decidir el intérprete supremo del ordenamiento integrado en cuestión. Sin necesidad de apurar aquí las consecuencias de esta imbricación, es justo dejar indicada la dificultad de pacífica integración de una cláusula tan abierta si no es mediante algún tipo de prejudicialidad inversa». A. LÓPEZ CASTILLO, «Acerca de la delimitación de competencias en el proyecto constitucional de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, 2004, pp. 433-462, en concreto, pp. 451 y 452.

como principio federal, que proteja el ejercicio de competencias de Estados y entes regionales puede llegar con la puesta en marcha del mecanismo de alerta temprana.

El equilibrio *metaconstitucional*⁴⁵ en la interrelación entre orden constitucional europeo y órdenes estatales depende de que las exigencias recíprocas de respeto a cada uno de ellos se incorporen en Tratados y Constituciones. De esta forma, cada uno de los intérpretes podrá encontrar en su propio parámetro las pautas necesarias para dar a los conflictos soluciones acordes con la comprensión global del conjunto. Los principios de primacía y subsidiariedad son bisagras óptimas, si se las encaja bien. Al fin y al cabo, el federalismo en la Unión, con sus peculiaridades, podría ganar la partida, el *Tetris de las competencias, versión post-Lisboa*.

⁴⁵ P. CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita...*, *op. cit.*, p. 139.

Bases romanísticas de la responsabilidad objetiva en los supuestos de daños personales en los contratos de transporte

Olga Marlasca Martínez
Profesora doctora de Derecho romano
Universidad de Deusto

Recibido: 15.10.08

Aceptado: 04.05.09

Resumen: En el Derecho romano se dieron una serie de recursos jurídicos a favor de los particulares que confiaban sus bienes a determinados profesionales. Uno de estos recursos es el *receptum nautarum*. Más concretamente, la responsabilidad objetiva que deriva del citado *receptum*, así como de algunas otras medidas legales procedentes de los textos romanos, viene reelaborándose por la tradición jurídica al compás de los cambios que se van produciendo en la realidad social. Ello justifica el estudio de este tipo de responsabilidad, a partir de la época romana, su influencia en los textos legales medievales y, finalmente, la aplicación del criterio objetivo de responsabilidad en algunos ámbitos de la legislación actual.

Palabras clave: responsabilidad objetiva; textos romanos, época medieval; responsabilidad en el transporte de personas en la legislación actual.

Abstract: *In the Roman Law there existed a series of legal measures in favour of the members of the public who entrusted their goods to certain professionals. One of these measures is the receptum nautarum. More exactly, the strict liability which derives from the mentioned receptum, as well as other legal measures coming from the roman texts, is reelaborated by the legal tradition in accordance with the social changes. These points justify the study of this kind of liability starting from the Roman times, its influence in the legal mediaeval texts and, finally, the application of the objective criterion of liability in certain fields of the actual legislation.*

Key words: *strict liability; roman texts; Mediaeval times; liability in the transport of persons in the actual legislation.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL TRANSPORTE MARÍTIMO EN EL DERECHO ROMANO. 1. Importancia del comercio marítimo. 2. Algunas modalidades de contrato en el transporte marítimo. 3. Transporte de pasajeros.—3. RECURSOS LEGALES CONTRA LOS NAUTAE EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO EN LA ÉPOCA ROMANA. 1. Generalidades. 2. Determinadas *actiones in factum* como consecuencia de actuaciones delictivas de los *nautae*. 3. Características de la *actio* que procede del *receptum nautarum*.—4. LA REGULACIÓN EN LAS SIETE PARTIDAS.—5. RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR LA MUERTE O LESIONES DEL VIAJERO EN EL DERECHO ACTUAL. 1. Consideraciones generales acerca del contrato de transporte. 2. La imputación del daño: del

sistema de responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva. 3. Responsabilidad por los daños ocasionados a las personas en el transporte terrestre. 4. Responsabilidad por los daños personales como consecuencia del transporte marítimo de viajeros. 5. Responsabilidad por los daños debidos a la muerte o lesiones personales en el transporte aéreo de viajeros.

1. Introducción

La actual contratación en masa con las empresas de prestación de bienes y servicios ha dado lugar a que los distintos ordenamientos jurídicos hayan adoptado una serie de medidas para la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, considerados en general la parte contratante más débil de la relación contractual¹. Algunas de estas medidas fueron ya observadas en el Derecho romano a partir del momento en que empieza a haber en la sociedad romana un desarrollo comercial y, sobre todo, marítimo. Precisamente va a ser el pretor el que va a conceder una serie de recursos jurídicos ante las nuevas situaciones que se iban presentando en la realidad social caracterizada por una progresiva expansión económica². Además, algunos de los recursos citados constituyen lo que hoy en día se considera responsabilidad objetiva, esto es, la persona que ha sufrido los daños puede reclamarlos, con independencia de que la parte obligada a su indemnización haya actuado o no con culpa o dolo.

Como es sabido, en la época romana la actividad de los *nautae*, *caupones* y *stabularii* está unida a la del transporte marítimo o terrestre que, junto con el comercio, es lo que motiva la movilidad de las gentes que tienen que desplazarse desde el lugar de su residencia para llevarla a cabo. Más concretamente, la existencia y consideración de los nautas parecen inseparables del comercio marítimo; por otro lado, los *caupones* y *stabularii* pueden alojar en mesones y establos a gentes que no desempeñan una actividad mercantil o que sí desempeñan la citada actividad si bien esta sería un incentivo importante para el transporte terrestre³.

El presente artículo tiene por objeto analizar una serie de recursos jurídicos, que se dieron ya en la época romana, a favor de los particulares que

¹ No obstante, la protección de los consumidores ha de entenderse dentro del marco constitucional económico, y no puede ir contra los principios constitucionales configuradores del modelo económico, GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos (Civiles y Mercantiles)*, Madrid, 1969, pp. 205-ss.

² Cf. SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma. Estudio sobre el receptum nautarum, cauponum et stabulariorum: entre la utilitas contrahentium y el desarrollo comercial*, Madrid, 2007, pp. 39-40.

³ GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1999, p. 129.

confían sus bienes a determinados profesionales para ser trasladados de un lugar a otro o cuando se alojan en establecimientos de hospedaje o dejan sus animales al cuidado de estos. Algunos de estos recursos van a ser objeto de recepción en textos legales posteriores y dejan asimismo su impronta en el Código civil español. En este sentido podría decirse que se aprecia un paralelismo entre el transporte por mar y el hospedaje. Este paralelismo se ha mantenido en nuestra legislación hasta la actualidad, como demuestra el artículo 1601 del Código civil, que atribuye a los conductores de efectos por tierra o por mar las mismas obligaciones establecidas para los posaderos en cuanto a la responsabilidad por pérdida o deterioro de las cosas que se le confían. Además, algunas de estas medidas que constituyen verdadera responsabilidad objetiva han sido desarrolladas en la actualidad por leyes especiales en una serie de ámbitos, entre ellos en el transporte de personas cuando se producen daños físicos que afectan a los viajeros.

Por otro lado, determinados recursos jurídicos, entre ellos, el *receptum nautarum*, están muy relacionados con el desarrollo del tráfico comercial marítimo; un comercio a gran escala que planteará todo tipo de problemas jurídicos que el pretor vendrá a resolver con el fin de dar protección a quien se considera que es la parte más débil de la relación contractual. Más concretamente, la responsabilidad objetiva que deriva del *receptum nautarum*, así como de algunas otras medidas legales procedentes de los textos romanos, viene reelaborándose por la tradición jurídica tomando como base los mencionados textos al compás de los cambios socioeconómicos que se van produciendo en la realidad social. Ello justifica el estudio de este tipo de responsabilidad a partir de la época romana, su influencia en los textos legales medievales y, finalmente, la aplicación del criterio objetivo de responsabilidad en algunos ámbitos de la legislación actual.

2. El transporte marítimo en el Derecho romano

1. Importancia del comercio marítimo

Es cierto que en el Derecho romano no encontramos una noción de consumo con el significado que posee en la actualidad⁴, ni siquiera un campo

⁴ Según LEDESMA, J. de J., «Bases romanísticas de la legislación protectora del consumidor», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México*, 32, (1982) n.º 121-123, p. 343, la explicación no es difícil de encontrar y ello es debido a que «la sociedad romana no es una sociedad de economía de empresa ni tampoco una sociedad estructurada en la economía urbana como hoy entendemos esta expresión. Existe empero otro motivo poderoso. El proceso de diferenciación de lo jurídico ha operado en Roma al interior del Derecho Civil, sin que haya ido demasiado más allá. Prueba de ello es cómo en la Edad Media y principios del Renacimiento, se quiere titular a la legislación de Justiniano con el calificativo de “Civilis”». No obstante lo anterior, el citado autor reconoce que «no es del

jurídico autónomo relativo a la materia comercial⁵, no obstante, nos presentan los textos una serie de medidas que protegen a los particulares en determinadas situaciones respondiendo a fenómenos típicos de una economía de mercado, que van surgiendo desde el s. III a.C. tiene su auge en los siglos sucesivos y su declive en el s. III d. C.⁶

En este sentido se puede decir que los recursos jurídicos que se ponen a disposición de los particulares que han contratado con un *nauta, caupo* o *stabularius*, puede considerarse, sin duda, un ejemplo de protección de los derechos de los que hoy conocemos como de los consumidores. Por ello vamos a ver en los siguientes apartados cómo el pretor interviene en el tráfico jurídico para que el particular pueda demandar a los citados profesionales, y en ocasiones, –como es en el caso del *receptum nautarum*– sin entrar a valorar su comportamiento, de forma que les va a exigir una responsabilidad que en los derechos modernos se califica de responsabilidad objetiva.

Dada la situación geográfica de Roma, los romanos habían practicado el comercio desde tiempos muy remotos. A lo largo de la República se produjo un fuerte incremento cualitativo y cuantitativo de las actividades comerciales. En ello influyeron una serie de importantes factores como fueron la generalización del uso del dinero, el desarrollo del espíritu de empresa, la práctica de la navegación, la introducción y generalización de las actividades bancarias, etc.⁷

Una actividad económica muy importante y nueva para los romanos fue el comercio marítimo, ejercido originariamente en el Mediterráneo por fenicios y griegos. Conviene destacar que las instituciones comerciales de los romanos surgieron de las instituciones marítimas pues el verdadero comercio, esto es, el comercio al por mayor, es también en el mundo romano o romanizado inseparable de la navegación⁸. Por otro lado, este comercio debió de preocupar más a los juristas romanos que el fluvial o de pequeño cabotaje, de ahí las constantes referencias textuales sobre el transporte marí-

todo difícil encontrar en la milenaria experiencia de ese pueblo normas que de un modo u otro, se hayan ocupado del asunto», *ibidem*, p. 339.

⁵ Cf. SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, ob. cit., pp. 42-ss. y la bibliografía que cita la autora en la nota 5, *ibidem*.

⁶ Considera SERRAO, F., «Impresa, mercato, diritto. Riflessioni minime», en *Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano. Atti degli incontri capresi di storia dell'economia antica (Capri 13-15 ottobre 1997)*, a cura di Elio Lo Cascio (Bari 2000), pp. 31-67, que las causas de este declive son fundamentalmente las siguientes: «arresto dell'espansione imperialistica, maggiori limitazioni della libera concorrenza e inizio di un regime vincolistico, crisi dell'economia mercantile, crisi del sistema schiavistico», cf., p. 31.

⁷ DE CHURRUCA, J. y MENTXAKA, R., *Introducción histórica al Derecho romano*. 9.^a ed. revisada, Bilbao, 2007, p. 54.

⁸ BISCARDI, A., «Introduction à l'étude des pratiques commerciales dans l'histoire des droits de l'antiquité», *RIDA*, Tome 29, Bruxelles, 1982, p. 29.

timo. Por ello, si nos fijamos en la actividad relacionada con los transportes, el terrestre no tuvo en Roma un desarrollo tan importante como el marítimo, debido a su alto coste e inseguridad⁹; sin embargo, gran parte del comercio interior, donde no existían ríos navegables, se llevaba a cabo mediante caravanas de carros¹⁰ que cubrían también las rutas del Oriente¹¹.

En cuanto al origen social de las personas que formaban parte de la tripulación de las naves que ejercían el comercio marítimo, interesa poner de relieve que la gran mayoría eran de rango inferior: esclavos, libertos e hijos de libertos¹²; por otro lado, las fuentes epigráficas nos muestran que entre ellos eran frecuentes los nombres de origen oriental¹³; en cambio, las fuentes jurídicas nos informan mejor de su actuación, por lo que se puede afirmar que, si bien los romanos tradicionales¹⁴ –y especialmente los senadores¹⁵–, estuvieron alejados de los negocios marítimos, del comercio y el transporte, su gestión se encomendaba con frecuencia a los propios libertos y esclavos¹⁶.

Los textos jurídicos se refieren en ocasiones al personal de una nave y los cometidos que en ella desempeñan: a) *dominus navis*¹⁷, como el nombre lo indica, es el propietario de la nave y puede ser al mismo tiempo *exercitor navis*; b) *exercitor navis*¹⁸, es el verdadero empresario naval a quien corresponden la iniciativa y planteamiento de las operaciones que se han de llevar a cabo. El *exercitor*, como ya se ha dicho, puede ser propietario o usufructuario de la nave; puede tener asimismo la condición de arrendatario, como-

⁹ Cf., entre otros, CROOK, J. A., *Law and life of Rome*, London, 1967, p. 223.

¹⁰ Cf. el contenido del texto en Dig. 19,2,60,8.

¹¹ Respecto al alojamiento en los viajes, quienes no disponían de un alojamiento privado se alojaban en una de las *cauponae* existentes en las ciudades y caminos, cf. CROOK, J. A., *Law and life of Rome*, ob. cit., p. 227.

¹² Cf. ROUGÉ, J., *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*, París, 1966, pp. 302-ss. No obstante, considera el autor citado que no se puede dar una afirmación categórica ya que en el mundo oriental las actividades en las naves eran realizadas en general por hombres libres de nacimiento y de ascendencia. Incluso en Occidente hay también ejemplos indiscutibles de comerciantes marítimos que eran ingenuos, *ibidem*, p. 310.

¹³ *Ibidem*, pp. 303-ss.

¹⁴ *Ibidem*, p. 12.

¹⁵ Como es sabido, la *Lex Claudia* prohibió a los senadores, no solamente el ejercicio del comercio, sino también, ser propietarios de navíos que pudieran ser utilizados en empresas comerciales.

¹⁶ *Vid.* GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos*, ob. cit., p. 131. Del mismo modo, ROUGÉ, J., *La marine dans l'antiquité*, 1975, p. 190, nos dice que la navegación comercial en la época romana es de tal importancia para la vida económica del Imperio que daba ocupación a numerosas personas generalmente de origen humilde.

¹⁷ Cf. Dig. 27,1,17,6.

¹⁸ Según Ulpiano, en Dig. 14,1,1,15: *exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et redditus omnes perveniunt [...]*.

datario o puede estar vinculado al *dominus navis* como *filiusfamilias* o esclavo, cf. Dig. 14,1,1,16; c) *magister*¹⁹ es el gestor de la nave. Es un sustituto, mediante *praepositio*, del *exercitor navis*, cf. Dig. 32,65,pr.; d) *gubernator* es la persona a quien corresponde la dirección técnica de la navegación, Dig. 19,2,13,2; y f) además están los *nautae*. Es un término genérico que se refiere a los que están en la nave y participan en la navegación, a veces se refiere solo al amo de la nave²⁰.

2. Algunas modalidades de contrato en el transporte marítimo

En el Derecho romano el contrato de transporte como tal no existía, sino que se incluía dentro del arrendamiento de obra o de servicios, dependiendo de las condiciones del contrato en particular. Las necesidades del tráfico marítimo crearon diferentes modalidades de arrendamiento: *locatio navis* y *locatio conductio ad onus vehendum*²¹.

Si el contrato se realiza bajo la forma de *locatio navis*, la modalidad más antigua de transporte marítimo, el acto jurídico realizado entre el nauta y el cargador dejaba normalmente al primero libre de responsabilidad en relación con las mercancías. Se enmarca por tanto en la modalidad de *locatio conductio rei* y las obligaciones que pesaban sobre el nauta eran exigibles por la *actio* derivada del contrato celebrado, cf. Dig. 14,2,10,1.

En el caso citado de la *locatio navis*, una nave con su equipaje es puesta a disposición de un cargador, ya sea para un tiempo determinado, ya sea con destino determinado. Por lo tanto, el ámbito de la responsabilidad está perfectamente determinado: obligación de poner el barco a disposición del cargador y de llevarlo a buen puerto por el arrendador; por otra parte, el arrendatario tiene la obligación de pagar la *merces* y de restituir o de liberar el barco cuando se haya establecido²². Hay que tener en cuenta además que, si las mercancías no son restituidas o tiene lugar una restitución defectuosa, el cargador puede reclamar con la *actio conducti* –*si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest [...]*²³–. Por otro lado, la *locatio navis* dejaba a la responsabilidad de los cargadores todo accidente sobrevenido a la mercancía que no fuese imputable a un fallo en la navegación por el porteador. Es evidente que era un sistema arcaico que debía adaptarse a las necesidades del tráfico.

¹⁹ En Dig. 14,1,1,1, se establece lo siguiente: *magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura amndata est.*

²⁰ Cf. el texto de Ulpiano en Dig. 4,9,1,2.

²¹ Cf. MÉNAGER, L., «*Naulum et receptum rem salvam fore*. Contribution a l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes, en droit romain», en *Revue historique de Droit français et étranger*, 1960, pp. 386-ss.

²² Sobre el particular, cf. el texto recogido en Dig. 19,2,61,1.

²³ Dig. 4,9,3,1.

Otra modalidad del contrato marítimo es la *locatio conductio ad onus vehendum*: los medios materiales para llevar a cabo el transporte por mar son idénticos a los de la *locatio conductio navis*, pero sus consecuencias jurídicas son mucho más precisas y, sin duda, muy diferentes. Se trata de un contrato de transporte, pero la responsabilidad que le incumbe al nauta implica a la vez la buena marcha del navío, su conducción al destino marcado (su llegada al destino), Dig. 19,2,13,1, y la entrega de la mercancía en buen estado.

La existencia de un contrato de *locatio ad onus vehendum* marca un progreso grande con relación a la técnica primitiva del arrendamiento del barco, ya que permitirá accionar en los casos de accidentes sobrevenidos tanto por el estado del barco, como por un defecto de navegación y, sobre todo, como consecuencia de los actos del armador que hayan producido daños o pérdidas en las mercancías transportadas. La acción que tiene a su favor el cargador es la *actio ex locato –si vero res perferendas nauta conduxit ex locato convenietur–*. La elaboración de la teoría de la custodia y de la noción de responsabilidad precisaron poco a poco los grados de evolución de la responsabilidad del armador, en los términos a los que nos vamos a referir más adelante.

Esta nueva modalidad de transporte en el ámbito romano se enmarca en la *locatio conductio operis*, que es la locación de obra²⁴. En esta modalidad de *locatio conductio* es el *locator* quien paga la merced por la obra cuya ejecución encarga. La operación del *conductor* puede ser muy variada, ya que además de transportar puede fabricar, curar, reparar, instruir, hospedar, medir, etc.

Cuando el transporte era gratuito, los romanos lo encuadraban en el contrato real de depósito; en estos casos dice Pomponio que se pudo ejercitar la acción del depósito²⁵. Se trata de un depósito en el que las cosas depositadas se devolvían en lugar distinto y con frecuencia a otra persona que no era el depositante.

3. Transporte de pasajeros

A partir del momento en que se ha comenzado a concebir un acto de alquiler marítimo más perfeccionado, se va operando una asimilación entre el contrato de transporte de mercancía *locatio ad onus vehendum* y el contrato de transporte de pasajeros, *locatio ad vectorem vehendum*.

Son frecuentes los textos del Digesto que se refieren al transporte de pasajeros y la responsabilidad correspondiente. Así, un texto de Ulpiano en Dig. 19,2,13,2, en caso de pérdida de la nave por culpa del patrón, los transportados tendrán contra él la acción de locación. Del mismo modo, Paulo en

²⁴ Entre otros, véase, D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1986, p. 560.

²⁵ Cf. Dig. 4,9,3,1.

los Comentarios al Edicto en Dig. 14,2,2, pr. –citado anteriormente– se refiere de forma expresa a los pasajeros que toman una nave en arriendo; en los casos en que haya que recurrir a la echazón para aligerar la nave, el patrón ha de tener contra los pasajeros la acción de locación. De nuevo, en el párrafo 2 del citado texto se refiere a la echazón de las mercancías en una nave en la que han embarcado diversos géneros de mercancías, así como también pasajeros libres y esclavos.

El importe de la echazón debe distribuirse conforme al precio de las cosas transportadas. De las personas libres no puede hacerse estimación alguna. Por otro lado, en Dig. 14,2,2,1, el texto de Paulo presenta el caso de un navío que ha sufrido algún daño y este daño no se considera avería común. Ahora bien, continúa el texto del citado jurista diciendo que si el daño se ha producido como consecuencia de una decisión tomada por los pasajeros o impuesta por una situación peligrosa debe ser resarcido.

A los pasajeros de una nave se alude asimismo en Dig. 4,9,1, 8, al referirse el texto a la responsabilidad del naviero por custodia en cuanto a los bienes que se han introducido en la nave y debe responder no solo de la conducta de los marineros, sino también de los pasajeros. En otro orden de cosas, en el texto de Ulpiano de los Comentarios al Edicto, libro 28 y contenido en Dig. 14,1,1,12, se está refiriendo a naves que son propias para transportar mercancías (pueden no admitir pasajeros) y otras admiten pasajeros.

Al transporte de viajeros se alude también en otro texto, perteneciente asimismo a Ulpiano, contenido en Dig. 19,2,19,7, donde se presenta el supuesto del nacimiento de un niño –*si quis mulierem vehendam navi conduxisset...*–, y se considera que nada se debe pagar por el nuevo pasajero.

Finalmente, en el supuesto de haber viajado de forma gratuita²⁶ y haber sufrido daños se le conceden al viajero las mismas acciones que si hubiese contratado el transporte con el patrón del barco.

3. Recursos legales contra los ‘nautae’ en el transporte marítimo en la época romana²⁷

1. Generalidades

Centrándonos concretamente en la responsabilidad de los *nautae*, conviene destacar que el Derecho romano no crea al principio un régimen espe-

²⁶ Dig. 4,9,6,pr.

²⁷ Un estudio riguroso y seriamente meditado acerca de la responsabilidad de los *nautae*, *caupones* y *stabularii* en la época romana ha realizado recientemente SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma. Estudio sobre el receptum nautarum, cauponum et stabulariorum: entre la utilitas contrahentium y el desarrollo comercial*, Madrid, 2007.

cial para exigir responsabilidad a los *nautae*, sino que somete a las normas comunes la responsabilidad que por razón de sus actividades pueda surgir. De esta manera, el cargador de las mercancías disponía de una serie de medidas contra el nauta: concretamente, tiene la posibilidad de ejercitar la *actio depositi* directa, si se han observado las formalidades establecidas para el depósito; puede ejercitar asimismo la *actio locati* directa, si se ha pactado un contrato de arrendamiento; también procedería interponer la *actio furti* si las mercancías le hubieran sido sustraídas o la *actio damni* si hubieran sufrido daños.

Ahora bien, todos estos medios adolecían de un grave inconveniente, ya que el dueño de las mercancías no podía dirigirse contra el nauta fundándose solo en el oficio o industria de este, sino que tenía que demostrar la existencia de un contrato y su incumplimiento por parte de aquel. Por lo que se acaba de decir, se comprende que no resultaba demasiado favorable la posición de quien contrataba con un nauta el traslado de mercancías de un puerto a otro en las etapas más antiguas de la actividad marítima.

Con el paso del tiempo no podía perdurar tal estado de cosas, de tal forma que una serie de razones contribuyeron a que se hiciera más severa y rígida la responsabilidad de los *nautae*²⁸. El derecho honorario estableció una responsabilidad especial con respecto a los objetos que se entregaban para su traslado. El origen de este sistema de responsabilidad parece que fue la costumbre de comprometerse los responsables de la nave a cuidar de tales cosas, de palabra o en anuncios al celebrar el contrato (*salva fore recipere*). De esta forma, se comprometían los navieros (también los posaderos) a devolver sanas y salvas las mercancías y demás cosas del pasajero, y contraían como consecuencia de este compromiso una responsabilidad especial.

La citada costumbre establecida en las naves y mesones, y convertida en práctica habitual tácita, llega un momento en que es recogida en el Edicto

²⁸ GOLDSCHMIDT, L., «*Das receptum, nautarum, cauptionum, stabulariorum. Eine Geschichtlich-Dogmatische Abhandlung*», en *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*. T. III, Stuttgart, 1860, p. 61.

²⁹ Se suele situar el edicto que introdujo el *receptum nautarum* en una época anterior al siglo I. a. C., precisamente en un momento en que la navegación marítima está en continuo desarrollo (después de la finalización de las guerras Púnicas), con la finalidad de estimular el comercio a gran escala. No obstante, no es posible establecer una fecha exacta debido a la falta de datos concretos., *vid.* SALAZAR REVUELTA, M., «La responsabilidad objetiva *ex recepto* como fundamento jurídico de la protección a terceros en el Derecho comercial romano y su recepción en el Código civil español», en las *Actas del IX Congreso Internacional y XII Iberoamericano de Derecho romano: «El Derecho comercial, de Roma al Derecho moderno»*, celebrado los días 1, 2 y 3 de febrero de 2006. Vol. II, Las Palmas de Gran Canaria, 2007, p. 900 y la bibliografía que allí cita la autora. En el Derecho clásico el principio se amplió, interpretándose en el sentido de que la simple entrega de las cosas del huésped eran causa suficiente para la responsabilidad, y de aquí que se considerara no ser necesaria una declaración expresa del naviero u hostelero asumiendo la responsabilidad de la guarda de aquellas, cf. Dig. 4,9,1,1; eod., 6 y 8.

pretorio²⁹. De esta manera vemos que en el texto recogido en el Digesto de Justiniano, bajo la rúbrica *Nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant*, concretamente en Dig. 4,9,1, pr., procedente del texto de Ulpiano de los Comentarios al Edicto, libro 14, se establece lo siguiente: *Ait praetor: Nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo*.

Se desprende de lo anterior algunas consecuencias³⁰: que el *receptum* no podía considerarse como una especie de contrato peculiar e independiente; y que sus principios no eran suficientes para regular jurídicamente las relaciones de tráfico por él abarcadas, sino que estas habían de quedar sometidas a las normas civiles que gobernarán la institución respectiva, toda vez que el *receptum* se limitaba a modificar sus preceptos en lo que respecta a la responsabilidad.

La *actio in factum* que el pretor concedía en virtud del *receptum* era más severa que las procedentes del depósito o del arrendamiento y obligaba a la restitución de las cosas o de su valor *in simplum*, así como al resarcimiento, en su caso, de los daños que hubieren sufrido los efectos del cargador. Además de esta medida descrita, reconoció el pretor al dueño de las mercancías transportadas, como vamos a ver más adelante, una acción penal *adversus nautas*, encaminada a que aquel fuera indemnizado *in duplum* con relación al daño que hubieren causado las personas por quienes debía responder el nauta.

Veamos a continuación de forma más detallada la responsabilidad delictiva de los *nautae* (en los casos de hurto y daños ocasionados en las cosas transportadas) en el ejercicio de su actividad, así como aquella que deriva como consecuencia del llamado *receptum nautarum* (similar al *receptum cauponum et stabulariorum*).

2. Determinadas 'acciones in factum' como consecuencia de actuaciones delictivas de los 'nautae'

Por lo que respecta a la responsabilidad de los *nautae*, su conducta en relación con las mercancías que eran propiedad de los cargadores podía pasar a la zona delictiva. El responsable de la nave o el personal al servicio de esta podía robar las cosas o destrozarlas o dañarlas dolosamente. En tales hipótesis, como vamos a ver en las siguientes líneas, el pretor no se conformó con aplicar las antiguas acciones conocidas por el *ius civile*.

En primer lugar, conviene cuestionarse por qué se multiplicaron en el Derecho romano los recursos jurídicos contra los *nautae, caupones y stabu-*

³⁰ Vid. GOLDSCHMIDT, L., «Das receptum, nautarum, cauponum, stabulariorum. Eine Geschichtlich-Dogmatische Abhandlung», ob. cit., pp. 63-64.

larii, es decir, la razón de que junto a una acción civil de hurto y *damnum* y una responsabilidad especial nacida del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*, se diese además una *actio in factum* especial dirigida a reprimir los hurtos o daños que se producían en la nave (también en un albergue y en un establo). La respuesta podría ser la siguiente: es razonable pensar que se pretendió dotar con ella de mayor seguridad a los propietarios de las mercancías cargadas en una nave; por ello el pretor quiso crear un recurso que, a semejanza del *receptum*, del que procede una responsabilidad objetiva por custodia, permitiera reprimir los actos delictivos incluso cometidos por terceros, lo que suponía ya una cierta madurez del pensamiento jurídico³¹.

Como se acaba de decir, es cierto que los *nautae* que no restituían las mercancías que se les habían entregado para su transporte podían ser perseguidos por la *actio furti* de derecho civil. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la *actio furti* es una acción de carácter penal, rigurosamente personal que no puede ser intentada más que contra el autor del robo o de la sustracción. Tal vez en raras ocasiones el patrón de la nave (también el posadero o el dueño del establo) era perseguido como autor. En la mayor parte de los casos el robo era cometido por un esclavo o por un empleado libre contratado por el naviero. Más concretamente, si el robo era cometido por un esclavo al servicio del patrón, la *actio furti* puede ser intentada contra él; pero si el robo ha sido cometido por otra persona, no hay *actio furti* contra el responsable de la nave.

Por otra parte, en todos los casos, hay que contar con las dificultades de la prueba. La totalidad o parte de las mercancías han sido sustraídas y no pueden ser entregadas a su dueño: con frecuencia será muy difícil saber cómo han desaparecido y probarlo. Parece justo hacer al naviero responsable de esta desaparición y de intentar contra él la *actio* del hurto, incluso si él no había cometido el citado acto ilícito, e incluso si el autor del hurto no estaba en su poder, o si el autor del delito mencionado era desconocido. Es el pretor quien en su edicto realizó esta extensión de la *actio furti*. Probablemente la realizó en primer lugar contra los *nautae*. Más tarde se asimilaron a los transportistas por mar los posaderos y los dueños de establos; de esta manera, las reglas del transporte marítimo han sido extendidas a las necesidades de los transportes terrestres.

1) 'ACTIO FURTI ADVERSUS NAUTAS, CAUPONES ET STABULARIOS'

Hay que destacar, en primer lugar, que la mencionada *actio in factum furti adversus nautas, caupones et stabularios* nos ha sido transmitida por Ulpiano (*38 ad edictum*) en Dig. 47,5,1, pr. donde se recoge el texto edictal;

³¹ Cf. GIMÉNEZ-Candela, T., *Los llamados cuasidelitos*, ob. cit., p. 133.

los compiladores dedicaron el título 47,5 del Digesto al Edicto, y a su comentario por Ulpiano los párrafos 1-6. Establece el texto en Dig. 47,5,1 pr.³², que se dará acción contra los que estén al frente de una nave, posada o establo si cualquiera de las personas de su dependencia ha cometido un hurto, tanto si se ha llevado a cabo con la complicidad del *exercitor* o de alguno de la tripulación. En las siguientes líneas, vamos a centrar la atención fundamentalmente en los *nautae*.

Comenzamos precisamente teniendo en cuenta una serie de cuestiones: hay que destacar que el citado texto, en esta forma de redacción contiene algunas deficiencias; concretamente, la primera parte tiene diferente construcción que la segunda. 1) En primer lugar, leemos la frase: *factum esse dicitur*, en la segunda, *factum sit*. 2) Además, los supuestos de categorías de profesiones, tampoco es igual: alude a tres categorías de profesiones en la primera parte, en cambio, una sola, la de armadores, en la segunda. 3) Por otro lado, hay que destacar además que el edicto es incompleto, hay que ver en Dig. 47,5,1,2,³³ donde establece que la acción es al doble.

Es evidente que el texto está retocado, pero ¿en qué sentido? Independientemente de algunas hipótesis, considera Huvelin³⁴ que había en el propio edicto ciertas deficiencias de redacción como consecuencia de que los *caupones* y los *stabularii* habían sido añadidos a los *nautae* y se habían añadido por esto en proposiciones separadas las condiciones propias de las acciones que les correspondían.

De esta forma, Ulpiano, que en el libro 38 *ad edictum* comenta este edicto en su conjunto, se ha referido en primer lugar a la parte del edicto relativa a los *nautae*. Es el objeto de los párrafos 1-5 del texto. Después de terminar con los *nautae*, continúa en el párrafo 6 su comentario respecto a los *caupones*, reproduciendo probablemente los términos del edicto: el mesonero responde del acto de aquellos que tiene en su mesón para su servicio, y también de los que están allí hospedados; pero no del acto de los viajeros [...]. Es probable que en una tercera parte de su comentario Ulpiano reprodujese los términos del edicto relativos a los *stabularii*. Ahora bien, según vemos en el Digesto, los compiladores de Justiniano han cortado esta parte del texto, sin duda porque la consideraban inútil³⁵. Por otra parte, en el párrafo 3³⁶, los compiladores han añadido las palabras *vel caupo*, ya que al final del párrafo se habla solamente del *exercitor*.

³² El texto contenido en Dig. 47,5,1, pr. establece lo siguiente: *In eos qui naves, cauponas, stabula exercebunt, si quid a quoque eorum, quosve ibi habebunt, furtum factum esse dicitur, iudicium datur, sive furtum ope, consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset.*

³³ El texto contenido en Dig. 47,5,1,2, establece lo siguiente: *Et est in duplum actio.*

³⁴ Cf. HUVELIN, Paul, *Études d'histoire du droit commercial romain*, París, 1929, p. 121.

³⁵ *Ibidem*, 122.

Otro aspecto que conviene tener en cuenta tiene relación con el tipo de responsabilidad del patrono. Si tomamos como base los textos podría pensarse que se trata de una responsabilidad por culpa. Pero vamos a ver que, sobre este punto, los textos están interpolados y Justiniano ha querido introducir la idea de la culpa del responsable. Veamos algunos párrafos. En primer lugar, en el texto de Ulpiano (38 *ad edictum*) contenido en Dig. 47,5,1,4, se establece lo siguiente: *Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei surreptae, sed ipse habet, qui recipiendo periculum custodiae subit*. El pasaje citado está interpolado. Ulpiano compara la acción de la que va a hablar (*actio furti adversus nautas*) con la acción nacida del *receptum*. En el *receptum*, como vamos a ver en el siguiente apartado con más detenimiento, el dueño responde de su empleado en razón de la custodia, a la que está obligado, responde en su nombre y no puede liberarse con el abandono del esclavo. En cambio, con la acción penal, responde *alieno nomine*, por tanto, se puede liberar de responsabilidad con el abandono del esclavo, según se establece en Dig. 47,5, 1, 5³⁷.

Se plantea también la cuestión de saber por qué el dueño responde con tanto rigor tratándose de esclavos ajenos y empleados libres, y con poco cuando se trata de esclavo propio. La respuesta que se da en el propio texto se basa sobre la idea de la culpa *in eligendo*, ya que al haberse empleado a un hombre libre, el responsable ha debido informarse de sus cualidades; asimismo si ha empleado a un esclavo ajeno, responderá como de un hombre libre. No obstante, tratándose de un esclavo de su propiedad se le debe disculpar.

Hay que destacar asimismo del contenido de los textos, lo que se establece concretamente en el párrafo 6³⁸: después de referirse al mesonero que no responde por el robo cometido por el *viator*, es decir por el viajero de paso y ello resulta sin duda de los términos del edicto y de la fórmula, sin que tuvieran la necesidad de justificarlo³⁹, seguidamente nos dice que en la nave tampoco se responde del acto de los pasajeros. Justiniano ha encontrado una justificación, en la línea de lo que veíamos anteriormente. Los profesionales a los que nos hemos referido no tienen la facultad de elegir o rechazar al viajero y, por consecuencia, no responde. Pero, en cambio, puede elegir a las

³⁶ Cf. Dig. 47,5,1, 3, donde se establece lo que sigue: *Cuum enim in caupona vel in navi res perit, ex edicto praetoris obligatur exercitor navis vel caupo, ita ut in potestate sit eius, cui res surrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario iure an cum fure iure civili experiri*.

³⁷ Dig. 47,5,1, 5: *Servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat [...]*.

³⁸ En Dig. 47,5,1, 6, se establece lo siguiente: *Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona eius cauponae exercendae causa ibi sunt, item eorum, qui habitandi causa ibi sunt; viatorum autem factum non praestat; namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes, inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non reiecit, quorum factum oportet eum praestare [...]*.

³⁹ Cf. HUVELIN, P., *Études d'histoire du droit commercial romain*, ob. cit., p. 124.

otras personas (huéspedes, empleados) y responde por tanto por *culpa in eligendo*.

Nos referimos a continuación a otros dos textos contenidos en el Digesto, asimismo interpolados, y que se refieren a las *actiones furti et damni adversus nautas, caupones et stabularios*. Uno de ellos está recogido concretamente en Dig. 44,7,5,6, perteneciente a Gayo, libro 3 *aureorum*, que tiene relación precisamente con el daño o el robo cometido en una nave, mesón o establo por alguno de sus empleados, haciendo responsable al *exercitor navis*, al mesonero o al dueño del establo respectivamente. Tanto en el texto citado como en las Instituciones de Justiniano, se da como justificación de esa responsabilidad que existe una cierta culpa en el naviero, al servirse de hombres deshonestos (*malorum hominum*, dice el texto) como empleados.

Por otra parte, en Dig. 14,1,1,2⁴⁰, se recoge el texto de Ulpiano, correspondiente al libro 28 *ad edictum*, donde se establece asimismo que el patrón debe tener cuidado de no emplear gente deshonesta. Si los emplea sale por ello responsable; por tanto, procede el ejercicio de la *actio in factum* contra el citado empleador. Según lo que se ha dicho en las anteriores líneas, se considera como establecido que los textos que hacen descansar la *actio furti adversus nautae* (del mismo modo es ampliable a los *caupones et stabularii*) sobre una idea de culpa son interpolados⁴¹. Esta acción establece un caso de responsabilidad objetiva, no subjetiva. En definitiva, se puede decir en este caso de la citada *actio* que se trata de una acción penal por sus orígenes⁴². Pero cuando se ha comenzado a exigir la mala intención como elemento subjetivo de todo delito, no siempre se ha encontrado este elemento en la responsabilidad de los profesionales a los que nos estamos refiriendo (del nauta, del *caupo* y del *stabularius*). Entonces se ha admitido que la acción nacía *quasi ex maleficio*⁴³. Además, como ya se ha venido diciendo, la *actio furti adversus nautas* es redactada como *actio in factum* y por el doble del valor de las cosas hurtadas.

Así pues, «el ámbito inicial del edicto consistía en fijar una responsabilidad del dueño por el hurto cometido en la nave, albergue o establo de modo objetivo, es decir, sin intervención de ningún elemento subjetivo de responsabilidad, dolo o culpa; la mención de la complicidad del dueño pudo reali-

⁴⁰ Dig. 14,1,1,2: *Sed si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem, quamquam ex delicto cuiusvis eorum qui navis navigandae causa in nave sint, detur actio in exercitorem; alia enim est contrahendi causa, alia deliquendi, si quidem qui magistrum praeposit, contrahi cum eo permittit, qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit sed culpa et dolo carere eos curare debet.*

⁴¹ Cf. HUVELIN, P., *Études d'histoire du droit commercial romain*, ob. cit., p. 126.

⁴² Cf. *Ibidem*.

⁴³ En Dig. 44,7,5,6, se establece *Item exercitor navis aut caupones aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur [...]*.

zarse en un estadio posterior a la promulgación del edicto, pero estaba ya implícita en el propio texto edictal»⁴⁴. Esto puede explicar en parte la razón de ser de la citada acción en el edicto, junto a la acción civil de hurto, pues «tendría la ventaja sobre esta de poder darse directamente contra el *nauta* (también contra el *caupo* y el *stabularius*) sin necesidad de probar el dolo o la culpa del mismo, ni la identidad personal del autor del hecho delictivo, tantas veces difícil en la práctica en un ámbito como una nave, posada o un establo»⁴⁵.

Más concretamente podría plantearse la siguiente situación⁴⁶: si es el armador mismo el que cometía el hurto, el cargador podría perfectamente entablar contra él la *actio furti* corriente. Si el delito era obra de un esclavo de dicho armador, también podría este ser demandado por ella, aunque ya en esta hipótesis, la entrega en noxa del esclavo –cuyo valor podría compensar de la pérdida sufrida a la víctima del hurto– proporcionaba al *exercitor* el medio de liberarse de responsabilidad o, si se quiere, de limitar esta a la pérdida del esclavo. Pero muchas veces el hurto sería cometido por personal no esclavo, y entonces solo el autor material del hecho –frecuentemente de dudosa o nula solvencia– podría ser demandado por la *actio furti* ordinaria. Y en todo caso siempre resultaría difícil la prueba necesaria para la imputación del hecho. De esta forma, la modalidad de la *actio furti* especial, prometida por el pretor para los casos en los que intervenían los citados empresarios (*nautae, caupones et stabularii*), es decir, la *actio furti adversus nautas, caupones et stabularios* por la cual se obtenía el doble del valor de las cosas hurtadas, remediaba tales inconvenientes⁴⁷.

El pretor estableció así una responsabilidad penal objetiva, con una gran facilidad de obtención para el cargador que la exigía; responsabilidad a la que los compiladores bizantinos, modificando los textos clásicos, procuraron dotar de una cierta base subjetiva como figura de *culpa in eligendo* de los citados profesionales⁴⁸.

Finalmente, por lo que respecta a la posible concurrencia de la acción civil de hurto y la acción pretoria *adversus nautas, caupones et stabularios*,

⁴⁴ GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos*, ob. cit., p. 135.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ ARIAS RAMOS, José, *El transporte marítimo en el mundo romano*. Discurso de apertura del Curso 1948-1949. Universidad de Valladolid, p. 51.

⁴⁷ En Dig. 47,5,1, pr., el texto de Ulpiano correspondiente al libro 38 *ad edictum* establece que *in eos, qui naves, caupona, stabula exercebunt, si quid a quoque eorum, quoque ibi habebunt, furtum factum esse dicitur [...]*.

⁴⁸ Cf. ARIAS RAMOS, José, *El transporte marítimo en el mundo romano*, ob. cit., p. 52.

⁴⁹ Es precisamente en Dig. 47,5,1, 3, donde Ulpiano prosigue su comentario al edicto y establece lo siguiente: *Cum enim in caupona vel navi res perit, ex edicto praetoris obligatur exercitor navis vel caupo ita [...]*.

no hay tal, ya que se indica en el párr. 3⁴⁹ que el demandante tiene derecho a elegir entre entablar una u otra acción, lo cual quiere decir que no se produce aquí una verdadera concurrencia de las acciones civil y pretoria, sino que se trata simplemente de un derecho del demandante⁵⁰. Se podría decir que la mencionada acción pretoria contra los navieros, posaderos y dueños de establos es subsidiaria de la *actio furti*, y se ejercita cuando esta resulta difícil poder entablarla, por ejemplo, por no conocerse la identidad del ladrón⁵¹.

2) ACTIO DAMNI ADVERSUS NAUTAS, CAUPONES ET STABULARIOS

Se utiliza esta expresión para designar brevemente la acción en cuestión; no obstante, consideran algunos autores⁵² que tal vez no aparecía en los textos. Las mercancías transportadas en una nave podían ser objeto no solamente de un robo, sino igualmente sufrir un *damnum iniuria datum* y, también en este caso, al igual que en el del *furtum*, interesaba hacer al empresario responsable no solamente de las actuaciones de sus esclavos, sino de los hechos de las personas libres que podía emplear. El pretor había creado una acción que se podía ejercitar contra los citados profesionales por los daños causados, análoga a la acción de robo que se ha visto en el epígrafe anterior. Pero esta acción no llevaba nombre especial. Hay sobre este punto una diferencia notable con la acción de hurto.

Según se dijo anteriormente, el edicto *furti adversus nautas, caupones et stabularios* forma el objeto de un título especial del Digesto (47,5); está situado en el Edicto Perpetuo después de los edictos generales sobre el *furtum*. Ulpiano lo estudiaba en su libro 38 *ad edictum*, donde él continuaba el comentario de estos edictos generales comenzado en su libro 37. Al contrario, las disposiciones relativas a la acción penal dirigida a los *nautae, caupones et stabularii*, por daños causados a sus clientes, no figuran en un título especial del Digesto, sino que están comprendidas en su libro 4,9, consagrado al *receptum* de los citados empleadores. En el Edicto Perpetuo ellas figuran en el anexo al edicto sobre el delito de daños⁵³. Todo lleva a creer que no había edicto especial sobre la materia, ya que, si no, la ausencia de un título especial en el Digesto se justificaría mal.

⁵⁰ Cf. DE ROBERTIS, F. M., «*Receptum nautarum*». *Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina concernente il «caupo» e lo «stabularius»*, Bari, 1952, p. 121; GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos*, ob. cit., p. 136.

⁵¹ GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos*, ob., cit., p. 136.

⁵² Cf. HUVELIN, P., *Études d'histoire du droit commercial romain*, ob. cit., p. 127.

⁵³ Cf. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927 = Aalen, 1956, pp. 205-ss.

Los textos sobre la *actio damni adversus nautae* han sido retocados al igual que los de la *actio furti adversus nautae* y en el mismo sentido; también aquí, Justiniano ha querido fundar la responsabilidad sobre una idea de culpa. Veamos en primer lugar un texto de Ulpiano en el libro 18 *ad edictum*, contenido en Dig. 4,9,7, que tiene relación con los daños causados y la acción correspondiente. La *actio damni* citada comenzó siendo una *actio adversus nautas*, se da en los mismos casos que la *actio furti adversus nautas*, en razón del hecho de las mismas personas (del mismo *exercitor* y de todas las gentes del mar, hombres libres y esclavos, pero no de los viajeros, cf. Dig. 4,9,7, pr.). Más adelante, la acción se extendió contra los *caupones* y *stabularii*⁵⁴ y se trata también aquí de una *actio* al doble⁵⁵.

Coinciden los estudiosos del texto acerca de su interpolación. Justiniano ha querido alegar la *culpa in eligendo* para justificar la *actio damni adversus nautas*, de esta manera en Dig. 4,9,7,4 se establece que por esta acción se obliga el capitán de la nave en nombre propio, a saber, porque lo ha de imputar a su culpa el que empleó tales hombres. La misma idea subyace en un texto de Paulo, contenido en Dig. 4,9,6,3. El texto se inserta dentro del comentario de Paulo a la *actio in factum de damno adversus caupones*, en el que se reitera que el posadero se responsabiliza de los actos de los que se encuentran en la posada *habitandi causa*, a su servicio, por ello se excluyen de tal responsabilidad a los que se alojan allí incidentalmente, como, por ejemplo, los viajeros. Por otra parte, en otro texto asimismo de Paulo y recogido en Dig. 4,9,6,pr., se establece que, aun en el supuesto de transporte gratuito, procede la acción penal si se ha causado algún daño: *Licet gratis navigaveris, vel in caupona gratis deverteris, non tamen in factum actiones tibi denegabuntur, si damnum iniuria passus es*, según el texto.

Las dos acciones citadas, esto es, la *actio furti* y la *actio damni adversus nautae*, no han sido introducidas al mismo tiempo en el edicto; es poco probable que se las haya separado, puestas en dos sitios diferentes. Se puede considerar sobre el particular⁵⁶ que la *actio damni adversus nautae* debe de ser más reciente que la *actio furti adversus nautae*. Las mismas reglas rigen en las dos acciones, de manera que una las ha tomado de la otra. Además, como estas reglas tienen su fuente en un edicto, podría pensarse que la acción que comporta un edicto es anterior a la otra, aunque las dos acciones deben de tender a aproximarse.

⁵⁴ Cf. Dig. 4,9,7,6, en cuyo texto se dice, entre otras cosas lo siguiente: [...] *Sed cum voluntate patris vel domini servus vel filius exercent navem, vel cauponam, vel stabulum, puto etiam hanc actionem in solidum eos pati debere, quasi omnia, quae ibi contingunt, in solidum receperint.*

⁵⁵ En Dig. 4,9,7,1: *Haec actio in factum in duplum est.*

⁵⁶ HUVELIN, P., *Études d'histoire du droit commercial romain*, ob. cit., p. 130.

⁵⁷ Dig. 4,9,6,4: *Possumus autem furti, vel damni iniuriae actione uti cum nautis, ut certi hominis factum arguamus [...].*

Finalmente, se plantean en algunos pasajes del Digesto algunos otros aspectos relativos a las acciones a las que nos estamos refiriendo. En uno de los textos, concretamente en Dig. 4,9,6,4⁵⁷ se trata una cuestión importante, la cuestión del cúmulo de las *actiones in factum* con las acciones civiles de *furtum* y de *damnum*. El citado texto está en gran parte interpolado. Ahora bien, hay que destacar que, concretamente, para intentar la *actio furti* de carácter civil, es necesario poder designar al culpable contra quien se dirige, cosa con frecuencia imposible. Por el contrario, las *actiones in factum*, como ya se ha venido diciendo, se dirigen contra el responsable de la nave, albergue o establo, sin designar por su nombre al culpable, incluso sin conocerlo.

A modo de resumen, podemos destacar lo siguiente. Similar a lo indicado para el *furtum*, fue también la ampliación llevada a cabo por el pretor respecto de la vieja acción creada por la *lex Aquilia*, en el caso del *damnum iniuria datum* ocasionado en los bienes y cosas dejadas en los establecimientos de los que son responsables los *nautae*. El nauta podía ser demandado prescindiendo de su culpa en la producción del daño. Y análoga es también la tendencia bizantina a la *culpa in eligendo*, tendencia que en este caso es del mismo modo acusada por el retoque de los textos⁵⁸.

La única diferencia es que, así como la *actio furti adversus nautae* se reguló en el Edicto con independencia y tiene en el Digesto un título a ella dedicado, la *actio damni* en la hipótesis de los empleadores citados anteriormente debió de figurar en el Edicto como un apéndice de la parte destinada al *damnum iniuria datum* y no hay en el Digesto un título dedicado a la citada acción.

3. Características de la *actio* que procede del ‘*receptum nautarum*’

Si la etapa comercial romana, como se ha dicho anteriormente, comprende aproximadamente desde la mitad del s. III a. C. hasta la mitad del s. III d. C., la actividad del pretor es realmente amplia e importante en el desenvolvimiento de la actividad comercial. El edicto pretorio que introduce el *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* concede una *actio in factum* contra los *nautae, caupones* y *stabularii* que hayan asumido por medio del *receptum* la obligación de devolver intactas las cosas que les han sido confiadas.

Un primer aspecto destacable es que el nacimiento del *receptum* aparece íntimamente ligado al transporte marítimo y terrestre. Por lo que respecta a los *nautae* es evidente su dedicación a la actividad mercantil de transporte de mercancías y/o personas. En cuanto a los otros dos grupos de profesionales: los *caupones* y los *stabularii*, es clara su relación con el transporte terrestre⁵⁹, que

⁵⁸ Cf., entre otros, ARIAS RAMOS, José, *El transporte marítimo en el mundo romano*, ob. cit., p. 52.

⁵⁹ Véase, SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, ob. cit., p. 45.

no parece que tuvo en Roma tanta importancia como el marítimo, como ya se ha dicho anteriormente. De esta forma, hay que considerar que «la decisión pretoria en torno al *receptum* se encuadra dentro de las numerosas providencias pretorias dirigidas a estimular el comercio»⁶⁰. Además, el *receptum* al que nos estamos refiriendo, según los textos, va dirigido, en primer lugar, a los *nautae*, y se extiende después a los *caupones* y a los dueños de establos.

Concretamente, en el *recipere* del *nauta*, *caupo et stabularius* y dado que estos asumen una obligación en razón del ejercicio de su negocio, parece que el momento en el que se perfecciona el *receptum* es precisamente cuando las cosas para custodiar son cargadas en la nave, o introducidas en la posada o en la cuadra. Por ello, «la voluntad de *recipere* del porteador marítimo, del posadero y del dueño del establo se manifiesta en el hecho material mismo de tomar para su cuidado lo que los clientes les confían seguros del buen hacer profesional de aquellos»⁶¹.

De esta manera, el *nauta* que en el ejercicio de su actividad recibe las mercancías del cargador está obligado, en virtud de un edicto del pretor, a responder de toda pérdida o de todo daño sufrido por las mercancías recibidas (a menos que esta pérdida o daño no tengan por causa la falta de los empleados, de ellos mismos o en caso de absoluta fuerza mayor). Este edicto y la acción correspondiente han sido estudiados por Ulpiano en el libro 14 *ad edictum*, por Paulo en su libro 13 *ad edictum*, y por Gayo en el libro 5 *ad edictum provinciale*.

Veamos, en primer lugar, que determinados fragmentos de los textos de Ulpiano extraídos de sus comentarios figuran en el Digesto, sobre todo en el título especial consagrado a nuestra materia; se trata de Dig. 4,9⁶², donde se establece que los navieros, mesoneros y estableros restituyan lo que asumieron bajo su custodia. En esta línea, el citado jurista nos da el texto del edicto en Dig. 4,9,1,pr., en el que dice el pretor: «Daré acción contra los navieros, mesoneros y estableros que no restituyan lo que de cualquier persona hubiesen asumido bajo su custodia», que ya se vio anteriormente.

Por lo que respecta a las causas que habrían sido tenidas en cuenta para la concesión de la *actio ex recepto*, algunos textos nos informan de por una

⁶⁰ *Ibidem*, p. 224.

⁶¹ Sobre el particular, LÓPEZ-AMOR, M., «*Receptum argentarii. Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*», en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 722.

⁶² El texto de Ulpiano recogido en Dig. 4,9 lleva la siguiente rúbrica: *Nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant*.

⁶³ Considera SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, ob. cit., pp. 229-230, que «está atestiguada la mala fama o reputación que tuvo el oficio del *nauta*: quizá por una mezcla entre los especiales peligros que conllevaba la navegación, el fin lucrativo que se perseguía con esta actividad y, especialmente, por la baja extracción social de las personas que constituían la tripulación de las naves (sobre todo, esclavos o libertos)».

parte, según Ulpiano, citando a Pomponio (cf. Dig. 4,9,3,1) se trataría de sancionar la *improbitas*⁶³ característica de este *genus hominum* que se dedican a la actividad mercantil marítima –*nisi forte reprimendae improbitatis hoc genus hominum*–, según el texto. Del mismo modo, se justifica la existencia de la *actio* derivada del *receptum nautarum* para evitar las ocasiones en que los comerciantes se pusieran de acuerdo con los ladrones para apoderarse de las cosas de sus clientes, según se dice en Dig. 4,9,1,1.

Esta razones, entre otras, motivaron que «el pretor tuviera que intervenir con la finalidad de proteger a los terceros contratantes, garantizando asimismo el normal desarrollo de las operaciones comerciales[...]»⁶⁴. Por otro lado, una razón muy importante de carácter técnico-jurídica la proporciona Ulpiano en el citado texto contenido en Dig. 4,9,3,1, después de decir que en la *locatio-conductio* se responde por culpa y en el depósito tan solo por el dolo, en cambio, como consecuencia de este edicto que estableció el *receptum* al que nos estamos refiriendo, *qui recepit* se obliga en todo caso (omnímodo) y, además, aunque no haya intervenido culpa en la destrucción o daños causados en las cosas que se le entregaron, a no ser que *damno fatali contingit*.

Otro de los aspectos que se destaca precisamente en un texto de Gayo correspondiente al edicto provincial, contenido en Dig. 4,9,5⁶⁵ tiene relación con la naturaleza intrínseca de este tipo de responsabilidad; se dice en el texto que los citados profesionales están obligados por la razón de la custodia. El concepto central del edicto *salvum fore recipere* determina que el *receptum nautarum* (así como también el *receptum cauponum* y el *stabulariorum*) hace nacer precisamente una obligación de garantía. La obligación de restituir «sanas y salvas» las cosas que se entregaron a los citados profesionales expresa una extremada responsabilidad en cuanto que es indicativa de cualquier tipo de pérdida⁶⁶.

Igualmente, Ulpiano (14 ed.) en el texto contenido en Dig. 4,9,3,1, en su parte final, se refiere a la verdadera naturaleza de la responsabilidad *ex recepto*, cuando dice: [...] *At hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res perit vel damnum datum est*. El término omnímmodo alude a una responsabilidad muy rigurosa y con la expresión *sine culpa* a

⁶⁴ SALAZAR REVUELTA, M., «La responsabilidad objetiva *ex recepto* como fundamento jurídico de la protección a terceros en el Derecho comercial romano y su recepción en el Código civil español», ob. cit., p. 910.

⁶⁵ En el citado texto de Dig. 4,9,5, se establece lo siguiente: *Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt, non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectoras, caupo ut viatores manere in caupona patiat, stabularius, ut permittat iumenta apud cum stabulari [...]*.

⁶⁶ Cf. LÓPEZ-AMOR, M., «*Receptum argentarii. Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*», ob. cit., p. 726.

⁶⁷ SALAZAR REVUELTA, M., «La responsabilidad objetiva *ex recepto* como fundamento jurídico de la protección a terceros en el Derecho comercial romano y su recepción en el Código civil español», ob. cit., p. 902.

una responsabilidad que podríamos calificar, en terminología moderna, de objetiva⁶⁷.

Con este tipo de *receptum*, además de responder por custodia, en su origen se tuvo que responder también por los daños causados en los supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor. No obstante, conviene destacar que el rigor de la responsabilidad exigido a este tipo de profesionales y la gradual evolución del *receptum nautarum* (lo mismo del *receptum cauponum et stabulariorum*) llevó al pretor a introducir la posibilidad de neutralizar la *actio ex recepto* a través de una *exceptio* por hechos calificados de *vis maior*, cuando las cosas custodiadas perecían por accidente inevitable, por naufragio o asalto de piratas⁶⁸.

De esta manera, las circunstancias mencionadas eximirían totalmente de la responsabilidad a *qui recepit*, pero también podría rehusarla o limitarla mediante una expresa declaración de descargo comunicada previamente al cliente y aceptada por este⁶⁹. Por otro lado, una limitación de la responsabilidad al peculio podía tener lugar cuando un *filius* o un esclavo contrataban con el naviero sin el consentimiento del *pater* o del dueño. El texto de Ulpiano, en Dig. 4,9,3,3 presenta las dos hipótesis: en la primera el sometido a *potestas* se ha obligado con el consentimiento del padre o dueño, por lo tanto, estos últimos serán responsables en el caso de hurto y daños que sufran las mercancías; por el contrario, si actuaron sin el consentimiento del titular de la *potestas*, la responsabilidad se limita al peculio.

Conviene destacar, asimismo, que la exigencia de esta responsabilidad rigurosa solo surge como consecuencia de la actividad comercial que lleva a cabo el nauta y los demás profesionales a los que nos venimos refiriendo y no se exige fuera de su ámbito comercial, según se establece en Dig. 4,9,3,2. Por ello, el *periculum* que asumen quienes contraen el *receptum* con sus clientes y al que alude el texto en Dig. 4,9,3, pr., *periculum ad eum pertinere*, sea considerado por la doctrina⁷⁰ como riesgo empresarial.

⁶⁸ Véase el texto de Ulpiano en el libro 14 de los comentarios al Edicto, en Dig. 4,9,3,1, donde dice, entre otras cosas [...] *At hoc Edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa eius res perit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo, aut in caupona vis maior contigerit.*

⁶⁹ *Vid.*, entre otros, SALAZAR REVUELTA, M., «La responsabilidad objetiva *ex recepto* como fundamento jurídico de la protección a terceros en el Derecho comercial romano y su recepción en el Código civil español», ob. cit., p. 903; GUARINO, A., *Diritto privato romano*. 11.ª ed., Napoli, 1997, pp. 967-968.

⁷⁰ SERRAO, F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di una economia mondo*, Pisa, 1989, pp. 102-103; Idem, «La responsabilità per fatto altrui in Diritto romano», en *BIDR*, 66 (1963), p. 26. El citado autor se refiere al «riesgo de empresa» y más en general según el «riesgo de actividad», *ibidem*; CERAMI, P., DI PORTO, A., PETRUCCI, A., *Diritto Commerciale Romano. Profilo Storico*, 2.ª ed., Torino, 2004, p. 276.

Ahora bien, en cuanto al fundamento de la responsabilidad *ex recepto* la doctrina más reciente considera que no descansa simplemente en un riesgo de empresa⁷¹, sino que se puede explicar también por la disponibilidad de los bienes del cliente por parte del profesional (*nauta, caupo* o *stabularius*) como consecuencia de la actividad profesional que desempeña⁷².

Otro aspecto a tener en cuenta tiene relación con las cosas que son objeto de reclamación, para que se produzca este tipo de responsabilidad:[...] *quamcumque rem, sive mercem receperint*, según el texto de Ulpiano contenido en Dig. 4,9,1,6. Además, el compromiso asumido lo era frente a los clientes. No obstante, poco importaba que las cosas que debían ser devueltas fuesen propiedad de los clientes o de terceros, Dig. 4,9,1,7, y, además, como ya se ha dicho también anteriormente, la responsabilidad del naviero tiene lugar cuando se producen actos por terceras personas; indican los textos a este respecto que responde no solamente de los empleados, sino también de los hechos de los pasajeros⁷³.

En definitiva, en los pasajes citados del Digesto se puede apreciar la responsabilidad de los *nautae* que nace, persigue la restitución de las mercancías entregadas a estos, hace frente a los actos del propio naviero, de su personal, y aun de extraños, y no exige intervención de culpa; pero ha de originarse por actos profesionales (salvo en la esfera penal) y no cesa siquiera en el supuesto de caso fortuito, aunque sí cesa en el supuesto de que se haya producido un naufragio, asalto de piratas o una circunstancia de fuerza mayor; tampoco responde el naviero cuando este y el pasajero convinieron en ello⁷⁴.

Finalmente, y a modo de resumen, presentamos algunas otras consideraciones que atañen a los recursos procesales descritos —entiéndase las *actiones* penales y la *actio recepticia* dirigidas contra los profesionales a los que nos venimos refiriendo—. La opinión prevalente⁷⁵ considera que las dos

⁷¹ Cf. SERRAO, F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di una economia mondo*, ob. cit., pp. 103-ss.; FERCIA, R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino, 2002, pp. 10-ss. nt. 19; pp. 48-ss., 218-ss.

⁷² Vid. FERCIA, R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, ob. cit., pp. 218-221.

⁷³ Cf. Dig. 4,9,1,8: [...] *Et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum*. Asimismo, en Dig. 4,9,2, el texto de Gayo, correspondiente al Edicto provincial, en el libro 5, establece esto: *Sicut et caupo viatorum*.

⁷⁴ Cf. Dig. 4,9,7, pr., donde se establece al respecto: [...] *Item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestitutum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur*.

⁷⁵ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 517. FOLDI, A., «Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der Haftung *ex recepto nautarum, cauponum, stabulariorum* und der Haftung für custodia», en *RIDA* 40 (1993), pp. 276-ss.

acciones penales habían precedido a la *actio* derivada del *receptum nautarum*. Una vez introducida la *actio recepticia*, los tres recursos coexistieron durante la etapa comercial romana⁷⁶. Las acciones penales *in factum adversus nautas, caupones et stabularios*, a través de su *condemnatio* al *duplum*, implican un incremento de los costes del *periculum* «de ahí que el pretor interviniera con la *actio de recepto*, con la finalidad de garantizar el buen equilibrio económico de las partes, dejando a su arbitrio la posibilidad de pactar el *receptum*. En consecuencia estas razones de utilidad justifican sobradamente la intervención pretoria»⁷⁷.

Por otro lado, conviene destacar que el tipo de responsabilidad que se exige al nauta constituye un instrumento muy apropiado a las exigencias de la vida económica del mundo romano de la época republicana y del Imperio. El criterio subjetivo de culpa está fuera de la responsabilidad del nauta por los daños que sufran las cosas transportadas: «se trata verdaderamente de una responsabilidad objetiva, que encuentra en el sistema procesal romano la más idónea expresión en un medio, como la *actio in factum*, extraño a la distinción del fundamento contractual o delictivo de la responsabilidad»⁷⁸. Ahora bien, como venimos diciendo a lo largo de las presentes líneas, en época posterior, se reconduce este tipo de responsabilidad a una presunción de culpa, elaborada bajo el criterio de *culpa in eligendo*; de este modo, «la responsabilidad objetiva que nace de las acciones penales *in factum* se insertará en la categoría de los *quasi ex maleficio*; en tanto que la responsabilidad *ex recepto* vendrá a considerarse un tipo particular de la *diligentia exactissima*, con su único límite en el *casus maior*»⁷⁹.

Además de las *actiones* descritas que nos presentan supuestos de responsabilidad objetiva, ya el primitivo Derecho romano había regulado el régimen de responsabilidad objetiva que encuentra su expresión en las acciones noxales contra el *pater* y el *dominus* basándose, sobre todo, en un tipo de responsabilidad por los daños ocurridos en los límites de su esfera jurídica como consecuencia de las actividades llevadas a cabo por personas

⁷⁶ CERAMI, P., DI PORTO, A., PETRUCCI, A., *Diritto Commerciale Romano*, ob. cit., p. 300.

⁷⁷ SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, ob. cit., p. 231.

⁷⁸ SARGENTI, M., «Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in Diritto romano», en *Studi in memoria di Emilio Albertario*. Vol. 1.º, Milano, 1953, pp. 579-580.

⁷⁹ SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, ob. cit., p. 240.

⁸⁰ SARGENTI, M., «Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in Diritto romano», ob. cit., p. 579.

que tienen incapacidad tanto jurídica como patrimonial (*fliifamilias* y esclavos)⁸⁰.

4. La regulación en las Siete Partidas

Después del estudio de los textos romanos relativos a la responsabilidad de los *nautae* en el ejercicio de su profesión, nos referimos a continuación en el presente apartado a algunas disposiciones contenidas en el texto alfonso de las Partidas que tienen relación del mismo modo con las actuaciones de los *nautae* y su responsabilidad como consecuencia de sus actividades en el tráfico marítimo.

Como es sabido, uno de los textos más representativos de la recepción del Derecho común en Castilla son las Siete Partidas, y en materia de responsabilidad del porteador, al igual que en otras muchos supuestos, adopta la doctrina romana; de esta manera, el porteador responde siempre, salvo que pueda probar alguna circunstancia de fuerza mayor⁸¹. También es conocido que la influencia del Derecho romano es particularmente intensa sobre todo en el campo del Derecho privado y del penal en los textos medievales, y así el texto legal más importante de Alfonso X el Sabio se refiere a la materia objeto de nuestro estudio en diferentes sedes de este.

En primer lugar, el criterio de responsabilidad por culpa se menciona en la P. 5,8,13, donde se establece en la rúbrica lo siguiente: *Como el que da aflightada su naue a otro deue pechar el daño de las mercaderías, é de las otras cosas que se perdieren por su culpa*. Concretamente, se establece en el citado texto de la ley que: *si la naue peligrasse, o se quebrantasse, entonces el daño, e la perdida que acaescies en aquellas mercaderías pertenescen al señor de la naue [...]*.

⁸¹ Respecto al cargador, según dice MORÁN MARTÍN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Madrid, 2002, p. 315, «lo más significativo es que corre con el riesgo de las cosas transportadas, siempre que no provenga de culpa o dolo del porteador».

⁸² El texto de la Partida 5,8,26, bajo la rúbrica: *Como los ostaleros e los aluergadores, é los marineros son tenudos de pechar las cosas que perdieren en sus casas e en sus nauíos aquellos que ay rescibieren*, establece a continuación lo siguiente: *– Cavalleros, o mercadores: o otros omes que van camino, acaesce muchas vegadas, que han de posar, en casa de los ostaleros, e en las tauernas, de manera, que han de dar sus cosas a guardar a aquellos que y fallaren, fiandose en ellos, sin testigos, é sin otro recabdo ninguno: e otro sí los que han a entrar sobre mar, meten sus cosas en las naues en essa misma manera fiandose en los marineros: e porque en cada una destas maneras de omes acesce muchas vegadas. Que ay algunos que son muy desleales, e fazen muy grandes daños, e maldades, en aquellos que se confían: por ende conuiene, que la su maldad sea refrenada con miedo de pena. Onde mandamos que todas las cosas, que los omes que van camino por tierra, o por mar metiren en las casas de los ostaleros, o de los tauerneros, o en los nauíos, que andan por mar o por los rios, aquellas que fueren y metidas, con sabiduria de los señores de los ostales, o de las tauernas: o de las naues: o de aquellos que estouieren y, en lugardellos, que las guarden de guisa que se non se pierdan, nin se menoscaben: e si se perdiessen por su negligencia, o por engaño que ellos fiziessen: o por otra en su culpa, o si las furtassen algunos de los omes*

El criterio de responsabilidad objetiva lo vemos recogido en la misma Partida y en el mismo Título, concretamente en P. 5,8,26⁸², donde se refiere a la responsabilidad de los navieros, bajo la siguiente rúbrica: *Como los ostaleros é los aluergadores, é los marineros son tenudos de pechar las cosas que perdieren en sus casas é en sus nauios aquellos que ay rescibieren*. En primer lugar, podemos observar en el texto que se transcribe a pie de página que la citada disposición alude a las tres clases de profesionales –*los ostaleros é los aluergadores, é los marineros*– que hemos visto reiteradamente en los textos romanos. Del mismo modo, numerosos aspectos correspondientes a la citada ley 26 tienen su base en la regulación romana. Veamos, por ejemplo, lo relativo a la responsabilidad de los navieros que trasladan las mercancías por mar o por río, cuando se establece como dice el texto: *e otro sí los que han a entrar sobre mar; meten sus cosas en las naues en essa misma manera fiándose en los marineros: e porque en cada una destas maneras de omes acesce muchas vegadas*.

Al igual que hemos visto en los textos de la época romana, en la ley alfonsina se justifica la exigencia de la responsabilidad rigurosa a los profesionales que cita el texto debido a *que ay algunos que son muy desleales, e fazen muy grandes daños, e maldades, en aquellos que se confían: por ende conuiene, que la su maldad sea refrenada con miedo de pena*.

Del mismo modo, como también se ha dicho, en la regulación romana se equipara la introducción de las cosas al recibo formal de ellas: *rerum quae illatae sunt*; por lo que respecta a la ley citada del texto alfonsino, esta se manifiesta en los siguientes términos: [...] *Aquellas que fueren y metidas con sabiduria de los señores de los ostales o de las tauernas: o de las naues: o de aquellos que estouieren y, en lugar dellos, que las guarden, de guisa que se non pierdan, nin se menoscaben*. Por otro lado, le exige responsabilidad al naviero, en los casos de pérdida o daños ocasionados en las cosas, no solo

que vienen con ellos, entonces ellos serian tenudos de les pechar todo quanto perdiessen, o menoscabassen. Ca guisada cosa es, que pues que fian en ellos, los cuerpos, e los aueres, que los guarden lealmente, a todo su poder: de guisa que non resciban mal, nin daño. E lo que diximos en esta ley, entiendese, de los ostaleros, e de los tauerneros, e de los señores de los nauios, que vsan publicamente a recibir los omes tomando dellos ostalaje, o loguero. E en esta misma manera, dezimos, que son tenudos de los guardar estos sobredichos si los resciben por amor, non tomando dellos ninguna cosa, fueras ende en casos señalados. El primero es, si ante que lo reciba le dize, que guarde bien sus cosas que non quiere el ser tenudo de las pechar si se perdieren. El segundo es si le mostrare ante que lo rescibiesse, arca, o casa, e le dize: si aui queredes estar; meted en esta casa, o en esta arca, vuestras, cosas, e tomad la llauue della e guardadlas bien. El tercero es, si se perdiessen las cosas por alguna ocasion, que auiniesse: assi como fuego que las quemasse, o por auenidas de rios: o si se derribasse la casa: o peligrasse la naue: o se perdiessen por fuerza de enemigos. Ca perdiendose las cosas por alguna destas maneras sobredichas, que non auiniesse, por engaño, o por su culpa dellos, entonce non serian tenudos de las pechar.

en el supuesto de haber actuado con culpa o conducta dolosa, sino también: *o por otra en su culpa, o si las furtassen algunos de los omes que vienen con ellos.*

Otro de los aspectos a destacar en la mencionada ley tiene relación con una serie de circunstancias que eximen de responsabilidad a los citados profesionales (*ostaleros, tauerneros y nauieros*), siempre que no haya engaño o culpa por su parte. Uno de los supuestos que se menciona en primer lugar y que hace cesar la responsabilidad del naviero tiene lugar cuando este y el viajero convinieron en ello –*si ante que lo reciba le dize, que guarde bien sus cosas que non quiere el ser tenuto de las pechar si se perdieren*– siguiendo lo ya establecido en el Derecho romano⁸³. Más adelante, se refiere el texto a determinadas circunstancias ajenas completamente a la voluntad del naviero, *si peligrasse la naue: o se perdiessen por fuerza de enemigos*, en estos casos mencionados tampoco hay responsabilidad, según se establece en la ley alfonsina. Por lo tanto, si se perdiesen las cosas transportadas, *por alguna destas maneras sobredichas, que non auiniesse, por engaño, o por su culpa dellos, entonce non serian tenudos de las pechar*. Finalmente, destacamos de la citada ley otro aspecto que ya se ha visto también en los textos romanos, cuando dice que se va a exigir el mismo tipo de responsabilidad a los *nauieros* (así como también a los *ostaleros y tauerneros*), *si los resciben por amor, non tomando dellos ninguna cosa*, según dice el texto alfonsino.

De nuevo, en la P. 5,9,9 se le puede pedir responsabilidad al naviero. Se responsabiliza a los gobernadores del navío si se pierden o sufren deterioros las mercancías que en él se transportan habiendo actuado de forma temeraria y contra la voluntad de los dueños de las mercancías. Del mismo modo, es responsable si el dueño del barco pone al frente de este a gobernantes poco conocedores del oficio.

En otra sede del texto alfonsino, se regulan asimismo aspectos relacionados con las mercancías que se dejan en la aduana. Nos estamos refiriendo a la Partida 7 cuyo contenido es materia de derecho penal; pues bien, los posibles hurtos que se produzcan en las mercancías que son dejadas en la aduana, antes o después de ser trasladadas por mar, se mencionan en el título 14 de la citada Partida, que tiene relación precisamente con los *furtos* en general. Concretamente la Partida 7,14,7, lleva la siguiente rúbrica: *Como aquel que tiene el ostalaje en su casa, e los almoxarifes que guardan el aduana, e los otros que guardan el alfondiga del pan son tenudos de pechar las cosas que furtan en cada uno destos lugares.*

La citada ley, después de referirse a la responsabilidad del hostelero por el hurto que pueda cometer él mismo, u otro cualquiera por su mandato o por su consejo, se establece que sea sancionado con la pena del hurto. Si el delito es cometido por algún hombre que estuviese a soldada, deberá pagar el

⁸³ Cf. el texto recogido en Dig. 4,9,7,pr.

doble de la cosa hurtada y, según dice además la Ley, *maguer non fuesse hurtada por su mandado, nin por su consejo*. Le responsabiliza la citada ley por contratar para su establecimiento a personas malhechoras.

Se contempla asimismo el supuesto de que el *furto* sea cometido por un siervo y se le da en este caso al dueño la posibilidad de elegir entre el pago del doble del valor de lo hurtado o la entrega del siervo. Se establece también en la misma disposición que si el hurto se ha cometido por un extraño, el dueño del hospedaje no tiene ninguna responsabilidad. Lo que se ha dicho sobre el dueño del hospedaje es asimismo extensible a los dueños de establos y de naves: *en su casa, o en su establia, o en su naue recibiendo un ome a otros, con sus bestias, o con sus cosas [...]*. De ahí que termine la mencionada ley estableciendo lo siguiente: [...] *Otrosí dezimos que el almozarife es tenuto de dar recabdo de toda la mercaduria que se mete, e se pone en el aduana*.

5. Responsabilidad del porteador por los daños producidos por la muerte o lesiones del viajero en el Derecho actual

1. Consideraciones generales acerca del contrato de transporte

El contrato de transporte en la actualidad es «no solo el aspecto de Derecho privado a que se refieren los Códigos civil y de comercio, sino que lleva consigo una consideración administrativa, internacional, social y económica que oscurece la regulación clásica privatista, si bien esta regulación no deja de ser la base sobre la que descansan las otras facetas»⁸⁴. Rigen el contrato de transporte las normas del Código civil y las del Código de comercio, que forman el derecho común para toda clase de transportes, si bien se anteponen la aplicación de las normas del segundo como más específicas que son⁸⁵.

Por otro lado, están las normas administrativas; conviene destacar que la historia del Derecho administrativo, en gran medida, consiste en la búsqueda de títulos jurídicos que expliquen y justifiquen la intervención de los poderes públicos en la actividad de los particulares. Uno de los primeros títulos de intervención fue la paz de los caminos. «La paz pública en los caminos, la seguridad en los transportes, la posibilidad de desplazarse de un lugar

⁸⁴ AA. VV. *Tratado de Derecho civil*, 4. *Teoría y práctica*. Coordinador I. Sierra Gil de La Cuesta, Barcelona, 2003, p. 393.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 394.

⁸⁶ BLANQUER, D., *Derecho del Turismo*, Valencia, 1999, p. 337. Según el citado autor, «la importancia de esa intervención fue capital no solo para peregrinaciones como la del camino de Santiago, sino para todo el tráfico económico entre las ciudades que empiezan a surgir y configurarse en el tránsito desde la Edad Media al Renacimiento», cf. *ibidem*.

a otro sin el riesgo de encontrarse con bandidos y salteadores de caminos, fue una de las primeras aspiraciones que los particulares reclamaron a los Poderes Públicos»⁸⁶.

En cuanto a la regulación del transporte en el Código civil, solo tres artículos dedica a este contrato (1601, 1602 y 1603). Además, como se deduce de su colocación, lo considera como una variedad de arrendamiento de obra bajo la rúbrica «de los transportes por agua y tierra, tanto de personas como de cosas». Los autores ponen de relieve la parquedad de las normas del Código civil en la regulación de este contrato, limitadas exclusivamente a determinar la responsabilidad de los conductores en cuanto a la guarda y conservación de las cosas transportadas y por daño o pérdida de estas, y a remitirse a las normas del Código de comercio y a las leyes y reglamentos especiales⁸⁷.

La escasa regulación del Código civil puede explicarse porque ya en la época de su publicación las actividades de transporte estaban vinculadas a la organización profesional⁸⁸. Por lo tanto «estos contratos en su mayor parte quedarán sujetos: a las normas mercantiles, puesto que la mayoría de los transportes tienen naturaleza mercantil; y a las normas administrativas, por cuanto la conducción de personas y cosas, tanto si se realizan por tierra como por mar o por aire, afectan no solo a los contratantes, sino al público en general, por razón principalmente de la utilización de los medios de transporte cuya ordenación incumbe en gran parte al Derecho administrativo»⁸⁹.

Por otro lado, el contenido de la escasa regulación del Código civil no se halla en consonancia con la rúbrica de la sección en que se hallan encuadrados, que se refiere a los transportes «tanto de personas como de cosas». Es de notar que, a pesar de la generalidad de la citada rúbrica, los artículos que la integran se refieren al transporte de cosas sin mencionar el de personas. Del mismo modo, aunque es de apreciar la amplitud de la rúbrica de esta sección, no se contiene en ella norma alguna sobre la definición del contrato, sus elementos personales, ni se refiere a los derechos y obligaciones que de él nacen para las partes⁹⁰. De los diversos elementos personales que intervienen en la ejecución del transporte, el Código alude solo al transportista con la denominación de conductor y surge para él la obligación de traslado (per-

⁸⁷ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por M. Albaladejo. Tomo XX. Vol. 2, p. 486.

⁸⁸ GONZÁLEZ POVEDA, P., *Comentario del Código civil*. Coordinador, Sierra Gil de la Cuesta. Tomo 7, Madrid, 2000, p. 691.

⁸⁹ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., p. 486.

⁹⁰ Entre otros, véase, GONZÁLEZ POVEDA, P., *Comentario del Código civil*, ob. cit., p. 690.

⁹¹ *Ibidem*, p. 691.

sonas o cosas), además de la obligación *ex lege* de guarda y custodia de las cosas o efectos transportados a la que se refiere el art. 1602 citado⁹¹.

Un aspecto de gran interés en el contrato de transporte tiene relación con la responsabilidad de los porteadores y por ello conviene destacar en primer lugar lo siguiente: para que una cosa sea transportada es menester entregarla al porteador o conductor, como dice el Código. De esta manera, desde que la cosa se entrega por el cargador o remitente, hasta que la recibe el consignatario, el conductor la tiene en su poder, como condición precisa del transporte y está obligado a conservarla y guardarla, y es de razón natural que responda de ella⁹².

Asimismo se le responsabiliza al porteador con un régimen severo (art. 1602) de la pérdida y averías que sufran las cosas. La pérdida equivale a falta de entrega de la cosa, cualquiera que sea la causa jurídica o material que la origine. Además, la pérdida puede ser total o parcial. Por otro lado, la avería presupone que las cosas han llegado a su destinatario pero que presentan, en todo o en parte, alteraciones en sus cualidades, tanto intrínsecas como extrínsecas, de tal forma que resulta modificado el estado en que los géneros fueron entregados al porteador. Ahora bien, el mismo artículo al que nos estamos refiriendo establece que los conductores pueden liberarse de responsabilidad si prueban que la pérdida o la avería ha sido debida a caso fortuito o fuerza mayor.

En el Código de comercio, la regulación de los transportes terrestres se halla en los artículos 349 a 379 y la de los marítimos, en los artículos 652 a 718. Son conocidas las críticas de los mercantilistas al art. 349 que pretende distinguir los transportes mercantiles de los civiles, cuando la realidad demuestra que el contrato es solo uno: «el transporte de derecho privado con matices distintos de carácter marginal (administrativos, fiscales, de orden público, etc.), por ello, y según la experiencia de otros países (Suiza e Italia, por ejemplo) consideran algunos autores que parece indicado que este contrato debería incluirse con regulación unitaria en el Código civil, actualizando los viejos preceptos de ambos Códigos (Civil y de Comercio)»⁹³.

Por lo que respecta a la responsabilidad, de no existir pacto en contrario, los objetos porteados viajan «a riesgo y ventura del cargador» y, en consecuencia, «serán de cuenta y riesgo del cargador todos los daños y menoscabos que experimenten los géneros durante el transporte por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas» incumbiendo al porteador la prueba de esos accidentes (art. 361). Esta regla, coincidente con la

⁹² Sobre el particular, cf. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*. Tomo X, Madrid, 1908, p. 773.

⁹³ AA.VV. *Tratado de Derecho civil. 4. Teoría y práctica*. Coordinador, I. Sierra Gil de la Cuesta, ob. cit., p. 396.

establecida en el Código civil (art. 1602), aunque parezca a primera vista muy favorable para el porteador, en realidad no lo es por las dos razones siguientes: porque le impone la carga de la prueba, por lo general bastante dificultosa, y, por otra parte, porque viene templada con lo que se establece en el artículo siguiente que hace responsable al porteador de los daños y menoscabo de las cosas porteadas, «si se probare en su contra que ocurrieron por su negligencia o por haber dejado de tomar las precauciones que el uso tiene adoptadas entre personas diligentes» (art. 362)⁹⁴. De esta forma la cuestión de la carga de los riesgos se reducirá siempre en la práctica a una pura cuestión de prueba sobre la causa del accidente dañoso⁹⁵.

En cuanto a la responsabilidad en el transporte de personas es evidente la diferencia con el transporte de cosas. «A las peculiaridades técnicas del transporte de personas, derivadas del hecho de transportarse un ser viviente, que vigila y colabora continuamente en el transporte, se corresponden especiales formas de responsabilidad por incumplimiento del transporte. La muerte o el daño, sufridos por la persona del viajero no pueden ser equiparados a la pérdida o a la avería de una mercancía»⁹⁶. Por ello no son aplicables los preceptos del Código de comercio (arts. 363, 368 y 371) que se refieren a pérdidas de las cosas.

La responsabilidad del porteador es la cuestión fundamental del régimen del transporte de personas, por ello, en las siguientes líneas nos vamos a centrar en la responsabilidad que le corresponde al porteador como consecuencia de los daños con resultado de muerte o lesiones ocasionados a las personas que han contratado con un medio de transporte.

2. *La imputación del daño: del sistema de responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva*

La moderna elaboración de la noción de responsabilidad objetiva por la dogmática civilística hunde sus raíces más profundas en las fuentes romanas, como se ha puesto de manifiesto en los epígrafes correspondientes; en concreto, por lo que se refiere a la responsabilidad de determinados empresarios es evidente «la supervivencia de los criterios objetivos como el del riesgo empresarial y los principios aparejados a este tipo de responsabilidad, como el de la buena fe objetiva, que todavía inspiran los ordenamientos jurídicos modernos, sobre todo por lo que se refiere al derecho de los consumidores»⁹⁷.

⁹⁴ Sobre el particular, véase URÍA, R., *Derecho mercantil*. Vigésima edición. Madrid, 1993, p. 657.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 657.

⁹⁶ Entre otros, véase GARRIGUES, J., *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1939, pp. 234-235.

⁹⁷ SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, ob. cit., p. 30.

Como se ha dicho al tratar el tema de la responsabilidad del nauta en la época del Derecho romano, el desarrollo a gran escala del tráfico comercial marítimo iba a plantear todo tipo de problemas jurídicos y para ello se concedieron una serie de remedios legales a favor de los particulares. Es evidente que en la actualidad la prestación de los servicios de transporte a enormes contingentes de personas, así como el continuo tráfico de mercancías, hace necesaria la puesta a disposición de los usuarios de una serie de recursos jurídicos como defensa de sus derechos frente al transportista⁹⁸.

Si nos centramos en el transporte de personas, conviene destacar que en la regulación tradicional se aplican los preceptos civiles sobre responsabilidad contractual por culpa, tanto en el caso de muerte o accidente como en el de retraso. No obstante, en las modernas regulaciones en materia de transportes –terrestre, marítimo y aéreo– la responsabilidad objetiva frente al porteador se va imponiendo, tanto en el ámbito doctrinal, así como en el jurisprudencial. La responsabilidad objetiva tiene la misma finalidad de resarcir los daños a quien no tiene obligación de soportarlos, pero a través de un mecanismo completamente distinto del criterio tradicional de responsabilidad por culpa⁹⁹; el porteador solo puede exonerarse de responsabilidad por dos razones: la culpa de la propia víctima o la fuerza mayor. La jurisprudencia ha basado esta técnica en la creación de un riesgo, que finalmente produce el daño¹⁰⁰.

Este tipo de responsabilidad, que es independiente de la conducta del sujeto, es decir, sin intervención de ningún elemento subjetivo de responsabilidad de dolo o culpa, lo hemos visto en el Derecho romano al referirnos a determinados profesionales (*nautae, caupones y stabularii*), por un lado, en los supuestos del ejercicio contra ellos de ciertas *actiones in factum*; por otro lado, el mismo sistema de responsabilidad objetiva se ha mencionado asimismo al tratar del edicto que estableció el *receptum*; según los textos, *qui recipit* se obliga en todo caso (omnínmodo) y además, aunque no haya intervenido culpa en la destrucción o daños causados en las cosas que se le entregaron, a no ser que *damno fatali contingit*.

⁹⁸ Como es sabido existen dos grandes sistemas para atribuir a una persona la obligación de reparar el daño producido: o la culpa o la responsabilidad objetiva y ambos sistemas no se excluyen en las modernas legislaciones, sino que conviven.

⁹⁹ Sobre el particular, entre otros, véase ROCA, E., *Derecho de daños. Textos y materias*. 2.^a ed., Valencia, 1998, p. 211.

¹⁰⁰ Cf. la STS de 31 de enero 1992 en la que se dice que «la denominada responsabilidad por riesgo viene a significar que las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas, aun lícitas y permitidas, deben recaer sobre el que ha creado un peligro para tercero, doctrina que, llevada a sus últimas consecuencias, condena a la pura objetivación del daño y desemboca en la obligación de responder por el peligro puesto por sí mismo [...]».

Además, el criterio de responsabilidad objetiva, es objeto de recepción en algunas leyes de la época medieval, como se ha visto en las Partidas, y es tenido en cuenta en el Derecho actual en determinadas leyes que regulan los daños ocasionados a los viajeros que han contratado con el porteador. Precisamente, a propósito de la citada responsabilidad objetiva, hace ya unos cuantos años decía Sánchez Gamborino, en un artículo acerca de la Ley de Navegación Aérea de 1960, que «el criterio de responsabilidad objetiva o absoluta habrá de imponerse en los transportes por las diferentes vías como más consecuente con la seguridad contractual, al interés público de la actividad de los transportes y a la equidad»¹⁰¹. En la actualidad existen diferentes tipos legales de responsabilidad objetiva y nuestro propósito en las siguientes líneas es referirnos a aquellos que están previstos en algunas normas relacionadas con los transportes de viajeros.

3. Responsabilidad por los daños ocasionados a las personas en el transporte terrestre

El transporte de viajeros por vía terrestre puede realizarse tanto por ferrocarril como mediante vehículos por carretera. «La circunstancia capital de que la prestación del porteador se refiera en este transporte a una persona humana atribuye a este contrato especiales características frente al transporte de cosas: es evidente que en él no cabe hablar de entrega, ni al comienzo ni al final del contrato, y no existe nunca ese tercer elemento de carácter personal que es el consignatario»¹⁰². En cuanto a la responsabilidad del porteador por daños, al no poder aplicarse al viajero los preceptos relativos al transporte de cosas, regirán los preceptos comunes sobre culpa y responsabilidad contractual¹⁰³, conforme al criterio tradicional.

En esta clase de transporte, hay que tener en cuenta además que el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contractual se fundamenta princi-

¹⁰¹ SÁNCHEZ GAMBORINO, F. M., «El sistema de responsabilidad objetiva de la Ley de Navegación Aérea y su posible extensión a los transportes por todas las vías», en *Revista de Derecho Mercantil*. Vol. 39. N.º 75, 1960, p. 154.

¹⁰² Entre otros, véase URÍA, R., *Derecho mercantil*, ob. cit., p. 661.

¹⁰³ Véase, AA.VV., *Tratado de derecho civil. Teoría y práctica*. Tomo IV. Derecho de obligaciones, Barcelona, 2003, p. 407; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*. 13.ª ed. Vol. II, Madrid, 2006, p. 171; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*. Vol. II. 25.ª ed., Madrid, 2003, p. 375. Si nos referimos al ámbito jurisprudencial, SÁNCHEZ GAMBORINO, «Responsabilidad del porteador por daños a los viajeros en sus personas», RDM, 1958, n.º 70, pp. 339-ss., pone de manifiesto las vacilaciones iniciales del Tribunal Supremo, que comenzó calificando la responsabilidad del transportista por lesiones o muerte de los viajeros como responsabilidad extracontractual, hasta la sentencia de 4 de julio de 1953, en la que se inclinó por la doctrina contractualista.

palmente en la adquisición del billete por el viajero por el que se acredita la existencia de un previo contrato de transporte que le une con el porteador y por el que este queda obligado a transportarlo de un lugar a otro de forma que llegue incólume a su destino¹⁰⁴. Del mismo modo, para que se produzca la responsabilidad civil es preciso que exista un criterio que permita imputar de forma dolosa o culposa dicha responsabilidad al transportista tanto por sus actos propios como por los de sus dependientes (art. 1596 del Código civil)¹⁰⁵.

No obstante, este sistema de responsabilidad por culpa puede resultar corregido a través de la aplicación de las normas dirigidas a la protección de los consumidores y usuarios¹⁰⁶. El viajero en posesión del billete es un usuario que tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios ocasionados por el porteador y se puede considerar que le es de aplicación la actual normativa para la defensa de los consumidores y usuarios¹⁰⁷; uno de sus derechos básicos tiene relación con la protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad (cf. art. 8); por otra parte, en el art. 107 donde se refiere al ámbito de aplicación de los contratos celebrados fuera de

¹⁰⁴ En fechas más recientes, la STS de 31 de mayo de 1985, se pronunció sobre un supuesto de muerte de varios viajeros como consecuencia del derrape y posterior caída a un barranco del vehículo en el que viajaban. El transportista interpuso recurso de casación alegando la incorrecta aplicación por la Audiencia del artículo 1214 Código civil. El Tribunal desestimó el recurso. En el Considerando Tercero afirma que «no discutida la existencia de un contrato de transporte terrestre de viajeros que vincula a las partes y surgiendo del mismo como obligación principal del porteador el traslado del pasajero desde el punto de partida al del destino, es manifiesto que el incumplimiento de tal deber, y las consecuencias dañosas para la vida o la integridad física del viajero que de tal incumplimiento se deriven, deben serle imputables (al transportista) en tanto no acredite que la falta de cumplimiento se debió a caso fortuito o fuerza mayor [...]».

¹⁰⁵ Cf. la STS de 22 de junio de 1989 que ha sido comentada por GORDILLO, J., «Comentario a la STS de 22 de junio de 1989», CCJC, núm. 20, 1989, pp. 533-ss. En la citada sentencia se le impone responsabilidad a la empresa de transporte por el incumplimiento culpable de los empleados que omiten una adecuada revisión del estado de los vehículos.

¹⁰⁶ Sobre el particular, cf. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, ob. cit., p. 388.

¹⁰⁷ Nos referimos al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

¹⁰⁸ El art. 148, que lleva la rúbrica *Régimen especial de responsabilidad*, establece seguidamente:

Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

establecimientos mercantiles, menciona en el apartado 1.C): los contratos celebrados en un medio de transporte público. Más adelante, concretamente en el art. 148¹⁰⁸, se establece un régimen especial de responsabilidad aplicable a una serie de servicios y, entre ellos, se mencionan los relativos a medios de transporte. Por ello cabría afirmar «la inclusión de la reclamación de responsabilidad del viajero al transportista en este especial sistema de responsabilidad objetiva donde el criterio de imputación deja de ser la culpa de este y donde además le bastará con probar a aquel que el daño le fue causado por el uso del servicio en cuestión»¹⁰⁹.

Además, hay que destacar que cesa la responsabilidad del transportista que consiga probar que los daños se han producido, o bien por la conducta negligente del viajero que ha sufrido los daños, o bien por una fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos¹¹⁰.

Por otro lado, surge basada en el Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, una responsabilidad civil objetiva, que, denominada *acción del seguro obligatorio de viajeros*, supone un planteamiento distinto del sistema tradicional de responsabilidad por culpa, dado que tal responsabilidad surge por el mero hecho de haberse sufrido por el viajero lesiones mientras era transportado y sin que tenga que alegar incumplimiento o negligencia por la porteadora para que funcione la garantía¹¹¹. En caso de muerte del viajero que provocó el accidente por imprudencia, exime de responsabilidad a la

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte [...].

¹⁰⁹ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, ob. cit., p. 388. La autora hace las citadas consideraciones basándose en algunos artículos, entre ellos, el art. 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Del mismo modo, la doctrina jurisprudencial que presenta toma como base la citada ley, cf. *ibidem*, pp. 388-389.

¹¹⁰ Cf. el art. 1.1. ap. 2 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de Vehículos a Motor.

¹¹¹ Sobre el particular, véanse, por ejemplo, SAP de Córdoba, de 12 marzo de 2004; SAP de Sevilla, de 3 septiembre de 2001; SAP de Almería de 10 de febrero de 2000; SAP de Málaga de 22 de mayo de 2000; SAP Barcelona de 6 de mayo de 1994.

¹¹² El art. 8 establece que «la protección del seguro no alcanzará a los asegurados que provoquen los accidentes en estado de embriaguez o mediante la comisión de actos dolosos o con imprudencia o infracción de los reglamentos y disposiciones vigentes sobre el transporte público colectivo». Sobre el particular, véase la SAP de Vizcaya de 28 de enero de 1993, en la que se refiere a la muerte de un viajero con ocasión de un viaje en tren, siendo la culpa exclusiva del fallecido.

entidad transportista y de la obligación de indemnizar a sus causahabientes, por no estar tal supuesto contemplado en el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros (art. 8)¹¹².

4. Responsabilidad por los daños personales como consecuencia del transporte marítimo de viajeros

Desde los orígenes de la navegación por mar el buque ha sido utilizado para el transporte de personas, no obstante hay que destacar que el transporte de personas en barco como actividad autónoma tiene lugar en la segunda mitad del siglo XIX¹¹³. Por otro lado, la mayor perfección y seguridad de los medios de navegación, el establecimiento de sus líneas regulares y el incremento del turismo atribuyen gran importancia económica a esta forma de explotación o de utilización del buque¹¹⁴.

En cuanto a la responsabilidad del porteador por los daños ocasionados a las personas, tal y como se ha venido diciendo para el transporte terrestre de personas, como no es posible la extensión analógica de los preceptos relativos al transporte de cosas, regirán los preceptos comunes sobre culpa y responsabilidad contractual, a no ser que existan disposiciones especiales¹¹⁵. Más concretamente, hablando del pasaje marítimo, Sánchez Calero observa lo siguiente¹¹⁶: «la responsabilidad contractual del porteador por los daños producidos por la muerte o lesiones del pasajero, carece de una oportuna regulación dentro de nuestro ordenamiento, que creemos ha de orientarse hacia un régimen imperativo, que no pueda ser eliminado por las cláusulas

¹¹³ Sobre el particular, BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, 13.^a edic., vol. II, Madrid, 2006, p. 190. Consideran, además, los autores que en la actualidad quizá los buques más costosos son precisamente los que se destinan al transporte de personas por mar, cf. *ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 190. Podemos referirnos a tres modalidades de contratos que tienen relación con el traslado de personas de un lugar a otro: el crucero marítimo, el pasaje y el fletamento de cruceros. En el crucero el organizador se obliga a transportar a un colectivo de pasajeros mediante precio a una o varias localidades determinadas según un itinerario convenido, y a proporcionar otra serie de prestaciones a bordo o en tierra según las condiciones del contrato. El pasaje se caracteriza por el traslado de personas y sus equipajes de un lugar a otro, de forma que las eventuales prestaciones de cabina y alojamiento son accesorias respecto de la prestación fundamental de transporte; por otro lado, si los servicios al pasajero constituyen el objeto del contrato de crucero, la puesta a disposición del buque, en condiciones de realizar viajes de crucero, es el objeto del fletamento de cruceros. En el fletamento, el pasajero o el colectivo de pasajeros no son parte contractual; sobre el particular, véase, ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho marítimo*, Barcelona, 2001, pp. 561-562.

¹¹⁵ Entre otros, véase URÍA, R., *Derecho mercantil*, ob. cit., p. 662. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, ob. cit., p. 234.

¹¹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, ob. cit., p. 563.

¹¹⁷ *Vid.* ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho marítimo*, ob. cit., pp. 561-562.

de exoneración de responsabilidad, y hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva del porteador, con ligeras excepciones, si bien ha de admitirse la posibilidad de fijar una limitación a su deuda».

La codificación del contrato de transporte marítimo de personas explica, probablemente, que la mayor parte de nuestra doctrina¹¹⁷ opte por considerar de carácter contractual la responsabilidad por los daños personales sufridos por los pasajeros durante la fase de ejecución del transporte. «Esta solución parece la más natural pues los daños nacen en el contexto relacional de un negocio jurídico específicamente previsto en nuestro Código de Comercio cuyo contenido obligacional concreto se establece con detalle en formularios tipo predispuestos por las compañías navieras que ordenan el comportamiento de cada una de las partes durante el transporte»¹¹⁸. En definitiva es una responsabilidad contractual que nace del incumplimiento. Por estas razones «extraer del ámbito del contrato los daños que el pasajero pueda sufrir en el desarrollo del viaje parece un artificio poco justificable dogmáticamente»¹¹⁹. No obstante, con la finalidad de conseguir una protección mayor de los pasajeros, el naviero tiene la obligación de concertar un seguro obligatorio que cubra las responsabilidades por muerte o lesiones de los pasajeros¹²⁰.

Del mismo modo, conviene tener en cuenta que «el azar que históricamente presentaban los viajes por mar, justificaban un sistema de responsabilidad por daños que no penalizase excesivamente al naviero». Ahora bien, en nuestra época puede dudarse razonablemente de que los viajes por mar continúen presentando las condiciones especialmente azarosas que motivaron un régimen tan laxo de responsabilidad para el transportista marítimo¹²¹. Por ello en el Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima, en el art. 355, se refiere a criterios de responsabilidad objetiva.

En el ámbito internacional el contrato de pasaje se rige por el Convenio de Atenas de 13 de diciembre de 1974, sobre transporte de pasajeros y sus equipajes por mar. El citado Convenio se centra de forma prácticamente exclusiva en la responsabilidad del transportista marítimo por los daños personales (muerte o lesiones) o materiales causados al pasajero como consecuencia de un accidente. Por otro lado, hay que tener en cuenta el Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas en el que, entre otras cosas, se introducen por primera vez en este ámbito criterios de responsabilidad objetiva por los daños ocasionados en la navegación.

¹¹⁸ CASTILLA CUBILLAS, M., *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, ob. cit., p. 447.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre.

¹²¹ CASTILLA CUBILLAS, M., *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, ob. cit., p. 448.

5. Responsabilidad por los daños debidos a la muerte o lesiones personales en el transporte aéreo de viajeros

Es evidente que en el régimen del transporte aéreo la cuestión fundamental es la responsabilidad del porteador y en el ordenamiento español está regulada tanto en la Ley de Navegación Aérea como en los Convenios internacionales¹²². Más concretamente, la Ley sobre la Navegación Aérea¹²³ (LNA), inspirándose en lo básico en el Convenio de Roma, ya estableció en 1960 el principio de responsabilidad limitada y garantizada de forma común para los viajeros y las personas o cosas que se encuentren en la superficie ante los daños sufridos por estos en caso de accidente aéreo¹²⁴.

Es la citada ley la que, con carácter especial respecto a lo establecido en el Código civil, regula la responsabilidad del transportista aéreo en caso de accidente. Concretamente, dentro de la evolución experimentada por la responsabilidad extracontractual, «se considera que en determinados ámbitos del actuar humano, tales como en materia de navegación aérea o energía nuclear, se llega a prescindir del elemento de la culpa, apreciándose responsabilidad reparadora del perjuicio con la sola constancia del daño causado por el ejercicio de tales actividades, que se denomina responsabilidad objetiva»¹²⁵.

La LNA citada, en su capítulo XIII, bajo la rúbrica «De la responsabilidad en caso de accidente» (en los artículos 116 a 125), trata de forma conjunta la responsabilidad derivada del contrato de transporte aéreo y la de carácter extracontractual. Más concretamente, dentro del citado capítulo, el art. 120 LNA recoge el fundamento de esta responsabilidad de carácter obje-

¹²² El régimen contenido en las citadas normas responde a tres principios esenciales: responsabilidad objetiva, limitada e inderogable; véase URÍA, R. Y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, Tomo II, Madrid, 2001, p. 1414.

¹²³ Ley 48/1960, de 21 de julio. En el art. 5 de la citada ley dice que regula «la navegación aérea nacional».

¹²⁴ El Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, ha actualizado la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea. En la Exposición de Motivos del citado Real Decreto se dice que se ha considerado necesario establecer la aplicación de las indemnizaciones recogidas en el art. 1 de este Real Decreto, a los alumnos pilotos, a los ocupantes de vuelos de iniciación o panorámicos que no constituyen transporte y a los ocupantes de aeronaves dedicadas a trabajos aéreos comerciales que no formen parte de la tripulación.

¹²⁵ Sobre el particular, BUSTOS MORENO, Y., *La responsabilidad civil en la navegación aérea. Los daños a terceros*, Madrid, 2003, p. 73. En relación con los daños ocasionados a los pasajeros, podemos citar el trabajo de QUINTANA CARLO, I., *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*, Salamanca, 1977; se trata de una monografía que sigue siendo un punto de referencia ineludible sobre la materia de la que trata. Ya en fechas más próximas, véase GUERRERO LEBRÓN, M.ª J., *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Valencia, 2005.

tivo para ambos supuestos y se expresa en los siguientes términos: «la razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia». Se declaran también indemnizables por la ley los daños que se causen a las personas o a las cosas que se encuentren en la superficie terrestre por acción de la aeronave, en vuelo o en tierra, o por cuanto de ella se desprenda o se arroje (cf. art. 119).

En definitiva en el ámbito interno se trata de una responsabilidad objetiva, es decir, aunque no haya incurrido en culpa el porteador, por todos los daños que se produzcan con ocasión de la navegación o viaje. En esta línea se manifiesta la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 12 de abril de 2000, donde se dice, entre otras cosas, que la responsabilidad contemplada en la citada ley «es de carácter objetivo como así se reconoce en el art. 120 al decir que la razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño [...]».

También hay que dejar constancia de que respecto a los daños ocasionados a terceros, el establecimiento de un régimen de responsabilidad no constituyó ninguna singularidad en comparación con el Convenio de Roma y con el sistema predominante en otros Códigos aeronáuticos, aunque sí respecto a la situación precedente en España, donde se aplicaba el régimen de responsabilidad extracontractual previsto por el Código.

Por otro lado, como se establece en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1990, el art. 120 de la LNA, así como también el art. 17 del Convenio de Varsovia, ambos preceptos sancionan, «aun aparte de la estricta responsabilidad objetiva, una responsabilidad por riesgo, fundada en la coacción social que impone la asunción de peligros por los perjudicados y que se desplaza sobre aquel que, aunque en forma lícita y permitida ha creado los riesgos; frente a los que el eventual perjudicado carece de estructuras o medios propios de defensa como ocurre, por ejemplo, en la navegación aérea en sus diversas facetas de operaciones en tierra o en el aire. La coacción que somete al particular a los riesgos creadores de responsabilidad para quien creó esos riesgos».

La tutela del interés de los pasajeros justifica que la legislación especial opte, bien por un sistema de responsabilidad objetiva, bien por un sistema de responsabilidad basado en la culpa presunta. En esta consideración influye la creación del riesgo y la dificultad técnica de conocer las verdaderas causas del siniestro, que agravan la capacidad de pruebas del perjudicado¹²⁶.

La citada responsabilidad se presenta limitada, como norma general, para el sujeto responsable; esta responsabilidad se hace ilimitada cuando

¹²⁶ URÍA, R., y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, ob. cit., pp. 1414-1415.

existe dolo o culpa grave del porteador o sus auxiliares según se establece en el art. 121 de la ley, donde se dispone lo siguiente: no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el transportista u operador responderá de sus propios actos y de los de sus empleados, y no podrán ampararse en los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión suya o de sus dependientes, en la que exista dolo o culpa grave. En el caso de los empleados habrá de probarse, además, que estos obraban en el ejercicio de sus funciones»¹²⁷.

Hay que tener en cuenta asimismo que el transporte combinado entre varias empresas de navegación aérea las constituye en responsables solidarias, y puede elegir el expedidor o destinatario para la reclamación correspondiente cualquiera de las que han tomado parte en el transporte (art. 110). Es evidente que se trata de un precepto de gran modernidad, pues supera la distinción entre porteador contratante y efectivo, y hace solidariamente responsables a todos los que de alguna manera han intervenido en la operación de transporte¹²⁸.

Finalmente, en el ámbito interno, habrá que tener en cuenta la normativa que protege los derechos de los consumidores y usuarios. La consideración del contrato de transporte –en sus distintas modalidades, terrestre, marítimo y aéreo– como un contrato de consumo y del pasajero como consumidor o usuario permite la aplicación de la actual normativa para la defensa de sus derechos y la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el porteador.

En el ámbito internacional son de aplicación las normas del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, ratificado por España en 1930 y modificado, entre otros, por el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955 y los Protocolos suscritos en Montreal el 25 de septiembre de 1975.

En primer lugar, en el Convenio de Varsovia, y por lo que respecta a la responsabilidad por los daños personales ocasionados al viajero, el art. 17 de este establece la responsabilidad del porteador por el daño ocasionado, entre otros, en caso de lesión corporal sufrida por cualquier viajero, cuando el accidente que ha causado el daño se haya producido a bordo de la aeronave o en el curso de todas las operaciones de embarque o desembarque. Sin embargo, no será responsable el porteador si prueba «que él y sus comisionados han tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas», según establece el art. 20.1 del citado Convenio. Además, si prueba «que la persona lesionada ha sido causante del daño o ha

¹²⁷ Sobre el particular, cf. la STS de 28 de mayo de 2007 en la que se declara que « la responsabilidad objetiva se combina con una responsabilidad por dolo o culpa grave, para la que no operan los límites establecidos en los artículos 117 y 120 LNA y que está recogida en el artículo 121 LNA»; cf., asimismo, la STS de 22 de septiembre de 2005.

¹²⁸ En este sentido se ha pronunciado la STS de 17 de diciembre de 1990.

contribuido al mismo, el Tribunal podrá, con arreglo a las disposiciones de su propia Ley, descargar o atenuar la responsabilidad del porteador», cf. art. 21. Por otro lado, en el artículo siguiente limita la responsabilidad del porteador, cf. art. 22.1. En definitiva, en el citado Convenio de Varsovia se establece una responsabilidad limitada y por culpa presunta.

En 1999 se firmó en Montreal¹²⁹ un nuevo convenio internacional sobre esta materia¹³⁰, en el que la Comunidad Europea fue parte contratante, entró en vigor en España el 28 de junio de 2004. Establece el citado Convenio en el art. 17.1 que «el transportista es responsable del daño causado en caso de muerte o de lesión corporal de un pasajero por la sola razón de que el accidente que causó la muerte o lesión se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque»¹³¹. Ahora bien, si la indemnización excede de 100.000 DEG¹³², el transportista no será responsable si prueba que aquel no se debió a la negligencia o a otra acción u omisión indebida del transportista o sus dependientes o agentes, o que el daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero, cf. art. 21.2 CM.

Por otro lado, el transportista podrá exonerarse total o parcialmente de responsabilidad si prueba que la negligencia u otra acción u omisión indebida del pasajero, de la persona que pide indemnización, o de otra persona de la que proviene su derecho, causó el daño o contribuyó a él, según se establece en el artículo 20 del citado Convenio.

¹²⁹ Uno de los grandes objetivos de la Comunidad Internacional en los últimos años ha sido el asegurar una cobertura adecuada a los usuarios del transporte aéreo en caso de accidentes con resultado de muerte o lesión.

¹³⁰ Del mismo modo, otro de los importantes objetivos de esta normativa es lograr que se dé una adecuada información al pasajero sobre los derechos que le asisten.

¹³¹ Como se puede comprobar en el precepto transcrito, no se hace mención alguna a los daños morales; debido a ello, su interpretación ha originado un importante debate acerca de si están o no incluidos en el precepto los daños morales que pueda sufrir el pasajero. Sobre el particular, GUERRERO LEBRÓN, M.^a J., *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, ob. cit., pp. 146-ss. y la bibliografía que cita la autora en torno al citado debate.

¹³² Derechos especiales de giro (del Fondo Monetario Internacional).

Los partidos monárquicos en Vizcaya durante la Segunda República

Javier Real Cuesta

Catedrático de Historia Contemporánea
Universidad de Deusto

Recibido: 03.04.09

Aceptado: 04.05.09

Resumen: Los liberales monárquicos vizcaínos, vinculados con la burguesía industrial, consiguieron controlar la representación política de la provincia durante el largo período de la Restauración gracias al uso de su poder económico e influencia social. Pero el desarrollo del nacionalismo, del socialismo, el aumento de la conflictividad social, la crisis del sistema de gobierno, condicionaron dicha hegemonía, y orientaron su ideología hacia posiciones antiliberales y autoritarias. La República acentuó y radicalizó dichas tendencias. En el presente artículo se pretende mostrar el proceso seguido, los condicionantes y los componentes: al principio, enarbolaron la bandera del catolicismo, pero luego añadieron otras como el antimarxismo, la crisis de autoridad, el rechazo de la democracia, el antiseparatismo, hasta desembocar finalmente en posiciones antiliberales extremas, sin posibilidad alguna de acuerdo o consenso con otras opciones políticas.

Palabras clave: partidos políticos, monárquicos, II República, Vizcaya, anti-liberalismo.

Abstract: *The liberal monarchical movement of Vizcaya, together with the industrial bourgeoisie, achieved the control of political representation in the Vizcaya Province. This was possible, thanks to the use they made of the social influence and the economic power they held during the long period of the «Restauración» of the Spanish monarchy. However, the development of nationalism, socialism, the increase of social unrest and the crisis in the system of government, influenced their hegemony and oriented their ideology towards anti-liberal and authoritarian positions. In addition, the arrival of the Republic radicalized this tendency. The following article attempts to explain what this process was like, its determining factors and its components. At the beginning, they present themselves as the defenders of the Catholic Church. However, in time, they embraced other views such as the anti-Marxist, anti-separatist attitudes, the authoritarian crisis and the rejection of democracy. These resulted in extreme anti-liberal positions, which offered no possibility of agreement and consensus with the other political parties.*

Key words: *political parties, monarchists, II República, Vizcaya, anti-liberalism.*

Sumario: INTRODUCCIÓN.—I. ANTES DE LA REPÚBLICA: CARACTERES Y EVOLUCIÓN DEL MONARQUISMO LIBERAL. 1. Hacia una Nueva Derecha en España. 2. El camino hacia el autoritarismo y el antinacionalismo en Vizcaya. 3. El monarquismo destruido.—

II. LA REPÚBLICA. 1. Las elecciones de Abril de 1931. 2. Catolicismo y neotradicionalismo, primeras señas de identidad ante la República. 3. La incorporación del antiseparatismo al ideario de la derecha. 4. Un sector de centro en el seno de la derecha. 4.1. Derecha Vasca Autónoma.— CONCLUSIONES.

Introducción

En España la situación de las derechas durante la Segunda República ha sido objeto de numerosos trabajos de manera que nuestro conocimiento sobre ellas es hoy excelente. En especial los estudios de Julio Gil y Pedro Carlos González Cuevas analizan minuciosamente la evolución, ideología, organización, componentes y estrategias de las distintas corrientes que se manifestaron en su seno. Resulta destacable en ellos la atención con la que han estudiado la cuestión que nos parece mas relevante, esto es, el proceso de transformación desde una derecha liberal que operaba en el marco político de la Restauración, una democracia liberal y burguesa a pesar de sus muchas deficiencias, hasta una derecha autoritaria y antiliberal. Se trató por supuesto de un cambio común, muy parecido al que siguió en otros países de Europa. No incluyen en ellos al tradicionalismo, un sector de la derecha que no tuvo que realizar cambio alguno en sus posiciones antiliberales iniciales¹.

En el ámbito del País Vasco, por el contrario, nuestro conocimiento de este sector político es muy limitado por razones comprensibles. De una parte, la fuerza y el papel central que desempeñó el nacionalismo, y que también ahora tiene, han atraído el interés de los historiadores hacia él, muy superior al manifestado hacia otros partidos, tanto de la derecha como de la izquierda². Por otro lado, las fuentes han condicionado también los estudios, pues mien-

¹ GIL PECHARROMÁN, Julio: *Sobre España inmortal, solo Dios. Jose M.^a Albiñana y el Partido Nacionalista Español (1930-1937)*. UNED, Madrid, 2000. *Conservadores subversivos: la derecha autoritaria alfonsina (1913-1936)*. Eudema. Madrid, 1994. *Renovación Española. Una alternativa monárquica a la Segunda República* Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1985.

GONZÁLEZ CUEVAS, Pedro Carlos: *Acción Española: Teología política y nacionalismo autoritario en España*. Tecnos. Madrid, 1998. *Perfil ideológico de la derecha española: (Teología política y orden social en la España Contemporánea)*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 1993.

² GRANJA, José Luis: *Nacionalismo y II República en el País Vasco*. CIS, Madrid, 1986. Este autor ha publicado después gran cantidad de artículos. También en Álava, PABLO, Santiago de: *El nacionalismo vasco en Álava (1907-1936)*. Idatz Ekintza, Bilbao, 1988. PABLO Santiago de; MEES, Ludger: *El péndulo patriótico: historia del PNV (1885-2005)*. Crítica, Barcelona, 2005.

tras son numerosas sobre el nacionalismo, la penuria es evidente en el caso de la derecha, al no disponer de organizaciones estables y continuadas.

Así se explica que solo dispongamos de un único trabajo sobre esta durante la Segunda República. Pero resulta genérico y global, sin modulación temporal, seguramente por las razones apuntadas³. No obstante, conocemos mejor la situación de este sector en los años anteriores, entre 1917 y 1931, gracias al estudio de Arana Pérez⁴.

Tenemos el propósito de realizar un estudio mas amplio y con fuentes mas precisas sobre el monarquismo en Vizcaya durante este período, pero en el presente artículo pretendemos analizar el proceso de definición ideológica, un discurso sometido a cambios, modulado por los acontecimientos, diferente de sus correligionarios de otras regiones o de Madrid, e influido sobre todo por la presencia del nacionalismo, un movimiento que compitió por la hegemonía en el seno la derecha. Utilizamos para ello *El Pueblo Vasco*, algo mas que un periódico pues no solo informaba, acogía las opiniones, etc., sino que, ante la inexistencia de organizaciones estables, se constituía en representante en todos los aspectos, impulsando la organización y marcando la línea política e ideológica. A pesar de su vinculación a la corriente mas radical, nunca dejó de estar abierto y atento a las demás. Sus informaciones acerca de la política del Gobierno era minuciosa y en sus páginas tuvieron acogida los principales dirigentes e intelectuales de la derecha española: Salaverría, Basterra, Adán, Maeztu, Calvo Sotelo, Gil Robles, Sánchez Mazas, Balparda, sin contar con los adscritos al catolicismo y el tradicionalismo como Bilbao, Pradera, etc. Una influencia que sobrepasaba el marco local⁵.

I. Antes de la República: caracteres y evolución del monarquismo liberal

1. *Hacia una Nueva Derecha en España*

La derecha autoritaria alfonsina, una de las corrientes mas activas y beligerantes de la Segunda República española, representa la culminación de un proceso de transformación ideológica iniciado a comienzos del siglo y desarrollado sin interrupción en las décadas siguientes. Del liberalismo conservador, representado por partidos dinásticos que actúan durante el régimen de la Restauración, al autoritarismo, el tradicionalismo y, en definitiva, el anti-

³ PLATA PARGA, Gabriel: *La derecha vasca y la crisis de la democracia española, 1931-1936*. Diputación Foral de Vizcaya. Bilbao, 1991. A pesar del título, el estudio se refiere solo a Vizcaya.

⁴ ARANA PÉREZ, Ignacio de Loyola: *El monarquismo en Vizcaya durante la crisis del reinado de Alfonso XIII, 1917-1931*. Eunsa, Pamplona, 1982.

⁵ Sobre *El Pueblo Vasco*, ver PABLO, Santiago de: *La prensa vasca durante la Segunda República*. Eunsa, Pamplona, 1992 y PLATA PARGA, Gabriel: *op. cit.*

liberalismo; de la derecha decimonónica a la Nueva Derecha. Los trabajos de González Cuevas y Julio Gil ya señalados explican esta transformación incluyéndola además dentro de un proceso general que afecta a toda la derecha liberal europea. «En el caso español –señala Gil–, la Nueva Derecha española nació en torno a los años de la Gran Guerra, con una o dos décadas de retraso con respecto a sus homónimas europeas, lo que explica su debilidad orgánica y lo tardío de la concreción de su corpus doctrinal...»⁶.

El primer eslabón del cambio fue el Partido Maurista que, al someter a revisión profunda los valores liberales del conservadurismo a favor del autoritarismo, constituirá el «grupo principal de la Nueva Derecha española», y su rama juvenil, «el primer eslabón de la derecha autoritaria alfonsina». Los sucesos de 1917 acelerarían esta tendencia no solo en el seno del maurismo sino, en la opinión de otros sectores liberal-conservadores, al tomar conciencia de que el auge del sindicalismo y grupos revolucionarios exigían soluciones autoritarias, de fuerza, para mantener el orden social y político. En 1923 era evidente el fracaso del discurso y la práctica política mantenidos por los partidos dinásticos liberales tradicionales para hacer frente a estos retos⁷.

La Dictadura fue un nuevo paso en el refuerzo de las tendencias autoritarias. Ante los síntomas de agotamiento del régimen, muchos pensaron que era necesario un Estado de nuevo cuño para afrontar los cambios sociales y políticos. La creación de la Unión Patriótica durante la Dictadura aceleró el rearme ideológico de la derecha aportando a su acervo doctrinal tanto el pensamiento tradicional hispano como el de la derecha moderna autoritaria europea: democracia orgánica, Estado corporativo, nacionalismo, religión, orden, familia y autoridad⁸.

2. El camino hacia el autoritarismo y el antinacionalismo en Vizcaya

En el País Vasco, la vida política durante el período de la Restauración discurre por cauces diferentes del resto de España por la existencia de un sistema de partidos propio. Tradicionalismo y liberalismo habían sido dos ideas-fuerza sobre las cuales se articularon las distintas corrientes políticas desde antes incluso de 1876, constituyendo dos bloques enfrentados. El carlismo, el catolicismo integrista y otros grupos antiliberales eran fuerzas poderosas que contaban con importantes apoyos en la sociedad vasca; enfrente, los principios liberales constituían la base esencial de identidad de

⁶ GIL, Julio: *Conservadores subversivos...*, Eudema. Madrid, 1994. p. 5.

⁷ La inestabilidad de los Gobiernos, el fraccionamiento de los partidos, las huelgas, disturbios sociales, movimientos en el ejército, etc., caracterizaron estos años como de agotamiento del régimen. Ver FONTANA, Joseph; VILLARES. Ramón: *La época del liberalismo*, en *H.ª de España*. Crítica, Barcelona, 2008.

⁸ Ver GIL, Julio: *Conservadores...* p. 49 y ss.

los partidos dinásticos, republicanos y socialistas. No obstante, no se trataba solo de principios sino también de símbolos, sentimientos y emociones personales contruidos en torno a una guerra civil cuyas heridas siguieron estando presentes. En una fecha tan lejana como 1913, así lo reconocía el conde de Romanones: «Vuestro liberalismo está forjado a base de engaños, está aquilatado por las contrariedades y los sacrificios; por eso es aún mas fuerte que el nuestro; en muchos de vosotros su partida de bautismo está escrita con sangre (...). El liberalismo tiene aquí raíces profundas y seculares»⁹. Hasta 1907 fueron estas las pautas a las que se ajustó la vida política local.

Desde 1903, el desarrollo del nacionalismo por un lado, una corriente ajena a estas ideas-fuerza, y del socialismo por otro, modificó las bases referidas y se realizaron entonces distintos ensayos encaminados a la formación de bloques de poder sobre nuevas bases. Así, entre 1903 y 1907, la defensa de la Religión, fue la base sobre la que se articuló un bloque «católico» compuesto por carlistas, integristas, nacionalistas y algunos individuos procedentes del campo liberal-conservador, frente a otro liberal-democrático. Precisamente durante la República esta alianza sería recordada para justificar el acercamiento de los dinásticos a los tradicionalistas. Pero fue a partir de 1909 cuando el cambio tuvo mayor duración y en este caso no fue el liberalismo ni la religión sino la cuestión social la idea en torno a la cual se articularon las distintas fuerzas políticas a fin de formar los respectivos bloques. A un lado los defensores del orden, la religión y la sociedad, y al otro los revolucionarios. «Nuestros enemigos –decía en 1911 el dirigente conservador Jose María Ibarra–, son los republicanos y socialistas»¹⁰. Derecha e izquierda constituirían desde entonces una nueva bipolaridad. El bloque de izquierdas quedaría conformado por republicanos y socialistas junto a dinásticos avanzados. En el bloque de derechas se ubicaban los carlistas, católicos, nacionalistas y los conservadores monárquicos. Y también durante la República muchos recordaron con nostalgia estas coaliciones¹¹.

Desde 1917 las ideas-fuerza derecha-izquierda fueron sustituidas por la cuestión nacionalista, de manera que nacionalismo-antinacionalismo constituirán los ejes de una nueva dinámica bipolar. Españolismo frente a nacionalismo. En consecuencia, cambian las alianzas. Dinásticos, socialistas y, en menor medida, republicanos configuraron el bloque antinacionalista frente a nacionalistas y algunos sectores carlistas y católicos. Aludimos a estos precedentes para hacer ver cómo los liberales dinásticos habían pasado por cir-

⁹ «Discurso». *La Voz de Guipúzcoa*, 23 de septiembre de 1913.

¹⁰ YBARRA, Javier: *Política nacional en Vizcaya*, IEP, Madrid, 1947, p. 377.

¹¹ REAL CUESTA, Javier: *Partidos, elecciones y bloques de poder en el País Vasco. 1876-1923*. Universidad de Deusto. Bilbao, 1991. Cap. 1.º. Debemos resaltar que, especialmente en el campo de la derecha, las uniones fueron siempre electorales, precarias e incompletas por la dificultad de integrar a los nacionalistas.

cunstances muy distintas, lo que les obligó a adoptar discursos diferentes: anticarlismo primero, seguido de catolicismo, autoritarismo y antinacionalismo.

Los partidos dinásticos liberales estuvieron escasamente organizados durante este período. Estaban representados por grupos o individuos pertenecientes a la oligarquía e interesados en obtener el poder en los órganos locales, ayuntamientos y, sobre todo, la diputación, a fin de defender sus intereses económicos. Su presencia solo era visible en las elecciones, a las cuales concurrían utilizando su influencia social y capacidad económica. Desde 1897 la famosa «Piña», constituida por individuos de este grupo, concurre a las elecciones hasta la segunda década del siglo xx, utilizando hábilmente los resortes caciquiles. No necesitaban disponer de organización alguna estable. A partir de 1907 sin embargo, ante el declive de la Piña, algunos grupos intentaron reorganizar esta corriente sobre nuevas bases: así, Fernando María Ybarra fundaba en 1909 el Partido Conservador, mientras que otros elementos dinásticos mas avanzados constituían el Partido Liberal. En 1914 el Partido Conservador se declaró maurista. En realidad estos cambios fueron mas bien formales pues, a pesar de algunos intentos de los mauristas por constituirse como un partido de masas, lo cierto es que parecen una continuación de la Piña: partidos de notables que actuaban dentro del sistema clientelar tradicional, suficientes para controlar las instituciones representativas: ayuntamientos, diputaciones, y representación al Congreso.

Los éxitos electorales y políticos del nacionalismo a partir de 1917 rompieron esta hegemonía obligándoles a unirse y organizarse para combatirlo. El instrumento en este caso fue la Liga Monárquica (7-1-1919) y la bandera, el españolismo. Como antes, la Liga nacía como un partido de notables, no de masas, vinculado a los grandes industriales y decidido a utilizar toda su influencia y dinero para derrotar al nacionalismo separatista. El éxito acompañaría sus esfuerzos consiguiendo restablecer su hegemonía política en la provincia.

3. *El monarquismo destruido*

La Dictadura aseguró el orden social y político pero destruyó las bases sobre las que los dinásticos habían mantenido tantos años el control político en la provincia¹²:

1. La disolución de los ayuntamientos y su sustitución por otros sobre nuevas bases, la suspensión de las diputaciones y el nombramiento de personas adictas al nuevo régimen, de delegados gubernativos, la implantación de medidas en el ámbito de la organización judicial, y

¹² ARANA PÉREZ, Ignacio de Loyola: *op. cit.* En esta obra se analiza ampliamente todo lo referente al impacto de la Dictadura en Vizcaya.

- otras de índoles administrativa, arrancaron las bases caciquiles y clientelares tradicionales de estos grupos.
2. Además, quedaron divididos respecto de la colaboración con la Dictadura pues, aun cuando unos colaboraron de forma entusiasta, otros lo hicieron con recelo y algunos fueron contrarios, como ocurrió en los casos de Balparda y Orueta (en general, el sector más avanzado de los liberales dinásticos).
 3. Las organizaciones monárquicas, Liga Monárquica, partido maurista, Juventud, no se disolvieron, pero quedaron vacíos de contenido y actividad al quedar subordinadas a la organización partidista impulsada por la Dictadura, Unión Patriótica.
 4. Pero lo más grave fue el vaciamiento ideológico que provocó el apolitismo del régimen, la falta de soporte ideológico. La UP quedó convertida en una agrupación sin ideología a la que, como instrumento de la Dictadura, debían pertenecer todos aquellos que desempeñasen cargos relacionados con la Administración. En ningún caso conseguiría unir a todos los monárquicos. El proyecto de Constitución fue «... una mezcla híbrida de liberalismo y corporativismo, con ciertas gotas de tradicionalismo»¹³. Fruto de la transacción entre las diversas ideologías conservadoras y autoritarias, el resultado no convenció a nadie. En definitiva, la Dictadura destruyó las bases de la vieja política sobre las que se asentaba la hegemonía de los liberal-dinásticos sin lograr sustituirlas por otras. José Félix de Lequerica entonces, y Areilza después, expresaron su amargura porque la Dictadura había destruido lo anterior sin conseguir imponer otro orden que le permitiera sucederse. Abogaron entonces, especialmente el primero, por construir un nuevo orden sobre la base de la autoridad, un nuevo Estado de corte autoritario, dentro de la Monarquía, como única fórmula para mantener los valores y la sociedad de la Restauración¹⁴. Lequerica expresaba el sentir de un grupo de intelectuales monárquicos como Basterra, Salaverría, Joaquín Adán, Zuazagoitia, Sánchez Mazas y otros que, aunque de procedencia liberal, habían ido situándose en posiciones autoritarias y antiliberales.

La caída de la Dictadura cogió en Vizcaya a estos elementos divididos, desorganizados, inhibidos y sin posibilidad de utilizar los resortes del poder. La vieja Liga Monárquica, la Juventud y el Círculo Maurista se mantenían vigentes, pero su actividad era nula, solo formal y sin un contenido ideológico claro. Lo primero que hicieron ante los acontecimientos de 1930 fue

¹³ En ARANA PÉREZ, Ignacio de Loyola: *Ibidem*. p. 109, nota 232.

¹⁴ LEQUERICA, José Félix de: *Soldados y políticos*. Voluntad, Madrid, 1929. También PLATA PARGA, G. *op. cit.*, hace un estudio de sus posiciones doctrinales, p. 30 y ss.

mirar a las distintas corrientes que dentro de la derecha se manifestaban en esos momentos en España, buscando en ellos las pautas de conducta: a comienzos de año, ante la orfandad en la que quedaron, solo el Partido Maurista y la Liga regionalista parecían tener la capacidad para unirlos. En diciembre de 1930, los regionalistas publicaron un programa político consensuado con los mauristas, Cambó y Gabriel Maura, destinado a servir como carta fundacional de una federación de grupos centristas: **Centro Constitucional** se denominó.

Esta operación fue vista con esperanza por algunos sectores del monarquismo vizcaíno. Y así, mientras la Liga Monárquica se mantuvo en silencio, el 15 de marzo de 1931 el Círculo Maurista de Bilbao acordó adherirse al Centro¹⁵. Pero esta opción tuvo poco recorrido, pues seis semanas después de la fundación, la proclamación de la República representó su muerte. Como señala Gil, la posición centrista, liberal, reformista y constitucional que ambos quisieron dar al nuevo partido no era una opción válida para unir la derecha española, compuesta por grupos y corrientes radicalizadas y ajenas a esta orientación¹⁶.

Otra opción partió de personalidades pertenecientes a la extinta Unión Patriótica: el 24 de marzo quedó constituida en Madrid la Unión Monárquica Nacional y a primeros de abril publicó un Manifiesto. Defendía la obra de la Dictadura pero, por lo demás, manifestaba posiciones moderadas y constitucionales, a pesar de lo cual no fue bien recibida por la derecha conservadora a la vista de las personalidades que la integraban: E. Bilbao, Marcelino Oreja, Joaquín Bau, Maeztu, Gay, Quintanar, Delgado Barreto y otros procedentes del tradicionalismo o el primorriverismo más radical. También los círculos católicos próximos la acogieron con recelo¹⁷.

Respecto de esta segunda opción no parece que ninguna de las organizaciones existentes en Vizcaya se sumara a ella. Al parecer se constituyó una Junta Provincial nueva, lo cual resulta sorprendente dada la proximidad ideológica de los elementos que en esos momentos dirigían Juventud y la Liga (Lequerica, Areilza, Zubiría, etc.). Lo cierto es que eran movimientos de escaso alcance, ante los cuales *El Pueblo Vasco* aconsejaría cautela y paciencia¹⁸.

Una tercera opción la representaron distintos grupos muy radicalizados pero con mínima implantación y audiencia. El primero fue Juventud Monárquica, integrada por grupos locales autónomos de jóvenes procedentes de la

¹⁵ PV, 16-III-1931. «Asamblea del Círculo Maurista».

¹⁶ Gil, Julio: *Conservadores...*, p. 70.

¹⁷ *Ibidem*, p. 95.

¹⁸ VG, 11-V-1931, «Comentarios». Dos días antes UMN de Vizcaya había aconsejado a sus afiliados serenidad «pues estamos a la espera de que las derechas españolas se organicen». PV, 9-11-1931, «A nuestros amigos».

aristocracia y la burguesía. Más activos y radicales en defensa de la Monarquía¹⁹, esta opción tendría mayor efecto en el monarquismo vizcaíno pues un grupo de jóvenes, hijos de los más caracterizados y antiguos monárquicos encuadrados en la Liga, reconstruyeron la antigua Juventud Monárquica de Bilbao. Pero, tras unos meses, la organización dejó de funcionar²⁰.

Finalmente habría que contar los sectores conservadores incorporados al Gobierno Berenguer, de los cuales desconocemos los existentes en Bilbao pues no estaban organizados.

II. LA REPÚBLICA

1. *Las elecciones de abril de 1931*

De modo que, a la vista de las elecciones municipales del 12 de abril, los distintos grupos monárquicos siguieron desorganizados, desorientados y divididos. Sin embargo, el realismo acabaría imponiéndose en las elecciones municipales, ya que en vísperas de los comicios pudieron acordar una coalición compuesta por la UMN, Liga Monárquica, Centro Constitucional y Tradicionalistas, «Candidatura de Concentración Monárquica y de Derechas»²¹, no sin que en ciertos municipios concurrieran divididos (Bermeo). La candidatura no consiguió reagrupar a todos los sectores católicos y de derechas: los nacionalistas y una rama de los tradicionalistas, los jaimistas, presentaron candidaturas propias, mientras que los grupos católicos, a pesar de sus llamamientos a favor de la unidad, se vieron obligados a dispersar el voto entre todas ellas²². Esta dispersión será una constante durante los años siguientes y provocará, además, el retraimiento político y electoral de muchos electores.

CAMPAÑA ELECTORAL Y RESULTADOS

El desánimo por la división es perceptible tanto por la escasa actividad de propaganda, un único mitin en Bilbao el 9 de abril, como por los temas que centraron la campaña. La religión y el orden, la familia, la propiedad; el orden social y la civilización cristiana frente al caos y la «extirpación de la fe religiosa»; la antirrevolución, en definitiva, contra la Revolución. Cuestiones como se ve, generales; nada de alusiones al nacionalismo o separatismo, al parlamentarismo, ni tan siquiera al peligro que afectaba a la Monarquía en

¹⁹ VEGAS LATAPIE, Eugenio: *Memorias políticas: el suicidio de la Monarquía y la Segunda República*. Planeta. Barcelona, 1983, p. 5.

²⁰ PLATA, p. 70 y ss.

²¹ Se constituyó el 29 de marzo. PV, 29-III-1931. El Manifiesto lo publica y analiza ARANA, Ignacio de Loyola: *Op. cit.* p. 146.

²² PV, 26-III-1931 a 13-IV-1931.

el caso de resultados contrarios. Se trataba, por tanto, de principios católicos, conservadores, pero genéricos y comunes, capaces de unir a todo el electorado de derechas y católico.

Los resultados obtenidos en Vizcaya podemos resumirlos en los siguientes aspectos²³:

1. En los municipios menores de 6.000 habitantes, los dinásticos mantuvieron la hegemonía al conseguir el 40% de los concejales. El PNV, el 26%.
2. En Bilbao, al frente siempre de su Ayuntamiento durante la Dictadura, obtuvieron 3 de los 46 concejales (19,2% de los votantes); por el contrario, el PNV obtendría el 27,6% y 14 concejales. El Bloque antimonárquico, 49,3% de los votos y 29 concejales.

¿Cómo valorar estos resultados? En el área rural ponen de manifiesto la pervivencia de las redes tradicionales caciquiles controladas por los monárquicos. En cuanto a Bilbao, sin duda la valoración en términos generales es negativa para aquellos, pero conviene matizarlo mejor. Si analizamos los resultados de las elecciones generales, provinciales y locales durante el período 1903-1923 comprobamos que las fuerzas de centro-izquierda e izquierda eran mayoritarias²⁴. De modo que la victoria del Bloque antimonárquico era previsible, incluso podemos decir que el número de votos fue inferior a los que obtuvo en las elecciones celebradas esos años (sobrepasaron el 50%). Por otro lado, tampoco cabe la sorpresa por los resultados del PNV, pues ya había conseguido porcentajes superiores al 20% en dichas elecciones. En realidad, el sistema electoral de mayorías²⁵ fue lo que condicionó la repartición de los concejales: 29 el Bloque, 14 el PNV y 3 monárquicos (en la elección parcial de 31 de mayo los primeros aumentarían a 31). Mas asombroso fue lo ocurrido en Guecho, municipio en el que vivían muchas de las personalidades más significadas de la corriente monárquica, donde obtuvieron solo 3 de los 21 totales, mientras que el PNV logró ¡15! (sobre 19 totales) (debieron existir razones específicas). En el resto de municipios de la margen izquierda también obtuvieron resultados limitados, pero no tanto como en Guecho. Si estas elecciones locales eliminaron su influencia en la capital, más grave fue para ellos la suspensión de las Diputaciones provinciales el 21 de abril y su sustitución por unas Comisiones Gestoras, un

²³ GRANJA, José Luis: *El nacionalismo...* pp. 105-126.

²⁴ Ver REAL, Javier: *Elecciones ...* pp. 174 y 175. Resulta difícil analizar los resultados por la diversidad de coaliciones y condiciones que se formaron, pero la tendencia es la que apuntamos.

²⁵ El Bloque obtuvo mayoría en 9 de los 10 distritos. El sistema electoral venía regulado por la Ley 8-VIII-1907. Estaba basada en distritos plurinominales con mayorías corregidas. Art. 21.

cambio que el Gobierno realizó con carácter provisional, pero que se mantendría vigente durante toda la República²⁶. Fue una medida cuya importancia no ha sido resaltada suficientemente por la bibliografía actual, pero que el Gobierno sí tuvo clara desde el principio: eliminar una institución dotada de un poder muy superior a las del resto de España, controlada por los dinásticos y desde la cual habían ejercido su influencia en la Restauración tanto en el plano provincial como nacional.

Si a ello añadimos el desencanto por el apoyo de una parte del electorado católico y de derechas al PNV, así como los acontecimientos de carácter general que el triunfo de las fuerzas favorables a la República desencadenaron, proclamación de la República, caída de la Monarquía, podemos comprender el desánimo, el desconcierto, la desorganización tan profunda, la orfandad en la que estuvieron sumidos durante mucho tiempo. Era urgente encontrar un nuevo discurso capaz de reagrupar la opinión de las derechas ante los cambios que iban produciéndose con rapidez en estos meses, algo realmente difícil cuando había otras corrientes poderosas como los católicos independientes y los nacionalistas con mayor capacidad de atracción.

2. *Catolicismo y neotradicionalismo, primeras señas de identidad ante la República*

Desde el punto de vista organizativo, al igual que en Madrid, aquí también se produjo la desbandada de la que tan amargamente hablarían después. La Liga Monárquica, aunque vigente, quedó desaparecida; el Círculo Maurista, después de la desaparición del Centro, se disuelve y, para facilitar la reunificación de las fuerzas monárquicas, aconseja a sus afiliados incorporarse a Juventud Monárquica (JM); finalmente, una «Junta provincial» de la UMN publica un comunicado que sugiere serenidad a sus militantes a la espera de que las derechas españolas se organizaran²⁷.

La orfandad ideológica de los alfonsinos, su desorganización, otorgaron a la prensa afín un importante papel como orientadora de la opinión adicta. *El Pueblo Vasco*, órgano del conservadurismo desde 1910, del maurismo después y defensor de la Dictadura, asumiría durante la República el papel de analista político, aglutinante y guía ideológico de los núcleos conservadores y españolistas de Vizcaya, sus propietarios fueron los hermanos Gabriel M.^a y Fernando de Ybarra, miembros de una familia perteneciente a la más

²⁶ Para todo lo relacionado con el Estatuto, ver GRANJA, pp. 277-307.

²⁷ «Algunos correligionarios se nos han acercado para pedirnos orientación y consejo en estos momentos de incertidumbre. Esta determinación es bien explicable después del mes transcurrido desde las elecciones municipales, y si no hemos señalado la del partido es porque para estas fechas esperábamos que hubieran salido de esta situación expectante las derechas españolas y definido su actitud para atemperar el nuestro...», PV, 9-V-1931, «Comentarios del día».

genuina oligarquía vizcaína). Aunque mantuvo inalterable su apoyo a la Monarquía desterrada, nunca cejó en el propósito de aglutinar todas las corrientes de la derecha, desde las más intransigentes con la República como el tradicionalismo, hasta las accidentalistas representadas por la CEDA, sin olvidar el catolicismo independiente. Pronto se convirtió en uno de los principales referentes ideológicos, acogiendo a la mayoría de propagandistas, escritores e intelectuales de la derecha española.

Tras el 12 de abril, el periódico, angustiado por los sucesos de estos días, reafirma su apoyo a la Monarquía: «Nosotros en nuestro puesto...»²⁸, al tiempo que manifiesta la aceptación del régimen, «siempre que la República muestre cordura», el rechazo de la violencia y el propósito de trabajar dentro de la legalidad de manera activa, frente a algunas voces que se inclinaban por la abstención²⁹. Igualmente se identifica con Rafael Aizpún, navarro que después militaría en la CEDA, en la necesidad de no de conspirar, sino de hacer política³⁰. Finalmente, se adhiere a la presentación de Acción Nacional, en cuyo acto rechazan expresamente la utilización de la fuerza y defienden el uso de la legalidad constitucional o republicana³¹.

Pero los acontecimientos que se producen hasta finales de año provocan una radicalización en sus posiciones ideológicas y políticas. La política del Gobierno, los cambios en el ejército, en la instrucción pública, en economía, el nombramiento de las Gestoras, etc., suscitan editoriales o comentarios de protesta y perplejidad³². Pero es sin duda la política religiosa la que provoca las reacciones más airadas y amargas, una cuestión que, como se ha señalado reiteradamente, es indudable que exacerbó los sentimientos de los católicos en general y de los monárquicos en particular. «Nos acongoja, nos produce una inmensa amargura», señala *El Pueblo Vasco* al conocer la separación Iglesia-Estado en el proyecto de Constitución³³.

²⁸ PV, 18-IV-1931, «Nosotros en nuestro puesto».

²⁹ PV, 24-V-1931, «Comentarios». Ante un artículo de Juan Pujol favorable al abstencionismo de la derecha, PV se manifiesta a favor de la intervención en la lucha electoral y la defensa de sus principios dentro de la legalidad. «Discrepando de nuestro ilustre colaborador, nosotros somos enemigos de la abstención y propugnamos por una entusiasta intervención de las derechas en la lucha electoral y en defensa de sus principios, siempre dentro de la más escrupulosa legalidad».

³⁰ PV, 29-IV-1931, «Propósitos monárquicos».

³¹ PV, 3-VI-1931, «Primer mitin de Acción Nacional».

³² PV, 10-V-1931, «En plena e insolente dictadura» denuncia los atropellos del Gobierno en el ejército, instrucción, economía y otras materias. PV, 23-V-1931: «Nuestro voto en contra» por el decreto que establece la libertad de cultos.

³³ PV, 14-X-1931, «Contra la descatoización de España»: «La separación de la Iglesia y del Estado, si como católicos nos acongoja, no deja de producirnos como españoles honda amargura (...), esta medida va contra la tradición interrumpe el curso de la historia...».

Al mismo tiempo, en el ámbito local los acontecimientos los colocaron en una posición subordinada y marginal. El proyecto de Estatuto impulsado por nacionalistas y tradicionalistas³⁴ consiguió unificar las fuerzas católicas y de la práctica totalidad de la derecha, pero los monárquicos se limitaron a sumarse a este sin participar activamente: «Es la manifestación de la voluntad de la mayoría de un país, y es sobre todo, por donde en estos momentos marchamos todos los vascos de la derecha...».³⁵ Durante los meses de mayo y junio son muy escasas las referencias del periódico acerca del proceso estatutario y se limita a resaltar tan solo «el catolicismo que impregna el Estatuto»³⁶. Fue seguramente un apoyo obligado por la incorporación de los tradicionalistas³⁷. Igual sucede con las elecciones constituyentes de junio, en las cuales la única organización subsistente que se manifestó en el campo monárquico, JM, dió su apoyo a la candidatura pro-Estatuto pero no realizó campaña alguna de propaganda³⁸. Igualmente mantienen un discreto silencio sobre la actitud y posiciones del PNV. En definitiva, durante todo el año 1931, los monárquicos vizcaínos continuaron desorganizados³⁹, retraídos⁴⁰ y desconcertados, y quedan al margen de un movimiento político de tanto calado en el País Vasco como fue el Estatuto de Estella.

La aprobación de la Constitución en diciembre y las vicisitudes del proceso estatutario (fracaso del Estatuto de Estella y puesta en marcha de un nuevo Estatuto a cargo de las Gestoras) les permitió definir mejor su discurso ideológico y adoptar una táctica más definida. A partir de este momento, *El Pueblo Vasco*, al tiempo que promueve la reorganización, opta ya por una orientación ideológica y táctica más definida cuyo contenido fue señalado por Ramón Sierra, Presidente de JM, quien pronunció un discurso en el Círculo Tradicionalista de Bilbao el 27 de diciembre: se trata de un discurso en el que resume las líneas futuras de actuación de la derecha⁴¹.

³⁴ BEOBIDE, Ignacio M.^a: «Prieto y la autonomía vasca: un problema de Estado». *Estudios de Deusto*. Vol. XXX (enero-junio). Bilbao, 1982. pp. 9-70. «El Estatuto de la Libertad». *Estudios de Deusto*. Vol. XXIX. Bilbao, 1981. GRANJA, *op.cit.* pp. 373-397.

³⁵ PV, 26-IX-1931, «Comentarios del día».

³⁶ PV, 28-IX-1931, «Comentarios del día».

³⁷ Lo cierto es que, como indicamos, el Estatuto de Estella no fue objeto de análisis por los dirigentes o ideólogos monárquicos, quizás porque se hizo al margen de ellos y porque recelaban de su posible instrumentación por los nacionalistas.

³⁸ JM recomienda esta candidatura, PV, 25-VI-1931.

³⁹ PLATA, G.: *La derecha...*, pp. 70-74. Solo Juventud Monárquica aglutinaba un escaso número de jóvenes pertenecientes a la oligarquía tradicional, entre los que destacan Jose M.^a Areilza, el marqués de Mudela, Castiella, Zubiría y otros.

⁴⁰ GONZÁLEZ CUEVAS, Juan P.: *Acción Española...*, p.148 y ss. Como ejemplo de ese retraimiento me parece significativo señalar el hecho de que solo figure un vizcaíno en los comienzos de Acción Española, Jose M.^a de Areilza, lo cual contrasta con el apoyo generalizado de la burguesía en 1935.

⁴¹ PV, 28 diciembre 1931, «Discurso en el Círculo Tradicionalista».

Después de constatar el resurgimiento de las derechas del estupor que les produjo el resultado de las elecciones de abril, señala la necesidad de encauzar dicha reacción. Para ello, dice, «es preciso que dejemos claramente delimitado el campo de las derechas, fijando bien qué es lo que entendemos por derechas y qué partidos pueden quedar comprendidos dentro de esta clasificación». Excluye a los radicales de Lerroux, también a la Derecha Liberal Republicana, y respecto de los nacionalistas, su posición es más matizada pues, en principio, les excluye de este campo al apoyar estos el Estatuto de las Gestoras, si bien deja la puerta abierta a una colaboración con ellos al señalar que «siempre que las autoridades de la Iglesia indiquen la conveniencia de una unión de todos los católicos, yo no tengo inconveniente en luchar unido a los nacionalistas...». Son entonces los tradicionalistas y los católicos partidarios de la dinastía alfonsina los que constituyen la derecha. En cuanto a los principios a los que se siente vinculado, señala que son los mismos que profesa el tradicionalismo: Dios, Patria, Fueros y Rey; e igualmente rechaza la soberanía de las Cortes, el sufragio universal, la división de poderes y la libertad religiosa. A la vista de tales afirmaciones cabe decir que este sector continúa y profundiza en la deriva autoritaria y antiliberal que algunos individuos habían manifestado durante la Dictadura.

Lo cierto es que *El Pueblo Vasco* en los meses anteriores ya se había mostrado muy próximo al sector tradicionalista, al recoger mítines y actos de propaganda y dar cabida en sus páginas a significados miembros de este partidarios de la unidad de acción con los alfonsinos como Esteban Bilbao, Víctor Pradera y, de manera especial, Marcelino Oreja. Pero desde estas fechas y durante la primer mitad del año siguiente, sigue esta orientación de manera más clara y decidida, al tiempo que alienta a la organización de este sector⁴²: «Las derechas debieran organizar una amplia concentración de todos los católicos en torno a un programa mínimo»⁴³. Pero los llamamientos obtienen escaso eco, pues durante el año no dan muestras de organización y también su actividad pública es muy reducida. Tan solo el 25 de abril celebran, por vez primera desde abril de 1931, un mitin multitudinario organizado por Pilar Careaga, presidenta de una reciente «Agrupación de Defensa Femenina», en el cual interviene José M.^a Pemán como orador único. Insta a la unidad de las derechas en torno a religión, familia, orden, enseñanza y propiedad, principios atacados por la Revolución⁴⁴. Salvo Careaga, y Areilza

⁴² PV, 29-XII-1931, «Hay que actuar». Al día siguiente del discurso de Sierra, *El Pueblo Vasco*, en referencia al acto, «saluda el movimiento de reacción y propaganda de las derechas», al tiempo que emplaza a los monárquicos a organizarse, «hay que organizarse pronto, coordinar esfuerzos y orientaciones urgentemente».

⁴³ PV, 14-II-1932, «La unión de los católicos».

⁴⁴ PV, 26-IV-1932, «Acto de propaganda de Acción de Defensa Femenina en el frontón Euskalduna».

no hay en Vizcaya dirigentes que den señales de actividad, quizás porque la mayoría consideró mas factible intentar derribar la República por la fuerza, por lo cual apoyan con dinero la formación en Bilbao del Partido Nacionalista Español⁴⁵, la Sanjurjada en agosto (registro en el Círculo Monárquico de Las Arenas; Areilza y Oriol estuvieron al tanto de la sublevación y Lequerica y Maeztu estuvieron detenidos unos días acusados de participación). También en los meses siguientes miembros significados de la oligarquía vasca participaron en la financiación de distintas conspiraciones de la derecha⁴⁶.

Los alfonsinos locales, al tiempo que apoyan las conspiraciones, siguen con atención las evoluciones de las distintas corrientes de la derecha española. Gil Pecharromán analiza al detalle este proceso del cual nos interesa resaltar aquí, por un lado, la inclusión de la corriente alfonsina en Acción Popular, dirigida por sectores católicos sociales partidarios de una política accidentalista respecto de la República, y, por otro, sus esfuerzos por articularse y organizarse como partido específicamente alfonsino. El plan consistía en crear un gran partido que fundiese a los diversos sectores alfonsinos para establecer luego una alianza con la Comunión Tradicionalista y, desde una posición de fuerza, negociar el pacto federativo con los accidentalistas. A lo largo de los meses de enero y febrero de 1933 quedaría constituido el nuevo partido, denominado Renovación Española (RE).

Algunas organizaciones locales que habían girado en la órbita de Acción Popular se sumaron a esta *tercera fuerza*, entre ellas Juventud Monárquica de Bilbao, una organización presidida por Ramón Sierra primero y el marqués de Mudela después, cuya figura mas activa era Jose M.^a de Areilza. Contaba en estos momentos con unos 200 afiliados, pertenecientes en su gran mayoría a las familias acomodadas de Bilbao y Guecho: Evaristo Churruga, Lorenzo Vilallonga, Alfonso Alcalá Galiano, Gabriel Zubiría, Pilar Careaga, Francisco Igartua, José Manuel Escauriaza, Fernando Castiella y otros. La Juventud era el único órgano visible de los alfonsinos locales, pero su actividad había sido limitada y puntual. A partir de ahora dio muestras de mayor actividad al impulsar algunos mítines, misas, conferencias y concursos literarios, pero dentro siempre de un círculo social y político limitado.

⁴⁵ En mayo detuvieron a tres dirigentes bilbaínos del Partido Nacionalista Español y clausuraron el Club Alpino Laurak-bat, que les daba cobertura. Fueron detenidos Tomás Zubiría, José Luis Mogrovejo y Rafael Vierna Urquijo, este era el secretario provincial del PNE. PV, 21 y 24 de junio de 1932.

⁴⁶ GONZÁLEZ CUEVAS, P. C.: *Acción Española...*, p. 175. A finales de septiembre, una comisión compuesta por Vegas, Vigón y Eliseda se trasladaron a Biarritz para entrevistarse con Calvo Sotelo; en la reunión acordaron formar una comisión presidida en el exterior por el conde de los Andes y en el interior por el marqués de Arriluce de Ibarra encargada de recaudar fondos. En la lista de donantes están J. T. Gandarias, marqués de Urquijo, condesa de Zubiría, conde de Aresti, viuda de Chávarri, marqués de Chávarri, marqués de Arriluce de Ibarra, marqués del Nervión, marqueses de Ibarra, marquesa de Mac Mahón.

La política de acercamiento a los tradicionalistas fue seguida con entusiasmo en el ámbito local: *El Pueblo Vasco*, radicalizando su posición contra la República, publica diferentes artículos favorables a la unidad (Víctor Pradera), al tiempo que sigue atentamente esta orientación a nivel nacional⁴⁷. El 30 de enero de 1933 tiene lugar un mitin de Renovación en el Euskalduna con intervención de Goicoechea y Sáinz Rodríguez, pero lo significativo no fue el contenido, ya que en lo sustancial seguía la doctrina tradicionalista, antiliberal, católica y antirrevolucionaria, sino otras dos cuestiones. En primer lugar, la defensa de las posiciones tradicionalistas sustentadas por Goicoechea ante algunas críticas realizadas por elementos monárquicos: «este hombre –decían–, es un tradicionalista más y nosotros permanecemos fieles a la política constitucional». *El Pueblo Vasco* replicó aduciendo la existencia de alianzas ocasionales entre conservadores y tradicionalistas durante el período de la Restauración, pero, sobre todo, argumenta, «están poco los tiempos para elegancias retrospectivas y purismos exigentes (...). Frente a la amenaza colectivista desaparecen diferencias que en otras condiciones de serenidad podrían no parecer accesorias...»⁴⁸.

El segundo aspecto que nos parece destacable de este acto fue el discurso de presentación que realizó Pilar Careaga, una de las personalidades más significativas del monarquismo vizcaíno, que defendía aún la posibilidad de unión con los nacionalistas:

«Esta agrupación que viene a acaudillar el señor Goicoechea nace como un paso ineludible para llegar a la unión de las derechas. Había una masa amorfa, desorientada y sin dirección. Hacía falta forjar el instrumento que recogiera a sus componentes dispersos, que los coordinara. Este organismo existe ya. Claro que la obra que nos hemos impuesto no está exenta de dificultades y que estas se complican en una región como esta donde entre las derechas hay puntos neurálgicos que conviene tratar con sumo cuidado. Me refiero a los nacionalistas, a quienes hemos de hacer comprender que no queremos una monarquía centralista, que queremos construir un Estado de nueva planta, instaurar un régimen monárquico federativo y hacerles comprender que la República masónica y demagógica podrá darles una patria, pero es a cambio de que renieguen de Dios. El nacionalismo es también derecha, y con él tenemos en común lo que nos une en Dios y podemos tener también la patria y las instituciones si acertamos, repito, a hacernos oír y comprender»⁴⁹.

⁴⁷ En diciembre da amplia cobertura a un ciclo de «conferencias tradicionalistas» celebradas en Madrid en las que intervinieron miembros de ambos partidos favorables a la unión como Esteban Bilbao y el dirigente de Renovación Goicoechea. PV, 12, 13, 18 diciembre de 1932.

⁴⁸ VG, 31-I-1933, «Jornada memorable» y «Nuevos tiempos».

⁴⁹ VG, 31-I-1933, «El banquete. Los brindis», p. 3.^a.

Es decir, la derecha dinástica confía aún a comienzos de 1933 en la posibilidad de acuerdos con los nacionalistas, y **aún no ha incorporado el anti-nacionalismo, el antiseparatismo a su discurso**, algo que después será un elemento básico de este.

Durante los meses siguientes los actos de acercamiento a los tradicionalistas se suceden tanto en lo doctrinal como en lo electoral. Nuevo mitin en el mismo lugar, en este caso de los tradicionalistas, en protesta por la Ley de Congregaciones Religiosas, apoyo a la candidatura tradicionalista al Tribunal Constitucional, mitin y discursos de Bilbao y Urraca en Astigarraga el 7 de diciembre. En Bilbao, los contactos sostenidos por Areilza y el diputado tradicionalista Marcelino Oreja posibilitaron la creación del Centro Electoral Autónomo (CEA), un nuevo órgano de unión de las derechas con fines electorales que se mantendrá en los años posteriores pero limitado a dicho fin (nota: solo vigente en los períodos electorales⁵⁰) y en Madrid se forma igualmente una oficina electoral, TYRE, a fines de marzo. El acercamiento culmina con la alianza electoral de cara a la elección general de noviembre de 1933, una elección a la que Renovación concurre en coalición con Acción Nacional dentro de un Frente de Derechas (bases de la coalición aprobadas el 14 de octubre). En la circunscripción de Vizcaya-capital la candidatura incluyó dos candidatos alfonsinos (Adolfo G. De Careaga y Pilar Careaga) y dos tradicionalistas (Luis Lezama-Leguizamón y Hermógenes Rojo) mientras que en la de la Provincia presentó dos candidatos uno de cada sector: Areilza y Oreja. «Candidatura Española y vascongada». El CEA dirigió los trabajos electorales⁵¹.

3. La incorporación del antiseparatismo al ideario de la derecha

En principio intentaron sumar al PNV a un bloque contrarrevolucionario sobre la base del catolicismo y el antimarxismo como temas comunes capaces de unir a toda la derecha («la unión sagrada de toda la derecha»). Pero las negociaciones con el PNV fracasaron a pesar de los esfuerzos de los coaligados a causa, según dijeron, del Estatuto.⁵² La negativa del PNV sumó además otro fracaso, pues *La Gaceta del Norte*, representante de un sector importante de los católicos, apoyó a los nacionalistas.

El rechazo de los nacionalistas por la cuestión del Estatuto fue probablemente una excusa, puesto que la posición de la derecha dinástica respecto de aquel fue también un ejemplo de cautela y moderación. Un día antes de la

⁵⁰ El PV lo acogió con júbilo considerando que era un primer paso para dicha unión, PV, 5-2-1933.

⁵¹ No obstante *El Pueblo Vasco* todavía sigue apelando a la unión de todas las derechas, y reproduce los discursos de Gil Robles, si bien sus mayores esfuerzos se dirigen a la unidad con el tradicionalismo.

⁵² PV, 14, 15, 18 de noviembre de 1933.

reunión en Pamplona de los ayuntamientos, *El Pueblo Vasco* (PV) expresó su opinión sobre el anteproyecto del Estatuto de las Gestoras: tras destacar la ausencia de mención «al espíritu religioso de nuestro pueblo» y «su constitución foral», rechazaba de manera matizada la atribución de competencias en materia de orden público y justicia, pero aprobaba las restantes, educación, obras públicas, sanidad y, especialmente, en lo referente a enseñanza. Su posición global no era negativa, pues la hacía depender de su aplicación e interpretación⁵³. Esta posición fue la misma que mantuvieron en el plebiscito del 5 de noviembre de 1933, para el que recomendaron el voto favorable en un Manifiesto firmado por el conde de Superunda, Pilar Careaga, Juan de Aranceta, marqués de Lamiaco, Lorenzo Hurtado de Saracho, conde del Cadagua, Alfonso Alcalá Galiano, Jose M.^a de Areilza y Adolfo G. de Careaga⁵⁴. Sin embargo, un sector de esta corriente representada por la Unión Patriótica y el Partido Nacionalista Español manifestaron su oposición frontal al Estatuto y pidieron el voto en contra⁵⁵. También en el caso de los tradicionalistas el Estatuto provocó una división interna. Mientras los diputados Oreja y Beunza y sus dirigentes Julián Elorza y Pérez Arregui manifestaban su apoyo pidiendo el voto favorable en el plebiscito, los integristas desarrollaron una intensa campaña en contra desde las páginas de los periódicos *La Constancia* de San Sebastián y *El Siglo Futuro* de Madrid⁵⁶. Ante la división, las autoridades del partido de las tres provincias adoptaron una solución de compromiso: aun siendo contrarios a su contenido, no aconsejan el voto negativo, pero tampoco «pueden obligar a sus afiliados al voto afirmativo al Estatuto»⁵⁷.

Pero estas posiciones no fueron al parecer suficientes para atraer al PNV y, constatada su negativa, la campaña buscó la movilización del electorado católico y conservador, y se responsabilizó a los nacionalistas de la división de las derechas frente a las izquierdas. Pero lo más significativo fue la incorporación del antiseparatismo como nueva bandera de propaganda y doctrina. Mientras el 21 de octubre el PV escribía que «hoy por hoy el principal enemigo es el marxismo», en el manifiesto publicado pocos días antes de la elección, cuando ya las negociaciones estaban rotas, incorporan a su programa el antiseparatismo: «Candidatura española y vascongada», «frente al marxismo, laicismo y separatismo ofrecemos españolidad, catolicidad y foralidad», «por Dios, por Vizcaya y por España –terminaba Pilar Careaga–, ¡Viva España!, ¡viva Vizcaya española!»⁵⁸.

⁵³ PV, 18-VI-1932, «Algunas consideraciones sobre el Estatuto».

⁵⁴ PV, 27-X-1933.

⁵⁵ PV, 28-X-1933, «Manifiesto». El periódico publicó ambos escritos pero explicando que no representaba su opinión. Hubo además otros sectores alfonsinos que criticaron este apoyo al Estatuto aunque sin hacerlo público. PLATA, G.: *op. cit.* p. 223.

⁵⁶ PV, 25-X-1933.

⁵⁷ PV, 26-X-1933.

⁵⁸ PV, 19-XI-1933, «Mitin en el Teatro Buenos Aires del Bloque de Derechas».

Este fue un momento clave para el devenir de la derecha pues «la aceptación de la autonomía suponía contar con las aspiraciones de los otros; significaba también orientarse hacia una actuación política en el marco republicano (...). El rechazo significaba la opción por la intransigencia...»⁵⁹. El PNV, con su maximalismo y la consideración del Estatuto como instrumento hacia la independencia, contribuyó a radicalizar la posición de las derechas⁶⁰.

Tras las elecciones, RE quedará sola, fuera del ámbito de la CEDA, a merced por tanto de sus propias fuerzas y además afectada por una profunda división interna. La estrategia política de la CEDA durante el bienio 1934-1935, basada en la aceptación de la legalidad republicana, exigía «soltar amarras» con una derecha monárquica cada vez más radicalizada y por supuesto con el carlismo; así es que, a partir de mayo de 1934, la coalición electoral que había concurrido a las elecciones generales quedaría rota y se dejaba a los monárquicos a merced de sus propias fuerzas. «Con la entrada de la CEDA en el Gobierno y el triunfo de este sobre la insurrección de octubre, el aislamiento político del alfonsismo llegó a su cenit. RE ofrecía una imagen de partido minoritario de extrema derecha ejerciendo una oposición a la República prácticamente testimonial»⁶¹.

Mientras tanto, las relaciones con los liberal-conservadores de la CEDA se rompieron; Renovación Española intentó aumentarlas con los tradicionalistas, proponiendo la creación de un órgano político común. Pero en el seno de la CT, los sectores más proclives a la colaboración, perdieron posiciones: D. Alfonso Carlos, el regente, designaba como sucesor a un miembro ajeno a la línea sucesoria de Alfonso XIII y, sobre todo, el nombramiento de Fal Conde como Secretario general de CT, totalmente contrario a la unión, cortó de golpe todas las esperanzas puestas por los alfonsinos en la unión⁶².

Además de su aislamiento pronto aparecieron también síntomas de división política interna, planteándose un debate entre restauracionistas e instauracionistas (D. Alfonso o D. Juan), entre los partidarios del uso de tácticas legales contra el Estado democrático y quienes apostaban por la lucha en todos los frentes, incluido el uso de la fuerza, entre neoconservadores y neo-traditionalistas. Goicoechea y Calvo Sotelo representaban estas corrientes internas. El primero consiguió mantener el control del partido pero ello no

⁵⁹ PLATA, p. 223.

⁶⁰ El recelo de las derechas lo expresó Calvo Sotelo en el Congreso de los Diputados en diciembre de 1935 en la forma siguiente: «Cuando al Estado español se le pidió el Estatuto Vasco (...) es indudable que hubo vascos que honradamente creían que el Estatuto iba a ser una fórmula de nueva vida económica o autónoma en el seno de la unidad española; pero hay otros vascos, los dirigentes del nacionalismo, que indudablemente no piensan así y anhelan el Estatuto como instrumento que dé paso a la independencia total». PV, 7-XII-1935. También Derecha Autónoma Vasca denunciará esta valoración del nacionalismo.

⁶¹ Ver GIL, *Conservadores...*, p. 197.

⁶² *Ibidem*, p. 200.

fue obstáculo para que Calvo Sotelo aumentara lentamente su actividad e influencia⁶³.

RE en Vizcaya siguió con entusiasmo la política de colaboración y acercamiento no solo político sino ideológico con el carlismo, al tiempo que ahondaba las diferencias con el nacionalismo. Respecto de los primeros, el 5 de diciembre de 1933, el Centro Electoral Autónomo organizó un acto conjunto en Archanda para celebrar los resultados electorales en el que los oradores fueron Areilza por los alfonsinos y Urraca Pastor por los carlistas. Los dos pronunciaron un encendido discurso común contra la democracia y el parlamentarismo. Igualmente a comienzos de 1934, *El Pueblo Vasco* declaraba que «¡son tan escasas las diferencias entre los principios que defiende el partido tradicionalista y nosotros...!»⁶⁴. Respecto del nacionalismo, el artículo de Areilza publicado en *El Pueblo Vasco* el 5 de enero iba más allá en su diagnóstico: la defección del PNV del campo de las derechas no es un problema puntual que se solucione con una alianza electoral, sino la consecuencia «de la falta de una conciencia nacional vigorosa que tenga fe en la misión histórica de España. Este es el problema». Tampoco es un problema local, «el separatismo –dirá unos meses más tarde–, es el problema principal de España», «ni las persecuciones religiosas, ni la crisis de autoridad son comparables al nacionalismo, pues no se puede soñar para España una misión histórica sino tiene bien asentado el principio de unidad nacional»⁶⁵. Se comprende cómo el nacionalismo se convierte en categoría esencial en la ideología de este sector.

En los meses siguientes los acontecimientos sociales y políticos aumentan el radicalismo ideológico: en abril, Areilza defiende la democracia orgánica, un Estado fuerte frente a la República (evoca con nostalgia la dictadura de Primo de Rivera), un sistema basado, según él, en «principios decadentes» como la democracia, el liberalismo y el sufragismo. El conflicto de los ayuntamientos vascos durante el verano⁶⁶, el movimiento revolucionario de octubre, los asesinatos del falangista Manuel Carrión en San Sebastián en septiembre y Marcelino Oreja en octubre⁶⁷, añadieron nuevos motivos de confrontación con los nacionalistas a quienes acusaron de participación en ellos⁶⁸. Pero también contra la República por su debilidad en la represión:

⁶³ *Ibidem*, pp. 208-213.

⁶⁴ PV, 2-II-1934.

⁶⁵ PV, 23-III-1905, Conferencia en San Sebastián invitado por la Liga Regionalista de Guipúzcoa.

⁶⁶ PV, 2-IX-1934, Manifiesto «A la opinión Vascongada», y PV, 4-IX-1934, «Mitin en Carranza de Unión Vascongada».

⁶⁷ PV, 15-IX-1934, «Guerra Civil», art. de Maeztu, y PV, 11-XI-1934, «Ante el asesinato de Oreja».

⁶⁸ «Los sucesos de octubre hicieron infranqueable el abismo que separaba al PNV de la derecha católica, monárquica y tradicionalista, cuyos portavoces insistieron en “las nefandas

exaltación de la unidad de España frente al laicismo, el separatismo y el marxismo, necesidad de un Estado fuerte que garantice el orden, ensalzamiento del ejército y Guardia Civil como garantes del orden y la unidad de la patria⁶⁹.

En resumen, a partir de las elecciones de noviembre de 1933, la derecha vizcaína católica, monárquica y tradicionalista asume los postulados contrarrevolucionarios más radicales.

Estas posiciones ideológicas y políticas fueron acompañadas por cambios en la organización. RE como partido se adecuaba a los círculos oligárquicos dinásticos de Vizcaya, pero su imagen no encajaba con sectores de opinión de monarquismo más tibio o con actitudes menos radicales frente al régimen. De ahí el nacimiento de «Unión Vascongada», una nueva organización con la que operarían desde entonces en el ámbito de la provincia. La Unión «constituyó el mayor éxito organizativo de la derecha española, descontando la Comunión Tradicionalista, durante la II República...»⁷⁰ presidida por Luis Urresti e integrada por las personalidades monárquicas más significadas pertenecientes a la burguesía industrial, consiguió constituir comités y centros en muchos pueblos utilizando las antiguas redes caciquiles de la antigua Liga Monárquica, representó por ello un esfuerzo por ampliar su base social tradicional a sectores de la clase media y del ámbito rural. En la Asamblea celebrada en julio de 1934 asistieron representantes de 77 municipios. Pero los dirigentes eran los mismos, al igual que sus principios ideológicos: catolicismo, orden, autoridad, antimarxismo, antiseparatismo y antiliberalismo⁷¹. Este cambio estuvo acompañado también por esfuerzos en la actividad de propaganda mediante la realización de mítines con mayor frecuencia durante los años siguientes, con discursos muy radicalizados en contra del régimen republicano y sobre la base de los principios ideológicos enunciados⁷².

concomitancias del nacionalismo con la revolución” y en su deslizamiento del campo de las derechas al de las izquierdas», GRANJA, J.: *op. cit.*, p. 504. *El Pueblo Vasco* publica en los meses de octubre y noviembre numerosos artículos acusando al nacionalismo de connivencia con estos acontecimientos, especialmente con la revolución de octubre.

⁶⁹ A finales de octubre y noviembre se suceden los homenajes de todo tipo organizados por los monárquicos al ejército por su papel en la represión de la revolución. Para no ser reiterativo basta evocar el artículo de Evaristo Churrua del 18-II-1935 publicado con el expresivo título «España Unida y en Orden», en el cual ensalza la unidad de España y al Ejército como su garante. PV, 18-II-1935.

⁷⁰ PLATA, *La derecha...*, p. 76 y ss.

⁷¹ «El objetivo de Unión es servir el principio de unidad nacional». Lorenzo Villalonga en el mitin de Unión en Carranza. PV, 4-VI-1935. Sobre la Unión, PLATA, pp. 76-79.

⁷² En estos dos años realizan muchos mítines pero su contenido resulta de escaso interés al repetir los principios a los que hemos aludido.

4. *Un sector de centro en el seno de la derecha*

En el ámbito local, Renovación (o Unión Vascongada) era la única organización existente en el campo de la derecha; en el nacional la CEDA era la fuerza mayoritaria. Sus posiciones eran bien distintas, pues la estrategia y táctica de la segunda eran posibilistas, accidentalista respecto del régimen republicano y aceptaban la legalidad; RE era intransigente y rechazaba la legalidad y legitimidad de aquel. La ideología les aproximaba más pero la CEDA profesaba principios menos excluyentes, más moderados. En cuanto a su base social, RE se asentaba en las clases altas, en la aristocracia y en limitados sectores de la alta burguesía, especialmente en la de Vizcaya⁷³, mientras que la CEDA tenía en las clases medias su apoyo principal. La afiliación era reducida sobre todo comparada con la CEDA y CT. RE fue incapaz de competir con la CEDA por el apoyo de la clase media o el pequeño campesino: partido de élites al viejo estilo, nunca un partido de masas.

Dicho esto, resulta sorprendente la escasa o casi nula implantación de la CEDA en Vizcaya, de manera que en el seno de la derecha local las únicas opciones organizadas no nacionalistas eran la alfonsina y la carlista, ambas muy radicalizadas (respecto de los católicos intransigentes, reparten sus apoyos entre todas las fuerzas, incluidos nacionalistas y, especialmente, carlistas). Debemos suponer que estas fuerzas no representaban toda la derecha, el problema es que no podemos cuantificarla al no estar organizada ni concurrir a los procesos electorales. Tan solo detectamos algunos intentos de organización.

El primero fue la inauguración de unos locales en Bilbao el 25 de agosto de 1934 con las siglas de Acción Popular (partido origen de la CEDA, AP) que fueron asaltados por la izquierda. Debió existir algún comité, pero la única muestra que dio de actividad fue la elaboración de un manifiesto con motivo de los sucesos de octubre: «Acción Popular de Vizcaya a la opinión pública»⁷⁴. Desde luego el documento nos parece muy significativo por su actitud moderada, temporizadora, matizada, especialmente con los nacionalistas, a quienes los monárquicos habían implicado en la sublevación, lo que desencadenó una campaña antinacionalista furibunda, radical. Para AP solo participaron algunos sectores no controlados del nacionalismo, «pero sus masas no tienen culpa». Lo cierto es que no fue más que un propósito inicial que no se mantuvo, pues en la campaña electoral de febrero de 1936 su discurso fue idéntico al de la derecha radical.

⁷³ A la fiesta celebrada en el Marítimo el 24 de agosto asistieron unas 300 personas que representaban la práctica totalidad de la oligarquía financiera e industrial de Vizcaya. PV, 25-VIII-1935, «Comentarios del día».

⁷⁴ PV, 30-X-1934.

Tras la inauguración, solo encontramos muestra de actividad de cara a las elecciones de 1936 y ahora con el nombre **Acción Popular Vascongada**, presidida por Miguel Golderacena (fue el candidato de Acción en la coalición electoral). También las Juventudes se organizaron con este objetivo en enero de 1936. Desplegaron una campaña electoral intensa y celebraron mítines conjuntos con las demás fuerzas coaligadas.

DERECHA VASCA AUTÓNOMA

El día 21 de octubre de 1935 realizó su presentación pública en el frontón Urumea de San Sebastián un nuevo partido, **Derecha Vasca Autónoma**, que estuvo presentada por su presidente Juan Pablo de Logendio, y por Jose M.^a Gil Robles, jefe de la CEDA. En enero de 1936 aparece como miembro de esta José Orueta, un bilbaíno liberal avanzado, autor de una conocida obra, *Fueros y autonomía*⁷⁵, cuyo título y contenido nos hace pensar en su influencia en la definición del ideario. El discurso de Logendio resulta toda una sorpresa por su moderación, realismo y capacidad de análisis⁷⁶:

1. En primer lugar se refirió al momento y contexto de su nacimiento, un momento caracterizado por la división de las derechas y la falta de organización:

«Nació en los momentos siguientes a la revolución de octubre. Horas de intensa gravedad para la vida española, graves también en la política del País Vasco (...), un momento además en el cual la política del País estaba controlada por el movimiento nacionalista vasco gracias al volumen de las masas que le acompañaban.

Éramos muchos, sin embargo, los vascos que permanecíamos apartados de aquel movimiento por las hondas discrepancias ideológicas que de él nos separaban, por los errores que advertíamos en su táctica y por la desorientación y los equívocos que acusábamos en su dirección.

(...) Por otra parte el auge del movimiento nacionalista había introducido la división más profunda entre las derechas del país, que estaban divididas en bandos antagónicos...».

2. Necesidad de organizar a la derecha no «sobre la base de los bandos existentes sino partiendo de elementos independientes no adscritos a aquellos, capaces de encauzar los problemas por vías de moderación y serenidad».

⁷⁵ ORUETA, José de: *Fueros y Autonomía. Proceso del Estatuto Vasco*. Nueva Editorial. San Sebastián, 1934.

⁷⁶ VG, 22-X-1935, «Derecha Vasca Autónoma».

3. El País Vasco constituye una región con personalidad propia y diferenciada por su lengua e historia que el Estado debe reconocer
4. Hasta ahora han prevalecido las soluciones maximalistas e intransigentes, irrealizables: reintegración foral o independencia:

«unos se dicen partidarios de la plena reintegración foral, y claro está que nada hacen por conseguirla porque la saben imposible, y los otros les acusan de insinceros. Pero entre los acusadores los hay que son separatistas y no lo proclaman. También son insinceros. Y entre unos y otros, los que se dicen fueristas y no lo son y los que son separatistas y no lo dicen, hay una masa sana, un pueblo honrado que a ninguno cree y marcha cansada por el camino del escepticismo (...).»

5. Es necesario por ello impulsar una política posibilista, moderada, eficaz, capaz de dar soluciones reales al problema:

«Frente a todo lo que consiguieron los viejos partidos con una táctica posibilista dentro de la legalidad ¿qué se ha conseguido de tangible para el país con la otra táctica triunfante desde hace unos años? Táctica posibilista y política posibilista...»

6. El **autonomismo** es la solución del problema vasco y por eso constituye la principal seña de identidad del nuevo partido frente a los que reivindican la reintegración foral (carlistas) o los que persiguen la independencia (nacionalistas).

«Derecha Vasca es un partido auténticamente autonomista. (...) Creemos que dentro de un régimen de autonomía y dentro siempre de la nación española puede hallarse solución a la mayoría de los problemas vascos (...).»

7. Unidad de todos los vascos en la defensa de la autonomía:

«Sobre las bases de estas líneas generales se podría hacer un programa mínimo sobre el cual lograr la restauración de la unidad espiritual del país dolorosamente quebrada.»

8. Unión de las derechas:

«Por ahora nos limitamos a exponer un programa y hacer un llamamiento a la armonía del país. Un programa común que pueda servir de lazo de unión de todos los partidos de derecha. Que pueda acabar con esa tirantez ineficaz de las derechas del País Vasco.»

La aparición de Derecha Vasca como partido vinculado a la CEDA era un soplo de aire fresco en la política local caracterizada por la crispación y la polarización, y era también una alternativa distinta en el seno de una derecha (un sector conservador) representada por elementos monárquicos cuya radicalidad no conectaba con la opinión de algunos sectores de ella más moderados y transigentes; unos grupos que, como señalaba Logendio, estaban retraídos y desorganizados. La presencia de Orueta, un liberal avanzado y autonomista convencido, pero retraído desde la Dictadura, los representa. Aunque nació en San Sebastián, fue también el único intento de organización de un partido vasco común a las tres provincias. En este sentido desconocemos si iniciaron contactos con otra organización próxima como era Acción Popular de Bilbao (Acción Popular Vascongada) o si hicieron algún trabajo de propaganda.

El futuro, sin embargo, no respondió a las expectativas con las que nació. La polarización de la vida política española dificultaba la suerte de estas opciones, de modo que la proximidad de las elecciones generales empujó a todas las corrientes, tanto de derechas como de izquierdas, hacia la formación de bloques radicalmente enfrentados. También en el plano local, el frente contrarrevolucionario que se formó aglutinó a todos los grupos de la derecha excepto al PNV: en Vizcaya, el 12 de enero de 1936 un comunicado daba cuenta de la unión de RE, Unión Vascongada, Comunión Tradicionalista y Acción Popular Vascongada. Igualmente, en Guipúzcoa, Derecha Vasca se incorporó a la misma coalición el 18 de enero⁷⁷.

La campaña electoral que realizó el Bloque se definió por su componente negativo y radical: antirrevolución, antimarxismo, antilaicismo y antiseparatismo, exaltación del patriotismo español, del catolicismo y beligerancia extrema contra el PNV «como cómplice activo de la revolución». «O eliges la España gloriosa, católica, tradicional y cristiana, o la anti España, descuartizada, masónica, judía, roja»⁷⁸. Era un discurso dogmático, extremista, muy alejado de las posiciones ideológicas de Derecha Vasca.

Los resultados en España, favorables al Frente Popular, produjeron el abatimiento de la derecha a pesar del aumento del voto respecto de la elección de 1933, especialmente en el caso de RE, cuyos resultados fueron peores. «El 16 de febrero –decía Calvo Sotelo–, constituye una fecha fatal y profunda en la historia de España, algo más denso y grave que el 14 de abril»⁷⁹. No obstante, en el País Vasco los resultados fueron positivos para el frente, pues el aumento de votos fue muy significativo, mientras que, por el

⁷⁷ PV, 10-I-1936. Los representantes de Derecha Vasca fueron José Orueta y José M.^a Arlade.

⁷⁸ Un resumen de los temas de la campaña en GRANJA, pp. 547-548. El PV publica los discursos de múltiples mítines, comunicados y manifiestos, pero todos ellos repiten con escasas variaciones los temas que hemos señalado.

⁷⁹ PV, 6-IV-1936.

contrario, el PNV, contra los cuales habían dirigido el grueso de la campaña, perdió muchos apoyos (lo cierto es que el aumento no se tradujo en escaños)⁸⁰. El resultado fue aún más meritorio teniendo en cuenta que los partidos coaligados «hicieron cada uno la guerra por su cuenta», como se quejaba *El Pueblo Vasco*⁸¹, dándose el caso de los dos candidatos que concurren por Vizcaya-provincia, los cuales se combatieron entre sí⁸²; también el abandono de los carlistas de Guipúzcoa de cara a la segunda vuelta obligó a Derecha Vasca a seguirle muy a su pesar⁸³. Sin duda, los partidos derechistas locales estaban totalmente subordinados a sus organizaciones nacionales lo que condicionaba sus valoraciones y orientaciones. En el momento del abandono, Derecha ratificó su deseo de seguir las mismas orientaciones de su nacimiento, esto es, el autonomismo dentro de la moderación: «Unión de todos los católicos, armonía de todos los vascos»⁸⁴.

Las elecciones de 1936 fueron la última oportunidad para esta derecha extrema, radical, autoritaria y antiliberal, de subvertir el régimen republicano utilizando la legalidad. El 8 de junio era clausurado el centro de Renovación Española en Bilbao; se encontró una pistola y fueron detenidos 15 socios y su presidente Julio Serrano⁸⁵. Era evidente que, tras las elecciones, la mayoría de sus afiliados solo pensaban en derribarlo por la fuerza⁸⁶.

CONCLUSIONES

1. La derecha vizcaína no tradicionalista estaba fragmentada en varios sectores: monárquicos, nacionalistas y católicos intransigentes.
2. La Dictadura destruyó las bases sobre las que se había asentado la hegemonía de los liberal-monárquicos en la provincia. Ciertos grupos fueron conscientes de ello y propusieron soluciones alejadas del liberalismo.

⁸⁰ Ver resultados en GRANJA, pp. 548 y ss.

⁸¹ PV, 2-III-1936, «Comentarios».

⁸² Fue el caso de Gaytán de Ayala por la Comunión Tradicionalista y Martínez de las Rivas por Renovación, GRANJA, p. 560, nota 107. La alianza de la derecha fue muy precaria: las negociaciones de la CEDA con los alfonsinos fueron muy difíciles por la división interna de estos y sobre todo por las exigencias de Calvo Sotelo. El período electoral sirvió para sacar a la luz las profundas divisiones entre las distintas fracciones derechistas. Pasadas estas quedaron otra vez desunidos. Ver en GIL, pp. 232-238.

⁸³ PV, 28-II-1936.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ PV, 9-VI-1936, «Clausura del Centro de Renovación».

⁸⁶ PLATA, p. 259.

3. La orientación de aquellos hacia el autoritarismo y el antiliberalismo se acentuó durante la II República como consecuencia de los acontecimientos y de una política que, en su opinión, atacaba las bases del orden social. Al principio, enarbolaron la bandera del catolicismo, pero luego añadieron otras como el marxismo, la crisis de autoridad, la democracia, etc., hasta desembocar finalmente en posiciones antiliberales y antirrevolucionarias, es decir, tradicionalistas.
4. Los monárquicos hicieron esfuerzos por unir la derecha. Una vez fracasados, el antinacionalismo y antiseparatismo se convertirían en el eje principal de su ideario, realzando en cambio la unidad de España.
5. Sorprende la falta de arraigo en la provincia de la CEDA. Solo a finales de 1935 se constituye Derecha Autónoma Vasca. Su discurso era moderado, abierto y posibilista pero, como señalaba *El Pueblo Vasco*, no estaban los tiempos para opciones de centro. La polarización existente les empuja, al igual que a la CEDA, a entrar en el frente contrarrevolucionario formado para concurrir a las elecciones generales de 1936.

NOTA

Bases históricas para la reforma del proceso laboral

Jaime Alemañ Cano

Profesor Titular doctor de EU
Universidad de Alicante

Recibido: 09.02.09
Aceptado: 04.05.09

Resumen: El proceso laboral está necesitado de una profunda reforma. A esta reforma solo se puede llegar por una de estas dos vías: o bien a través de la sustitución de la actual ley por otra adaptada perfectamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien mediante la derogación de la vigente norma procesal y la integración del proceso laboral en la ley adjetiva civil. A esta dual conclusión se llega en el presente artículo donde se estudia, de manera sucinta, el desarrollo histórico del proceso laboral, y en el cual se aprecia la íntima atracción existente entre ambas normas procesales. En el actual estudio, se enfatiza con más fuerza el criterio de la integración porque ello supondría la eliminación de un gran número de los procesos especiales en vigor. De cualquier manera, la reforma debe producirse con el fin de obtener las máximas garantías para el justiciable y para, en definitiva, alcanzar una mayor tutela judicial efectiva como derecho fundamental consagrado en la Constitución Española de 1978.

Palabras clave: historia del proceso laboral español; eventual reforma del proceso laboral; mejora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Abstract: *The work process is in need of profound reform. This reform can only be reached by one of two ways: either by replacing the current law for another perfectly suited to the Code of Civil Procedure or by the repeal of the existing procedural rules and the integration of labor process in the civil law adjectival. This dual conclusion can be reached in this article which examines, in brief, the historical development of the labor process, and which appreciates the intimate attraction between the two procedural rules. In the current study, it emphasizes more strongly the test of integration because it would mean the elimination of a large number of special processes in place. Either way, the reform must occur in order to obtain maximum guarantees for the individual and, ultimately, achieve greater effective remedy as a fundamental right enshrined in the Spanish Constitution of 1978.*

Key words: *history of the labour process in Spain; possible reform of the labour process; improving the fundamental right to achieve greater effective remedy.*

Sumario: I. Introducción.—II. El andamiaje del proceso laboral.—III. Perfiles orgánicos para un proceso laboral.—IV. El nuevo escenario procesal inaugurado en 1958.—V. La necesaria reordenación del proceso laboral.

I. Introducción

La historia de las *Instituciones*, olvidada o denostada en muchas ocasiones, puede ofrecer, aunque parezca inverosímil, una visión dinámica del Derecho actual o, como en el presente caso, una orientación de cómo debería plantearse el legislador las futuras reformas. El auxilio al método histórico, consecuentemente, permite conocer cómo ha nacido y se ha desarrollado el Derecho; y dentro del método, la orientación institucional va a posibilitar el análisis de las dificultades encontradas en la aplicación del Derecho, el desvanecimiento de tales dificultades, y la generación de otras nuevas¹.

El análisis de los antecedentes del proceso laboral debería ofrecer, al menos, un recorrido histórico desde el momento mismo del arraigo del Derecho romano en sede peninsular hasta la recepción de las primeras leyes de enjuiciamiento. Sin embargo, tan pretenciosa investigación rebasaría con mucho los límites del actual estudio, pues requeriría, además, de un pormenorizado examen no solo jurídico sino también socioeconómico de dos largos períodos históricos como lo son las Edades Media y Moderna.

La historia del proceso laboral se encuentra, pues, por elaborar desde diferentes perspectivas y no solo desde la jurídico-científica, aunque las limitaciones aquí impuestas no han de impedir anotar alguna reseña, aun por escasa indagación, de aquellos tiempos opacos donde un embrionario proceso laboral parecía encontrarse latente.

Los escuetos períodos históricos plasmados en las siguientes páginas pretenden poner al descubierto, sobre la base de las instituciones involucradas en cada momento, las fases por las cuales ha transcurrido el proceso laboral, tosco en sus inicios, pero maduro y perfectamente asentado en el ordenamiento de los últimos tiempos. Pero también, tales períodos históricos van a permitir poner al descubierto las carencias actuales frente a las cuales la retrospectiva puede ofrecer las claves para diseñar un proceso más garantizador de los derechos involucrados.

II. El andamiaje del proceso laboral

En verdad, cabría preguntarse si sería posible referirse a un proceso laboral previo a la recepción protagonizada en el siglo XIX por las primeras leyes de enjuiciamiento civil, o si, por el contrario, tal referencia vendría a ser excesivamente forzada si se atiende al sincronismo entre la aparición del Derecho del Trabajo y las correspondientes normas formales.

La literatura jurídica de las primeras décadas de la pasada centuria solía incorporar alguna breve acotación o aproximación al Derecho primitivo y al

¹ GARCÍA-GALLO, A. *El origen y la evolución del Derecho. Manual de historia del Derecho español I*. Artes Gráficas y Ediciones, S.A. Octava edición. Madrid, 1979, págs. 16-18.

Derecho del medioevo relacionada con el proceso laboral, aunque tal relación se situaba más bien en la acomodación de determinadas instituciones de naturaleza «arrendaticia» a los procesos vigentes en cada momento y en tanto en cuanto se producía la quiebra o el incumplimiento de las partes implicadas de las respectivas obligaciones contraídas. En esta línea de aportación doctrinal, solía distinguirse entre los antecedentes situados en el Derecho romano de aquellos otros localizados, principalmente, en las cofradías medievales.

La institución por excelencia arraigada en la Iberia romana venía representada por los denominados *Colegios*, los cuales llegaron a implantar, incluso, auténticas condiciones de trabajo como la relativa a la fijación de escalas salariales². Los citados Colegios constituían asociaciones de variada estructura, tales como las sociedades de los arrendatarios de impuestos, la de los contratistas de obras públicas, así como una larga serie de institutos conocidos como los gremios, las hermandades, los sindicatos de artesanos, las sociedades de culto, los colegios funerarios, etc. La remuneración de los trabajadores manuales y jornaleros durante la República y, más tarde, el pago de honorarios a los médicos, abogados y maestros ya en la época Imperial, podía reclamarse judicialmente a través del llamado procedimiento *extraordinaria cognitio*³.

La desaparición del imperio romano no vino a suponer la extinción inmediata de sus instituciones; antes al contrario⁴, pues tales instituciones continuaron prevaleciendo durante toda la Edad Media aunque, ello sí, con una clara y progresiva asfixia de sus instrumentos jurídicos reguladores⁵. Consecuentemente, la organización del trabajo y las leyes romanas persistieron en la época visigoda (siglo V y comienzos del VIII). Y es, precisamente, con la decadencia del reinado visigótico cuando, en puridad, puede hablarse de un vacío legislativo hasta el siglo XII, en definitiva, el nacimiento de la «cofradía», el «gremio» y el «oficio» medievales, de meridiano parentesco con las «gildas» germanas⁶. En estas últimas, y por extensión en aquellas otras aquí arraigadas, la solución a las cuestiones y conflictos surgidos se saldaba mediante fórmulas de naturaleza autocompositiva, como lo era el sometimiento de sus componentes a arbitraje y ante la comunidad⁷. Los gremios –cabría argumentar de manera muy generalizada– se erigieron

² MENÉNDEZ-PIDAL, J. *Derecho procesal social*. EDERSA. Madrid, 1950, pág. 17.

³ JÖRS, P. y KUNKEL, W. *Derecho privado romano*. Traducción de L. Prieto Castor. Labor. Barcelona, 1965, págs. 106 y 323.

⁴ JUSTINIANO. *Corpus Iuris Civiles*. Weidemann. Dublin/Zürich, 1973, Tomo I, pág. 289 (38), y Tomo II, pág. 418 (XXXVII-1).

⁵ ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A. *Derecho romano*. Tomo I. EDERSA, 15.ª edición. Madrid, 1979, págs. 3-4.

⁶ RUMEU DE ARMAS, A. *Historia de la previsión social en España (Cofradías, Gremios, Hermandades y Montepíos)*. Ediciones El Albir. Barcelona, 1981, págs. 27-34.

⁷ MENÉNDEZ-PIDAL, J. «*Derecho procesal social...*», cit., págs. 17-18.

en autoridad («Comisiones» y «Juntas Gremiales») para dirimir las controversias surgidas entre sus miembros, si bien ello no impedía la reclamación de salarios ante los corregidores o las Chancillerías⁸.

No obstante la aludida generalización, esta carecería de rigor histórico y científico si dejara de realizarse alguna matización. Con este alcance, y en la baja Edad Media, organizada principalmente bajo las cofradías, aparecía una autoridad, un cuerpo deliberante y un cuerpo judicial («amigables componedores»), entendido este último como sistema administrativo y financiero para asegurar la vida y fines de la entidad, pero carente de poder jurisdiccional en sentido estricto. Con los gremios, y ya en la Edad Moderna, los Municipios y los Corregidores –pese al interés del Poder real por centralizar las facultades jurisdiccionales– eran los encargados de resolver, sobre todo en Valencia y Barcelona, los litigios surgidos de la interpretación de las respectivas ordenanzas, salvo cuando tales litigios surgían entre un mismo gremio, en cuyo caso el Consejo Real los podía revocar. Esta última situación se vino a mantener con mayores o menores variables hasta el siglo XVIII, hasta la desaparición, en las regiones de la Corona de Aragón, del régimen foral sustituido este por el modelo centralista francés impuesto por Felipe V. Las potestades de los antiguos Concillers para conocer y fallar las causas de los gremios recayeron, consecuentemente y con criterio general, en el Corregidor y en la Real Audiencia⁹.

El declive de la actividad gremial, cuyas causas, indudablemente, no pueden manifestarse en extenso en este lugar, aunque sí apuntarlas, vino a suponer el inicio de un profundo cambio orientado hacia el nuevo marco legal de unas incipientes relaciones laborales. Tales causas de extinción de los gremios derivarían, por un lado, de las luchas intestinas de los propios gremios. Pero, principalmente, y en segundo término, la citada extinción apuntaría más en el acaecimiento de la revolución industrial a raíz de la aparición de las primeras máquinas (siglo XVIII), si bien, y en lo tocante a España, dicho acaecimiento no tuvo lugar sino hasta bien entrado el primer cuarto del siglo XIX; un desarrollo industrial este compaginado, además, por la *superación del mercantilismo-colbertismo* en favor de las *doctrinas fisiocráticas y la trascendental construcción individualista de Adam Smith y sus seguidores*¹⁰.

⁸ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E. *Manual de Derecho del Trabajo*. Volumen II. Marcial Pons, séptima edición. Madrid, 1967, págs. 873-874.

⁹ RUMEU DE ARMAS, A. «*Historia de la previsión social en España...*», cit., págs. 120 y 122, 188 y 189, y 321 y 322.

¹⁰ DE LA VILLA GIL, L. E. *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*. Comares. Granada, 2003, págs. 50-52.

La abolición del monopolio gremial a través del Decreto de 1813, del conde Toreno¹¹, conllevó, entre otras cosas, un vacío legislativo de la recién, aunque incipiente, actividad laboral. Cabría preguntarse, entonces, cómo y durante cuánto tiempo vino a colmarse dicho vacío.

El citado vacío se prolongó desde 1813 hasta los años previos a la entrada en vigor del Código Civil (1889). Durante dicho período fueron dos cuerpos normativos llamados a colmar el hueco normativo dejado por la desaparición de la legislación reguladora de los gremios. Por un lado, el Título III y siguientes del Libro XI de la Novísima Recopilación¹². Por otro lado, aunque con distinto rango legal, el Título II de la Partida 3.^a del Código alfonso¹³. Finalmente, ciertos Fueros, como el de Navarra¹⁴, vinieron a completar tan exigua cimentación legislativa, tal y como ponen de manifiesto los primeros comentaristas decimonónicos del Código Civil¹⁵.

Este amplio espacio temporal de más de setenta años (1813-1889) puede subdividirse artificialmente en tres períodos donde se va a poder apreciar el conjunto de normas –sustantivas y procesales– aprobadas en diferentes fases y por diferentes gobiernos, cuyo fin era dar respuesta, aunque liviana, a las demandas sociales provenientes de un recién nacido movimiento laboral.

El primer período es el comprendido entre el Decreto Toreno (1813) y la primera Ley de Enjuiciamiento Civil (1855). En él ven la luz, entre otras muchas normas, el Decreto de 8 de junio de 1813, sobre libertad de industrias y oficios; la Real Orden de 24 de junio de 1824, de promoción del uso de las máquinas en las fábricas; el Código de Comercio de 3 de junio de 1829; la Real Orden de 28 de febrero de 1839, sobre autorización y fomento de las Sociedades de Socorros Mutuos¹⁶; el significativo Bando del Jefe

¹¹ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ GANDÍA, J. *et alii*, *Derecho del Trabajo*. Tomo I. *Fuentes y relaciones colectivas*. Tirant lo blanch, 7.^a edición. Valencia, 2005, págs. 35-36.

¹² MARTÍN VALVERDE, A. «La formación del Derecho del Trabajo en España», en *La Legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*. Congreso de los Diputados. Madrid, 1987, págs. XIX, XXIII y XXXII. *Vide Crónica de la Codificación, 2. Procedimiento civil*. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Madrid, 1970, pág. 1.

¹³ Sobre la aplicación de las Partidas, *vide* «Arrendamiento de trabajo personal» con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en SÁENZ HÉRMUA Y ESPINOSA, P. *Diccionario recopilador de los Puntos de Derecho*. Tipografía de Manuel G. Hernández, tomo primero. Madrid, 1884, págs. 59-60.

¹⁴ GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M. *Elementos de Derecho civil y penal de España*. Tomo segundo. A. Peñuelas. Madrid, 1869, pág. 314.

¹⁵ *Vide* BOFARULL, M. de, *Código Civil Español, según la edición oficial, anotado y concordado con la anterior legislación y jurisprudencia española y los códigos extranjeros*. Imprenta de Antonio Pérez Dubrull, primera edición, Madrid, 1888, pág. 496.

¹⁶ Real Orden, por otro lado, suspendida por la también Real Orden de 25 de agosto de 1853, de aplicación de las disposiciones sobre compañías mercantiles por acciones.

Político de Barcelona, de 22 de mayo de 1840, en el cual se establecen condiciones de trabajo en las fábricas del sector textil y la creación de una Comisión Inspectorá¹⁷; finalmente, cabe señalar el Bando del Capitán General de Cataluña, de 9 de junio de 1854, a través del cual se aprueban las Bases para la constitución de un Tribunal para dirimir las cuestiones planteadas entre fabricantes y operarios.

El segundo de los períodos citados se abre en el año 1855 con la aprobación de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁸, y discurre hasta el año 1881 con la derogación de aquella y la promulgación de la segunda ley formal civil, la de 3 de febrero de 1881. En este período, acaecen normas de suma trascendencia en la disciplina laboral, tanto sustantivas como adjetivas. En este sentido, destacan la Ley de Organización Provisional del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870; la Circular del Ministerio de Gobernación de 16 de enero de 1872, sobre tratamiento de la cuestión social; la Ley de 24 de julio de 1873, sobre condiciones de trabajo en las fábricas, talleres y minas; el Proyecto de Ley, de 14 de agosto de 1873, sobre Jurados Mixtos, en el mismo año de instauración de la primera República¹⁹; y la Ley de 26 de julio de 1878, sobre trabajos peligrosos para los niños.

Por último, el tercero de los períodos arranca con la expresada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y finaliza en 1889, fecha de la entrada en vigor del Código Civil, donde se vislumbraba el primer atisbo de una primigenia relación laboral (*contrato de arrendamiento de servicios*). En este período destacan, entre otras normas, el Real Decreto de 5 de diciembre de 1883, de creación de la Comisión de Reformas Sociales; la Real Orden de 18 de mayo de 1884, de constitución de Comisiones Provinciales y Locales de Reformas Sociales; el Código de Comercio de 22 de agosto de 1885; la Ley de Asociaciones, de 30 de junio de 1887; y la Real Orden de 8 de octubre de 1888, sobre el ejercicio del derecho de reunión.

Esta amalgama de normas, en muchas ocasiones supresoras y suspensivas las unas de las otras sin solución de continuidad, y de las cuales se ha ofrecido una breve descripción en su número y en su contenido, produjo, como no podía ser de otra manera, una gran inseguridad jurídica. Unas, las sustantivas, porque no tenían apoyo en las adjetivas; otras, las procesales, porque no conseguían dar respuesta a las necesidades de una actividad, la emanada de las nuevas fábricas e industrias, tan necesitada por dar pronta

¹⁷ En idéntico sentido, la Circular del mismo órgano político, de 21 de octubre de 1844, sobre condiciones de trabajo en las fábricas del sector textil y constitución de una Junta para dirimir las cuestiones suscitadas entre fabricantes y operarios.

¹⁸ En el año 1830 ve la luz la Ley de Enjuiciamiento Mercantil.

¹⁹ También el año 1873 fue proclive a la creación local –Cádiz y Alcoy– de organismos paritarios para la solución de conflictos de trabajo, aunque los resultados fueron más bien baldíos (cfr. MENÉNDEZ-PIDAL, J. *Derecho social español*, Volumen I, EDERSA, Madrid, 1952, págs. 50 y ss.).

solución a los problemas surgidos entre patronos y obreros –conflictos–acaecidos en la larga época reseñada.

La caótica y oscura situación descrita empieza a desvanecerse en el tercero de los períodos anotados, por cuanto las reclamaciones judiciales provenientes de las relaciones laborales van a ser competencia de los tribunales ordinarios civiles, los cuales conocerán de las pretensiones derivadas de dichas relaciones a través de los procesos ordinarios en función de la cuantía del asunto. Sin embargo, los tribunales civiles pronto se mostraron insatisfactorios, y la clase obrera, desde mediados del siglo XIX, reclamó la creación de órganos paritarios capaces de resolver las diferencias existentes con los patronos; una clase trabajadora hastiada, como lo estaba, de resolver las controversias a través de un sistema judicial cuyas raíces debían buscarse en las Partidas, y en un proceso con la impronta liberal e individualista imperante, y cuyas características más acusadas eran lentitud y carestía²⁰.

Más tarde, en 1891 y ya fuera de los períodos descritos, tiene lugar un intento por establecer tribunales de trabajo. A tal fin, la Comisión de Reformas Sociales elaboró un proyecto encomendado nueve años atrás. *El Proyecto creaba los que llamaba Jurados Industriales, formados por un presidente y vocales patronos y obreros, actuando el pleno en tres secciones: Delegación Tutelar, Mesa de Conciliación y Sala Jurisdiccional. En el mismo año se presentaron a la Comisión otros dos proyectos que establecían, respectivamente, Juntas Mixtas de Consulta y Arbitraje y Jurados Mixtos Arbitrales*²¹.

Sin embargo, va a ser en el año 1900, con la Ley de Accidentes de trabajo de 30 de enero, cuando se va a iniciar en verdad el despegue tan necesitado y reclamado por la sociedad. La expresada ley, aun cuando anunció el establecimiento de una jurisdicción especial cuyo objeto sería la resolución de conflictos suscitados con motivo de su aplicación, atribuyó, por de pronto, su conocimiento al juez de primera instancia por el procedimiento del «juicio verbal»²²; esto es, *por el procedimiento más rápido y sencillo de la LEC, pero manteniendo todo su sistema, incluidos los recursos*²³.

III. Perfiles orgánicos para un proceso laboral

A la vista de la sintética exposición normativa anteriormente referida, el proceso del trabajo resulta de la aplicación de las normas del proceso civil

²⁰ MONTERO AROCA, J. *El proceso laboral*, Tomo I, Bosch, 2.ª edición, Barcelona, 1982, pág. 34.

²¹ HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, M. *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*. Instituto de Estudios Políticos, 6.ª edición, Madrid, 1953, pág. 622.

²² DE LA PLAZA, M. *Derecho procesal civil español*, Volumen II, Primera parte, EDESA, Madrid, 1955, pág. 436.

²³ MONTERO AROCA, J. *El proceso laboral...*, cit., Tomo I, pág. 34.

ordinario a las exigencias y problemas peculiares del mundo de la producción y el trabajo, y para aplacar, en alguna medida, los conflictos laborales y también reforzar notablemente el cumplimiento de la normativa en la materia.

La auténtica conversión de uno en otro proceso se produce con la Ley de 19 de mayo de 1908, de Tribunales Industriales²⁴. La expresada ley ha de ser analizada desde la perspectiva histórica ofrecida por dos importantes reformas: a) la Ley de 22 de julio de 1912, germen del actual proceso laboral²⁵, y por la cual se inició el régimen de jurisdicción especial mixta para la solución de los conflictos individuales de trabajo a imitación de otras legislaciones europeas (Alemania, Austria, Bélgica e Italia)²⁶; y b) por el Real Decreto Ley de 23 de agosto de 1926, de Código de Trabajo²⁷. Estos Tribunales estaban compuestos por un juez de primera instancia, presidente, y de dos jurados y un suplente, patronos, y dos jurados y un suplente, obreros. Los jurados conocían de los hechos y emitían un veredicto, si bien se reservaba al juez la aplicación del derecho sobre los citados hechos y la elaboración de la sentencia. La resolución dictada era susceptible de ser recurrida en revisión ante la Audiencia Territorial, o bien cabía contra ella recurso de casación ante el Tribunal Supremo, cuya Sala de lo Social se creó en 1931²⁸.

El conjunto normativo anteriormente referido convivió con la Ley de Jurados Mixtos Profesionales de 27 de noviembre de 1931²⁹. Tales Jurados, a diferencia de los Tribunales Industriales, y aunque estaban constituidos por un presidente y vocales patronos y obreros, no eran órganos jurisdiccionales, sino órganos de naturaleza administrativa.

La convivencia entre los Jurados Mixtos y los Tribunales Industriales conllevó una competencia dual en el tratamiento de la problemática laboral, pues mientras los primeros conocían de los litigios sobre pagos de salarios, horas extraordinarias, despido y los análogos derivados del cumplimiento del contrato de trabajo, los Tribunales Industriales atendían, principalmente, a materias concernientes a accidentes de trabajo. Este desdoblamiento compe-

²⁴ MARTÍN VALVERDE, A. *La formación del Derecho del Trabajo en España...*, cit., págs. XXX y XXXI, y LVII y LVIII.

²⁵ MONTERO AROCA, J. *El proceso laboral...*, cit., Tomo I, pág. 35.

²⁶ MIGUEL Y ROMERO, M. *Derecho procesal teórico (Procedimientos judiciales)*, Tomo I, Librería General de Victorino Suárez, Madrid, 1934, págs. 232-233.

²⁷ Artículos 487 y siguientes de dicho Código.

²⁸ MONTERO AROCA, J. *El proceso laboral...*, cit., Tomo I, pág. 35.

²⁹ Incluidos el Real Decreto-ley de 9 de diciembre, y el Real Decreto de 8 de marzo de 1929, ambos sobre Organización Corporativa Nacional. Vide DE LA PLAZA, M. *Derecho procesal civil español...*, cit., Volumen II, Primera parte, pág. 436; AGUILERA DE PAZ, E. y RIVES Y MARTÍ, F. *Derecho judicial español*. T. I. Reus. Madrid, 1920, págs. 276-277; GALLART FOLCH, A. *Derecho español del trabajo*. Labor. Barcelona, 1936, págs. 324 y ss; y, finalmente, *Crónica de la codificación española. I. Organización judicial...*, cit., pág. 339.

tencial se mantuvo hasta la promulgación de la Ley de 16 de julio de 1935, de Régimen de los Jurados Mixtos y supresión de los Tribunales Industriales, aunque no llegó a tener efectividad práctica al ser derogada, poco tiempo después, por la Ley de 30 de mayo de 1936, de derogación de la Ley de 1935 y el restablecimiento de la Ley de 1931³⁰.

El lamentable período de la guerra civil supuso, en el ámbito del proceso laboral, por un lado, la distinta aplicación de normas –derogación de unas y creación de otras, o mantenimiento de las existentes– en función de la zona geográfica donde tales normas intentarían hacerse efectivas. Pero, por otro lado, la citada contienda bélica y la solución final alcanzada supusieron la estigmatización de los órganos jurisdiccionales precedentes y su sustitución por otros de remarcada verticalidad con un poder ejecutivo consolidado a lo largo de las cuatro décadas siguientes.

Así, el 5 de noviembre de 1936, se produce la supresión por Queipo de Llano de los Jurados Mixtos en Andalucía, si bien seguirían con sus atribuciones los Tribunales Industriales. Sin embargo, el Fuero del Trabajo, de 9 de marzo de 1938 (Declaración VII), vino a anunciar la creación *ex novo* de la denominada «Magistratura de Trabajo», y ello desembocaría, poco después, en la supresión de aquellos Jurados y Tribunales por la Ley de 17 de octubre de 1940, Orgánica de las Magistraturas de Trabajo, la cual no solo desarrolló esta última institución, sino también creó el Tribunal Central de Trabajo³¹. Es de destacar, y a propósito del verticalismo antes referido, la nada casual vinculación administrativa de las recién inauguradas Magistraturas con el Ministerio de Trabajo, tal y como se evidencia en los artículos sexto y séptimo, y en la disposición final de la expresada ley.

Con todo, *empresario y trabajadores tuvieron que ceder su autonomía a un Estado que intentó controlar hasta 1958³² incluso los aspectos más insignificantes del mundo laboral³³*. El expresado control alcanzó, obviamente, al campo del derecho procesal laboral. Desde la finalización de la contienda hasta la promulgación de la primera ley formal social en 1958, y aun mucho después, se atravesó por un período caracterizado por una creación legislativa represiva y doctrinaria –pero al mismo tiempo excesivamente proteccionista del trabajador– diseñada mediante mecanismos jurídicos impuestos de manera interesada por un sistema más preocupado en enaltecer su ideario que en procurar el bienestar social de sus obligados correligionarios.

³⁰ Vide HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, M. *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*..., cit., pág. 623. Vide GALLART FOLCH, A. *Derecho español del Trabajo*..., cit., págs. 327 y ss.

³¹ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E. *Manual de Derecho del Trabajo*..., cit., Volumen II, pág. 876.

³² Fecha de aprobación de la Ley de Convenios Colectivos.

³³ AIZPURU, M. y RIVERA, A. *Manual de historia social del trabajo*. Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 1994, págs. 341-342.

IV. El nuevo escenario procesal inaugurado en 1958

La Ley de 24 de abril de 1958 se erigió en la primera norma, la puerta de acceso hacia sucesivas leyes hasta llegar a la vigente Ley de Procedimiento Laboral de 1995, cuyo inmediato fin perseguido era refundir el conjunto normativo existente hasta la fecha en un único cuerpo legal. *El Decreto de 13 de mayo de 1938* –señalaba el Preámbulo de la Ley de 1958–, *creador de las Magistraturas de Trabajo, estableció en su artículo segundo que el conocimiento de los asuntos a ellas atribuidos habría de ajustarse a las normas procesales señaladas en el Código de Trabajo, sin otras modificaciones que las que el propio Decreto introdujo. Desde entonces y por sedimentos sucesivos, se ha ido formando un cuerpo de normas de procedimiento laboral con rango jerárquico muy distinto, que es imperioso refundir en un solo texto para facilitar su conocimiento y aplicación por todos los interesados en la relación laboral: Tribunales, Administración, trabajadores y empresarios.* La ley de 24 de abril de 1958 sienta las bases para el futuro texto refundido y ordena al Ministerio de Trabajo, oída la organización sindical, la elevación al Gobierno, en el plazo más breve posible, del citado texto y un procedimiento especial para los seguros sociales y el mutualismo laboral acomodado a sus peculiares características (art. 13). El referido texto refundido de procedimiento laboral fue aprobado por Decreto de 4 de julio de 1958 con el fin de garantizar y salvaguardar el derecho de las partes, así como fijar al juzgador la pauta a seguir en la jurisdicción del trabajo. *El proceso laboral* –se apuntaba en el Preámbulo– *está regulado actualmente por normas a las que las partes y el Magistrado han de acomodar su actuación, pero tales reglas se hallan diseminadas en multitud de disposiciones (Código de Trabajo de 1926, Ley de Enjuiciamiento Civil como supletoria, Decretos, Órdenes ministeriales, Reglamentaciones de Trabajo, etcétera) que hacen difícil su conocimiento a quien en estas materias no esté avezado, siendo frecuente observar omisiones de indudable trascendencia para el legislador, ya que tales preceptos, por ser de índole procesal y, por tanto, de orden público, son de ineludible observancia.*

Los siguientes dos textos refundidos de procedimiento laboral, el Decreto de 17 de enero de 1963 y el Decreto de 17 de agosto de 1973, se fueron acomodando a las pautas diseñadas por las leyes sustantivas emanadas de la dictadura, hasta llegar a la Constitución española de 1978 y al desarrollo legislativo de su artículo 35. El resultado fue la promulgación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, el cual introdujo profundas modificaciones en la naturaleza y contenido de las relaciones laborales. Ello obligó al legislador a acomodar los preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral al nuevo ordenamiento sustantivo³⁴. Fruto de tal acomoda-

³⁴ Vide disposición adicional sexta de la referida Ley 8/1980.

ción fue la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral por el Real Decreto 1568/1980, de 13 de junio³⁵.

El citado nuevo marco procesal quedó, no obstante, obsoleto tras la aprobación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la cual, como señala su Exposición de Motivos, es *una de las normas que, en unión de otras muchas, tiene que actualizar el cuerpo legislativo –tanto sustantivo como procesal– español y adecuarlo a la realidad jurídica, económica y social*.

La Ley Orgánica del Poder Judicial propició cambios en el orden jurisdiccional social para adaptarlo a la nueva realidad territorial, tanto administrativa como judicial, del Estado. Al crearse por dicha Ley, entre otras instituciones, los Tribunales Superiores de Justicia, como derogación del Tribunal Central de Trabajo, y los Juzgados de lo Social en sustitución, estos últimos, de las Magistraturas de Trabajo, la actualización procesal laboral no se hizo esperar, para lo cual el legislador no propició sin más y como en otras ocasiones el mero cambio de una ley por otra nueva, sino a través de una Ley de Bases (Ley 7/1989, de 12 de abril), que estableció los principios y criterios por los cuales debía guiarse el legislador en una futura regulación del proceso laboral. En desarrollo de tal Ley de Bases se dictó el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, de Procedimiento Laboral. Este nuevo texto articulado estuvo vigente hasta el primero de mayo de 1995, *en que entró en vigor el actual Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril, cumpliendo el Gobierno con el mandato contenido en la disp. final 6.ª de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre («de acompañamiento» a la Ley 41/1994, de la misma fecha, de presupuestos para 1995)*³⁶.

Si, como se ha manifestado en el párrafo precedente, la Ley Orgánica conllevó la reelaboración del proceso laboral para atender una nueva realidad, y ello supuso, en una sola década, el advenimiento de dos normas de procedimiento (1990 y 1995), no ha ocurrido otro tanto con el profundo cambio experimentado en el proceso civil con la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Una ley esta situada en las antípodas de su predecesora pero con un mimetismo estructural sin precedente con la ley adjetiva laboral.

Sin embargo, tal mimetismo en cuanto a la estructura procesal, esto es, en cuanto a los principios informadores del proceso y del procedimiento, no ha venido acompañado por una correspondiente y obvia sincronización entre las diferentes instituciones de uno y otro proceso. A lo sumo, el legislador de la norma formal civil se ha limitado a edulcorar, a través de una disposición

³⁵ Vide Preámbulo del citado Real Decreto.

³⁶ ALONSO OLEA, M.; MIÑAMBRES PUIG, C y ALONSO GARCÍA, R. M.ª. *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, 11.ª edición, Madrid, 2000, págs. 43-44.

final (undécima), algunos aspectos de la Ley de Procedimiento Laboral como mera medida paliativa en lugar de proponer una futura reforma en profundidad de dicho proceso.

V. La necesaria reordenación del proceso laboral

El sucinto análisis histórico reseñado en las precedentes páginas, viene a reflejar una constante pugna entre el derecho sustantivo y el derecho procesal. El primero, galopante y abrumador, necesario para dar cobertura a actividades en constante evolución; el segundo, el derecho procesal, a la sombra del sustantivo, a la espera de tutelar los conflictos nacidos de dicha actividad e irresueltos por vías distintas a la contenciosa. Esta «constante pugna» lo ha sido y lo es en buena lid, y los mecanismos utilizados han respondido a las herramientas existentes en cada momento histórico. De esta suerte, y como se ha podido apreciar, siempre y en todo momento ha existido un derecho formal aplicable frente a un conflicto surgido entre partes. Tal derecho formal ha sido el general aplicable a controversias generales (singularmente las civiles) hasta un momento histórico específico y coincidente con la diáspora orgánica de los tribunales encargados de conocer, mediante una jurisdicción especial y mixta, la solución de los conflictos individuales de trabajo. Ello no obstante, es con la última dictadura cuando, de manera decidida, se da entrada a la norma procesal por excelencia.

La expresada norma, la Ley de 24 de abril de 1958, no nace, pese a su Preámbulo, como instituto de refundición de un conjunto normativo disperso, ni para llevar a los aplicadores del Derecho a un texto de fácil comprensión en una materia compleja como lo es la laboral. Admitir todo ello sería tanto como tildar de ignaros a dichos aplicadores además de presumirles desconocedores de la rama procesal por excelencia cual era la civil.

Evidentemente, las razones del legislador de aquella ley eran otras; unas razones más próximas al enaltecimiento de la clase trabajadora única capaz de hacer temblar los cimientos de un régimen ilegal e impuesto por la fuerza. El proceso civil era suficiente, y lo hubiera podido seguir siendo dado, por otro lado, la escasa conflictividad social existente durante los cuarenta años de imposición política.

Pero el legislador de 1958 no confeccionó un modelo paralelo al previsto por la ley formal civil, entre otras razones porque ello no hubiera coadyuvado a justificar la modificación en los términos expuestos en el Preámbulo de dicha ley. El legislador era consciente de ello y buscó horizontes más vanguardistas y fue limando asperezas a lo largo de las sucesivas modificaciones. La ley nació y se fue modificando sobre la base de unos principios procesales y procedimentales capaces de dar seguridad al proceso y agilidad al procedimiento, hasta el punto de ser reclamada su estructura por la doctrina para el proceso civil.

Así las cosas, y hasta el momento actual, los científicos tanto del proceso civil como del proceso laboral han exaltado las bondades de una ley, la de procedimiento laboral, nacida para acallar suspicacias y rencores de una clase trabajadora sumida en un letargo reivindicativo, pero una ley a la altura de las legislaciones formales civiles más de punta de lanza del entorno europeo más próximo.

Las razones albergadas por dicha doctrina no solo para reconocer las exquisiteces del proceso laboral, sino también para defender a ultranza la especialidad de la materia, pueden ser resumidas en tres cuestiones básicas. En primer lugar, el ser una jurisdicción especializada, consecuencia ello de haber podido desgajarse de sus troncos primitivos, y el ser, igualmente, una jurisdicción implicada en ofrecer al justiciable un proceso rápido y gratuito³⁷.

En segundo término, alude la doctrina a la «naturaleza del proceso laboral» como vehículo para privilegiar el proceso laboral mismo y dotarle de autonomía propia³⁸, así como de una cierta dosis de especial protección o tutela dispensada al trabajador a lo largo del proceso³⁹.

Por último, y como tercera «cuestión básica» apuntada por la doctrina para reconocer las bondades del proceso laboral y defender, con ello, la especialidad de la materia, se apunta a la profunda incidencia de las normas sustantivas en dicho proceso, el dinamismo de aquellas y su enorme diversificación en diferentes ramas dentro de una misma disciplina jurídica. Esta particularidad, se viene a decir, obliga al científico y al aplicador del Derecho a tener muy en cuenta las normas básicas del ordenamiento laboral a la hora de abordar el estudio de las normas procesales⁴⁰.

Las anteriores consideraciones doctrinales circunscritas a las aquí denominadas *cuestiones básicas*, son marcadamente insuficientes para otorgar al proceso laboral y a su principal norma reguladora, la Ley de Procedimiento Laboral, el valor y el alcance otrora obtenido. Por un lado, y si bien la celeridad del procedimiento viene decidida, en unión del principio de concentración, por la realización de la práctica de la prueba en la fase decisoria y por la eliminación de trámites y diligencias innecesarios a los fines del proceso,

³⁷ Cfr. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L. *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, EDERSA, Madrid, 1969, págs. 165-166.

³⁸ BAYLOS GRAU, A; CRUZ VILLALÓN, J y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Trotta, 1995, pág. 114.

³⁹ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. Tecnos. 22.^a edición. Madrid, 2001, pág. 743.

⁴⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.; ALFONSO MELLADO, C. L.; BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J. M.^a *Derecho Procesal Laboral*. Tirant lo blanch, 3.^a edición, Valencia, 2000, pág. 30. Vide RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. *et alii*, «Proceso de trabajo y justicia constitucional», en *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 728-729.

ello no obstante se muestra insuficiente. Tal insuficiencia se detecta, principalmente, en factores *metaprocesales* como lo son la insuficiente dotación económica o la excesiva burocratización de la actividad administrativa de los juzgados y tribunales⁴¹. Por otro lado, intentar justificar una autonomía propia del proceso respecto del civil es tanto como desconocer la estructura de uno y otro proceso; o, si acaso, sería tanto como no haber constatado la profunda reforma operada por el legislador de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁴². Finalmente, justificar la pervivencia de la ley actual tal y como está diseñada sobre la base de la incidencia en la ley procesal de las normas sustantivas y su dinamismo, y, además, argumentar la necesaria especialización del operador jurídico en esta disciplina, todo ello es desconocer dónde se residencia el problema de esta compleja rama jurídica. En efecto, la complejidad no se sitúa en la norma adjetiva, sino en las materiales, luego la especialización del operador jurídico lo debe ser respecto de estas últimas y no con relación a la procesal.

La vuelta de hoja a todo lo anterior, esto es, al verdadero nudo gordiano situado en la pervivencia actual de la ley procesal laboral, debe buscarse en la homónima estructura entre dicha ley y la norma procesal civil y, además, descubrir en la situación actual, y con los criterios de supletoriedad de por medio, si en la práctica forense la alternancia de dichas leyes adjetivas crea o no inseguridad jurídica.

En los diferentes períodos históricos analizados con anterioridad, se ha podido constatar, hasta 1958, la inexistencia de una estructura diferenciada entre la Ley de Enjuiciamiento Civil y otra u otras leyes procesales aplicables a los conflictos laborales, porque –resulta ocioso reconocerlo– la regulación de dichos conflictos a nivel formal quedaba prácticamente reservado a una misma ley procesal. Pero tampoco, y por las mismas razones, cabría esgrimir inseguridad jurídica alguna; si acaso sí le era achacable la lentitud en el procedimiento. Sin embargo, a partir de la indicada fecha, al enuclearse un proceso especial del civil vigente, se ganó en celeridad y en seguridad para el justiciable porque, entre otras razones, la estructura del proceso y del procedimiento se mostraba distinta al comparar ley general y ley especial procesales.

Actualmente, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil tiene una estructura similar a la procesal laboral, si bien esta última, aunque nació vanguardista, ha quedado eclipsada por la ley adjetiva civil. Este oscurecimiento provoca

⁴¹ ALEMAÑ CANO, J. *Estructura del proceso laboral*. Tirant lo blanch. Valencia, 2008, págs. 139 y 141.

⁴² MONTERO AROCA, J. *Introducción al proceso laboral*. Marcial Pons. Madrid, 2000, pág. 79; vide CRUZ VILLALÓN, J. *et alii*, «El limitado alcance de la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en el proceso laboral», en *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y proceso laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 92.

en la práctica forense una gran inseguridad jurídica, y desde el punto de vista teórico produce opiniones encontradas entre la doctrina.

La indicada inseguridad se manifiesta en un gran número de institutos procesales laborales. Diseñar un perfil mínimo y aceptable de todos y cada uno de las instituciones procesales afectadas sobrepasaría con mucho las exigencias impuestas para este trabajo. En esta línea de restricción impuesta, sí es posible reseñar algunos institutos necesitados de una profunda reforma y adaptación a las previsiones ordenadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, tales como la insuficiente regulación de la audiencia al demandado rebelde (art. 183 LPL); la discutida oposición del demandado en el embargo preventivo (art. 79 LPL); el vacío legal existente en torno de las medidas cautelares indeterminadas (727.11.ª LEC) o del juicio de revisión (art. 234 LPL); las mayores garantías ofrecidas al justiciable de adoptarse de manera indiscutida las denominadas diligencias finales (arts. 435 y 436 LEC) frente a las diligencias para mejor proveer del proceso laboral (art. 88 LPL); la dicotómica ordenación de la abstención y recusación (arts. 15 LPL, arts. 5, 221.2 y 221.4 LPOJ, y art. 102.2 LEC); y la mejorable prejudicialidad penal por presunta falsedad documental (art. 86.2 LPL).

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de remitir la actual materia a un estudio mucho más profundo⁴³, sí, en cambio, puede ahondarse mínimamente en este lugar sobre algunas manifestaciones dominadas por la práctica forense donde se ha podido apreciar una insana confrontación entre las normas procesales, la civil y la laboral, de consecuencias un tanto perniciosas para quienes se sitúan en la labor de aplicar día a día esta rama del Derecho.

En primer lugar, es de resaltar la denominada *contestación a la demanda* (art. 86.2 LPL), la cual con una clara correspondencia con un procedimiento informado, entre otros, por los principios de aceleración y concentración, el proceso mismo ganaría en igualdad de armas si tal contestación se llevara a cabo por escrito aun en detrimento, liviano si se quiere, de aquellos principios informadores⁴⁴; porque *lo que en realidad produce indefensión no son los plazos, sino su incumplimiento*⁴⁵, y tal incumplimiento está fuera del análisis dogmático y no ha de servir para blandir la excusa de una inaplica-

⁴³ En la citada obra, *Estructura del proceso laboral*, se vienen a analizar, sobre la base de los principios informadores del proceso y del procedimiento laboral, los institutos procesales afectados, la adaptación de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la laboral y las carencias de esta última norma (ALEMAÑ CANO, J. *Estructura del proceso laboral*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008).

⁴⁴ Para una mayor profundización de la tesis sustentada, vide ALEMAÑ CANO, «Estructura...», cit., págs. 123 y ss.

⁴⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Deficiencias del proceso social y claves para su reforma*. Marcial Pons. Madrid, 2001, pág. 117.

ción tan intensa de dichos principios según se esté en el proceso civil o en el laboral⁴⁶.

En segundo término, se detecta en el proceso laboral la imposible reparación de errores judiciales plasmados en sentencias recaídas en primera instancia e inatacables en una segunda instancia por imperativo legal (art. 189.1 LPL). Frente a ello, paradójicamente, se tiene por satisfactoria la institución de la *nulidad de actuaciones*⁴⁷, pese a ser este un instituto contrario a la celeridad del procedimiento y al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁴⁸.

En tercer lugar, la carencia de un recurso ordinario en la jurisdicción social impide mantener el criterio del doble grado frente a la excepcionalidad de los vigentes recursos. Pero, aun y con todo ello, ni el legislador ni la práctica forense ponen las cosas fáciles al justiciable, pues la exigencia de grabar el desarrollo del juicio –lo cual ayudaría notablemente a la hora de plantear el subsiguiente recurso contra la sentencia dictada– es contemplado en la ley como una mera posibilidad (art. 89 LPL), lo cual contrasta con el imperativo tenor de los arts. 147 y 187 LEC de documentar el desarrollo de las actuaciones⁴⁹.

Por último, y dentro del muestreo propuesto de instituciones generadoras de inseguridad, es en la materia destinada a la prueba donde más se evidencia aquella inseguridad jurídica. Ello es producto, como se ha dicho, de la falta de sintonía entre las dos normas adjetivas, lo cual es altamente perjudicial no ya solo para el justiciable, sino también para quien desempeña la labor de defender o representar a las partes en juicio, por cuanto la carencia de criterios homogéneos puede llevar a un cierto grado de indefensión entre tales defensores o representantes frente a decisiones dispares de los órganos judiciales⁵⁰. Sobre la base de esta línea argumentativa, es de destacar a modo de mera ilustración: a) la parquedad en el tratamiento de los medios de prueba previstos en la ley adjetiva social en comparación con la civil, por lo cual se hace necesario abandonar sistemas de innecesaria raigambre como lo es el acudir de manera sistemática a la supletoriedad y a las constantes interpretaciones encontradas entre la norma suplida y la supletoria; b) la prueba anti-

⁴⁶ Cfr. LASAOSA IRIGOYEN, E. *La jurisdicción social en España: una visión histórica*. Dickinson. Madrid, 2008, pág. 124.

⁴⁷ ALEMAÑ CANO, J. *Estructura...*, cit., págs. 151 y ss.

⁴⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R. *Proceso laboral y proceso civil: convergencias y divergencias*. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, págs. 104-105; GIMENO SENDRA, J. V. *et alii*, *Derecho Procesal Civil. Parte general*. Colex, 3.ª edición. Madrid, 2000, pág. 43.

⁴⁹ Respecto del recurso de apelación laboral en los ordenamientos francés y alemán, vide VALDÉS DAL-RÉ, F. *Las jurisdicciones sociales en los países de la Unión Europea: Convergencias y divergencias*, <http://portal.oit.or.cr/dmdocuments/justicia_laboral/jurisdicciones-socialesunioneuropea.pdf>.

⁵⁰ ALEMAÑ CANO, J. *Estructura...*, cit., págs. 106 y ss.

cipada (art. 90.2 LPL), perfectamente regulada y con mayor amplitud en la ley procesal civil (art. 265. LEC); el interrogatorio de las partes (arts. 301 a 306 LEC), más completo y garantizador al reforzar el principio de contradicción; y d) la prueba documental, pues se presenta regulada en la norma laboral con una alta dosis de laconismo (art. 94 LPL), a pesar de la importancia de este medio probatorio tanto en la primera como en la segunda instancia.

Así las cosas, dos alternativas cabrían si no se quiere mantener el estado de incertidumbre generada por la aplicación de una u otra ley procesal, o por ambas, cuando se acuda a criterios de supletoriedad o de complementariedad. Por un lado, y como en el período previo a la entrada en vigor de la primera ley procesal laboral de 1958, la alternativa pasaría por la regulación formal de los conflictos laborales a través de la mera remisión al «juicio verbal» de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta remisión, ello no obstante, podría ser insuficiente o no encajar de manera decidida al ser el proceso laboral (por razones históricas y por necesidades de propiciar un proceso ágil y de tendencia más protectora respecto del más débil de las dos partes enfrentadas) un proceso investido, entre otros, por el principio de celeridad. Por esta circunstancia, y en evitación de ello, sería deseable la inclusión en la ley adjetiva civil de un único proceso especial destinado a amparar todas y cada una de las controversias nacidas en el seno de las relaciones laborales⁵¹. Este proceso especial integrado en la norma procesal civil⁵² sería un proceso cuyo nacimiento, desarrollo (el órgano decisorio podría estar conformado por un juez de carrera⁵³, escabinos⁵⁴ o mixto⁵⁵), finalización (contra la sentencia debería permitirse un recurso de apelación⁵⁶ o de apelación restringida⁵⁷) y ejecución transcurriera sobre los mismos principios y por idénticos institutos procesales que la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La segunda alternativa, por otro lado, capaz de erradicar la tantas veces repetida en este trabajo *inseguridad jurídica*, conllevaría la elaboración de

⁵¹ En el proceso laboral alemán –*Arbeitsgerichtsgesetz*– no existen procesos especiales tal y como sucede en el ordenamiento formal laboral español (JIMÉNEZ FORTEA, F. J. *El recurso de casación para la unificación de doctrina laboral –Problemas fundamentales–*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999, págs. 76-77).

⁵² Este es el modelo seguido tanto en Italia (los arts. 409 a 447 del Codice di procedura civile italiano vienen destinados a la resolución de conflictos en materia laboral) como en Francia (art. 749 CPCF, vigente hasta el año 2008, pero sustituido por el art. 879 en la redacción ofrecida por el nuevo CPCF y con vigencia a partir de enero de 2009).

⁵³ Art. 409 en relación con el art. 413 CPCF, y en relación con las normas reguladoras de la organización judicial italiana.

⁵⁴ El escabinado es el modelo seguido por el ordenamiento laboral alemán para componer el tribunal de primera instancia (§ 16 de la *Arbeitsgerichtsgesetz* alemana).

⁵⁵ En este sentido, el Código del Trabajo francés, L. 512-1 y L. 512-8, así como el art. 749 CPCF en relación con el art. 879, vigente, este último, a partir de enero de 2009.

⁵⁶ *Vide* art. 433 en relación con el art. 409, ambos del CPCF.

⁵⁷ *Vide* arts. 78-79 y 543-545 CPCF, y el § 69 de la *Arbeitsgerichtsgesetz* alemana.

una ley especial si no se quiere embutir el proceso laboral en la norma adjetiva civil. Tal ley especial, la cual habría de ser muy breve y no contener proceso especial alguno –la *Arbeitsgerichtsgesetz* alemana⁵⁸–, habría de permitir no solo un proceso ágil, económico y garantizador, sino también posibilitar la indubitada aplicación supletoria de los institutos procesales civiles, incluido el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia⁵⁹.

⁵⁸ El proceso laboral alemán sigue un criterio muy parecido al anotado como segunda alternativa. *Vide* un interesante comentario sobre el particular en TOPF, H. «El proceso laboral en Alemania: Legislación y jurisprudencia de la ejecución laboral en el derecho alemán», en *Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la jurisdicción social*, obra colectiva. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007, pág. 77.

⁵⁹ En el proceso laboral alemán cabe la interposición de una apelación [*Revision*] (§ 69.3, *Arbeitsgerichtsgesetz*), si bien tal apelación es restringida (§ 69.4 *Arbeitsgerichtsgesetz*).

JURISPRUDENCIA

Casos escogidos de Derecho antitrust europeo

Bajo la coordinación de

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

y

María Pilar Canedo Arrillaga

Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Deusto

Recibido: 13.02.09

Aceptado: 04.05.09

Resumen: En esta sección se analiza una selección de casos de Derecho antitrust europeo. Los temas que se abordan son ententes, abuso de posición dominante y concentraciones. Se prosigue con la numeración consecutiva que se inició en el volumen 54/1 (enero-junio 2006). Existe un índice acumulativo de los casos tratados en esta sección disponible en <<http://www.transnational.deusto.es/publications>>.

Palabras clave: Derecho europeo de la competencia, Derecho antitrust europeo, ententes, abuso de posición dominante, concentraciones.

Abstract: *This section analyses a number of selected cases on European antitrust law, including Judgements and Decisions on European Antitrust Law, abuse of a dominant position, unlawful arrangements (cartels) and mergers. The cases commented on this section maintain their consecutive numeration initiated on the vol. 54/1 (January-June 2006). There exists an on-line cumulative index listing all the cases commented on this section available on <<http://www.transnational.deusto.es/publications>>.*

Key words: *European Antitrust Law, abuse of a dominant position, unlawful arrangements, cartels, mergers.*

Sumario: I. Introducción.—II. Comentarios. *Caso N.º 57.* STJCE de 13 marzo 2008, *Ioannis Doulamis*, C-446/05. *Caso N.º 58* - STPI 10 abril 2008, *Deutsche Telekom/Comisión*, T-271/03. *Caso N.º 59* - STPI 18 junio 2008, *Hoechst GmbH/Comisión*, T-410/03. *Caso N.º 60.* STPI 16 enero 2008, *Isabella Scippacercola*, T-306/05. *Caso N.º 61.* STPI 8 julio 2008, *Knaupf Gips KG/Comisión*, T-52/03. *Caso N.º 62.* STJCE 6 marzo 2008, Comisión/España (adquisición de Endesa por E.ON), C-196/07. *Caso N.º 63.* Auto Presidente TPI 14 marzo 2008, *Huta Buczek/Comisión*, T-440/07 R y Auto Presidente TPI 14 marzo 2008, *Buczek Automotive/Comisión*, T-1/08 R. *Caso N.º 64.* STJCE 22 mayo 2008, *Evo-nik Degussa GmbH*, C-266/06. *Caso N.º 65.* Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. (Doc.Com. [2008] 165 final de 2 abril 2008).

I. Introducción

Presentamos a continuación los comentarios a algunas de las más relevantes decisiones comunitarias en materia de Derecho de competencia dictadas a finales del año 2008, así como del Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Estos comentarios continúan con la sección iniciada en el año 2006 y tratan de dar una visión de las novedades jurisprudenciales en materia de competencia. Las resoluciones hacen referencia a ententes, abuso de posición dominante y concentraciones, y son el resultado del trabajo de un equipo de expertos procedentes de diferentes universidades españolas que colaboran en la línea de investigación sobre Derecho Europeo de la Competencia en el marco del Proyecto «La comunitarización del Derecho Privado», con referencia IT-401-07 subvencionado por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco (2007-2009).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y María Pilar Canedo Arrillaga
(Directores)

II. Comentarios

Caso N.º 57. STJCE de 13 de marzo de 2008, *Ioannis Doulamis*, C-446/05

NOTA

En la sentencia objeto de comentario, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronuncia sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial belga. La cuestión se plantea en el marco de un litigio penal, y versa sobre la legalidad, desde el punto de vista del Derecho europeo de la competencia, de una disposición normativa belga por medio de la cual se prohíbe la publicidad de servicios dentales.

2. Hechos. Los hechos del proceso principal fueron los siguientes. El Dr. Doulamis, técnico dental, fue acusado de infringir el artículo 3 de la ley belga de 15 de abril de 1958, relativa a la publicidad en materia de tratamientos dentales, al insertar publicidad sobre su clínica dental en una guía telefónica. La disposición infringida dispone que «nadie podrá llevar a cabo, directa o indirectamente, publicidad de cualquier naturaleza, dirigida a tratar o hacer tratar, por persona cualificada o no, en Bélgica o en el extranjero, las afecciones, lesiones o anomalías de la boca y los dientes, en especial por medio de vitrinas o rótulos, de inscripciones o de placas, que puedan inducir a error sobre el carácter legal de la actividad anunciada, así como mediante prospectos, circulares, octavillas y folletos, en la prensa, por radio o televisión y en salas de cine, mediando promesa o concesión de ventajas de cualquier clase, tales como bonificaciones, transporte gratuito de pacientes, o a través de corredores o captadores. No constituye publicidad a los efectos del

presente artículo el hecho de que las clínicas y policlínicas mutuas pongan en conocimiento de sus mutualistas los días y horas de consulta, el nombre de sus titulares y las modificaciones referidas a estas».

Ante esta acusación, el Sr. Doulamis alegó que la norma citada atentaba contra la libre competencia económica, puesto que la publicidad es un instrumento indispensable para competir libremente (apartado 5). Y, en este sentido, responsabilizaba al Estado belga de infringir el artículo 10 TCE en relación con el art. 81 TCE, al no adoptar las medidas apropiadas para asegurar el efecto útil de las normas sobre competencia aplicables a las empresas.

El órgano judicial remitente, el tribunal de *première instance de Bruxelles*, planteó la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

«¿Debe interpretarse el artículo 81 CE, en relación con los artículos 3 CE, apartado 1, letra g, y 10 CE, párrafo segundo, en el sentido de que se opone a que una ley nacional, en el presente caso, la Ley de 15 de abril de 1958, prohíba a cualquiera, y a los prestadores de tratamientos dentales, en el marco de una profesión liberal o de una consulta dental, que lleven a cabo publicidad de cualquier naturaleza, directa o indirectamente, en el ámbito de los tratamientos dentales?».

3. Disposiciones normativas estudiadas. Para poder analizar la sentencia, debemos primeramente tratar de explicar qué es lo que pregunta el tribunal belga. El Sr. Doulamis no niega haber infringido la ley belga sobre publicidad, lo que alega es que dicha ley obstaculiza la libre competencia empresarial y que, por lo tanto, atenta contra el Derecho de la competencia. Concretamente, considera que el Estado belga debe ser sancionado por infringir el artículo 10 en relación con el 81, ambos del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas.

4. El artículo 81 TCE regula la figura de las ententes. Según este precepto comunitario, los acuerdos de empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior, deberán ser objeto de sanción –salvo que puedan acogerse a la exención del artículo 81.3 TCE–. Se trata de un precepto que tiene como destinatarias a las empresas y sus asociaciones, y que, por ello, no puede ser infringido por un Estado. Sin embargo, las autoridades estatales pueden ser acusadas de incumplimiento de las obligaciones recogidas en el Tratado de Roma, en virtud al artículo 10 de dicho texto comunitario.

El artículo 10 TCE dispone lo siguiente: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que pueda poner el peligro la realización de los fines del presente Tratado». Como puede observarse, el comportamiento del Esta-

do puede ser objeto de sanción si no conduce a cumplir con las obligaciones y los fines recogidos en el Tratado Constitutivo. Para conseguir los fines enunciados en el artículo 2 de la norma fundacional, una de las acciones de la Comunidad, previstas en el artículo 3, es llevar a cabo «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior (art. 3.1.g TCE)».

Uniendo todo lo anterior, los Estados están obligados a garantizar que la competencia no sea falseada en el mercado interior (art. 10 en relación con el art. 3.1.g, ambos del TCE), por lo tanto, cualquier actuación estatal que, por acción u omisión, fomente o permita, o directamente cree, comportamientos lesivos de la competencia –*ad ex.*, ententes del artículo 81 TCE–, deberá ser objeto de sanción.

5. Jurisprudencia comunitaria. La jurisprudencia comunitaria ha afirmado de forma reiterada la relación existente entre los artículos mencionados –arts. 81, 10 y 3.1.g del TCE–, en el sentido de poder exigir responsabilidad a las autoridades estatales por su infracción. Así, en el asunto *Van Eycke* –alegado por el Sr. Doulamis–, el Tribunal de Justicia recoge lo siguiente: «*Procede recordar a este respecto, que, considerados en sí mismos, los artículos 85 y 86 [arts. 81 y 82 actuales] del Tratado se refieren únicamente a la conducta de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros. No obstante, es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia, que los artículos 85 y 86, considerados en relación con el artículo 5 del Tratado, obligan a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan anular la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Tal es el caso, en virtud de esa jurisprudencia, cuando un Estado miembro, o bien impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica*» (STJCE de 21 septiembre 1988, *Van Eycke*, 267/86, Rec. 1988, p. 4769, apartado 16).

Para que una medida legislativa *imponga o favorezca prácticas colusorias o refuerce los efectos de dichas prácticas*, el Tribunal de Justicia viene exigiendo que «*esta debe limitarse a recoger total o parcialmente, por su cuenta, los elementos de los acuerdos celebrados entre operadores económicos, obligando o estimulando a esos operadores a observar su cumplimiento*» (STJCE de 21 septiembre 1988, *Van Eycke*, 267/86, Rec. 1988, p. 4769, apartado 18).

6. En relación con el ejercicio de la profesión liberal de abogado, el Tribunal de Justicia ha tenido que contestar varias cuestiones relativas a la infracción del artículo 10 en relación con el artículo 3.1.g y el artículo 10 del Tratado de Roma. En el asunto *Arduino*, el órgano judicial comunitario reitera lo ya recogido en la sentencia *Van Eycke*, y se centra en el segundo de

los aspectos que posibilitan que el Estado pueda ser sancionado por vulnerar el artículo 10, en relación con el art. 3.1.g y 81 TCE. Efectivamente, en el caso citado se cuestionó la compatibilidad de un baremo de honorarios fijado por un Colegio de Abogados nacional, con el Derecho europeo de la competencia. En este sentido, recordando que *«este Tribunal ha declarado que se infringen los artículos 5 y 85 del Tratado [actuales 10 y 81 TCE] cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o bien refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica (véanse las citadas sentencias, Van Eycke, apartado 16; Reiff, apartado 14; Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, apartado 14; Centro Servizi Spediporto, apartado 21, y Comisión/Italia, apartado 54)»*, el Tribunal de Luxemburgo concluye que el mencionado baremo de honorarios es un medida estatal que adopta el Estado italiano. El carácter estatal de la medida deriva del hecho de que es el Ministro de Justicia quien emite el baremo, aunque haya habido una intervención previa del Colegio de Abogados proponiendo un proyecto de baremo que en ningún caso tiene carácter vinculante para el Gobierno (STJCE de 19 febrero 2002, *Arduino*, C-35/99, *Rec.* 2002, p. I-1529).

A la misma conclusión llegó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Cipolla* –caso similar relativo a la fijación de un baremo de honorarios para los abogados de Italia– (STJCE de 5 diciembre 2006, *Cipolla*, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04, *Rec.* 2006, p. I-11421).

7. En otro asunto, relativo también a profesiones liberales, el Tribunal de Primera Instancia se ha pronunciado, precisamente, sobre la prohibición de emitir publicidad; en este caso, comparativa. Se trata de la STPI de 28 marzo 2001, *IAA*, T-144/99, *Rec.* 2001, p. II-1087. En este supuesto, el Tribunal de Primera Instancia declaró contraria al Derecho europeo de la competencia la normativa emitida por una organización profesional de agentes, por medio de la cual se impedía emitir publicidad comparativa de sus asociados. Según el TPI, *«por lo que respecta a la prohibición de publicidad comparativa propiamente dicha, prevista en el artículo 2, letra b, punto 1, del código de conducta, procede señalar, ante todo, que la publicidad es un elemento importante de la competencia en un mercado determinado, en cuanto permite apreciar mejor los méritos de cada operador, la calidad de sus prestaciones y sus costes. Ejercida en condiciones leales y conforme a modalidades adecuadas, la publicidad comparativa permite, asimismo, aumentar la información de los usuarios y contribuir de este modo a la elección del agente autorizado al que pueden dirigirse en el conjunto de la Comunidad. En consecuencia, la prohibición pura y simple de la publicidad comparativa limita las posibilidades de los agentes más eficaces de desarrollar sus servicios. Ello tiene como efecto, en especial, cristalizar la clientela de cada agente autorizado en el interior de un mercado nacional»* (apartados 72-74).

Como puede deducirse de lo expuesto en este caso de publicidad, la prohibición pura y simple de la publicidad comparativa atenta contra la libre competencia de los sujetos afectados por la norma por tanto, si esto es así con la publicidad comparativa, mucho más será si nos referimos a una prohibición pura y simple de cualquier tipo de publicidad, no solo la comparativa.

8. Contestación del TJCE. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contesta a la cuestión prejudicial negando que la disposición normativa enjuiciada infrinja el artículo 81, en relación con los artículos 3.1.g y 10, todos ellos del Tratado de Roma. El órgano judicial comunitario se centra en negar la premisa de partida. Esto es, en ningún caso el artículo 81 es vulnerado por la ley belga, porque esta no está destinada a los acuerdos de empresas, a las decisiones de asociaciones de empresas, o a las prácticas concertadas. Así es, tal como afirma el Tribunal de Luxemburgo, «(...) en el asunto principal, no existe ningún elemento que demuestre que la Ley de 15 de abril de 1958 favorece, refuerza u otorga carácter normativo a un acuerdo o una decisión de empresas. Tampoco se desprende de la resolución de remisión que la disposición normativa de que se trata haya sido privada de su carácter estatal porque el Estado miembro en cuestión haya delegado en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica» (apartado 22). Efectivamente, «(...) de la resolución de remisión no se deriva que el litigio verse sobre ningún acuerdo entre empresas, decisión de asociación de empresas o práctica concertada que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común» (apartado 23).

9. Comentario. Como puede comprobarse, en el asunto analizado lo que falla es la premisa, y, a partir de eso, todo lo demás. De esta forma, el Estado belga podría ser sancionado por incumplir las obligaciones del Tratado –si se considera que la normativa en cuestión lesiona la competencia en el mercado interior–, pero no podría serlo a través del artículo 81 TCE, sino simplemente, por el artículo 10 en relación con el art. 3.1.g del texto comunitario mencionado.

En este caso, para que el Estado belga pueda resultar responsable de una lesión de la competencia en el mercado interior, habría que ver si la legislación enjuiciada realmente obstaculiza la libre competencia. La normativa belga recoge una prohibición pura y simple de publicidad de los servicios ofertados –como ocurría en el asunto *IAA* en relación con la publicidad comparativa–. Lo que se prohíbe es llevar a cabo publicidad *de cualquier naturaleza*; por ello, tomando como referencia la sentencia del caso *IAA*, debería concluirse que tal medida es contraria al Derecho europeo de la competencia, porque impide que los profesionales pueda competir entre ellos haciendo publicidad de sus servicios.

Los supuestos especiales que recoge la normativa belga sí podrían ser compatibles con el Derecho de la competencia, al poder quedar justificados por el interés general. Así, se trata de supuestos excepcionales en los que, por

un lado, se podría inducir a error sobre la legalidad de la actividad anunciada –cuando se emite publicidad «por medio de vitrinas o rótulos, o de inscripciones o placas»–, y, por otro lado, se ofrecen determinadas contraprestaciones que podrían alterar la percepción de profesionalidad del servicio prestado –cuando se realiza publicidad mediante «prospectos, circulares, octavillas y folletos, en la prensa, por radio o televisión y en salas de cine, mediante promesa o concesión de ventajas de cualquier clase, tales como bonificaciones, transporte gratuito de pacientes, o a través de corredores o captadores»–.

La normativa que impide realizar publicidad, *de cualquier naturaleza*, de los servicios profesionales debe ser considerada incompatible con el Derecho de la competencia, por obstaculizar el ejercicio de la profesión en el mercado. Salvo en los supuestos especiales mencionados en el artículo 3 de la ley de 15 de abril de 1958, que pueden quedar acogidos por la excepción del interés general, en la generalidad de los casos debe permitirse que los profesionales –en este caso del sector médico-dental– puedan realizar publicidad de sus servicios.

Juliana Rodríguez Rodrigo

Caso N.º 58 - STPI de 10 de abril de 2008, *Deutsche Telekom/Comisión*, T-271/03

NOTA

Competencia - Artículo 82 CE - Precios de acceso a la red fija de telecomunicaciones en Alemania - Compresión de márgenes - Precios aprobados por la autoridad nacional reguladora de las telecomunicaciones - Margen de maniobra de la empresa en posición dominante.

As. T-271/03, Deutsche Telekom AG, contra Comisión de las CE. Tiene por objeto la anulación de la Decisión de la Comisión 2003/707/CE, de 21 de mayo de 2003, en un procedimiento con arreglo al art. 82 CE (asuntos COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 - Deutsche Telekom AG) (DO L 263, p. 9) y, con carácter subsidiario, la reducción de la multa impuesta en el art. 3.

1. Deutsche Telekom AG, el operador histórico de telecomunicaciones en Alemania, explota la red telefónica alemana. Con anterioridad a la liberalización del mercado de las telecomunicaciones, ejercía un monopolio legal sobre la prestación de servicios de telecomunicación a los abonados a la red fija. Desde la Ley alemana de telecomunicaciones de 1996 (TKG), compite en los mercados de puesta a disposición de infraestructuras y de prestación de servicios de telecomunicación con otros operadores.

Cada una de las redes locales de Deutsche Telekom contiene varios bucles locales (circuito físico que conecta el extremo de la red en las dependencias del abonado a la red de distribución principal o a cualquier otra ins-

talación equivalente de la red pública de telefonía fija), a los que da acceso a otros operadores de telecomunicaciones y a los abonados. Desde la Resolución n.º 223 del Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones de 28 mayo 1997 (BMPT), Deutsche Telekom debía permitir a sus competidores un acceso completamente desagregado a los bucles locales. La tarifa mayorista está compuesta por un abono mensual y una cuota inicial. Cuando un competidor cancela una línea de abonado, Deutsche Telekom le cobra gastos de cancelación. Según el art. 25.1 TKG, la tarifa mayorista debía ser previamente aprobada por la Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones y Correos (RegTP), que verifica si las tarifas mayoristas propuestas satisfacen los requisitos establecidos por el art. 24 TKG. Respecto a los servicios de acceso para abonados, ofrece la línea analógica tradicional (T-Net) y la línea digital de banda estrecha (T-ISDN). En ambos casos, el servicio de acceso puede prestarse a través de la red histórica de par de cobre de Deutsche Telekom (conexiones de banda estrecha). También ofrece a sus abonados conexiones de banda ancha (T-DSL o ADSL), para las que tuvo que ampliar las líneas T-Net o T-ISDN existentes. La tarifa por los servicios de acceso para abonados (tarifa minorista) a las líneas analógicas o ISDN está sujeta a un régimen de precios máximos. En cambio, fija libremente sus precios minoristas de ADSL, aunque estos pueden estar sujetos a una regulación a posteriori. Los precios minoristas constan de un abono mensual, en función de la calidad de las líneas y de los servicios puestos a disposición, y de una cuota inicial en concepto de activación o transferencia de una línea, en función de los trabajos necesarios en sus dos extremos. No cobra gastos de cancelación a sus abonados.

Según la Decisión de la Comisión, los mercados de referencia son el mercado ascendente de acceso de los competidores a la red local y el mercado descendente de acceso de los abonados a las líneas de banda estrecha (líneas analógicas e ISDN) y de banda ancha (líneas ADSL). Geográficamente, estos mercados abarcan el territorio de Alemania. Para la Comisión, se produjo la infracción del art. 82 TCE al facturar a sus competidores por sus servicios mayoristas precios superiores a los precios minoristas que factura a sus abonados, aplicando una tarifa abusiva en forma de compresión de márgenes, esto es, cuando el conjunto de las tarifas mensuales y fijas pagaderas en concepto de acceso mayorista obliga a los competidores a facturar a sus clientes finales unos precios superiores a los que aquella empresa cobra a sus clientes finales por los mismos servicios. Si las tarifas mayoristas son superiores a las tarifas minoristas, los competidores no pueden realizar beneficios, aunque sean igual de eficientes, puesto que además de las tarifas mayoristas tienen que soportar otros costes adicionales en concepto de marketing, facturación, cobro, etc. Al cobrar a sus competidores unas tarifas mayoristas por el acceso a los bucles locales superiores a las tarifas que factura a sus propios clientes finales por el acceso a la red local, impide que aquellos puedan ofrecer también servicios de acceso a través del bucle local,

y no solo llamadas telefónicas. De esta manera, obliga a los competidores interesados a disponer de bucles locales desagregados para ofrecer servicios de conexión a sus clientes que compensen las pérdidas derivadas de los servicios de acceso aplicando unas tarifas mayores a las llamadas telefónicas. Las tarifas de las llamadas en Alemania experimentaron en los últimos años un descenso importante, por lo que a menudo a los competidores les resultó imposible proceder a semejante compensación.

Según la Comisión, se aplica una compresión abusiva de márgenes cuando la diferencia entre las tarifas minoristas de una empresa dominante y las tarifas mayoristas para servicios comparables que aplica a sus competidores es negativa o insuficiente para cubrir los costes específicos de producto incurridos por el operador dominante en la prestación de sus propios servicios minoristas en el mercado descendente. A tenor de sus cálculos, entre 1998 y 2001, el margen entre la tarifa mayorista y minorista de Deutsche Telekom fue negativo. En 2002 este margen fue positivo, pero insuficiente para cubrir los costes específicos derivados de la prestación de servicios a los abonados, por lo que siguió existiendo compresión de márgenes en 2002 y cuando se adoptó la Decisión. Aunque ambas tarifas están sujetas a regulación sectorial, Deutsche Telekom disponía de un margen de maniobra suficiente para minimizar o incluso neutralizar la compresión de márgenes mediante reestructuraciones de tarifas. Y aunque desde el 1.1.2002 no disponía de margen de maniobra para aumentar los precios minoristas correspondientes a las líneas analógicas e ISDN, podía haber reducido la compresión de márgenes aumentando sus precios por las líneas ADSL, por lo que Deutsche Telekom habría abusado de su posición dominante en los mercados de referencia del acceso directo a su red de telefonía fija al fijar precios no equitativos para los servicios de acceso mayorista prestados a competidores y para los servicios de acceso minorista a la red local.

2. En su recurso, Deutsche Telekom solicita la anulación de la Decisión y, subsidiariamente, una reducción de la multa impuesta en el art. 3. Merecen ser destacados los razonamientos del TPI en relación con las alegaciones de inexistencia de comportamiento abusivo de la demandante por razón de su margen de maniobra insuficiente para evitar la compresión de márgenes, de ilegalidad del método empleado por la Comisión para comprobar la compresión de márgenes, y de falta de efectos en el mercado de la compresión de márgenes.

A) Sobre la inexistencia de comportamiento abusivo por razón de su margen de maniobra insuficiente para evitar la compresión de márgenes. Como se señala por el TPI, los arts 81y 82 CE se refieren a comportamientos contrarios a las normas sobre la competencia adoptados por las empresas por iniciativa propia. Si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia o si crea un marco jurídico que limita cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no son de aplicación aquellos preceptos porque la res-

tricción de la competencia no se debe a comportamientos autónomos de las empresas (SSTJ 29 octubre 1980, van Landewyck y otros/Comisión, 20 marzo 1985, Italia/Comisión, 10 diciembre 1985, Stichting Sigarettenindustrie y otros/Comisión, 11 noviembre 1997, Comisión y Francia/Ladbroke Racing, 9 septiembre 2003, CIF). Examina, por ello, si el marco jurídico alemán (TKG, Reglamento de regulación de las tarifas y resoluciones adoptadas por la RegTP) elimina cualquier posibilidad de comportamiento competitivo o si deja un margen de maniobra suficiente para fijar sus tarifas como para haber permitido eliminar o reducir la compresión de márgenes. Constata que esa regulación exige que los precios minoristas para el acceso a las líneas analógicas e ISDN sean aprobados por la RegTP en el marco de un régimen de precios máximos. El precio máximo se aplicaba a dos cestas (servicios para clientes particulares y servicios para clientes empresariales) que, entre el 1.1.1998 y el 31.12.2001, incluían los servicios de acceso y las llamadas telefónicas (locales, regionales, de larga distancia e internacionales). El fijado por la Resolución del BMPT de 17.12.1997 obligó a Deutsche Telekom a reducir en un 4,3% el precio global de cada una de las dos cestas durante el período comprendido entre el 1.1.1998 y el 31.12.1999 y, a raíz de la Resolución RegTP de 23.12.1999, en un 5,6% durante el período comprendido entre el 1.1.2000 y el 31.12.2001. Sin embargo, Deutsche Telekom aún podía modificar sus precios dentro de este marco, una vez obtenida la autorización previa de la RegTP. No rebatió que en 2001 redujo sus precios por las llamadas telefónicas mucho más de los niveles impuestos por la RegTP para las cestas en su conjunto. Esta reducción creó un margen de maniobra para aumentar sus precios minoristas de acceso a sus líneas analógicas e ISDN. Por ello, concluye el TPI, la Comisión declaró acertadamente que, habida cuenta de las seis solicitudes de reducción de precios de las llamadas telefónicas presentadas durante el período comprendido entre el 1.1.1998 y el 31.12.2001, Deutsche Telekom disponía de margen de maniobra para formular solicitudes de aumento de precios por sus servicios de acceso a las líneas analógicas e ISDN, respetando el límite global de las cestas de servicios a particulares y a empresarios.

Analiza seguidamente si, a pesar del margen de maniobra, la intervención de la RegTP en la fijación de las tarifas hizo que Deutsche Telekom dejara de estar sometida al art. 82 CE. Deutsche Telekom admitió su influencia en el importe de su tarifa minorista mediante las solicitudes de autorización presentadas ante la RegTP, por lo que no había duda de que los efectos restrictivos de la competencia ligados a la compresión de márgenes no tienen su origen solamente en el marco jurídico nacional aplicable. Deutsche Telekom, no obstante, insiste en su falta de responsabilidad con arreglo al art. 82 CE, puesto que la RegTP efectuaba un control ex ante de la compatibilidad de sus tarifas con ese precepto. A lo que el Tribunal responde que lo dispuesto por la TKG, en vigor desde el 1.8.1996, no demuestra que la RegTP examinara la compatibilidad con el art. 82 CE de las solicitudes de

modificación de las tarifas minoristas por el acceso a las líneas analógicas e ISDN. Aunque la RegTP, al igual que cualquier órgano del Estado, está obligada a respetar las disposiciones del TCE, era la autoridad alemana encargada de aplicar la normativa sectorial en el ámbito de las telecomunicaciones, y no la autoridad de la competencia del Estado miembro. Las autoridades reguladoras nacionales operan de acuerdo con el Derecho nacional, que puede proponerse objetivos, inscritos en las políticas de telecomunicaciones, distintos de los perseguidos por la política comunitaria de competencia [Comunicación de la Comisión, de 22.8.1998, sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones - Marco jurídico, mercados de referencia y principios (DO C 265, p. 2), apartado 13]. La RegTP, en algunas de sus Resoluciones, examinó la cuestión de la compresión de márgenes y consideró, tras haber constatado la diferencia negativa entre los precios por los servicios mayoristas y los precios minoristas, que el recurso a la subvención cruzada entre la tarifa por los servicios de acceso y la tarifa por las llamadas telefónicas debía permitir al resto de operadores ofrecer a sus abonados precios competitivos. El hecho de que la RegTP no se opusiera a las tarifas solicitadas, tras haber reconocido la necesidad de sus competidores de recurrir a la subvención cruzada para poder ofrecer a sus abonados precios competitivos por los servicios de acceso, demuestra, a juicio del TPI, que la RegTP no examinó la compatibilidad de las tarifas controvertidas con el art. 82 CE o que lo aplicó erróneamente. En todo caso, aunque la RegTP estuviera obligada a examinar la compatibilidad con el art. 82 CE de la tarifa minorista propuesta por la demandante, ello no es obstáculo para que la Comisión pueda constatar una infracción imputable a Deutsche Telekom, pues la Comisión no está vinculada por una resolución de un órgano jurisdiccional nacional en aplicación del art. 82 CE (STJ 14 diciembre 2000, Masterfoods y HB).

Examina el TPI, por último, si Deutsche Telekom hizo uso del margen de maniobra de que disponía para intervenir en sus precios minoristas con el fin de evitar la compresión de márgenes en el período comprendido entre el 1.11998 y el 31.12.2001, y concluye que no lo hizo y que incluso lo utilizó para rebajar el precio minorista de sus líneas ISDN durante este mismo período.

B) Sobre la ilegalidad del método empleado por la Comisión para comprobar la compresión de márgenes. Previo al análisis de las distintas objeciones y argumentos formulados por Deutsche Telekom, se advierte por el TPI que el control que ejerce sobre valoraciones económicas complejas hechas por la Comisión se limita necesariamente a comprobar si se respetaron las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder (SSTJ 11 julio 1985, Remia y otros/Comisión, 17 noviembre 1987, BAT y Reynolds/Comisión, y 2 octubre 2003, Thyssen Stahl/Comisión). Añade que, aunque el juez comunitario hasta el momento

no se haya pronunciado explícitamente sobre el método que ha de aplicarse para determinar la existencia de compresión de márgenes, de la jurisprudencia se desprende claramente que el carácter abusivo de las prácticas sobre tarifas de una empresa dominante se determina, en principio, sobre la base de su propia situación, atendiendo a sus propias tarifas y costes, y no en relación con la situación de sus competidores efectivos o potenciales. Así, en la STJ de 3 julio 1991, AKZO/Comisión, el TJ solo tomó en consideración la tarifa y los costes de la empresa dominante para evaluar si las prácticas sobre tarifas de AKZO eran abusivas. El TJ no adoptó el enfoque propuesto por el Abogado General, según el cual era necesario analizar la estructura de costes de cada una de las tres empresas (AKZO y sus dos competidores) que tenían el monopolio de oferta, para poder obtener una imagen exacta del nivel de precios efectivamente justificado desde el punto de vista económico. Adoptó un enfoque similar la STPI de 30 noviembre 2000, *Industrie des poudres sphériques/Comisión*, y también la Comisión, en su Decisión 88/518/CEE, de 18 julio 1988, relativa a un procedimiento en virtud del artículo [82 CE] (IV/30.178 - *Napier Brown - British Sugar*). Cualquier otro enfoque, según el Tribunal, podría vulnerar el principio general de seguridad jurídica. Si la legalidad de las prácticas sobre tarifas de una empresa dominante dependiera de la situación específica de las empresas competidoras, en particular, por la estructura de sus costes –generalmente desconocidos para la empresa dominante– esta última ni siquiera podría apreciar la legalidad de sus propios comportamientos.

En relación con la objeción de que la Comisión solo tuvo en cuenta los ingresos por el conjunto de servicios de acceso, excluyendo los ingresos por otros servicios como los procedentes de las llamadas telefónicas, el TPI declara que si bien es cierto que, desde el punto de vista del abonado, los servicios de acceso y de llamadas telefónicas forman un todo, no lo es menos que, para los competidores, la prestación del servicio de llamadas a los abonados a través de la red fija de Deutsche Telekom presupone un acceso al bucle local. La igualdad de oportunidades entre un operador histórico propietario de la red fija y sus competidores implica entonces que los precios por los servicios de acceso se fijen en un nivel que coloque a los competidores en pie de igualdad con el operador histórico para la prestación de servicios de llamadas. Esta igualdad de oportunidades únicamente se garantiza si el operador histórico fija unos precios minoristas que permita a sus competidores repercutir todos los costes derivados del servicio mayorista sobre sus precios minoristas. Si el operador histórico no respeta este principio, los nuevos entrantes solo pueden ofrecer servicios de acceso a sus abonados incurriendo en pérdidas, viéndose obligados a compensar las pérdidas sufridas en el acceso al bucle local con tarifas más elevadas por las llamadas telefónicas, lo que también falsea la competencia en el mercado de las llamadas.

C) Sobre la falta de efectos en el mercado de la compresión de márgenes. Insiste el TPI en que el concepto de explotación abusiva es un con-

cepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia. En el caso, la Comisión ha afirmado que las prácticas sobre tarifas de Deutsche Telekom han restringido la competencia en el mercado de los servicios de acceso para abonados de la propia existencia de la compresión de márgenes. Y, aunque no es necesario demostrar el efecto contrario a la competencia, añade que Deutsche Telekom es propietaria de la red telefónica fija en Alemania (en el momento en que se adoptó la Decisión no existía en Alemania ninguna otra infraestructura que permitiera a los competidores de la demandante entrar de modo viable en el mercado de los servicios de acceso para abonados), por lo que, si los servicios mayoristas de la demandante son imprescindibles para que cualquiera de sus competidores pueda entrar en el mercado descendiente de los servicios de acceso para abonados, la compresión de márgenes entre las tarifas por los servicios mayoristas y minoristas es un obstáculo para el desarrollo de la competencia en los mercados descendientes. En cuanto Deutsche Telekom, como propietaria de la red fija, no necesita recurrir a servicios mayoristas para poder ofrecer servicios de acceso a los abonados y no se ve obligada, por razón de las prácticas sobre tarifas de una empresa dominante, a tratar de compensar las pérdidas sufridas en el mercado de los servicios de acceso para abonados, la compresión de márgenes falsea el juego de la competencia en el mercado de acceso para abonados y también en el de las llamadas telefónicas. Las escasas cuotas de mercado alcanzadas por los competidores en el mercado de los servicios de acceso para abonados desde su liberalización acreditan los obstáculos que las prácticas sobre tarifas suponen para el desarrollo de la competencia en estos mercados.

El hecho de que la competencia haya evolucionado de forma menos favorable en otros Estados miembros no demuestra, a juicio del TPI, que en Alemania, mercado geográfico de referencia, las prácticas sobre tarifas no hayan producido efectos contrarios a la competencia. La situación en los demás Estados miembros podría estar relacionada con una liberalización posterior a 1997, fecha desde la que Deutsche Telekom estaba obligada, de acuerdo con el Derecho alemán, a permitir a sus competidores un acceso totalmente desagregado al bucle local. El art. 3 del Reglamento (CE) n.º 2887/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local (DO L 336, p. 4), impone esta obligación a los operadores históricos a partir del 31.12.2000. La situación en otros Estados miembros también podría relacionarse con la existencia de otras infracciones al Derecho comunitario de la competencia, pero,

incluso suponiendo que la Comisión no hubiera velado por la aplicación del Derecho comunitario en materia de competencia, tal circunstancia no podría justificar la infracción del art 82 CE cometida por Deutsche Telekom.

Manuela Eslava Rodríguez

Caso N.º 59 - STPI de 18 de junio de 2008, Hoechst GmbH/Comisión, T-410/03

NOTA

Competencia - Prácticas colusorias - Mercado de los sorbatos - Decisión en la que se constata una infracción del artículo 81 CE - Cálculo del importe de las multas - Obligación de motivación - Gravedad y duración de la infracción - Circunstancias agravantes - Principio *non bis in idem* - Cooperación durante el procedimiento administrativo - Acceso al expediente - Duración del procedimiento.

En el asunto T-410/03, Hoechst GMBH contra Comisión CE, que tiene por objeto la pretensión de que se anule, en lo que afecta a la demandante, la Decisión 2005/493/CE de la Comisión, de 1 de octubre de 2003, relativa a un procedimiento de conformidad con los arts. 81 del TCE y 53 del Acuerdo EEE contra Chisso Corporation, Daicel Chemical Industries Ltd, Hoechst AG, The Nippon Synthetic Chemical Industry Co. Ltd y Ueno Fine Chemicals Industry Ltd (Asunto COMP/E-1/37.370 - Sorbatos) o, con carácter subsidiario, que se reduzca a un nivel adecuado el importe de la multa impuesta a la demandante.

1. En su Decisión 2005/49/CE, la Comisión constató que Chisso, Daicel, Nippon Synthetic y Ueno (domiciliadas en Japón) y Hoechst GMBH (domiciliada en Alemania) habían infringido los arts 81.1 CE y 53 del Acuerdo sobre el EEE al participar en una práctica colusoria en el mercado de los sorbatos acordando fijar unos objetivos de precios y atribuirse cuotas expresadas en volumen, establecer un sistema de información y de control y no suministrar tecnología a las empresas que quisieran entrar en el mercado. La infracción duró desde el 31.12.1978 hasta el 31.10.1996, en el caso de Chisso, Daicel, Ueno y Hoechst, y desde el 31.12.1978 hasta el 30.11.1995, en el caso de Nippon Synthetic.

Los sorbatos son conservantes químicos (agentes antimicrobianos) capaces de retrasar o prevenir el desarrollo de microorganismos como la levadura, las bacterias, el moho o los hongos. Se utilizan esencialmente en alimentos y bebidas. Sirven también para preservar otras características de los alimentos, como el gusto, el color, la textura y el valor nutritivo. Son muy útiles para estabilizar los productos farmacéuticos y cosméticos, y los alimentos para animales. En el momento de los hechos, existían siete suministradores de sorbatos: dos empresas europeas (Hoechst y Cheminova), una

empresa americana (Monsanto, posteriormente Eastman Chemical Company) y las restantes japonesas (Chisso, Daicel, Nippon Synthetic y Ueno). Hasta la transferencia de sus actividades en el sector de los sorbatos a su filial al 100 % (Nutrinova) en 1997, Hoechst era la empresa de mayor peso en los mercados mundial y europeo. A continuación venían Chisso, Daicel, Nippon Synthetic y Ueno.

La Comisión les ordenó el cese inmediato en las infracciones, si no lo habían hecho ya, y que se abstuvieran en lo sucesivo de cualquier acto o comportamiento de los descritos en el art. 1, así como de cualquier medida que tuviera un objeto o un efecto equivalente, y les impuso unas multas cuyo importe se calculó siguiendo las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación de los arts. 15.2 del R. n.º 17 y 65.5 del TCECA, en la Comunicación sobre la cooperación de 1996. Para determinar el importe de la multa impuesta a Hoechst tuvo en cuenta el papel de impulsor del cártel desempeñado por dicha empresa, junto con Daicel, y su condición de reincidente. A Hoechst se le aplicó no obstante una reducción de un 50% del importe de su multa en atención a su cooperación durante el procedimiento administrativo.

Entre 1998 y 2001, en Estados Unidos y en Canadá se iniciaron actuaciones contra las prácticas de fijación de precios en el sector de los sorbatos. A raíz de dichas actuaciones se impusieron multas a Daicel, Hoechst, Nippon Synthetic y Ueno (en el procedimiento de Estados Unidos) y a Daicel, Hoechst y Ueno (en el procedimiento de Canadá).

2. Hoechst articuló su recurso en trece motivos. En los motivos primero y cuarto insta la anulación de la Decisión, en lo que a ella respecta; en el decimotercero, la anulación del art. 2. Los demás se destinan a obtener una reducción de la multa.

De lo alegado por Hoechst en orden a obtener la anulación de la Decisión en su totalidad, lo más relevante, a la vista del fallo, fue la invocación de una violación de los principios de buena administración y de igualdad de trato en apoyo de su denuncia de violación del derecho de acceso al expediente. Infracción que reitera la empresa demandante en los motivos octavo y noveno del recurso, dirigidos a obtener una reducción del importe de la multa. Del resto de motivos destinados a esta última pretensión merecen reseñarse los relativos a la gravedad de la infracción, el papel de líder atribuido a Hoechst, su reincidencia en comportamientos anticompetitivos, el alcance su colaboración con la Comisión y, finalmente, sobre la incidencia de los procedimientos iniciados en terceros Estados.

A) Sobre la infracción de los principios de buena administración e igualdad de trato. Hoechst había alegado una actitud parcial o una desigualdad de trato por la Comisión al aplicar la Comunicación sobre la cooperación de 1996. En una nota interna de 9.11.1998, en la que se aludía a las primeras reuniones celebradas con Hoechst y Chisso, la Comisión había indicado no haber informado a los abogados de Chisso de que otras empresas

estaban aportando información, ni haber informado a esas otras empresas de que Chisso había solicitado la dispensa de la multa. Sin embargo, en el informe relativo a la reunión de 13.11.1998 entre Chisso y la Comisión se indicaba por uno de los funcionarios responsables que advertiría a esta empresa en el caso de que otra intentase adelantarla en lo relacionado con la Comunicación de la cooperación. Para el TPI esos hechos suponen una infracción de los principios de buena administración y de igualdad de trato, aunque no de la entidad suficiente como para afectar a la validez de la Decisión en lo que se refiere a la existencia de la infracción y a la prioridad de la cooperación de Chisso, sí para en el importe de la multa. Sin perjuicio de que deduzca este efecto jurídico, y no la anulación, en la sentencia se resalta la obligación de la Comisión de respetar en los procedimientos administrativos las garantías que confiere el ordenamiento comunitario, y, entre ellas, los principios de buena administración e igualdad de trato invocados por la demandante. Recuerda así el TPI que el primero obliga a examinar cuidadosa e imparcialmente todas las circunstancias pertinentes del asunto; y que el segundo, en lo que concierne a la colaboración prestada por las empresas, impone a la Comisión el deber de valorar esa colaboración, tratando de manera idéntica situaciones comparables o no dando trato igual a situaciones diferentes (entre otras, STPI 25 octubre 2005, Groupe Danone c. Comisión).

B) Sobre la gravedad de la infracción. Las Directrices establecen que, al evaluar la gravedad de la infracción, se tome en consideración su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado, siempre y cuando se puedan determinar, y la dimensión del mercado geográfico afectado. La gravedad de las infracciones, ha señalado el TJ, debe determinarse en función de un gran número de factores, sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente (SSTJ 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, y 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión). La naturaleza de la infracción, se dice en la sentencia, desempeña un papel primordial para caracterizar las infracciones calificadas de muy graves. Añade el TPI que de la descripción de las infracciones muy graves en las Directrices se deduce que unos acuerdos o prácticas concertadas orientados principalmente, como en el presente asunto, a la fijación de objetivos de precios o a la atribución de cuotas de ventas expresadas en volumen pueden merecer la calificación de muy graves exclusivamente en atención a su propia naturaleza, sin necesidad de que tales comportamientos se caractericen por una repercusión especial (STPI 27 de julio de 2005, Brasserie nationale y otros/Comisión).

La Comisión tomó también en consideración las repercusiones concretas del cártel en el mercado al valorar la gravedad de la infracción, aunque no sea preciso cuando se ha acreditado el objeto contrario a su competencia. Hoechst no había impugnado la conclusión de la Comisión sobre la aplicación de los acuerdos del cártel, y, como se trataba principalmente de acuerdos sobre los precios, a juicio del TPI, la Comisión concluyó legítimamente

que la infracción había producido efectos desde el momento en que los miembros del cártel tomaron medidas para aplicar los precios acordados. Añade que, acreditada la aplicación de los acuerdos del cártel, no es exigible a la Comisión que demuestre sistemáticamente si tales acuerdos permitieron efectivamente que las empresas implicadas alcanzasen un nivel de precios facturados superior al que habría predominado de no haber existido el cártel. La fijación de un precio, aunque sea meramente indicativo, afecta al juego de la competencia, por cuanto permite que todos los participantes en unas prácticas colusorias prevean con un grado razonable de fiabilidad cuál será la política de precios que aplicarán sus competidores. Este tipo de prácticas colusorias llevan aparejada una intervención directa en los parámetros esenciales de la competencia en el mercado de que se trate: al expresar una voluntad común de aplicar un cierto nivel de precios a sus productos, los fabricantes implicados renuncian a determinar autónomamente su política en el mercado, con lo que vulneran la concepción inherente a las normas sobre la competencia del Tratado (STPI de 29 de noviembre de 2005, Heubach/Comisión).

C) Sobre el papel de líder y su calificación de circunstancia agravante. En su segundo motivo, Hoechst invoca una violación de su derecho a ser oído en cuanto a la imputación de líder del cártel, considerada circunstancia agravante en la Decisión. En el sexto motivo, Hoechst alega que el incremento del importe de la multa basado en su condición de líder carece de justificación. El TPI comienza el análisis de estos motivos recordando que el derecho de defensa exige que el pliego de cargos dirigido por la Comisión a una empresa a la que pretende imponer una sanción por infracción de las normas sobre la competencia contenga los elementos esenciales de las imputaciones formuladas contra ella, como los hechos que se le reprochan, la calificación que se da a tales hechos y los elementos de prueba en que se funda la Comisión, a fin de que la referida empresa pueda hacer valer adecuadamente sus alegaciones en el procedimiento administrativo dirigido contra ella. Por lo que respecta al cálculo del importe de las multas, la Comisión cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas desde el momento en que indica expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas afectadas e indica los principales elementos de hecho y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido deliberadamente o por negligencia. La Comisión les da así las indicaciones necesarias para defenderse, no solo contra la calificación de los hechos como infracción, sino también contra la posibilidad de que se les imponga una multa.

Recuerda igualmente que el papel de líder desempeñado por una empresa en un cártel debe ser tenido en cuenta a efectos de calcular el importe de la multa, ya que debe asumir, por ello, una responsabilidad especial en comparación con las demás empresas (SSTPI de 14 de mayo de 1998, Mayr Melnhof/Comisión, y de 29 de abril de 2004, Tokai Carbon y otros/Comi-

sión). El punto 2 de las Directrices establece, entre las circunstancias que pueden justificar el aumento del importe de base de la multa, la función de responsable o instigador de la infracción (tercer guión). Para ser calificada de responsable (líder), por tanto, la empresa de que se trate debe haber sido un importante impulsor del cártel.

En este asunto, aunque en el pliego de cargos figuraban los hechos que tuvo en cuenta la Comisión para respaldar su imputación de líder del cártel contra Hoechst, se describían en diversos puntos de dicho documento, sin conexión entre ellos y sin que la Comisión les atribuyera calificación alguna. Únicamente en la fase de adopción de la Decisión fueron reunidos en una sola parte y apareció claramente formulada la imputación de líder del cártel contra Hoechst. Además, añade el TPI lo siguiente: 1.º) El hecho, mencionado en el pliego de cargos, de que Hoechst fuera normalmente el primero en anunciar los nuevos precios en Europa, seguido más tarde por los fabricantes japoneses, no es un indicio de su papel de líder del cártel si las circunstancias del asunto acreditan que el precio o el incremento fueron fijados previamente de común acuerdo con el resto de los miembros del cártel y que estos decidieron también cuál de ellos sería el primero en hacer el anuncio, ya que tal designación revela que el hecho de anunciar el precio o el incremento en primer lugar no es más que un acto de estricta observancia de un plan predefinido por voluntad común y no una iniciativa espontánea que dé impulso al cártel. 2.º) No eran, como se mencionaba en el pliego de cargos, Daicel y Hoechst las que acordaban el orden del día de las reuniones comunes, sino los fabricantes japoneses. 3.º) La circunstancia de que Hoechst tuviera acceso, como miembro del CIPEC, a las estadísticas de las exportaciones japonesas mientras que los fabricantes japoneses no podían tener acceso a las alemanas no puede interpretarse en el sentido de que Hoechst constituía una fuerza motriz del cártel. 4.º) La frase del pliego de cargos invocada por la Comisión, según la cual, Hoechst era uno de los principales actores del cártel, debe ser leída en su contexto. En los puntos 281 y siguientes del pliego de cargos se precisaba el alcance de las responsabilidades de Hoechst y de Nutrinova, al ser esta última empresa la que se había hecho cargo de las actividades de Hoechst en el sector de los sorbatos a partir de 1997. No se delimitaba, o al menos no de un modo lo bastante preciso, ningún tipo de papel de líder desempeñado por Hoechst. 5.º) La imprecisión del pliego de cargos en cuanto a la calificación de líder del cártel llevó a Hoechst a centrarse en el tema de la organización de las reuniones comunes, único aspecto tratado inicialmente por la Comisión en el pliego de cargos. Concluye el TPI estimando que a Hoechst no se le ofreció la oportunidad de defenderse adecuadamente sobre este punto, por lo que estima este motivo y modifica la Decisión, en la medida en que imputa a Hoechst como circunstancia agravante su papel de líder del cártel.

D) Sobre la reincidencia. El punto 2 de las Directrices menciona como ejemplo de circunstancias agravantes la reincidencia de la misma empresa en

una infracción del mismo tipo. La constatación de una reincidencia y la valoración de sus características específicas forman parte de la facultad de apreciación por la Comisión de los factores que han de tomarse en consideración para determinar el importe de las multas, sin que pueda quedar vinculada por un eventual plazo de prescripción para tal constatación (S. de 8 de febrero de 2007, Groupe Danone/Comisión). Hoechst no negó haber sido destinataria de las cuatro decisiones mencionadas por la Comisión en la Decisión para motivar la reincidencia, ni que dichas decisiones se referían a infracciones del mismo tipo que la examinada en este asunto. La infracción que sanciona la Decisión ahora impugnada comenzó diez años después de adoptarse la Decisión de las materias colorantes (24 de julio de 1969). La Decisión del polipropileno (23 de abril de 1986) fue adoptada mientras se estaba cometiendo dicha infracción. La repetición por parte de Hoechst de un comportamiento infractor puso de manifiesto su propensión a no extraer las conclusiones oportunas de su condena por infracción de las normas comunitarias sobre la competencia. Hoechst pudo imaginar que la Comisión tendría en cuenta las decisiones anteriores antes mencionadas para una eventual calificación de reincidencia en el presente asunto. Por lo tanto, nada impedía que la Comisión se basara en la Decisión de las materias colorantes y en la del polipropileno a fin de constatar la reincidencia de Hoechst en el presente asunto.

Ahora bien, la Decisión PVC I (21 de diciembre de 1988) fue declarada inexistente por la STPI de 27 de febrero de 1992, BASF y otros/Comisión, y finalmente anulada por la STJ de 15 de junio de 1994, Comisión/BASF y otros (antes de que la Comisión adoptase la Decisión ahora impugnada). Y aunque la Decisión PVC II, adoptada por la Comisión a raíz de la anulación de la Decisión PVC I, repite gran parte de los fundamentos de hecho de esta última decisión, considera que el acuerdo o práctica concertada en cuestión se inició en agosto de 1980, mientras que la Decisión PVC I precisaba que el acuerdo o práctica concertada se había iniciado en septiembre de 1976 aproximadamente. Una diferencia similar existía en el importe de las multas impuestas a Hoechst (1 millón de ecus en la Decisión PVC I y 1,5 millones de ecus en la Decisión PVC II). En cuanto ambas decisiones no eran idénticas, concluye el TPI, la Comisión cometió un error al referirse a la Decisión PVC I para constatar la reincidencia de Hoechst.

En lo que respecta a la Decisión PVC II (27 de julio de 1994), adoptada mientras se estaba cometiendo la infracción, fue objeto de unos procedimientos judiciales que culminaron en las sentencias de 15 de octubre de 2002 y de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, después de finalizada la infracción ahora examinada. No obstante, la Decisión PVC II constituía título ejecutivo (art. 256.1.º TCE), dado que imponía una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados, y ello a pesar de la interposición de un recurso de anulación contra dicha Decisión al amparo del art. 230 TCE. Hoechst no solicitó la suspensión de la ejecu-

ción de la Decisión PVC II al amparo del artículo 242 TCE, segunda frase, y las citadas sentencias del TPI y del TJ, confirmatorias, se dictaron antes de que se adoptase la Decisión.

Finaliza el TPI afirmando que, para constatar la reincidencia de Hoechst, la Comisión pudo legítimamente basarse en la Decisión de las materias colorantes, en la del polipropileno y en la Decisión PVC II, pero no en la Decisión PVC I, y que el error cometido por la Comisión a propósito de la Decisión PVC I no basta para poner en entredicho la calificación de reincidencia, ni el porcentaje de incremento de la multa. La Decisión de las materias colorantes, la del polipropileno y la Decisión PVC II constituían una base suficiente. Nada indica en la Decisión impugnada que la constatación de la Comisión de que la reincidencia resultaba de varios precedentes haya dado lugar a un aumento del importe de la multa en atención a las circunstancias agravantes superior al que se habría fijado en el supuesto de que se hubiera detectado un único precedente (S. 25 de octubre de 2005, Danone/Comisión).

E) Sobre la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación de 1996. Según esta Comunicación, la primera empresa en facilitar elementos determinantes para probar la existencia del acuerdo obtendrá una reducción del 75%, como mínimo, del importe de la multa que se le habría impuesto si no hubiera cooperado, reducción que puede llegar incluso a una exención total de la multa. No es preciso que la primera empresa facilite todas las pruebas de todos los detalles de funcionamiento del cártel, sino que le basta con aportar elementos determinantes. No exige que los datos facilitados sean suficientes por sí solos para elaborar un pliego de cargos, ni tampoco para adoptar una decisión definitiva en la que se reconozca la existencia de una infracción. Debe aportar datos que puedan utilizarse directamente como base probatoria principal para una decisión en la que se constate una infracción. La Comisión dispone de cierto margen de apreciación a la hora de determinar si la cooperación de que se trate fue determinante para facilitarle su tarea de detectar las infracciones y ponerles fin, y solo resulta censurable el hecho de sobrepasar manifiestamente dicho margen de apreciación (S. 15 de junio de 2005, Tokai Carbon y otros/Comisión). En aplicación de estas consideraciones, el TPI no considera que la Comisión cometiera error manifiesto de apreciación al afirmar que Chisso había sido la primera empresa en facilitar elementos determinantes para probar la existencia del cártel, pues de los datos con que se cuenta se deduce efectivamente que Chisso facilitó una descripción detallada de las actividades del cártel y de su funcionamiento en la reunión de 13.11.1998, y que esa descripción estaba respaldada por pruebas documentales que resultaron pertinentes para probar la existencia del cártel. Hoechst fue menos precisa y no reflejó correctamente el objeto y el funcionamiento del cártel, ni estaba respaldada por ninguna prueba documental. Con todo, el TPI recuerda que ciertas irregularidades del procedimiento, aunque insuficientes para anular la Decisión, pueden justificar a veces una reducción de la multa. Por ello considera la violación de los principios de

buena administración y de igualdad de trato en que incurrió la Comisión al aplicar la Comunicación de 1996, y decide, en ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, reducir en un 10% la multa impuesta a Hoechst.

F) Sobre el principio *non bis in idem*. Hoechst impugnó la decisión de no deducir de la multa la impuesta en Estados Unidos. El TPI pone de relieve que el TJ ha convertido la identidad de los hechos imputados por la Comisión y por las autoridades del Estado tercero en un requisito previo para el análisis de dicha cuestión (SSTJ 18 de mayo de 2006, Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión, y SGL Carbon/Comisión), y que la aplicación del principio *non bis in idem* está supeditada a un triple requisito de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido. Aunque en la Decisión se indica que los hechos tienen por origen un mismo conjunto de acuerdos y que el mercado de los sorbatos puede ser analizado a nivel mundial, la aplicación del Derecho comunitario de la competencia presupone la existencia de un acuerdo, de una decisión o de una práctica concertada que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros o entre las Partes Contratantes del Acuerdo EEE, así como impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común o en el territorio cubierto por el Acuerdo EEE (arts 81.1 CE y 53.1 del Acuerdo EEE). La Comisión afirmó que el comportamiento contrario a la competencia tenía por objeto y por efecto restringir la competencia en la Comunidad y en el EEE, y que el acuerdo continuado entre los fabricantes de sorbatos afectó sensiblemente al comercio entre los Estados miembros y entre las Partes Contratantes del Acuerdo EEE. Aunque del acuerdo celebrado el 3 de mayo de 1999 entre Hoechst y el Ministerio de Justicia estadounidense se deduce que los hechos imputados a la empresa consistían en un cártel sobre los sorbatos vendidos en Estados Unidos y en otros lugares, también especifica que los sorbatos eran vendidos por Hoechst o sus filiales a consumidores establecidos en el Distrito Norte de California y, además, no fue acreditado que el procedimiento tramitado en Estados Unidos se refiriese a aplicaciones o efectos del cártel producidos en el EEE, algo que por lo demás hubiera supuesto una intromisión manifiesta en la competencia territorial de la Comisión (SS. de 9 de julio de 2003, Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión, y 29 de abril de 2004, Tokai Carbon y otros/Comisión). Declara así el TPI que las decisiones estadounidense y comunitaria de las autoridades en materia de competencia difieren en cuanto al interés jurídico protegido.

De acuerdo con los motivos acogidos, el TPI modifica la multa impuesta en la Decisión a Hoechst para tener en cuenta la violación de los principios de buena administración y de igualdad de trato en que incurrió la Comisión al aplicar la Comunicación sobre la cooperación y la indebida imputación de la agravante de líder, con lo que resulta un importe definitivo de la multa de 74,25 millones de euros.

Manuela Eslava Rodríguez

Caso N.º 60. STPI de 16 de enero de 2008, *Isabella Scippacercola*, T-306/05

NOTA

A) *Hechos*

El Tribunal de Primera Instancia resuelve el recurso interpuesto por I. Scippacercola e I. Terezakis contra la Comisión de las Comunidades Europeas, en el que las recurrentes reclaman la anulación de la Decisión de la Comisión, de 5 de mayo de 2005, por la que se deniega la apertura de una investigación detallada, en profundidad, sobre la infracción de las normas comunitarias de la competencia que implican las tasas impuestas en relación con la seguridad de pasajeros, la utilización de las terminales y el uso de los servicios de aparcamiento por AIA, que ocupa una posición dominante.

Los hechos que originan el litigio del que trae causa la sentencia que analizamos son los siguientes. Los usuarios del Aeropuerto Internacional de Atenas están obligados a abonar unas tasas impuestas por AIA, empresa encargada de gestionar dicho aeropuerto, en concepto de seguridad de pasajeros, utilización de las terminales y uso de los servicios de aparcamiento, así como el *spatosimo*, una tasa impuesta por ley número 2065/92 (FER A'113). Considerando la posición dominante de AIA y el carácter excesivo de las tasas impuestas por esta empresa, algunos de estos usuarios cuestionan la licitud de estas últimas con arreglo a los artículos 81 y 82 TCE y solicitan a la Comisión la apertura de una investigación en profundidad. La Comisión, ante las informaciones recibidas por los usuarios y por AIA, deniega la apertura de una investigación detallada respecto de las tasas impuestas por la empresa denunciada. Fundamentalmente, los motivos que justifican la decisión de la Comisión se refieren, de un lado, a la inaplicabilidad del artículo 82 TCE en relación con el carácter excesivo de las tasas impuestas en concepto de seguridad de pasajeros, al considerar que AIA, cuyos accionistas son el Estado griego y un consorcio de empresas, ejerce funciones esenciales del Estado. Y, de otro, la ausencia de interés comunitario. Frente a esta decisión se alza el recurso presentado por algunos usuarios del aeropuerto de Atenas ante el TPI.

Tras admitir la legitimación de I. Terezakis para recurrir la decisión de la Comisión con base en los artículos 7.2 Reglamento 1/2003 antiguo artículo 3.2.b del Reglamento número 17 y la jurisprudencia que lo interpreta, el Tribunal de Primera Instancia analiza los cuatro motivos en los que las recurrentes fundamentan su pretensión de anulación de la Decisión impugnada, y resuelve desestimando el recurso interpuesto por I. Scippacercola e I. Terezakis. Básicamente, los motivos alegados por los recurrentes son cuatro. En primer lugar, invocan el error en el que incurre la Comisión al no llevar a cabo una adecuada comparación de los costes e ingresos de AIA de Spata al no comprobar la exactitud y fundamento de la información facilitada por la empresa. En segundo lugar, alegan vulneración del artículo 82 TCE por la

Comisión al considerar que los controles de seguridad de los pasajeros no constituyen una actividad económica en el sentido del precepto y que los servicios de aparcamientos de coches no constituyen un mercado de referencia. En tercer lugar, invocan el error de Derecho en el que incurre la Comisión al no verificar la vulneración del principio de no discriminación derivada de la imposición de tasas distintas por los servicios de la terminal en vuelos nacionales o internacionales y la imposición de cargas en vuelos regulares que no se imponen en vuelos chárter. Alegación, esta última, que no ha sido resuelta por el TPI habida cuenta de que la vulneración señalada no fue invocada en el procedimiento administrativo previo del que trae causa el presente litigio. En aquel solo se cuestionó el carácter excesivo de las tasas impuestas pero no el carácter discriminatorio del *spatosimo*. Siguiendo una reiterada jurisprudencia, se trata de un motivo nuevo y, como tal, el Tribunal no puede entrar a conocer. Por último, como cuarto motivo, las partes alegan la infracción del artículo 253 TCE en la medida en que la Comisión no indicó los costes e ingresos de AIA sobre los que basó su conclusión relativa a que dicha empresa no incurría en precios excesivos.

B) *Precios excesivos*

Respecto al primer motivo, las demandantes consideran que la Comisión no efectuó una adecuada comparación de los costes e ingresos de AIA de Spata. En su opinión, al no comprobar la exactitud y fundamento de la información facilitada por la empresa, la Comisión incumple las exigencias impuestas en la sentencia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands/Comisión*, en cuya virtud, se trata de apreciar si existe una desproporción excesiva entre el coste soportado y los precios reclamados y, en caso de respuesta afirmativa, examinar si se impone un precio excesivo en relación con productos competitivos. Desglosando en cada uno de los conceptos la vulneración de la jurisprudencia referida, los recurrentes alegan que, en primer lugar, respecto a la tasa en concepto de seguridad, teniendo en cuenta que trata de satisfacer una necesidad de interés general, esta no debe generar beneficios excesivos. Según los cálculos que ellos han efectuado, al ser muy superiores los beneficios obtenidos a los costes soportados por AIA, la tasa impuesta puede ser calificada como «precio excesivo» contrario al artículo 82 TCE. Además alegan que no existe proporcionalidad entre la tasa impuesta y el servicio prestado, y constatan la existencia de un importante incremento de la tasa, del 90%, tras los acontecimientos del 11-M; y las diferencias entre estas tasas y las establecidas en otros aeropuertos europeos.

La Comisión, en el marco de las denuncias interpuestas por los usuarios, no está obligada a decidir la existencia o no de infracción, gozando de un amplio margen de libertad en orden a definir las prioridades y la orientación de la política de la competencia atendiendo al interés comunitario. Los únicos límites a esta libertad vienen impuestos, de un lado, por el deber de la

Comisión de examinar el conjunto de elementos de hecho y de Derecho presentados por los denunciantes y, de otro, por la obligación de motivar la decisión por la que rechaza la investigación de los hechos denunciados, el examen de la denuncia. Una motivación que debe realizar de forma suficientemente precisa y detallada, de tal modo que permita al Tribunal ejercer el control efectivo sobre el ejercicio por la Comisión de su facultad discrecional en orden a decidir las prioridades, debiendo exponer los hechos y fundamentos de Derecho que justifican la decisión adoptada. Ahora bien, este control no puede llevar al Tribunal a sustituir la apreciación del interés comunitario de la Comisión por la suya propia, sino que tiene la finalidad de comprobar que la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de Derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación, ni de desviación de poder.

Atendiendo a estas consideraciones, y a la vista de la decisión impugnada, el TPI afirma que, contrariamente a lo que sostienen los recurrentes, la Comisión sí ha comparado las tasas impuestas en otros aeropuertos europeos y ha concluido que no existían datos que indicaran que las tasas impuestas en el de Atenas puedan ser calificadas como precios excesivos que vulneren el artículo 82 TCE. Siguiendo las manifestaciones efectuadas por la Comisión, considera que los datos aportados por los recurrentes para calcular los ingresos obtenidos y los costes soportados y determinar así el carácter excesivo de los precios son «imprecisos». Además, a la vista de la información aportada por AIA, tales datos resultan erróneos.

En cuanto a la alegación relativa a no contrastar la información aportada por AIA, el TPI considera que tal circunstancia no afecta a la legalidad de la decisión impugnada toda vez que esta no tenía por objeto el establecimiento de la existencia o no de infracción, pues solo respondía a la denuncia presentada el 2 de julio de 2002 por I. Scippacercola, y no a la interpuesta por I. Terezakis. La Comisión se limita a afirmar que existe poca probabilidad de infracción para que el interés comunitario justifique una investigación de las prácticas denunciadas. Los argumentos en los que fundamenta esta decisión son dos. De un lado, que los datos ofrecidos por las partes no concluyen la existencia de infracción alguna; y, de otro, porque la comparación de tasas con las impuestas en otros aeropuertos y la información aportada por AIA conducen a afirmar la escasa probabilidad de que exista una infracción. En estas condiciones la investigación de la infracción implicaría un esfuerzo desproporcionado para la Comisión.

C) *La vulneración del artículo 82 TCE*

Al no considerar los controles de seguridad como actividad económica en el sentido del artículo 82 TCE, entienden las partes que la Comisión vulnera la disposición citada. En su opinión, al ser AIA una sociedad privada, y teniendo en cuenta que el artículo 17.2 del Decreto de 29 de diciembre de

2000, en virtud del cual la responsabilidad de los sistemas de seguridad de los aeropuertos corresponde a la autoridad nacional de aviación civil, no excluye que los controles de seguridad puedan ser confiados a sociedades privadas, el pago de las tasas no es una obligación de servicio público impuesta por el Estado, sino una opción efectuada por la empresa gestora. Asimismo, la violación del precepto citado también se deriva de la decisión impugnada en cuya virtud los servicios de estacionamiento de automóviles no constituyen un mercado de referencia en el sentido de dicho precepto.

Considera el Tribunal, en relación con las tasas impuestas en concepto de seguridad, conforme a los motivos expuestos por la Comisión, la falta de interés comunitario que ha justificado la desestimación del primer motivo. En estas condiciones, conforme a una reiterada jurisprudencia, las alegaciones en las que se funda este segundo motivo deben ser desestimadas de plano por inoperantes, al estar dirigidas contra motivos de una decisión de la Comisión expuestos a mayor abundamiento. Sobre el servicio de estacionamiento como mercado de referencia, la Comisión declara la falta de interés comunitario, al considerar que era probable que dicho mercado no constituyera un mercado de referencia teniendo en cuenta que la infracción no producía efectos en los intercambios intracomunitarios, y no afectaba de manera sensible a la competencia en el mercado común y que su centro de gravedad se encontraba en Grecia, por lo que el conocimiento de los hechos denunciados correspondía a las autoridades de este país. Al no cuestionar las partes la apreciación del interés comunitario sino solo la violación por la Comisión del artículo 82 TCE al no considerar el estacionamiento de vehículo como mercado de referencia, entiende el Tribunal que el motivo corre la misma suerte que los anteriores y no puede prosperar. En su opinión, la Comisión ha indicado expresamente que no tomaba posición sobre este aspecto. No puede considerarse la existencia de un error manifiesto por la comisión al considerar que los pasajeros optarían por otros medios si la tasa por estacionamiento aumentara considerablemente. Se trataría de un abuso que debería hacerse valer ante los tribunales nacionales pero que carece de interés comunitario.

D) *La vulneración del artículo 253 TCE*

Al no evaluar correctamente las informaciones ofrecidas por AIA, consideran las partes que la Comisión ha vulnerado el artículo 253 TCE. Limitándose a informar a los demandantes que AIA no aplica precios excesivos sin permitir conocer las cifras y cálculos que les permiten llegar a tal conclusión, la Comisión incumple su obligación de actuar con diligencia y vulnera el principio de buena administración. Además, fundamentando su decisión denegatoria en la ausencia de interés comunitario, la Comisión no ha motivado en qué consiste ese interés comunitario. Siguiendo una reiterada jurisprudencia, consideran las recurrentes que, aunque la Comisión goce de un

amplio margen de libertad en el establecimiento de prioridades atendiendo al grado de interés comunitario y esté facultada para rechazar una denuncia considerando que no existe un interés que justifique la apertura de una investigación en profundidad, debe examinar diligentemente los fundamentos fácticos y jurídicos alegados por las partes para determinar si estos revelan la existencia de una conducta susceptible de falsear la competencia en el mercado común. A partir de estas consideraciones, las partes entienden que la Comisión debería, de manera clara e inequívoca, y no sumariamente como ha ocurrido, exponer las consideraciones fácticas y jurídicas que le conduce a adoptar una decisión que deniega la apertura de la investigación requerida. De acuerdo con una reiterada jurisprudencia, este tipo de decisiones está sometido a tres criterios estrictos que el Tribunal debe comprobar: la importancia del perjuicio que la supuesta infracción puede ocasionar al funcionamiento del mercado común, la probabilidad de poder acreditar su existencia y el alcance de las medidas de investigación necesarias para cumplir en las mejores condiciones su misión de velar por la observancia de las normas comunitarias de la competencia.

Frente a las alegaciones de las partes y tras un análisis de la Decisión impugnada, el TPI considera que la Comisión ha motivado suficientemente la decisión denegando la apertura de una investigación en profundidad. La Comisión analizó los elementos aportados por las partes concluyendo la falta de interés comunitario para iniciar una investigación en profundidad. Los motivos que llevan a tal conclusión se concreta en la falta de probabilidad de que exista una infracción de las normas de la competencia; los esfuerzos desproporcionados que implicaría constatar la existencia de infracción y la escasa importancia de la conducta denunciada en el mercado común. En este último punto, respecto de la tasa por estacionamiento de vehículo, consideró que el centro de gravedad de la conducta era Grecia, y que los recurrentes podían elevar sus pretensiones ante las autoridades nacionales griegas. De este modo queda suficientemente motivada su decisión, sin que la Comisión deba pronunciarse acerca de la existencia o no de una infracción de las normas de competencia.

Mercedes Sabido Rodríguez

Caso N.º 61. STPI de 8 de julio de 2008, *Knauf Gips KG/Comisión*, T-52/03

NOTA

A) Hechos

El Tribunal de Primera Instancia resuelve el recurso interpuesto por *Knauf Gips KG* contra la Comisión de las Comunidades Europeas, en el que la recurrente reclama la anulación de la Decisión 2005/471/CE de la Comi-

sión, de 27 de noviembre de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE, asunto COMP/E-1/37.152– paneles de yeso (DO 2005 L 166, p. 8 y ss.) y, con carácter subsidiario, la reducción del importe de la multa que le fue impuesta.

La importancia de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Primera Instancia se concreta a partir del conocimiento de los hechos que originan el litigio del que trae causa. La recurrente es una sociedad comanditaria de Derecho alemán que produce y comercializa materiales de construcción a base de paneles de yeso. A partir de unas informaciones, la Comisión procede a su verificación respecto a ocho empresas activas del sector entre las que se encuentra la recurrente y otras empresas del grupo Knauf. Tras las investigaciones realizadas por la Comisión en locales de estas empresas les reclama información sobre determinados documentos se inicia posteriormente la apertura del procedimiento administrativo y remitió un pliego de cargos a la recurrente, Knauf, y otras empresas implicadas, BPB plc, Sociedad Lafarge SA, Étex SA y Gyproc Benelux NC. Estas presentan sus observaciones al tener acceso a la instrucción mediante un CD-ROM que les fue remitido el 17 de mayo de 2001. Con fecha 20 de agosto del mismo año la recurrente solicita el acceso a determinados documentos de la instrucción, concretamente, a las respuestas ofrecidas por otras empresas implicadas; solicitud que fue rechazada por la Comisión. Finalmente, el 27 de noviembre la Comisión adoptó la Decisión 2005/471/CE en la que se declaró que BPB plc, Knauf, Sociedad Lafarge SA y Gyproc Benelux NC habían participado en una infracción única y continua que se manifiesta en un conjunto de acuerdos y prácticas concertadas relativas a la voluntad común, expresada en distintas reuniones celebradas entre representantes de algunas de estas empresas, que se concretan en los siguientes comportamientos: estabilizar los mercados de escayola en Alemania, Reino Unido, Francia y Bélgica; el establecimiento de sistemas de información sobre sus volúmenes de venta en los mercados referidos y sobre las subidas los precios en el mercado de Reino Unido, así como del reparto o la estabilización del mercado alemán y el sistema de información de precios respecto de este último mercado. Dichas reuniones tenían por objeto restringir la competencia y, por tanto, eran contrarias a las normas comunitarias de la competencia. A tenor de estas consideraciones, la Comisión fijó el importe base de la multa conforme a las Directrices, atendiendo a la gravedad y duración de la infracción y, teniendo en cuenta las circunstancias de cada una de las empresas implicadas, ha adoptado un tratamiento diferenciado en orden a la sanción impuesta a cada una de ellas.

Frente a esta Decisión se alza Knauf mediante recurso ante TPI fundamentando su pretensión de anulación en ocho motivos que podrían englobarse del siguiente modo. En primer lugar, alega que la Comisión vulneró su derecho de defensa y el principio de garantía del derecho a ser oído. La demandante afirma entre otras cosas que la Decisión estaba basada funda-

mentalmente en elementos de prueba incriminatorios a los que no se le había dado acceso, a pesar de sus solicitudes. Además, sostiene que se vulneró su derecho a ser oída, por los conocimientos lingüísticos insuficientes del funcionario encargado de tramitar el expediente así como por su sustitución extemporánea. En segundo lugar se refiere a la vulneración del artículo 81.1 TCE. En tercer lugar, en cuanto al importe de la multa que le ha sido impuesta, la recurrente alega que la Decisión infringió el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n.º 17/62 por lo que se refiere a los límites máximos de las multas. La demandante afirma que ella no es la sociedad dominante de un supuesto «grupo de empresas Knauf» y que no se le debe atribuir la responsabilidad del comportamiento de otras sociedades, ya que ella no está vinculada con ninguna persona jurídica como sociedad dominante y reprocha a la Comisión que omitiese realizar las investigaciones necesarias. Invoca también infracción del artículo 253 CE al haber fijado erróneamente el importe de la multa, así como la vulneración del principio de igualdad de trato, ya que no redujo el importe de la multa impuesta a la demandante, a pesar de que la demandante colaboró con la Comisión en el procedimiento en la misma medida que BPB plc, cuya multa se redujo un 30%. Por último, también alega violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos humanos y libertades fundamentales y del principio de buena administración. El Tribunal, tras analizar los motivos alegados, resuelve desestimando el recurso interpuesto por Knauf.

B) *Vulneración del derecho de defensa*

En opinión de la recurrente, la Decisión impugnada se ha dictado vulnerando su derecho de defensa. Varias son las alegaciones sobre las que fundamenta este motivo. En primer lugar, la vulneración se deriva de la negativa a acceder a las respuestas presentadas por otras empresas implicadas. Aun habiendo solicitado el acceso a las respuestas ofrecidas por BPB y Lafarge y Gyproc, así como a las declaraciones de dirigentes de Lafarge, la Comisión rechazó su solicitud. Considera la recurrente que teniendo en cuenta que la Decisión se fundamenta en gran medida en las pruebas, de cargo y de descargo, a las que no ha tenido acceso, se ha vulnerado su derecho de defensa.

Por su parte, la Comisión solicita la inadmisión del motivo alegado considerando, en primer lugar, que la negativa de acceso a las pruebas solicitadas se justifica porque estas no eran indispensables para la defensa del recurrente, y añade, además, que la empresa no impugnó la decisión denegatoria. Y, en segundo lugar, la obligación de esta institución de dar acceso a las respuestas ofrecidas por otras empresas implicadas en el procedimiento solo existe si estas son utilizadas por la Comisión para establecer la existencia de la infracción cometida por otra empresa, circunstancia que no concurre en este supuesto. De hecho, las invocaciones a las respuestas de otras empresas solo se realizan por la ahora recurrente de forma incidental.

Invocando una reiterada jurisprudencia, el Tribunal afirma que el acceso a la documentación en los asuntos de la competencia constituye una garantía procedimental para la protección de los derechos de defensa y asegurar el ejercicio efectivo del derecho a ser oído. Tiene por objeto permitir a los destinatarios el conocimiento de los elementos de prueba que figuran en él para que conozcan las conclusiones de la Comisión. En los asuntos de competencia, el derecho a acceder al expediente tiene por objeto permitir a los destinatarios de un pliego de cargos tomar conocimiento de las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, a fin de que puedan pronunciarse adecuadamente sobre las conclusiones a las que esta haya llegado en su pliego de cargos, basándose en tales documentos (véanse sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 89, y de 8 de julio de 1999, *Hercules Chemicals/Comisión*, C-51/92 P, Rec. p. I-4235, apartado 75; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 29 de junio de 1995, *Solvay/Comisión*, T-30/91, Rec. p. II-1775, apartado 59; de 28 de abril de 1999, *Endemol/Comisión*, T-221/95, Rec. p. II-1299, y de 20 de marzo de 2002, *LR AF 1998/Comisión*, T-23/99, Rec. p. II-1705, apartado 169). Así pues, el acceso al expediente forma parte de las garantías del procedimiento destinadas a proteger el derecho de defensa y a asegurar, en particular, el ejercicio efectivo del derecho a ser oído (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, *BPB Industries y British Gypsum/Comisión*, T-65/89, Rec. p. II-389, apartado 30, y *LR AF 1998/Comisión*, antes citada, apartado 169). Ahora bien, la obligación impuesta a la Comisión de permitir el acceso a la documentación solo abarca, por lo que respecta a los elementos inculpatórios, a aquellos que finalmente se han tenido en cuenta en la decisión y no a todos los cargos que la Comisión pudiera haber formulado en cualquier fase del procedimiento administrativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión*, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 7). En este punto, el Tribunal subraya que un documento puede ser considerado como documento de cargo con respecto a una demandante cuando sea utilizado por la Comisión en apoyo de la apreciación de una infracción en la que haya participado dicha demandante. No basta con que una demandante demuestre que no pudo pronunciarse durante el procedimiento administrativo sobre un documento utilizado en un lugar cualquiera de la Decisión impugnada. Para que pueda prosperar la alegación examinada, es necesario, en efecto, que la demandante demuestre que, en la Decisión impugnada, la Comisión utilizó un elemento probatorio nuevo para afirmar la existencia de una infracción en la que participase la demandante. No es suficiente que la demandante se limite a exigir, de manera general y abstracta, el acceso a las respuestas de otras empresas implicadas sin precisar de qué modo estas respuestas determinaron los elementos inculpatórios que la Comisión tuvo en cuenta en la Decisión impugnada. Una alegación de carácter general no puede acreditar la existencia de una vulneración del derecho

de defensa, esta debe examinarse en función de las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Ciertamente, la recurrente no ha podido acceder durante el procedimiento administrativo a las respuestas de otras empresas implicadas. Esta circunstancia y la necesidad de garantizar el derecho de defensa, en tanto que principio fundamental del Derecho comunitario, exige que si la Comisión se propone basarse en un pasaje de una contestación a un pliego de cargos o en un documento adjuntado como anexo a dicha contestación para acreditar la existencia de una infracción en el contexto de un procedimiento de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, debe darse a las demás partes implicadas en dicho procedimiento la oportunidad de pronunciarse sobre ese elemento de prueba. En estas circunstancias, el referido pasaje de una contestación al pliego de cargos o el documento unido como anexo a dicha contestación constituye efectivamente una prueba de cargo frente a las diversas partes que hayan participado en la infracción (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p.II-491, apartado 386, y la jurisprudencia citada). Es necesario, por tanto, que el recurrente acredite que el documento al que no tuvo acceso ha sido utilizado en la Decisión impugnada como elemento de prueba para decidir sobre la existencia de la infracción. En el considerando 48 de la sentencia que analizamos se exponen los medios de prueba sobre los que se fundamenta la Decisión impugnada y que Knauf ha hecho valer para acreditar la vulneración del derecho de defensa. Sin embargo, tras su análisis, el Tribunal concluye que la recurrente se limita a enumerar las consideraciones de la decisión impugnada en la que se mencionan los documentos a los que no accedió sin que tal enumeración sea suficiente por no demostrar que el resultado al que ha llegado la Comisión hubiera sido diferente de no existir tales documentos. No obstante, al conocer del fondo del asunto deberá volver a valorar si la decisión de la Comisión en cuanto a la existencia y efectos de la infracción hubiera sido idéntica si no hubieran existido los documentos referidos.

Por lo que se refiere a la falta de comunicación de pruebas de descargo, la empresa afectada únicamente debe probar que el hecho de no divulgarlo pudo influir, en perjuicio de esta, en el desarrollo del procedimiento y en el contenido de la Decisión de la Comisión. Basta con que la empresa demuestre que habría podido utilizar dichos documentos de descargo en su defensa, en el sentido de que, si hubiera podido valerse de ellos durante el procedimiento administrativo, habría podido invocar elementos que no concuerdan con las deducciones que efectuó la Comisión en esa fase y, por tanto, habría podido influir, de una manera o de otra, en las apreciaciones formuladas por esta en la eventual decisión, al menos por lo que se refiere a la gravedad y a la duración del comportamiento que se le imputaba y, en consecuencia, al

importe de la multa. La posibilidad de que un documento que no se ha comunicado pueda incidir en el desarrollo del procedimiento y en el contenido de la Decisión de la Comisión solo puede determinarse tras un examen provisional de ciertos medios de prueba que revelen que los documentos no comunicados pudieron tener, en relación con dichos medios de prueba, una importancia que no se habría debido menospreciar. En esta línea, el Tribunal acuerda el acceso a los versiones no confidenciales de las respuestas de las otras empresas implicadas para, tras las alegaciones de Knauf, concluir que la decisión de la Comisión no hubiera resultado afectada por ellas dado que en unos casos no se trata de prueba de descargo y en otros se trata de informaciones que ya había expuesto la recurrente en su respuesta a la comunicación efectuada por la Comisión.

En segundo lugar, la vulneración del derecho de defensa invocado por la recurrente se fundamenta en la existencia de divergencias entre la comunicación y la decisión de la Comisión, especialmente en relación con algunos hechos, como la reunión celebrada en Londres. La Comisión, por su parte, propone su desestimación, toda vez que las diferencias no son sustanciales. En esta línea, el Tribunal manifiesta que la calificación jurídica de los hechos recogida en el pliego de cargos solo puede ser, por definición, provisional, y no cabe anular una decisión posterior de la Comisión por la mera razón de que las conclusiones definitivas basadas en esos hechos no coincidan exactamente con esa calificación intermedia. En efecto, la Comisión debe oír a los destinatarios de un pliego de cargos y, en su caso, tener en cuenta sus observaciones en respuesta a los cargos formulados modificando su análisis, precisamente para respetar su derecho de defensa. De este modo, resulta justificado que la exposición en relación con la reunión de Londres sea más extensa en la Decisión que en la comunicación, pues en aquella se añaden las observaciones de otras empresas implicadas.

Tampoco admite el Tribunal la vulneración del derecho de defensa producida por el carácter incompleto de los documentos a los que accedió la recurrente. En virtud del artículo 44, apartado 1, letras *c* y *d*, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, la demanda debe contener, en particular, una exposición sumaria de los motivos invocados. Además, en virtud de la jurisprudencia, con independencia de toda cuestión terminológica, estos elementos deben ser lo suficientemente claros y precisos para permitir a la parte demandada preparar su defensa, y al Tribunal resolver el recurso sin necesidad de solicitar, en su caso, más información. En efecto, a fin de garantizar la seguridad jurídica y una buena administración de la justicia, es necesario, para que un recurso sea admisible, que los elementos esenciales de hecho y de Derecho en los que se basa resulten, al menos de forma sumaria, pero de una forma coherente y comprensible, del texto de la propia demanda (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de noviembre de 1997, Cipeke/Comisión, T-84/96, Rec. p. II-2081, apartado 31, y auto del Tribunal de Primera Instan-

cia de 21 de mayo de 1999, Asia Motor France y otros/Comisión, T-154/98, Rec. p. II-1703, apartado 49). Ahora bien, en el presente asunto la recurrente no ha precisado suficientemente los documentos que resultan injustificadamente incompletos ni su proyección en su defensa. La falta de una lista de documentos, que sería en todo caso de una irregularidad procedimental, no constituye una vulneración de su derecho de defensa. Este solo resultará vulnerado a causa de una irregularidad del procedimiento que tenga repercusiones concretas en las posibilidades de defensa de las empresas imputadas. Este último argumento justifica también que no entienda el tribunal lesionado el derecho de defensa como alega la recurrente por el tratamiento confidencial de las declaraciones efectuadas por Gyproc.

Por último, ni el cambio de consejero-auditor implica vulneración del derecho de defensa como alega la recurrente, ni se ha vulnerado su derecho a ser oído como consecuencia de los cambios producidos entre los funcionarios encargados de la traducción. En relación con el primer aspecto, no solo no resulta acreditada por el recurrente sino que, como pone de relieve el Tribunal, conforme a la legislación aplicable, el informe del consejero auditor constituye un documento puramente interno de la Comisión que ni completa ni corrige las declaraciones de las empresas implicadas, ni constituye un elemento decisivo para el control que debe ejercer el tribunal comunitario. Por lo que hace al segundo, aunque la recurrente ofrece algunos ejemplos de lo que considera una incorrecta traducción, el Tribunal afirma, siguiendo el criterio que mantuvo la Comisión, que se trataría de errores que afectarían al fondo de la Decisión impugnada y deberán ser valorados con ocasión del segundo motivo en el que fundamenta su recurso relativo a la vulneración del artículo 81.1 TCE, pero en absoluto implican una vulneración del derecho a ser oído.

C) *Vulneración del artículo 81.1 TCE: inexistencia de acuerdo o práctica concertada*

La recurrente considera que la Comisión no demostró suficientemente la existencia de acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia. En ningún momento niega haber participado en las reuniones de Londres 1992, Versalles, Bruselas y La Haya (1996-1998) si bien sostiene que su objetivo y finalidad no era la restricción de la competencia sino la estabilización de las relaciones entre los distintos operadores del sector, que se caracteriza por ser un oligopolio. La Comisión, por su parte, mantiene que las reuniones celebradas y los acuerdos en ella adoptados relativos a la estabilización de mercados, los servicios de información sobre volumen de ventas y las subidas de precios en ellos, así como el reparto del mercado alemán, constituyen un infracción única y continua del artículo 81.1 TCE. Tras el análisis de las alegaciones efectuadas por la recurrente en relación con cada una de las reuniones celebradas y los acuerdos en ellas adoptados, el Tribunal concluye

desestimando el segundo motivo en el que se fundamenta el recurso interpuesto.

Siguiendo una reiterada jurisprudencia, y frente a la opinión de la recurrente, afirma el TPI que la existencia de acuerdo contrario al artículo 81.1 TCE se produce desde el momento en que las empresas muestran su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado, con independencia de la forma en que dicha voluntad se manifieste. Basta que un acto, aparentemente unilateral, sea expresión de la voluntad concordante de varias empresas para constituir un acuerdo o práctica concertada. Los criterios de coordinación y de cooperación fijados por la jurisprudencia, lejos de exigir la elaboración de un verdadero plan, deben interpretarse a la luz de la concepción inherente a las disposiciones del Tratado relativas a la competencia, según la cual los operadores económicos deben determinar de forma independiente la política que vayan a adoptar en el mercado común. Si bien es cierto que esta exigencia de independencia no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse inteligentemente al comportamiento actual o previsto de sus competidores, no obstante prohíbe de forma terminante cualquier contacto directo o indirecto entre tales operadores que tenga por objeto o efecto influir en el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial, o revelar a dicho competidor el comportamiento que se haya decidido o que se prevea adoptar en el mercado. Se infringe, por tanto, el artículo 81.1 TCE desde el momento en que empresas competidoras participan en reuniones que tienen por objeto la adopción de acuerdos para restringir, impedir o falsear el juego de la competencia, y a organizar artificialmente el funcionamiento del mercado.

En el presente asunto, las alegaciones de Knauf junto con las respuestas ofrecidas por BPB permiten verificar la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia en el sentido de la jurisprudencia referida. Se constata la voluntad de las empresas, expresada en la reunión de Londres, de poner fin a la guerra de precios y estabilizar el mercado. Se trata de un acuerdo que se pone de manifiesto con ocasión de reuniones de empresas competidoras e infringe la referida disposición cuando las reuniones tienen dicho objeto y pretenden organizar artificialmente el funcionamiento del mercado. La Comisión debe demostrar que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente. Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, como ocurre en este asunto, incumbe a la empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia (véase, en particular, la sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P y C-219/00P, Rec. p. I-123, apartado 81).

Respecto al establecimiento de intercambios de información sobre los volúmenes de venta en los mercados afectados, en opinión de la recurrente,

se trata de simples informaciones comunicadas de forma imprecisa y esporádica. Sin embargo, siguiendo las consideraciones de la Comisión, el TPI afirma que se trata de una manifestación del acuerdo alcanzado en la reunión de Londres. En consonancia con una reiterada jurisprudencia en materia de acuerdos sobre intercambio de información, tales acuerdos son contrarios a las normas sobre la competencia en la medida en que debilitan o suprimen el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trate, con la consecuencia de que restringen la competencia entre las empresas (sentencia de 2 de octubre de 2003, Thyssen Stahl/Comisión, C-194/99P, Rec. p. I-10821, apartado 81). En efecto, es inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado que todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común. De este modo, según esa misma jurisprudencia, tal exigencia de autonomía se opone a toda toma de contacto directo o indirecto entre operadores económicos susceptible ya sea de influir en el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial, ya sea de desvelar a dicho competidor el comportamiento que se haya decidido o se pretenda seguir en el mercado, cuando estos contactos tengan por efecto u objeto abocar a condiciones de competencia que no se corresponderían con las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos entregados o los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas, así como el volumen de dicho mercado. Su existencia implica, salvo prueba en contrario por las empresas implicadas, que estas actúan en el mercado teniendo en cuenta estas informaciones. Más aún en el presente caso en el que el mercado de paneles de yeso se caracteriza por ser un oligopolio, en el que las informaciones obtenidas actúan como mecanismo de control para verificar el fin de la guerra de precios.

Como en las anteriores alegaciones, tampoco pueden prosperar las relativas a que no se haya demostrado por la Comisión la infracción del artículo 81.1 TCE como consecuencia de los intercambios de información sobre las subidas de precios desde 1992 a 1998. De las pruebas obrantes se deriva la existencia de estos intercambios de información con posterioridad a 1996 y, respecto a los anteriores a esta fecha, la práctica simultaneidad de anuncios y el paralelismo de precios anunciados constituyen, en opinión de la Comisión, fuertes indicios de una concentración desde el momento en que estas subidas se inscriben en un contexto característico por el que hecho de que las empresas habían celebrado acuerdos desde la reunión de Londres de 1992. Siguiendo las manifestaciones de la Comisión, el TPI considera que, aun pudiendo tratarse de comportamientos unilaterales, el concepto de práctica concertada supone la existencia de contactos caracterizados por la reciprocidad, condición satisfecha mediante la divulgación entre empresas competidoras de sus intenciones y comportamientos futuros sobre el mercado. El mero hecho de recibir estas informaciones, configuradas como secretos, es suficiente para acreditar la existencia de una intención anticompetitiva. Del

mismo modo ocurre respecto de las informaciones sobre las subidas de precios en el mercado alemán.

Respecto a los acuerdos sobre el reparto del mercado alemán, la recurrente admite su participación en las reuniones de Versalles, Bruselas y La Haya y haber discutido sobre el mercado alemán, pero considera que la Comisión no ha acreditado suficientemente la existencia de un acuerdo entre las empresas participantes. Se cuestiona la calificación jurídica de las reuniones, así como del sistema de intercambio de informaciones. Tras el análisis de las pruebas practicadas el TPI concluye, como se ha expuesto, que en tales reuniones las empresas implicadas tienen por objeto la estabilización del mercado alemán y restringir la competencia indicando las partes de dicho mercado en las que cada una de ellas interviene. El sistema de intercambio de información viene a corroborar esta idea, pues permite controlar si las cuotas de mercado de cada empresa en el mercado alemán son estables. Se trata, por tanto, de una coordinación entre empresas competidoras que, como se ha expuesto, constituye una infracción del artículo 81.1 TCE.

Con carácter subsidiario alega la recurrente, como tercer motivo, la violación del concepto de infracción única. En su opinión, la Comisión basa su decisión en un conjunto de hechos cuya conexión y finalidad común no ha sido acreditada, de escasa gravedad, y que en algunos casos han prescrito, pues los actos se produjeron hace más de cinco años, sin que se haya demostrado la existencia de un plan global. En contra, la Comisión considera que el conjunto de acuerdos y prácticas concertadas se inscriben en el marco de los esfuerzos realizados por un conjunto de empresas con un objetivo puramente económico, la restricción de la competencia, y que constituyen, cada uno de ellos manifestaciones de un acuerdo complejo y continuo que conlleva ese efecto restrictivo. Por ello califica la infracción como única, compleja y continua.

El TPI, de acuerdo con cuanto antecede, considera que ha quedado acreditada la participación de la recurrente en una infracción única y compleja caracterizada por la finalidad de poner fin a la guerra de precios y estabilizar los cuatro mercados de placas de escayola. Los acuerdos y prácticas concertadas se insertan, a partir de su idéntico objeto y sinergias, en un plan de conjunto que se proyecta en los esfuerzos de las empresas para influir en la evolución de los precios, objetivo perseguido por los participantes. El concepto de plan se deriva de la existencia de un comportamiento continuo destinado a falsear la competencia o por infracciones individuales unidas entre sí por una identidad de objeto y de sujetos.

D) *Vulneración de las normas reguladoras y del principio de igualdad de trato al fijar el importe de la multa*

La demandante impugna, basándose en los motivos cuarto, quinto y sexto, el importe de la multa impuesta. Considerando que la Decisión infringió

el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n.º 17/62, afirma que ella no es la sociedad dominante de un supuesto «grupo de empresas Knauf» y que no se le debe atribuir la responsabilidad del comportamiento de otras sociedades, ya que no está vinculada con ninguna persona jurídica como sociedad dominante y reprocha a la Comisión que omitiese realizar las investigaciones necesarias. Además añade que la Comisión infringió el artículo 253 CE y el artículo 15, apartado 2, de Reglamento n.º 17/62, al haber fijado erróneamente el importe de la multa, y vulneró el principio de igualdad de trato, ya que no redujo el importe de la multa impuesta a la demandante, a pesar de que ella también colaboró con la Comisión en el procedimiento en la misma medida que BPB plc, cuya multa se redujo un 30%.

En primer lugar, en relación con su consideración como responsable del conjunto de actos del grupo Knauf, la recurrente cuestiona que para determinar el montante de la multa la Comisión tenga en cuenta la cifra de volumen de negocios del grupo sin atribuir formalmente la responsabilidad de la infracción al conjunto de las empresas del grupo. Para ello el Tribunal procede, en primer lugar, a verificar si el grupo constituye una unidad económica en el sentido de las normas de la competencia y, en segundo lugar, determinar si la Comisión ha acreditado suficientemente que la recurrente era la persona jurídica responsable de la coordinación de la acción del grupo.

La noción de unidad económica, empresa, en las normas de la competencia comprende toda entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y modo de funcionamiento. Son los aspectos económicos y no los jurídicos los que delimitan el concepto. No obstante, el mero hecho de que el capital social de dos sociedades mercantiles distintas pertenezca a una misma persona o a una misma familia no es suficiente, por sí solo, para acreditar que existe entre esas dos sociedades una unidad económica que implique, en virtud del Derecho comunitario de la competencia, que las actuaciones de una puedan imputarse a la otra y que pueda obligarse a una a pagar una multa por la otra, es posible concluir a la vista de las circunstancias que concurre la existencia de unidad económica. Concretamente, en el presente asunto resulta acreditado que los asociados del requirente y otras empresas de la familia engloban personas físicas pertenecientes a la familia Knauf, el recurrente ha admitido que los asociados gestionan todas sus empresas y, no se ha ofrecido prueba alguna que desvirtúe la conclusión de la Comisión en cuya virtud los asociados representaban al grupo en el marco de las diferentes manifestaciones de la infracción cometida. En definitiva, de la documentación obrante y las pruebas practicadas se deriva que el recurrente tiene como única función administrar las otras sociedades; las empresas de la familia constituyen una entidad económica única que persigue intereses comunes. En este punto, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal, no es preciso que la entidad económica calificada de «grupo» tenga personalidad jurídica propia. En efecto, en el contexto del Derecho de la competencia, debe entenderse que el concepto de empresa designa una

unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11). Además, resulta acreditado que se trata de una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persiguen un fin económico determinado. De este modo, la cifra a la que se refiere el artículo 15.2 Reglamento núm. 17 debe entenderse la cifra global de las empresas integrantes pues solo así puede determinarse de forma aproximada su importancia e influencia en el mercado en el que interviene. Atendiendo a las circunstancias señaladas, cuando un grupo de sociedades constituye una misma y única empresa, la Comisión actúa acertadamente al imputar la responsabilidad por una infracción cometida por dicha empresa a la sociedad responsable de la actuación del grupo en el marco de la infracción y al imponerle una multa (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, Shell/Comisión, T-11/89, Rec. p. II-757, apartado 311).

En segundo lugar, en relación con la vulneración de los artículos 253 TCE y 15. 2 Reglamento n.º 17, frente a las consideraciones de la Comisión que establece un tratamiento diferenciado distinguiendo varias categorías de empresas implicadas atendiendo a las cifras de venta y a las cuotas de mercado, la recurrente invoca, en cuanto al importe de base de la multa, su carácter desproporcionado atendiendo a la gravedad de la infracción y a su duración, así como a la práctica anterior de la Comisión y, en segundo lugar, alega error en la consideración del efecto negativo de la infracción sobre el mercado de paneles de yeso.

En cuanto al cálculo de importe de base de la multa, que considera la recurrente desproporcionado, entiende el Tribunal que las multas constituyen un instrumento de la política de la competencia de la Comisión que debe poder disponer de un margen de apreciación en la fijación de su montante final para orientar el comportamiento de las empresas. Es necesario evitar que las multas no sean fácilmente previsibles para los operadores económicos. La indicación de datos numéricos relativos al método de cálculo de las multas recuerda que tales datos, por útiles y deseables que puedan ser, no son indispensables para el cumplimiento de la obligación de motivación de una Decisión por la que se imponen multas, y cabe subrayar, en cualquier caso, que la Comisión no puede renunciar a su facultad de apreciación, utilizando exclusiva y mecánicamente una serie de fórmulas aritméticas. En el presente asunto la Comisión ha expuesto de forma clara y detallada los elementos utilizados para calcular el montante de la multa atendiendo a la gravedad de la infracción de cada empresa, satisfaciendo así las exigencias del artículo 253 TCE. En cuanto a su desproporcionalidad respecto a actuaciones anteriores de la Comisión, el TPI recordó que el hecho de que la Comisión haya aplicado, en el pasado, multas de cierto nivel a determinados tipos de infrac-

ciones no puede privarle de la posibilidad de elevar dicho nivel dentro de los límites indicados por el Reglamento n.º 17, si ello resulta necesario para garantizar la aplicación de la política comunitaria de la competencia, sino que, por el contrario, la aplicación eficaz de las normas comunitarias de la competencia exige que la Comisión pueda en todo momento adaptar el nivel de las multas a las necesidades de esta política (sentencias de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française* y otros/Comisión, asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 109).

Por lo que hace a la valoración de los efectos de la infracción sobre el mercado, afirma el Tribunal que la Comisión ha tomado en consideración el marco concreto en el que la práctica se inserta, el contexto económico y jurídico en el que intervienen las empresas, así como la naturaleza de los bienes y servicios afectados, y las condiciones reales de funcionamiento y estructura del mercado en cuestión, con lo que se ha fundamentado así su decisión en varios indicios que permiten concluir la existencia de un efecto real de los distintos comportamientos que integran la práctica anticompetitiva en el mercado. De su análisis resulta la existencia de una infracción que debe ser calificada como muy grave. Gravedad establecida en función de numerosos elementos, sobre los que no existe una lista exhaustiva, pero que se refieren, entre otros, al contexto de la práctica, la naturaleza y objeto del comportamiento abusivo que, en algunas ocasiones, puede tener más importancia a la hora de fijar la cuantía de la multa que sus efectos. De este modo, la Comisión no solo fundamenta la imposición de la multa en el efecto de la conducta sino también en otros elementos como la gravedad de la infracción por su propia naturaleza y el mercado geográfico afectado que constituye una parte importante del mercado comunitario. En definitiva, de acuerdo con las directrices, la cuantía de base de la multa se establece a partir de la duración y gravedad de la infracción; un elemento cuya valoración sirve al Tribunal para apreciar si se ha producido la vulneración proporcionalidad como alega la demandante. Resultado de la aplicación de estos criterios, la Comisión califica la infracción cometida como muy grave y de larga duración, correspondiéndole un incremento respecto de la cuantía de base. Calificación que se efectúa atendiendo no solo a sus efectos sino también al alcance geográfico del mercado y al sector afectado, que desde un punto de vista económico tenía una gran importancia.

También alega la recurrente vulneración del principio de igualdad porque, a diferencia de BPB, a ella no se le aplicó la reducción por cooperación del 30%. Según la jurisprudencia, una colaboración con la investigación que no sobrepase el nivel derivado de las obligaciones que incumben a las empresas en virtud del artículo 11, apartados 4 y 5, del Reglamento n.º 17 o de las disposiciones equivalentes contenidas en los Reglamentos sectoriales no justifica una reducción de la multa (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, *Weig/Comisión*, T-317/94, Rec. p. II-1235, apartado 283). La Comisión, para fijar el importe de una multa, puede tener en

cuenta la ayuda que le prestó la empresa afectada para apreciar la existencia de la infracción con menor dificultad y, en particular, la circunstancia de que una empresa haya reconocido su participación en la infracción. Puede conceder a la empresa que la ayudó así una disminución significativa del importe de su multa y conceder una reducción mucho menor a otra empresa que se limitó a no negar las principales alegaciones de hecho en las que la Comisión basaba sus imputaciones. En este punto es necesario establecer una distinción entre el reconocimiento expreso de una infracción y el mero hecho de no negar su existencia, que no contribuye a facilitar la labor de la Comisión consistente en comprobar y reprimir las infracciones de las normas comunitarias sobre la competencia. Ciertamente, al valorar la colaboración prestada por las empresas, la Comisión no puede desconocer el principio de igualdad de trato, principio general del Derecho comunitario que, según jurisprudencia reiterada, solo se viola cuando se tratan de manera diferente situaciones que son comparables o cuando situaciones diferentes se tratan de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, BPB de Eendracht/Comisión, T-311/94, Rec. p. II-1129, apartado 309 y jurisprudencia citada). No obstante, en el presente asunto, las diferencias en el grado de cooperación entre ambas empresas lleva al Tribunal a afirmar que la Comisión tuvo en cuenta tales diferencias no pudiendo, por ello, admitirse la vulneración del principio de igualdad de trato.

Por último, como octavo motivo del recurso, considera la recurrente el establecimiento de una tasas de interés demasiado altas. Según reiterada jurisprudencia (sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151, apartados 141 a 143, y del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 1995, CB/Comisión, T-275/94, Rec. p. II-2169, apartados 46 a 49) la facultad que tiene la Comisión, conforme al artículo 15, apartado 2, del Reglamento n.º 17 comprende la de fijar la fecha en que las multas serán exigibles y aquella en que empezarán a devengar intereses de demora, fijar el tipo de esos intereses y establecer cómo deberá ejecutarse su Decisión, exigiendo, en su caso, la prestación de un aval bancario en garantía del capital y de los intereses de las multas impuestas. Si la Comisión no tuviera dicha facultad, la ventaja que podría reportar a las empresas el pago fuera de plazo de las multas produciría el efecto de atenuar las sanciones impuestas por la Comisión en el ejercicio de su función de velar por la aplicación de las normas sobre competencia. Por lo tanto, el hecho de que las multas devenguen intereses de demora se justifica para evitar que el efecto útil del Tratado quede comprometido por prácticas unilaterales de las empresas que demoren el pago de las multas a que han sido condenadas y para excluir que estas empresas se beneficien en comparación con las que pagaran las suyas dentro del plazo señalado. La Comisión goza de libertad para fijar la tasa de intereses de demora conforme a una reiterada jurisprudencia.

E) *Vulneración del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*

Considera la recurrente, como séptimo motivo, que la prolongación en el tiempo del procedimiento constituye una violación del artículo 6.1 CEDH y del principio de buena administración, haciendo valer que el trabajo de la empresa resulta afectado así como su reputación, restringiendo la posibilidad de adquirir créditos, entre otros efectos negativos.

El Tribunal, siguiendo una constante jurisprudencia, considera que la observancia de un plazo razonable en la tramitación de procedimientos administrativos en materia de política de la competencia constituye un principio general del Derecho comunitario cuyo respeto es garantizado por el órgano jurisdiccional comunitario (sentencias de 18 de marzo de 1997, Guérin automobiles/Comisión, C-282/95 P, Rec. p. I-1503, apartados 36 y 37). Un plazo cuya duración exceda de lo razonable solo puede constituir un motivo de anulación de una Decisión en la que se declare la existencia de infracciones si se demuestra que la violación de este principio ha vulnerado los derechos de defensa de las empresas de que se trate. Aparte de este supuesto concreto, el incumplimiento de la obligación de pronunciarse en un plazo razonable no influye en la validez del procedimiento administrativo con arreglo al Reglamento n.º 17 (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de febrero de 2001, Sodima/Comisión, T-62/99, Rec. p. II-655, apartado 94, y Trabisco/Comisión, T-26/99, Rec. p. II-633, apartado 52; las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, as.ac. C-238/99P, C-244/99P, C-245/99P, C-247/99P, C-250/99P a C-252/99P y C-254/99P, Rec. pp. I-8375 y ss). En el presente asunto, Knauf no explica ni concreta la existencia de una prolongación del plazo razonable ni la perturbación que le produce ni acredita el daño que se le ha infringido. Se trata de una alegación general que no permite demostrar que el derecho de defensa se haya vulnerado realmente; tal vulneración debe examinarse en función de las circunstancias específicas de cada caso.

Mercedes Sabido Rodríguez

Caso N.º 62. STJCE de 6 de marzo de 2008, Comisión/España (adquisición de Endesa por E.ON), C-196/07

NOTA

1. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 6 marzo 2008 tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al Artículo 226 CE por parte de la Comisión Europea contra el Reino de España, en la que se solicita al Tribunal que declare que España ha incumplido dos decisiones de la Comisión: la Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2006 [Asunto núm. COMP/M.4197-E.ON/

Endesa-C(2006)4279final] y la Decisión de la Comisión del 20 de diciembre de 2006 [Asunto núm. COMP/M.4197-E.ON/Endesa- C(2006)7039final]; en las que se exigía la retirada de un número de condiciones impuestas por la Comisión Nacional de la Energía para la adquisición por parte de E.ON del control sobre Endesa.

2. Los hechos de los que trae causa la sentencia objeto de comentario se refieren a la oferta pública de adquisición que la empresa alemana E.ON A.G. realizó para la adquisición sobre la totalidad de las acciones de la empresa española Endesa, S. A. Ambas sociedades son activas en el sector de la energía. Escasamente tres días más tarde de la oferta pública de adquisición, el Gobierno español adopta el Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero de 2006, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de la Energía (CNE). En virtud de las nuevas funciones de la CNE, esta somete la adquisición de E.ON a una autorización. La autorización de la operación de concentración se supeditó por parte de la CNE al cumplimiento de 19 condiciones.

Al tratarse de un proyecto de concentración de dimensión comunitaria, la Comisión envió una comunicación al Reino de España en la que manifestaba sus dudas respecto de la posibilidad de imponer condiciones a la operación de concentración prevista y recordarle las obligaciones derivadas del artículo 21.4 del Reglamento de concentraciones. Es decir, por un lado, la posibilidad de adoptar medidas para proteger intereses legítimos diferentes de los protegidos por la norma comunitaria de competencia, siempre que estos sean compatibles con los principios generales y las normas de Derecho Comunitario y, por otro lado, la obligación de comunicar dichas medidas a la Comisión para que esta valore la mencionada compatibilidad. Sin embargo, el Reino de España, tras alegar que las medidas que pudiese adoptar la CNE no estaban sujetas a la obligación de comunicación de la Comisión ni al control previo por parte de esta, y a pesar de que la Comisión adoptó una decisión en la que autorizaba incondicionalmente la operación notificada en virtud del artículo 6.1 del Reglamento de concentraciones, la CNE adoptó una resolución por la que supeditaba la autorización de la propuesta de concentración entre E.ON y Endesa al cumplimiento de 19 condiciones.

El 26 de septiembre de 2006 la Comisión adoptó su primera decisión en la que declaraba que España había violado el artículo 21 del Reglamento de concentración por haber adoptado, sin comunicación previa ni autorización por parte de la Comisión, la mencionada resolución de la CNE que somete la adquisición por parte de E.ON del control sobre Endesa al cumplimiento de una serie de condiciones incompatibles con el Derecho comunitario. El 20 de diciembre de 2006, la Comisión adoptó su segunda decisión, relativa a los nuevos requisitos impuestos por la decisión del Ministro por la que se modifica parcialmente la controvertida resolución de la CNE, pero que mantenía la autorización de la operación al cumplimiento de 16 condiciones.

3. En esta Sentencia de 6 de marzo de 2008 el TJCE tiene ocasión de confirmar la competencia de la Comisión para adoptar decisiones en virtud del artículo 21.4 del Reglamento de concentraciones (I). Asimismo, el TJCE declara la obligación de cumplir con las Decisiones de la Comisión a pesar de que la concreta Oferta Pública de Adquisición hubiera quedado sin validez (II).

Competencia de la Comisión para adoptar decisiones en virtud del artículo 21.4 del Reglamento de concentraciones

4. Aunque no se cuestiona en el presente recurso, la Sentencia del TJCE objeto de este comentario confirma la competencia de la Comisión para adoptar decisiones, en virtud del artículo 21.4 del Reglamento de concentraciones, sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de las decisiones estatales adoptadas por un Estado miembro para proteger alguno de los intereses expresamente considerados legítimos en dicha norma incluso cuando estas medidas nacionales no han sido comunicadas a la Comisión. Efectivamente, como ya se manifestó por parte del TJCE en la Sentencia de 22 de junio de 2004, Portugal c. Comisión, C-42/01, se privaría de efecto útil al artículo 21.4 del Reglamento de concentraciones si, debido a la falta de comunicación de un Estado miembro, la Comisión no pudiera examinar si una medida nacional adoptada por él está justificada por algunos de los intereses expresamente considerados legítimos en dicha norma, es decir, la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales. De tal manera que se otorgaría un medio muy sencillo a los Estados miembros de eludir el examen de la Comisión previsto en el mencionado artículo si su competencia dependiera de la comunicación o no de las medidas al ejecutivo comunitario.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el Reglamento de concentraciones establece, por un lado, una clara distribución de las intervenciones de las autoridades nacionales y comunitarias, basada en el *principio de la barrera única* establecido en su artículo 21 y, por otro lado, obliga a controlar la compatibilidad de las operaciones de concentración en plazos compatibles tanto con las exigencias de la buena administración como con las del tráfico mercantil. Por lo que no se puede interpretar el artículo 21 del Reglamento de concentraciones en el sentido de que, a falta de comunicación por parte del Reino de España de las medidas adoptadas a la Comisión, esta no puede intervenir adoptando una Decisión sobre la compatibilidad de los intereses protegidos por la medida nacional con el Derecho comunitario. Teniendo como consecuencia que se privaría de efecto útil al artículo 21.3 del Reglamento de concentraciones, si, como alega el Reino de España, el cauce para examinar la compatibilidad del mencionado Real Decreto-Ley y de las resoluciones de la CNE fuera el recurso de alzada ante el Ministro español.

Obligación de cumplir con las Decisiones de la Comisión a pesar de que la medida nacional no pudiera aplicarse

5. El Reino de España alega que es imposible dar cumplimiento a las Decisiones de la Comisión porque la oferta pública de E.ON no produjo efectos y, por tanto, el recurso de incumplimiento que da origen a esta sentencia carece de objeto. Pero el Tribunal deja claro que la situación a tener en cuenta en el recurso, según reiterada jurisprudencia, es la situación presente al final del plazo presentado en el dictamen motivado, y que los cambios ocurridos con posterioridad no pueden ser tenidos en cuenta por el tribunal. Por tanto, es irrelevante que la operación de concentración hubiera sido abandonada con posterioridad a la fecha del plazo señalado en el dictamen motivado. Pero el Tribunal va más allá porque recuerda al Reino de España que, aunque el incumplimiento hubiese cesado con posterioridad al plazo señalado en el dictamen motivado, *subsiste un interés en que continúe el procedimiento para sentar las bases de la responsabilidad en que pueda incurrir un Estado miembro, como consecuencia de su incumplimiento, particularmente en relación con aquellos que adquieren derechos como resultado del mencionado incumplimiento...* (fundamento 27).

6. Con más razón, por tanto, tiene interés el recurso, en casos como el que es objeto de comentario en el que el Reino de España no adoptó ninguna medida para cumplir las Decisiones de la Comisión en el plazo señalado en el dictamen motivado.

Es curioso que el Reino de España alegue la imposibilidad absoluta de incumplimiento, cuando formalmente no ha eliminado las disposiciones contrarias a ambas Decisiones de la Comisión, dado que el Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero de 2006 por el que se modifican las funciones de la CNE seguía en vigor en dicho momento y sigue en vigor en la actualidad, un año después de dictarse la sentencia que declara las resoluciones adoptadas en su aplicación incompatibles con el Derecho comunitario.

Natividad Goñi Urriza

Caso N.º 63. Auto Presidente TPI de 14 de marzo de 2008, *Huta Buczek/Comisión*, T-440/07 R y Auto Presidente TPI de 14 de marzo de 2008, *Buczek Automotive/Comisión*, T-1/08 R

NOTA

La sociedad Tecnológica Buczek es un fabricante polaco instalado en Silesia. En 2002, y debido a ciertas dificultades financieras, se ve obligada a realizar un plan de reestructuración que le permita recibir una ayuda de Estado basada en el Programa de reestructuración de la siderurgia polaca hasta 2006.

TB pertenece a un grupo de empresas de las que forman parte las demandantes y es declarada en quiebra en 2006, aunque se le permite continuar su

actividad alquilando inmuebles y maquinaria especialmente a la demandante. Dada esta situación, la Comisión exigió a las empresas filiales la parte correspondiente a las ayudas de Estado prestadas a TB de las que estas se habían beneficiado. Según la Comisión, la demandante habría recibido importantes inyecciones de capital dado que no se le habría exigido devolver los créditos prestados por la casa matriz y esta situación contribuyó a acelerar la quiebra de TB.

La cuestión que se plantea por las demandantes es la adopción de una medida cautelar de suspensión de la medida de devolución de las ayudas alegando que el recurso que se había presentado en contra de la Decisión debería tener carácter suspensivo de la ejecución de la medida.

Recuerda en este punto el Tribunal que el art. 242 TCE establece el principio del carácter no suspensivo de los recursos y que solo a título excepcional se puede considerar el carácter no suspensivo del recurso si se acredita la presencia de circunstancias de urgencia.

La urgencia debe apreciarse en relación con la necesidad de establecer provisionalmente que la ejecución puede causar un perjuicio grave e irreparable al demandante. Este perjuicio debe ser inminente en el sentido de que sea previsible con un grado de probabilidad suficiente, y corresponde a quien lo alega la carga de probar tal circunstancia.

Del mismo modo se acredita que un perjuicio financiero no puede, salvo circunstancias excepcionales, ser considerado como irreparable dado que normalmente puede ser objeto de una compensación financiera ulterior. En ese caso, una medida como la que se solicita por la demandante solo sería considerada justificada en el caso de que su no adopción pudiera poner en peligro la existencia de la empresa antes de que se dicte la sentencia que ponga fin al procedimiento principal.

La insolvencia eventual de una empresa no implicaría además, necesariamente, que la condición relativa a la urgencia exista. En cada caso, el juez tendrá en consideración las características del grupo al que pertenece, lo que puede conducir a la conclusión de que la situación de urgencia no se cumple incluso en el caso de una previsible insolvencia de la empresa. Concluye por tanto el Tribunal que la apreciación debe siempre realizarse caso por caso y no existen en el presente razones para decretar la suspensión de la medida.

María Pilar Canedo Arrillaga

Caso N.º 64. STJCE de 22 de mayo de 2008, *Evonik Degussa GmbH*, C-266/06

NOTA

Degussa es una sociedad alemana, creada en 2000 por la integración de Trostberg y Degussa-Hüls, que a su vez había nacido de la fusión en 1998 de

las empresas químicas alemanas Degussa AG (Francfort-sur-le-Main) y Hüls AG (Marl). Su ámbito general de actividad es el sector de la alimentación animal, y es la única empresa que produce los tres componentes aminoácidos esenciales que se emplean como añadido en los alimentos para todo tipo de animales: la metionina, la lysina y la treonina. Los tres productores mundiales de metionina son Rhône-Poulenc (hoy Aventis SA), cuya filial responsable de la producción de metionina era Rhône-Poulenc Animal Nutrition (hoy Aventis Animal Nutrition SA), Degussa y Novus.

En mayo de 1999, Rhône-Poulenc presenta en la Comisión una declaración en la que admite haber participado en una entente sobre fijación de precios y atribución de cuotas para la metionina y solicita beneficiarse de la Comunicación de la Comisión sobre la no imposición de multas o reducción de su montante (DOCE 1996, C 207, p. 4). En 2001 la Comisión emite un pliego de cargos contra cinco productores de metionina, entre los que figura Degussa, en el que acusa a las empresas de participar desde 1986 hasta 1999 en un acuerdo continuo contrario al artículo 81 TCE que implicaba fijación de precios, la puesta en práctica de un mecanismo de aumento de los precios, la atribución de mercados nacionales y de cuotas de partes de mercados y el establecimiento de un mecanismo de vigilancia de la aplicación de los acuerdos.

El acuerdo estaba integrado por tres períodos diferentes. Uno en el que los precios estaban en alza; uno en que los precios habrían comenzado a caer de modo espectacular y los miembros del acuerdo se habrían planteado el modo de reaccionar ante la situación, centrando sus esfuerzos en buscar políticas de alza de precios; y un tercer período en que el aumento de las ventas habría conducido a mantener ante todo el nivel de los precios.

La Comisión impone sendas multas, de 118.125.000 euros a Degussa, y de 9.000.000 euros a Nippon Soda

Para calcular el importe de la multa, la Comisión aplica la metodología contenida en las Directrices para el cálculo de multas en aplicación del artículo 15.2 del Reglamento 17/62 (DOCE 1998, C 9, p. 3), así como la Comunicación sobre cooperación.

Para calcular el importe de base de la multa, la Comisión considera en primer lugar la gravedad de la infracción, constatando la naturaleza del comportamiento, su incidencia en el mercado de la metionina y la extensión del mercado geográfico afectado por las empresas. Por todo ello considera que la infracción debe ser calificada de muy grave. Considera también que debe realizarse un trato diferenciado teniendo en cuenta la capacidad económica real de las empresas para infligir un perjuicio importante en la competencia de modo que se garantice un efecto disuasivo suficiente de la multa. En este sentido, la Comisión ha considerado que existen grandes diferencias en el mercado mundial de la metionina, de forma que Rhône-Poulenc y Degussa

constituyen una primera categoría, mientras que Nippon Soda una segunda. Por ello, la Comisión fija los montantes de base de las multas de Aventis y Degussa en 35 millones de euros y el de Nippon Soda, en 8 millones.

Con el fin de asegurar un efecto suficientemente disuasivo de la multa, tiene en cuenta que las grandes empresas disponen de conocimientos e infraestructuras jurídico-económicas que les permiten apreciar en toda su extensión el carácter infractor de su conducta y las consecuencias que se derivan de este desde el punto de vista de la competencia. Por ello considera que el montante de base debía ser incrementado para Aventis y Degussa en un 100%, llegando hasta 70 millones de euros.

Respecto de la duración de la infracción, la Comisión ha considerado que se incremente el montante de base en un 10% por año y 5% por semestre de participación, elevándose por tanto el montante de base de Aventis y Degussa a 157 millones y medio, y el de Nippon Soda a 18 millones.

Al no existir circunstancias agravantes ni atenuantes, la Comisión procede a continuación a aplicar la Comunicación de cooperación reduciendo el importe de la multa en un 100% a Aventis. Considera, sin embargo, que Nippon Soda y Degussa no cumplen las condiciones para una reducción importante del montante de la sanción, sino tan solo las que se refieren al apartado D de la Comunicación y, por ello, reduce el importe de las citadas empresas en un 50 y 25%, respectivamente.

En el recurso presentado por la empresa demandante en el presente asunto, se cuestiona en primer lugar la legalidad de las penas impuestas. Este es un principio que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario que encuentra su base en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, así como de diferentes Tratados Internacionales, especialmente el artículo 7 del CEDH. Este principio exige que la ley defina claramente las infracciones y las penas que las reprimen, y se considera cumplido cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y con la ayuda de la jurisprudencia de los tribunales, cuáles son las acciones y omisiones que implican responsabilidad penal. Resulta, por tanto, digno de ser subrayado que para determinar el contenido del tipo infractor no basta con analizar la disposición legal, sino que hace falta igualmente referirse a las decisiones judiciales constantes y publicadas, y que por tanto al hablar de «Derecho» hay que referirse no solo a las normas de origen legislativo, sino igualmente a las de base jurisprudencial.

El principio de legalidad de las penas es un corolario del principio de seguridad jurídica que exige que toda reglamentación comunitaria sea clara y precisa. Sin embargo este principio no exige, según el Tribunal, que la redacción de la norma contenga términos extremadamente precisos que permitan con una certidumbre absoluta prever las consecuencias que se podrían derivar de una violación de la disposición. De este modo se determina que el principio de legalidad de las penas no se opone a la existencia de un margen de apreciación que se ejerza con modalidades definidas suficientemente y

tampoco a la existencia de conceptos jurídicos indeterminados si estos se han precisado de modo suficiente por una jurisprudencia constante y publicada.

Aclara igualmente el Tribunal que la Comisión debe respetar los principios generales del Derecho y, especialmente, los principios de igualdad y proporcionalidad. Establece sin embargo que, en la medida en que la Comisión aplica los principios recogidos en las directrices sobre el cálculo de las multas, garantiza la igualdad de trato y asegura la seguridad jurídica de las empresas.

Por todo ello concluye el Tribunal que un operador económico puede prever de manera suficientemente precisa, quizá tras realizar una consulta jurídica, la cuantía de las multas impuestas por la Comisión y que, por lo tanto, no existe violación del principio de legalidad de las penas.

Degussa cuestiona igualmente la motivación llevada a cabo en la fijación del montante inicial de la multa

La obligación de motivación del Tribunal no conlleva la necesidad de realizar una exposición exhaustiva de todos los razonamientos que han sido presentados por las partes en el asunto. De hecho, establece el Tribunal que la motivación puede ser implícita a condición de que la persona afectada por la sentencia tenga conocimiento de los motivos de la decisión con elementos suficientes como para ejercer un control sobre ella. En el caso que nos ocupa, señala el Tribunal que existe una jurisprudencia constante que permite conocer que los acuerdos horizontales en materia de precios se han considerado siempre como parte de las infracciones más graves al Derecho comunitario de la competencia, por lo que las exigencias de motivación en este caso se limitan.

La sentencia se refiere por fin a la apreciación del factor disuasorio de la sanción impuesta. En este punto recuerda el Tribunal que las sanciones impuestas a las empresas por violación del Derecho comunitario no deben suponer una discriminación entre las empresas que han participado en un acuerdo o práctica concertada. En el caso que nos ocupa se toma en consideración el tamaño de las empresas y se establecen sanciones muy diferentes para las distintas participantes. Sin embargo, en dos empresas como Aventis y Degussa se realiza una consideración semejante atendiendo al hecho de que ambas se consideran «grandes empresas» que tienen a su disposición infraestructuras jurídico-económicas que les permiten apreciar correctamente el carácter infractor de la conducta y sus consecuencias, aunque su volumen de negocio no sea igual. Concluye en este sentido el Tribunal que no es necesario para considerar respetado el principio de igualdad que el cálculo de las infracciones se realice con bases aritméticas. Así, si bien es cierto que en la determinación del montante de las multas hay que establecer una cuantía que resulte suficientemente disuasoria y para ello es necesario tener en cuenta el volumen de negocio de las empresas, este constituye

tan solo un factor indicativo aproximativo e imperfecto, de la talla y poder económico de la empresa al que no debe reconocerse un valor desproporcionado en relación con otros elementos que también deben tenerse en cuenta para determinar el montante de la sanción.

Por todas estas razones la demandante es condenada a pagar las costas del proceso. Resulta llamativa esta resolución de la más alta instancia judicial comunitaria, al realizar una afirmación que puede considerarse positiva para las empresas destinatarias de estos procedimientos, dado que las infracciones y las sanciones son calificadas de penales y dignas por tanto de estándares de protección recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta afirmación no conlleva sin embargo las consecuencias que podrían esperarse. Tanto en lo que hace al principio de legalidad de las penas, como en el respeto al principio de proporcionalidad o al carácter disuasorio de las sanciones impuestas, el Tribunal permite un margen de apreciación a la Comisión que sería considerado inaceptable en las tradiciones penales de la mayoría de los Estados miembros. El hecho de que el modo de determinación de la gravedad de las infracciones o de cálculo de las sanciones se realice no solo con referencia a los textos normativos, sino con referencia a las resoluciones judiciales el algo que en las tradiciones constitucionales de no pocos Estados comunitarios se consideraría poco respetuoso con el estándar de seguridad jurídica que exige el Derecho punitivo. Lo mismo puede decirse del carácter disuasorio de las multas en que los criterios aceptados por el Tribunal no garantizan el estándar de protección que podríamos considerar razonable.

María Pilar Canedo Arrillaga

Caso N.º 65. Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. (Doc.Com. [2008] 165 final de 2 de abril de 2008).

NOTA

Consideraciones preliminares: El 2 de abril de 2008, la Comisión de las Comunidades Europeas publicó un *Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* (COM[2008] 165 final) (Sobre la indemnización de daños y perjuicios por infracción del derecho antitrust europeo, *vid., ad ex.*, C. ANDRELANG, «Damages for the infringement of Art. 81 EC by cartel agreements according to sec. 33(3) GWB: the changes of law concerning the ‘protective law’ requirement and the ‘passing on’ defence», *World Compet.*, 30, 4, 2007, pp. 573-593; D. ASHTON/C. VOLLRATH, «Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community competition law», *ZWeR*, 4, 1, 2006, pp. 1-27; M. BÄCHLI, «Die Passing-on Defense»,

SchwJZ, 103, 15, 2007, pp. 365-374; O. BAETZGEN, *Internationales Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht im EG-Binnenmarkt: Kollisionsrecht zwischen Marktpaltung ('Rom II') und Marktintegration (Herkunftslandprinzip)*, Köln, 2007; T. BALLARINO, «L'art. 6 del Regolamento Roma II e il diritto antitrust comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico», *Riv.dir.int.*, XCI, 1, 2008, pp. 65-78; S. BARIATTI, «Violazione di norme antitrust e diritto internazionale privato: il giudice italiano e i cartelli», *Riv.dir.int.priv.proc.*, XLIV, 2, 2008, pp. 349-362; M. BARCELONA, «Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust», *Contratto e impresa*, XXIV, 1, 2008, pp. 120-144; J. BASEDOW, «Perspektiven des Kartellrechts», *ZWeR*, 4, 3, 2006, pp. 294-305; ID., «Die Durchsetzung des Kartellrechts im Zivilverfahren», en C. BAUDENBACHER (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationales Kartellrecht: zwölftes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2005*, Basel, 2006, pp. 353-367; ID., «Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC competition law», en J. BASEDOW (Ed.), *Private enforcement of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, 2007, pp. 229-253; S. BASTIANON, «Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza: prime riflessioni sul Libro verde della Commissione», *Mercato concorrenza regole*, VIII, 2, 2006, pp. 321-355; L. BAUER, «Leniency & Private Enforcement: ein kartellrechtliches Spannungsverhältnis?», *Ecolex*, 18, 5, 2007, pp. 357-358; R.J. VAN DEN BERGH/S. KESKE, «Private enforcement of European competition law: quo vadis?», *European Review of Contract Law*, 3, 4, 2007, pp. 468-486; J.-C. BERMOND, «L'introduction en droit français de la concurrence des actions de groupe: le débat est-il franco-français ou franco-européen?», *Rev.dr.aff.int.*, n.º 1, 2007, pp. 41-56; M. BLESSING, «Private enforcement of antitrust disputes», en *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationales Kartellrecht: elftes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2004*, 2005, pp. 193-266; U. BÖGE, «Leniency programs and the private enforcement of European competition law», en J. BASEDOW (Ed.), *Private enforcement of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, 2007, pp. 217-226; I. BRINKER/J. CHRISTOPH, «Von Crehan zu Manfredi: Grundlage eines kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs für 'jedermann'?», en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, 2006, pp. 69-80; M. BRKAN, «Procedural aspects of private enforcement of EC antitrust law: headig toward new reforms?», *World Compet.*, 28, 4, 2005, pp. 479-506; R. VON BÜREN, «Zur Zulässigkeit der 'passing-on defense' in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht», *SZW/RSDA*, 79, 3, 2007, pp. 189-206; F.W. BULST, *Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht: zur Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht*, Baden-Baden, 2006; ID., «Zum Manfredi-Urteil des EuGH: Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom

13. Juli 2006», *Zeup*, 16, 1, 2008, pp. 178-195; P. CASSINIS, «I nuovi poteri dell'autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement», *Contratto e impresa. Europa*, XI, 2, 2006, pp. 719-750; C. CASTRONOVO, «Private law remedies for antitrust violations: a point of view from Italy», en *Private enforcement of EC competition law*, 2007, pp. 107-118; M. CHAGNY, «Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles: la Cour de Justice invitée au débat sur le Livre vert», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 9, 2006, pp. 86-89; ID., «Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommage-intérêts?», *Revue Lamy droit des affaires*, n.º 1, 2007, pp. 96-101; E. COMBE, «Ver une action de groupe... à la française. Propos introductifs», *Concurrences*, n.º 2, 2008, pp. 19-20; G. CUMMING/B. SPITZ/R. JANAL, *Civil Procedure Used for Enforcement of EC Competition Law by the English, French and German Civil Courts*, 2007; M. DANOV, «Awarding exemplary (or punitive) antitrust damages in EC competition cases with an international element: the Rome II Regulation and the Commission's White Paper on damages», *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 7, 2008, pp. 430-436; R.W. DAVIS, «Analysis and Reflections - Liability in damages for a breach of Community law: Some reflections on the question of who to sue and the concept of 'the state'», *Eur.L.Rev.*, 2006, pp. 69-80; C. DIEMER, «The Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules», *Eur.Compet.L.Rev.*, 27, 6, 2006, pp. 309-316; S. DRAKE, «Scope of Courage and the principle of 'individual liability' for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice», *Eur.L.Rev.*, 31, 6, 2006, pp. 841-864; J. DREXL, «Zur Schadenersatzberechtigung unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer im europäisierten Kartelldeliktsrecht», en *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, vol. I, 2007, pp. 1339-1365; J. DREXL y otros, «Comments on the Green paper by the Directorate-General for Competition of December 2005 on damages actions for breach of the EC antitrust rules», *IIC*, 37, 6, 2006, pp. 700-728; T. EILMANSBERGER, «Schadenersatz wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts: Überlegungen zum Grünbuch der Kommission», en *Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht, Europarecht: Hans-Georg Koppens-teiner zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 115-137; ID., «The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action», *C.M.L.Rev.*, 44, 2, 2007, pp. 431-478; F. ENDTER, *Schadenersatz nach Kartellvertoss: eine rechtsvergleichende Untersuchung der Anspruchsgrundlagen im europäischen, deutschen und englischen Recht*, Bern, 2007; D. FASQUELLE/R. MÉSA, «Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante», *Concurrences*, n.º 1, 2006, pp. 33-37; J. FITCHEN, «Allocating jurisdiction in private competition law claims within the EU», *M.J.*, 13, 4, 2006, pp. 381-401; A. FRANZ/D.A. JÜNTGEN, «Die Pflicht von Managern zur Geltendmachung von Schadener-

satzansprüchen aus Kartellvertöben», *BB*, 62, 32, 2007, pp. 1681-1687; A. FRIGNANI, «Diritto della concorrenza: l'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli: public and private enforcement», *Dir. comm. int.*, 22.1, 2008, pp. 111-130; C. GAUER, «Le développement des actions privées en droit de la concurrence», en L. IDOT/C. PRIETO (Dirs.), *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: le règlement n.º 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?*, Bruxelles, 2006, pp. 179-184; A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005; W. VAN GERVEN, «Private enforcement of EC competition rules in the ECJ: Courage v. Crehan and the way ahead», en *Private enforcement of EC competition law*, 2007, pp. 19-38; L. DI GIAMBATTISTA, «Damages actions for breach of EC Treaty antitrust rules: a critical assessment of the European Commission's Green paper», *Il diritto dell'Unione europea*, XI, 4, 2006, pp. 729-746; J. GLÖCKNER, «Individualschutz und Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts: der Zweck heiligt die Mittel nicht, er bestimmt sie!», *WRP*, 53, 5, 2007, pp. 490-500; C. GÖERTZ, *Private Durchsetzung von Kartellrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Berlín, 2007; J.P. GRUBER, «Versicherungskartelle und Schadenersatz: Neues vom EuGH», *RdW*, 25, 1, 2007, pp. 16-18; M. GUSTAFSSON, «What are the prospects for enhanced private antitrust litigation? A Swedish perspective», *Eur.L.Rev.*, 30, 4, 2005, pp. 490-510; M. GUSTAFSSON/F. HOSEINIAN, «Private enforcement of EC competition law: Swedish Supreme Court judgement on the validity of 'follow-on' contracts», *Eur.Compet.L.Rev.*, 27, 1, 2006, pp. 5-9; G. HEINE, «Zuckerbrot und Peitsche: zur Kronzeugenregelung nach Kartellgesetz», en *Festschrift für Franz Riklin*, 2007, pp. 415-427; D. HEINEMANN, «Bereicherungsausgleich im Gemeinschaftsprivatrecht: wettbewerbsrechtliche Aspekte», *GPR*, 4, 2, 2007, pp. 62-67; E.P. HENNEBERRY, «Private enforcement in EC competition law: the passing on defence and standing for indirect purchasers, representative organisations and other groups», *ERA-Forum*, n.º 1, 2006, pp. 15-26; C. HERRERO SUÁREZ, «La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo. El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», *RCD*, n.º 3, 2008, pp. 103-117; N. HÖLZEL, *Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch: neue Impulse durch Grünbuch und Zementkartell*, Halle, 2007; I. HOEPFNER-LÉGER, «Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles: pistes de réflexion», *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, n.º 48, 2006, pp. 2050-2054 (también en *Cah.dr.entr.*, n.º 1, [2007], pp. 39-44); F. HOSEINIAN, «Passing-on damages and Community antitrust policy - an economic background», *World Compet.*, 28, 1, 2005, pp. 3-23; P. IANNUCELLI, «Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?», *R. soc.*, 51, 4, 2006, pp. 710-796; ID., «La Cour botte en touché sur la réparation civile des dommages causés par une infraction aux règles de concu-

rence», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 9, 2006, pp. 67-71; L. IDOT, «Private enforcement of competition law: recommendations flowing from the French experience», en *Private enforcement of EC competition law*, 2007, pp. 85-106; T. JAEGER, «Gemeinschaftskompetenz 'private enforcement'?: zur Zulässigkeit einer Harmonisierung der Zivilrechtsdurchsetzung des Wettbewerbsrechts», *JBl*, 129, 6, 2007, pp. 349-369; C.A. JONES, «Private enforcement in the U.S.: Nostradamus strikes again: a premature U.S. perspective on the EU's green paper on private enforcement», en C. BAUDENBACHER (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationales Kartellrecht: zwölftes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2005*, Basel, 2006, pp. 369-384; ID., «Private antitrust in the global market: an essay on 'swimming without getting wet'», en *Economic Law and Justice in Times of Globalisation = Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung: Festschrift für Carl Baudenbacher*, 2007, pp. 443-454; M.M. KAROLLUS, «Schadenersatz wegen EG-Kartellverstoßes auch für Verbraucher», *Ecolex*, 17, 10, 2006, pp. 797-799; A. KAUBISCH/H.M. SAGMEISTER, «Kartellrechtliche Follow-On-Klagen in England: das House of Lords zur Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen der Europäischen Kommission», *GRUR Int.*, 56, 11, 2007, pp. 890-893; C. KAUFMANN, *Rechtsschutz im deutschen und europäischen Kartellrecht: Konzeption einer effektiven Schadenersatzklage*, Saarbrücken, 2007; J. KEBLER, «Private Enforcement: zur deliktsrechtlichen Aktualisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Lichte des Verbraucherschutzes», *WRP*, 52, 9, 2006, pp. 1061-1070; ID., «Cui bono?: Schadenersatzansprüche der Verbraucher im Kartellrecht», *VuR*, 22, 2, 2007, pp. 41-47; M. KÖCK, «Die Eignung des deutschen Schadenersatzrechts zur Durchsetzung des Kartellrechts nach der Reform», en M. KÖCK y otros, *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, 2005, pp. 109-145; T. KÖSTER, «Schadenersatzklagen wegen Verletzung von Art. 81 EG: gelingt die Mobilisierung privater Kläger in der EU?», *Balancing of interests: liber amicorum Peter Hay zum 70. Geburtstag*, 2005, pp. 233-240; A.P. KOMNINOS, «Effect of Commission decisions on private antitrust litigation: setting the story straight», *C.M.L.Rev.*, 44, 5, 2007, pp. 1387-1428; ID., *EC private antitrust enforcement: decentralised application of EC competition law by national courts*, Oxford, 2008; ID., «The EU White Paper for damages actions: A first appraisal», *Concurrences*, n.º 2, 2008, pp. 84-92; N. KRAUSE/S. MULLETTE, «How vitamins stimulated the debate on private antitrust litigation», *ZWeR*, 5, 4, 2007, pp. 466-482; N. KROES, «More private antitrust enforcement through better access to damages: an invitation for an open debate», *ERA-Forum*, n.º 1, 2006, pp. 10-14; T. LAMPERT/G. WEIDENBACH, «Akteneinsicht zur Substantiierung einer Schadenersatzklage gegen Mitglieder eines Kartells: Beweisprobleme gibt es nicht!», *WRP*, 53, 2, 2007, pp. 152-163; J.S. MARTIN, «Private antitrust litigation in Europe: what fence is high enough to keep out the US litigation cowboy», *Eur.Com-*

pet.L.Rev., 28, 1, 2007, pp. 2-7; A. MASSON, «'Private enforcement' vertical et horizontal: les difficultés d'une conciliation», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 7, 2006, p. 79; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006; ID., «Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXIV, 2, 2008, parte I, pp. 169-177; W. MÖSCHEL, «Privatrechtsschutz bei Vertößen gegen das Kartellgesetz», en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, 2006, pp. 329-337; E. MORGAN DE RIVERY, «EC Regulation 1/2003: implications for private enforcement of competition law», en *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: elftes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2004*, 2005, pp. 175-192; P. NEBBIA, «Antitrust e risarcimento del danno: fra diritto nazionale ed esperienze europee», *Giurisprudenza italiana*, 2, 2006, pp. 320-322; ID., «Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?», *Eur.L.Rev.*, 33, 1, 2008, pp. 23-43; ID., «Damages claims for the infringement of EC competition law: fault requirements», *Judicial Review*, 13, 2, 2008, pp. 136-143; A. NEEF, «Die Haftung bei Wettbewerbsverstößen gegen verbraucherschützende Normen», *Verantwortung und Haftung*, 2007, pp. 177-206; M. NEGRI, «Il 'cartello delle vitamine' e la giurisdizione per connessione nelle azioni risarcitorie antitrust», *Int'l Lis*, 3-4, 2007, pp. 143-152; S. NORBERG, «Some elements to enhance damages: actions for breach of the competition rules in Articles 81 and 82 EC», *International antitrust law & policy. 2005*, 2006, pp. 243-263; ID., «Making a virtue out of necessity and at the same time strengthening European competition law enforcement: how the White Paper on the modernisation reform came about», *Europarättslig tidskrift*, 10, 4, 2007, pp. 803-824; C. NOURISAT, «Livre vert sur les actions en dommages-intérêts: questions de droit judiciaire privé européen», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 7, 2006, pp. 45-48; K. OST, «Private Kartellrechtsdurchsetzung: gesetzgeberische Entwicklungen in Deutschland und Europa», en P. BEHRENS/E. BRAUN/C. NOWAK (Hrsg.), *Europäisches Wettbewerbsrecht nach der Reform: Forum Wissenschaft und Praxis zum internationalen Wirtschaftsrecht*, Baden-Baden, 2006, pp. 109-122; P. OUART, «Les victims», en *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, 2006, pp. 445-454; O. PALLOTTA, «Illeciti antitrust, contratti a valle e presunzione di danno», *Contratto e impresa. Europa*, XI, 1, 2006, pp. 177-209; C. PETRUCCI, «The issues of the passing-on defence and indirect purchasers' standing in European competition law», *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 1, 2008, pp. 33-42; J. PHEASANT, «Damages actions for breach of the EC antitrust rules: the European Commission's Green Paper», *Eur.Compet.L.Rev.*, 27, 7, 2006, pp. 365-381; F. POLVERINO, «A class action model for antitrust damages litigation in the European Union», *World Compet.*, 30, 3, 2007, pp. 479-499; M. REICH, «Die Passing-On Defense im Span-

nungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen», *WuW*, 10, 2008, pp. 1046-1054; N. REICH, «The ‘Courage’ doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?», *C.M.L.Rev.*, 42, 1, 2005, pp. 35-66; ID., «Compensation for antitrust injuries under EU law», en *Verbraucherrecht in Deutschland*, 2005, pp. 85-115; ID., «Horizontal liability in EC law: hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights», *C.M.L.Rev.*, 44, 3, 2007, pp. 705-742; P. RHEINLÄNDER, «Schadenersatz bei diskriminierender Lieferverweigerung: Klage auf Zulassung zum Vertriebssystem bei Verstoss gegen Art. 81 EGV», *WRP*, 53, 5, 2007, pp. 501-503; J. RIFFAULT-SILK, «Les actions privées en droit de la concurrence: obstacles de procédure et de fond», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 6, 2006, pp. 84-90; A. RILEY/J. PEYSNER, «Damages in EC antitrust actions: who pays the piper?», *Eur.L.Rev.*, 31, 5, 2006, pp. 748-761; J.-S. RITTER, «Private Durchsetzung des Kartellrechts - Vorschläge des Weißbuchs der Europäischen Kommission», *WuW*, 7, 2008, pp. 762-774; B.J. RODGER, «Private enforcement of competition law, the hidden story: competition litigation settlements in the United Kingdom, 2000-2005», *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 2, 2008, pp. 96-116; A. RÖHLING, «Die Passing-on Defence im deutschen Recht unter Berücksichtigung des europäischen, US-amerikanischen und britischen Rechts», en *Festschrift für Ulrich Huber*, 2006, pp. 1116-1131; A.A. ROMANO, «Private enforcement of competition law in Italy: a brief note», *Int'l Lis*, 2, 2008, pp. 87-92; W.-H. ROTH, «Private enforcement of European competition law: recommendations flowing from the German experience», en *Private enforcement of EC competition law*, 2007, pp. 61-81; J. RÜGGERBERG/M.P. SCHINKEL, «Consolidating antitrust damages in Europe: a proposal for standing in line with efficient private enforcement», *World Compet.*, 29, 3, 2006, pp. 395-420; E. SALOMONE, «Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LXI, 3, 2007, pp. 875-902; C. SCHWEDLER, *Die private Durchsetzung des Kartellrechts in den USA, Europa und Deutschland*, Rothenburg/Tbr., 2006; I. SEGAL/M. WHINSTON, «Public vs. private enforcement of antitrust law: a survey», *Eur.Compet.L.Rev.*, 28, 5, 2007, pp. 306-315; J. SEMMLER, «Zum Ausgleichsanspruch des gekündigten Vertragshändlers bei Ablehnung eines Folgevertrages», *WRP*, 53, 3, 2007, pp. 247-258; I. SIMIC/N. MONNET, «Les hésitations françaises en matière de recours indemnitaires: le temps fera l’affaire!», *RDAI*, n.º 3, 2006, pp. 385-402; A. STADLER, «Collective action as an efficient means for the enforcement of European competition law», en *Private enforcement of EC competition law*, 2007, pp. 195-213; A. STRÖBL/M. FAATZ, «Ausgleichsanspruch bei Ablehnung eines Folgevertrages: Anmerkung zu OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 17. Januar 2006, 11 U 33/05 (Karth), WPR 2006, 377 ff.», *WRP*, 52, 10, 2006, pp. 1199-1205; P. THYRI, «Wieviel ‘private Enforcement’ braucht die Kartellrechtsdurchsetzung?», *Ecolex*, 17, 10, 2006, pp. 800-804; A. WACHSMANN, «Le développement des actions privées en droit de la con-

currence: un autre point de vue», en L. IDOT/C. PRIETO (Dir.), *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: le règlement n.º 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?*, Bruxelles, 2006, pp. 189-210; D.F. WAELEBROECK/D. REVELIN, «Competition damages research program: publication of the first results», *Concurrences*, n.º 3, 2006, pp. 145-149; G. WAGNER, «Schadenersatz bei Kartelldelikten», en *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, 2007, pp. 605-664; E. WAGNER/M. KLEINE/I. LIEBACH, «Kartellrechtliche Schadenersatzklagen: Bewertung der Vorschläge der Europäischen Kommission im Weißbuch», *EWS*, 19, 8, 2008, pp. 305-318; S. WEICHBRODT, «US-amerikanischen Schadenersatzrecht als mögliches Vorbild für das neue kartellrechtliche Schadenersatzrecht, insbesondere ‘punitive damages’», en *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, 2005, pp. 146-161; G. WEIDENBACH/M. SALLER, «Das Weißbuch der Europäischen Kommission zu kartellrechtlichen Schadenersatzklagen: Darstellung und erste Bewertung wesentlicher Aspekte», *BB*, 63, 20, 2008, pp. 1020-1026; G. WEIDENBACH/J.-M. SCHULTZE, «Das Grünbuch der Europäischen Kommission zu Schadenersatzklagen im EG-Kartellrecht: der zweite Schritt auf einem langen Weg», *GPR*, 3, 3, 2006, pp. 133-137; K. WESTERMANN, «Das privatrechtliche Sanktionssystem bei Kartellverstößen», en *Festschrift für Harm Peter Westermann*, 2008, pp. 1605-1629; H. WOLLMANN, «Zum Schwerpunkt ‘private enforcement’», *Ecolex*, 17, 10, 2006, pp. 796-797; Id., «Die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen in Österreich: Gedanken zu Institutionen, Rechtsstaatlichkeit und Private Enforcement», en P.J. SCHICK/M. HILF (Hrsg.), *Kartellstrafrecht*, Wien, 2007, pp. 145-155; D. ZIMMER/A. LEOPOLD, «Private Durchsetzung des Kartellrechts und der Vorschlag zur ‘Rom II-VO’», *EWS*, 16, 4, 2005, pp. 149-154; J. ZÖTTL, «Weißbuch der Europäischen Kommission zu Schadenersatz in Kartellfällen», *DB*, 61, 22, 2008, pp. 1200-1202). Técnicamente, pues, se trata de un documento con un doble valor. Por un lado, la Comisión avanza en el tratamiento de problemas que sometió a consulta pública (*Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 19 diciembre 2005 [COM, 2005, 672 final]). Con el *Libro Blanco*, se han publicado otros dos documentos (disponibles ambos en <<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>>). Uno es un documento técnico de gran valor interpretativo, un Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión sobre la reparación de daños por incumplimiento de la normativa comunitaria de competencia (*Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, SEC[2005] 1732). El otro es un Informe evaluador del posible impacto, en términos de beneficios y costes, de las distintas medidas estudiadas (*Impact Assessment Report*). De la lectura de estos tres documentos, se infiere que ha habido un *proceso de maduración*. Por otro, la Comi-

sión expone, aunque con carácter provisional, las concretas medidas que piensa adoptar en este tipo de cuestiones. Dicho con otros términos, este documento es un *trabajo preliminar* a la legislación comunitaria que se dictará en el futuro. Dado que se trata de un tema extremadamente espinoso, resulta muy arriesgado aventurar la fecha en que pueda aprobarse definitivamente esta normativa y si existirán –o no– grandes discrepancias entre el texto finalmente aprobado y el que ahora acaba de publicarse.

El *Libro Blanco* considera que el derecho de las víctimas –ciudadano o empresa que sufra daños como consecuencia de un incumplimiento de los arts. 81 y 82 TCE– a obtener una *reparación* de la parte que causó el daño es un *derecho garantizado por el Derecho comunitario* (*Libro Blanco*, Sección 1.1). Obsérvese lo siguiente:

1.º) La Comisión sigue a la jurisprudencia comunitaria que había afirmado que el derecho a una compensación derivaba directamente del ordenamiento jurídico comunitario (STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, apartados 26 y 27 y, siguiendo su estela, la STJCE de 13 de julio de 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, *Rec.*, p. I-6619, apartado 61). Dicho con otros términos, el acervo comunitario existente en la materia se traduce, ante todo, en la existencia de un «derecho europeo» de toda persona a la reparación del daño sufrido (C. HERRERO SUÁREZ).

2.º) Una cosa es que el Derecho comunitario atribuya ese derecho y otra que, hasta que se dicte una normativa comunitaria que lo desarrolle, su ejercicio se ajuste a la legislación nacional de un Estado miembro (K. LENAERTS/K. GUTMAN; A.P. KOMNINOS). Ahora bien, como ha recordado C. HERRERO SUÁREZ, el otro principio del acervo comunitario en torno al derecho a ser indemnizado por los daños derivados del incumplimiento de las normas europeas de competencia es la sujeción de la legislación estatal de desarrollo a los *principios de eficacia* (= la normativa nacional no puede convertir el ejercicio de este derecho en excesivamente difícil o prácticamente imposible) y *equivalencia* (= la normativa nacional para este tipo de supuestos no puede ser menos favorable que la que regule acciones nacionales en supuestos semejantes).

3.º) No es irrelevante que se haya reconocido la existencia de este Derecho derivado jurisprudencial en esta materia: algún autor (A.P. KOMNINOS) ha indicado, con razón, que, en el caso de que la Comisión abandonara al fin la normativa proyectada, siempre quedaría este *acquis communautaire* del que no sería posible desviarse. En definitiva, o la Comisión pone en práctica una normativa sobre resarcimiento de daños o será el Tribunal de Justicia el que lo haga a través de las cuestiones prejudiciales con el fin de asegurar a las víctimas una protección efectiva mínima y una mayor seguridad jurídica.

La Comisión no pretende regular todos los aspectos que tradicionalmente abordan las normas procesales y las de responsabilidad civil: será nece-

sario que los ordenamientos de los Estados miembros se adapten, en este sector, a la normativa que se apruebe: «La mejor manera de tratar de solucionar la actual ineficacia de las acciones por daños y perjuicios debidos al incumplimiento de las normas de competencia –observa el *Libro Blanco* (Sección, 1.1)– es una combinación de medidas tanto a nivel comunitario como nacional, a fin de lograr una protección mínima satisfactoria del derecho de las víctimas a la reparación de conformidad con los artículos 81 y 82 en cada Estado miembro, así como unas condiciones más equitativas de competencia y una mayor seguridad jurídica en la UE». Se trata, en todo caso, de una *cuestión abierta*. Por el momento, la Comisión no tiene decidida la técnica normativa por la que optará (C. HERRERO SUÁREZ): podría tratarse de normas vinculantes –como Reglamentos o Directivas– o instrumentos de *soft law* –como Comunicaciones o Directrices–.

La normativa proyectada persigue *tres objetivos*: el completo resarcimiento del daño a las víctimas (*la plena compensación*), la efectiva aplicación de las normas de competencia, mediante un incremento de la disuasión, y el desarrollo de una cultura de competencia entre los participantes en el mercado, que contribuya a una mejor asignación de recursos, mayor eficiencia económica, un incremento de la innovación y precios más bajos (*Commission Staff Working Paper*, apartados 14 y 15; *Libro Blanco*, Sección 1.2; P. NEBBIA). En todo caso, las medidas propuestas tienden a crear un sistema de acciones para la reparación de daños que complementen, pero no sustituyan ni pongan en peligro la aplicación pública (*Libro Blanco*, Sección 1.2).

En los Estados Unidos, existe toda una serie de elementos que favorecen el hecho de que las acciones civiles por daños se hayan convertido en un instrumento esencial de regulación de los mercados (J. FUYUNO/P. KIRCH/K. McCANN): la regla del triple de los daños, la negativa al uso defensivo del *passing on*, la adopción de la regla de exclusión (*opt out*), la utilización de la *class action*, el *discovery*... En Europa, por el contrario, las acciones civiles por daños derivados de la infracción de las normas sobre competencia han jugado un papel menor. Si finalmente se plasmasen las propuestas elaboradas por la Comisión, la situación supondría un cambio radical en el Viejo Continente.

Ius standi y passing-on defence: Entre las medidas propuestas, figura un amplio reconocimiento de la legitimación procesal activa y la disponibilidad de la *passing-on defence*:

1.º) Por lo que respecta a «la capacidad legal para entablar una demanda» (*sic*) –la legitimación procesal activa (o *ius standi*)–, esta se reconoce a «toda persona» que haya sufrido daños causados por un incumplimiento de las normas de competencia (*Libro Blanco*, Sección 2.1). La Comisión, en este caso, no ha hecho más que seguir la STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, apartado 26. En consecuencia, podrá reclamar daños y perjuicios ante los tribunales nacionales (*Libro Blanco*, Sección 2.1).

2.º) Es evidente que la expresión «toda persona» cubre a los «consumidores». Pero cabe preguntarse si alcanza también a los «compradores indirectos» (*indirect purchasers*). El propio *Libro Blanco* aclara no solo el alcance de dicha noción, sino también el reconocimiento del *ius standi* a este tipo de demandantes. En efecto, el *Libro Blanco* señala qué se entiende por *compradores indirectos*: «[...] los compradores que no tengan ninguna relación directa con el infractor, pero que, sin embargo, puedan haber sufrido un daño considerable al haberseles repercutido un coste excesivo a lo largo de la cadena de distribución» (*Libro Blanco*, Sección 2.1). Para señalar que la plena compensación de los daños sufridos por incumplimiento de las normas de competencia de la UE «también se aplica a los compradores indirectos» (*Libro Blanco*, Sección 2.1).

Una consecuencia de la amplitud con que se reconoce la legitimación procesal activa en el *Libro Blanco* es la disponibilidad del Derecho antitrust europeo a favor de la *passing-on defence* y de la *offensive passing-on*:

1.º) La lógica jurídica a la que responde la *passing-on defence* es la siguiente: el demandante tiene que probar que ha sufrido un daño como consecuencia del incumplimiento de las normas del Derecho antitrust; pero el demandado puede excepcionar que el actor mitigó el daño, pasando, a su vez, su totalidad o parte de él a sus clientes. La *ratio legis* de esta excepción es el deseo de evitar el enriquecimiento ilícito del actor y la compensación múltiple de daños por parte del demandado (*Commission Staff Working Paper*, apartado 210; A.P. KOMNINOS). Desde un punto de vista procedimental, el actor tiene que probar el nexo de causalidad entre el incumplimiento de las normas de competencia y el daño; mientras que el demandado deberá probar que el actor repercutió todo o parte de su pérdida a sus clientes (*Commission Staff Working Paper*, apartados 33 a 37).

2.º) La lógica jurídica a la que responde la *offensive passing-on* es la siguiente: la transferencia total o parcial de precios excesivos, como consecuencia del incumplimiento de las normas antitrust, puede servir también de base a demandas interpuestas por los compradores indirectos. Estos se beneficiarán de una presunción *iuris tantum*: se supondrá, en principio, que el incremento total del precio supracompetitivo le habrá sido transferido a ellos. No obstante, aun así, el demandante deberá probar la infracción del Derecho antitrust, la existencia, en principio, de un precio supracompetitivo y la transferencia total o parcial de su importe a él (*Commission Staff Working Paper*, apartado 220).

Si, al final, la normativa proyectada se aprobase tal como está, existiría una gran diferencia sobre esta cuestión entre el Derecho antitrust europeo y el Derecho antitrust federal de los Estados Unidos. En efecto, en este no tiene cabida la *passing-on defence* (Sentencias de la US Supreme Court en *Hanover Shore v. United Shoe Machines Corp.*, 392 US 481 [1968] e *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720 [1977]). En Estados Unidos, han prevalecido dos ideas (C.A. JONES). Una de ellas es la de que los compradores direc-

tos son demandantes más eficientes: si se quiere que los particulares obren como lo haría un fiscal general del Estado, la figura del comprador directo es preferible a la del comprador indirecto. La segunda es el deseo de evitar la «sobrecarga» del sistema judicial por la posibilidad de que un número muy amplio de compradores indirectos pueda acudir a la vía judicial. «El problema con la exclusión total de los compradores indirectos –ha escrito A.P. KOMNINOS– es que hay muchas veces en que los compradores directos se benefician de la infracción y no todos se inclinan a demandarla. En este caso, los compradores indirectos quedan como las principales víctimas».

Recursos colectivos: Las víctimas de daños causados por infracción del Derecho de la competencia no siempre interponen una acción judicial. Esto acostumbra a suceder cuando se trata consumidores y pequeñas empresas que han sufrido un daño puntual y de escasa entidad. Renuncian a la protección de los tribunales porque esta supone costes, riesgos e incertidumbre. Como ha sido puesto de relieve por diversos estudios económicos (*ad ex.*, W. KERBER/U. SCHWALBE), las acciones individuales por daños (*single damages*) pueden ser insuficientes para tener un efecto disuasorio y, en consecuencia, el comportamiento anticompetitivo puede ser racional pese al riesgo de demandas individuales por daños. En efecto, para que estas se produzcan, los particulares necesitan incentivos para litigar (W. KERBER/U. SCHWALBE): en esencia, no se trata de otra cosa que calcular la probabilidad de tener éxito ante los tribunales, la cuantía de las indemnizaciones y los gastos del procedimiento. Esto último tiene, entre otros factores, mucho que ver con el sistema de retribución de los abogados.

Este tipo de situaciones ha sido resuelto en los Estados Unidos con el reconocimiento de *acciones de grupo* –las denominadas *class actions*–. El juez las admite tras verificar una pluralidad de criterios (J. FUYUNO/P. KIRCH/K. MCCANN): el tamaño del grupo, la similitud de situaciones de hecho y de derecho, la representatividad de los promotores del grupo y el respeto de los intereses de todo el colectivo por sus representantes.

En tales casos, las empresas infractoras de los arts. 81 y 82 TCE gozan, desde el punto de vista de su responsabilidad civil, de una *zona de impunidad*. Para evitar que se produzca, la Comisión sugiere la instauración de *recursos colectivos (mecanismos colectivos de desagravio [collective relief mechanisms])* conforme al siguiente régimen:

1.º) Las víctimas de daños pueden acumular sus demandas individuales en las denominadas *demandas en representación (representative actions)*. Se trata de demandas entabladas por *entidades habilitadas* (asociaciones de consumidores, organismos estatales, asociaciones comerciales en nombre de víctimas identificadas o, en casos más restringidos, identificables). Una *acción representativa por daños (representative action for damages)* es una acción interpuesta por una persona natural o jurídica en nombre de dos o más individuos o negocios que no son ellos mismos partes en la acción, y cuya finalidad es obtener indemnizaciones por el daño concreto causado a los

intereses de todos los representados (y no de la entidad representativa) (*Commission Staff Working Paper*, apartado 49). Un Estado miembro podrá nombrar, bien oficialmente y por adelantado, o bien por una normativa especial, a una entidad habilitada para interponer demandas contra una infracción particular de la normativa antitrust en nombre de la totalidad o parte de sus miembros. Para evitar la litigiosidad abusiva, la Comisión ha sugerido que las habilitaciones *ad hoc* se limiten a las entidades que tengan por objeto la protección de los intereses de sus miembros y no, en concreto, la interposición de demandas por daños (*Commission Staff Working Paper*, apartado 53).

Gracias al reconocimiento mutuo de tales habilitaciones entre los Estados miembros, las entidades designadas podrán interponer acciones representativas en los territorios de otros Estados miembros. Es probable que se dicte una Directiva que precise los criterios para el mutuo reconocimiento de las entidades designadas.

2.º) Las víctimas también podrán acumular sus demandas individuales en las denominadas *demandas colectivas* (*collective actions*). Son supuestos de acumulación voluntaria y expresa de las acciones individuales de las víctimas contra los daños sufridos (*opt-in mechanisms*). Los perjudicados pueden así compartir gastos de defensa sin perder el derecho a la compensación íntegra del daño individualmente padecido.

3.º) Por razones de justicia, ambos tipos de acciones *podrán complementarse*; ya que es muy difícil que uno solo ampare a todas las víctimas (*Commission Staff Working Paper*, apartado 60). De este modo, no quedarán daños sin reparar. Sin embargo, también por razones de justicia, se dispondrán salvaguardias para impedir que se compense, varias veces, el mismo daño. Por el momento, no se ha precisado si el criterio que se seguirá es el de la prioridad en el tiempo entre las demandas.

4.º) Las víctimas de daños conservarán el derecho a presentar una *demanda individual*, si así lo desean. En el caso de interposición de varias demandas (una individual y otra colectiva) por un mismo hecho dañoso, prevalecerá el criterio de la prioridad en el tiempo: la parte contra la que se interponga una demanda por el mismo daño que ya está siendo juzgado o lo haya sido, podrá interponer las excepciones de litispendencia (*lis pendens*) o de cosa juzgada (*res iudicata*) (A.P. KOMNINOS).

Medidas para facilitar el acceso a pruebas: El *Libro Blanco* asume el hecho de que los asuntos de competencia constan de una gran cantidad de elementos fácticos: «Muy frecuentemente se ocultan gran parte de las pruebas clave necesarias para acreditar que se trata de un caso de daños ya que, al estar en manos del demandado o de terceros, el demandante generalmente no las conoce con el suficiente detalle» (*Libro Blanco*, Sección 2.2; *vid.* también *Commission Staff Working Paper*, apartados 65-66). Este es el caso, *ad ex.*, del demandante que acusa a una empresa de haber participado en un cártel que afectaba a un determinado producto, cubría cierto territorio y duró un concreto período de tiempo: puede ocurrir que él sea capaz de

suministrar al tribunal recibos de esa empresa relativos al producto objeto del cártel en el período denunciado. Pero esto no es suficiente; al demandante le pueden interesar también otros documentos: los que reflejen si hubo reuniones entre los integrantes del cártel para fijar precios del producto, mercado y períodos denunciados, para determinar la estructura de precios que hubiera habido en ese mercado en ausencia del cártel, para verificar cuál era el nivel de precios en ese mercado antes y después del cártel o en otros mercados semejantes, en los que el cártel no operaba, o si hubo negociaciones sobre precios durante ese período de tiempo... (*Commission Staff Working Paper*, apartados 102 y 106). Para mayor escarnio, la satisfacción de los daños consecuencia de ilícitos concurrenciales no solo requiere que sea probada una multitud de datos, sino que la carga de la prueba en un proceso civil recae sobre la víctima: gracias al *principio dispositivo*, la iniciativa probatoria corresponde a los litigantes y, en especial, al demandante, que es la posible víctima, salvo en contadas ocasiones en que los tribunales deciden de oficio la práctica de pruebas o la aportación de documentos (art. 283 LEC).

Para evitar tanto esta *asimetría de información estructural* –que, en casos extremos, puede requerir lo que los clásicos denominaban una *probatio diabolica*– como los *efectos negativos* de una *divulgación excesivamente amplia* y el *riesgo de abusos* (= protección de secretos comerciales y, en general, información confidencial), la Comisión sugiere que, en determinadas condiciones, los tribunales nacionales estén facultados para ordenar la revelación de *categorías precisas de pruebas pertinentes* a las partes en un procedimiento o a terceros (*Libro Blanco*, Sección 2.2). Lo que está planteando la Comisión Europea es «la posibilidad –y conveniencia– de adoptar en las legislaciones internas medidas, principalmente de carácter procesal, que alivien la carga de la prueba de la parte demandante. Fundamentalmente se busca incrementar las posibilidades de acceso a documentos relevantes en poder de la contraparte o, en el caso de acciones de seguimiento, en poder de las autoridades administrativas» (C. HERRERO SUÁREZ).

Las condiciones para una orden de divulgación (*disclosure order*) son las siguientes:

1.º) El demandante debe *presentar todos los hechos y medios de prueba* que estén *razonablemente a su alcance*, siempre que muestren *argumentos plausibles* para sospechar que resultó perjudicado como consecuencia de una infracción de las normas de competencia por parte del demandado.

2.º) El demandante debe demostrar, a satisfacción del tribunal que, de otra manera, *no puede presentar las pruebas solicitadas*, haciendo todos los esfuerzos razonablemente previsibles.

3.º) El demandante debe especificar suficientemente las *categorías precisas* de pruebas que deben divulgarse.

4.º) El demandante debe demostrar al tribunal que la medida de divulgación prevista es *pertinente* al caso, *necesaria* y *proporcionada*.

En el ordenamiento español, existen ya *mecanismos adecuados* para asegurar que se cumplan las anteriores condiciones (C. HERRERO SUÁREZ): Este es el caso del deber general de cooperación con las autoridades judiciales (art. 118 CE) –tal como ha sido interpretado por la STC 7/1994, de 17 de enero–, del principio de facilidad probatoria o posibilidad de dictar medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba (arts. 293 y ss. LEC), del deber de exhibición de documentos en poder de la contraparte o de terceros (arts. 328 y ss. LEC), del tratamiento de la información confidencial (art. 42 LDC) y del deber de secreto (art. 43 LDC).

Está previsto, además, que la orden de divulgación pueda dirigirse a un tercero, siempre que la información no esté a disposición de las partes y se someta la solicitud de revelación (*discovery*) a un riguroso control de proporcionalidad (*test of proportionality*) (*Commission Staff Working Paper*, apartados 122-124).

Por último, se faculta a los tribunales para imponer *sanciones disuasorias* –como, *ad ex.*, multas o presunciones de culpabilidad– en los procedimientos civiles por daños y perjuicios con el fin de evitar la *destrucción de pruebas* pertinentes o la *negativa* a cumplir una orden de divulgación (*Libro Blanco*, Sección 2.2).

Relaciones con el programa de clemencia: Una de las tradicionales objeciones al fomento de las acciones civiles por incumplimiento de las normas antitrust ha sido la acusación de que interferirían en el procedimiento de obtención de pruebas por las autoridades de competencia (W.P.J. WILS). En concreto, se ha asegurado que los programas de clemencia –que funcionan sobre la base del cambio de información por una exención o reducción de la sanción– perderían eficacia: los participantes en un cártel se lo pensarían dos veces, antes de colaborar activamente con las autoridades antitrust, si el reconocimiento de su participación en él puede favorecer contra ellos las demandas por indemnización de daños. Una solución podría consistir en admitir, en tales casos, solo indemnizaciones por una cuantía inferior a la que se abonaría en caso de no haber testificado la empresa imputada (caso, *ad ex.*, del *de-trebling* instaurado por la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en junio de 2004).

La reducción de la responsabilidad civil de quienes obtienen una exención o reducción del importe de las multas al amparo de un programa de clemencia es un problema de política legislativa muy delicado; puesto que –como ha observado algún autor (A.P. KOMNINOS)– está en juego nada menos que cuál sea el objetivo de las acciones de los particulares por indemnización de daños: si su meta objetiva es la compensación, entonces será difícil limitar la responsabilidad de un beneficiario de inmunidad total o parcial; si, por el contrario, el principal objetivo es la disuasión y la efectividad del cumplimiento del Derecho antitrust, entonces será más fácil proteger la integridad y el atractivo del programa de clemencia mediante la limitación de la responsabilidad civil.

El *Libro Blanco* se hace eco del temor a que la proliferación de acciones indemnizatorias perjudique los programas de clemencia. Para evitarlo apunta varias soluciones (*Libro Blanco*, Sección 2.9):

1.º) Entre ellas, salvo el caso particular que veremos, no figura la posibilidad de suprimir o, al menos, reducir la responsabilidad civil del solicitante de clemencia. Debido a las críticas recibidas (C. HERRERO), la Comisión ha renunciado a esta propuesta; aunque se ha reservado la facultad de volver a examinarla en el futuro, si los programas de clemencia llegaran a resentirse como consecuencia de la interposición de las acciones privadas indemnizatorias (*Commission Staff Working Paper*, apartados 278 y 279).

2.º) Se protege la información obtenida en el marco de un programa de clemencia con el fin de evitar colocar al solicitante de clemencia en una situación menos favorable que los coinfractores. De no admitirse este privilegio, la amenaza de divulgación de la confesión ofrecida por un solicitante podría disuadir de solicitar la clemencia o perjudicar la calidad de sus informaciones. La Comisión sugiere que esta protección cubra todas las declaraciones corporativas presentadas por todos los solicitantes de clemencia y que se atribuya, con independencia de si, al final, la solicitud de clemencia es aceptada o rechazada.

3.º) Se contempla la posibilidad de limitar la responsabilidad civil de los solicitantes de inmunidad que la consigan: su límite serían las demandas realizadas por sus socios contractuales directos e indirectos. Sobre el beneficiario de la inmunidad, recaería la carga de probar en qué medida quedaría limitada su responsabilidad. La solución representa un compromiso entre los deseos de que el infractor no escape a su responsabilidad y de que el alcance de los daños que deban pagar los beneficiarios de inmunidad sea más previsible.

Las follow-on actions: Cuando una misma conducta (comportamientos anticompetitivos contrarios a los arts. 81 u 82 TCE) puede ser enjuiciada por órganos distintos –unos de naturaleza administrativa (Comisión, ANC)– y otros de naturaleza judicial (tribunales civiles [o, en su caso, mercantiles] de los Estados miembros) existe el riesgo de que se dicten decisiones discrepantes.

Para evitarlo, el *Libro Blanco* sugiere distinguir *dos hipótesis*:

1.ª) Cuando la Comisión Europea declare que existe una infracción del art. 81 u 82 del Tratado (*Libro Blanco*, Sección 2.3): en este caso, la víctima del comportamiento anticompetitivo podrá basarse en esta decisión para interponer una demanda civil por daños y perjuicios (= la decisión de la Comisión constituirá una *prueba vinculante* para los tribunales civiles de los Estados miembros). Esta solución se basa en reiterada jurisprudencia y en el art. 16.1 del Reglamento n.º 1/2003.

2.ª) Cuando una ANC de un Estado miembro declare que existe una infracción del art. 81 u 82 del Tratado (*Libro Blanco*, Sección 2.3): en este caso, no todos los Estados miembros disponen de una norma similar a la

anterior. La Comisión sugiere la adopción de la siguiente norma: «Los órganos jurisdiccionales nacionales que tengan que pronunciarse sobre demandas de reparación de daños y perjuicios por prácticas de conformidad con el art. 81 u 82 en los que una ANC ya haya emitido una resolución firme en la Red Europea de Competencia en la que se acredite la existencia de una infracción de dichos artículos, o sobre las que una instancia de revisión haya dictado una sentencia firme que ratifique la resolución de la ANC o la suya propia en cuanto a la existencia de una infracción, no pueden adoptar decisiones que contradigan una resolución o una sentencia de este tipo» (*vid.*, en este sentido, *Commission Staff Working Paper*, apartado 149).

Con este precepto, la decisión de la ANC (o, en su lugar, de la instancia de revisión ante la que se interpuso recurso) constituirá una *prueba vinculante* para los tribunales civiles de los Estados miembros (*binding effect of infringement decisions for follow-on actions*); bien entendido que, por una parte, el efecto vinculante de tales decisiones estará subordinado a que sean firmes (= el demandado haya agotado todas las vías de recurso) y se refieran a las mismas prácticas y mismas empresas a las que se demanda por daños y perjuicios (= identidad de conductas y de sujetos) y, por otra, los órganos jurisdiccionales nacionales conservan el derecho a interponer cuestiones prejudiciales.

Como *ratio iuris* de esta solución, la Comisión ha alegado, sobre todo, que no ve razones por las que una resolución final relativa al art. 81 u 82 TCE tomada por una ANC de la Red Europea de Competencia o una sentencia firme adoptada por una instancia de revisión (recursos contencioso-administrativos) no deba aceptarse en todos los Estados miembros como prueba irrefutable de infracción en las posteriores demandas civiles de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de competencia (*follow-on actions*) (*Libro Blanco*, Sección 2.3). Además, una norma a tal efecto aseguraría una aplicación más coherente de los arts. 81 u 82, mejoraría la seguridad jurídica y aumentaría perceptiblemente la eficacia y la eficiencia procesal (*Libro Blanco*, Sección 2.3). Hay, en última instancia, y de ello no cabe duda, beneficios de costes y de tiempo para las víctimas. Pero cabe preguntarse si todos estos beneficios son suficientes para justificar tal solución o si, por el contrario, existen principios generales del Derecho a los que se tenga que dar prioridad. En este sentido, A.P. KOMNINOS no ha dudado en calificar la propuesta como «imperfecta, poco elegante y problemática» (*flawed, inelegant and problematic*) por una serie de razones:

1.^a) El carácter vinculante de las decisiones dictadas por las autoridades públicas es difícil de compatibilizar con los *principios de separación de poderes e independencia judicial*. En este sentido, tal como ha manifestado C. HERRERO SUÁREZ, la experiencia del Derecho español es instructiva: la anterior Ley española de Defensa de la Competencia solo permitía el ejercicio de acciones de seguimiento (art. 13 LDC 1989); era necesario, como requisito previo al ejercicio de una acción por daños y perjuicios, que se hubiese dictado antes una decisión administrativa o, en su caso, judicial que

fuese firme. Dicho con otros términos, el Derecho español no permitía el ejercicio de acciones privadas de naturaleza indemnizatoria *independientes* (= sin existencia de un pronunciamiento administrativo previo). Para la obtención de indemnizaciones en compensación por los daños causados por ilícitos concurrentes, solo era posible ejercer *acciones de seguimiento o derivadas* (= aquellas en que solo cabe interponer una acción civil, después de que una autoridad administrativa haya constatado la existencia de una infracción). Con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, desaparece esta disparidad de tratamiento: cabe ejercer tanto acciones directas como de seguimiento. Ahora bien, aunque, en España, se considere que el principio de independencia judicial impide otorgar carácter vinculante a las decisiones de las ANC, para evitar decisiones contradictorias se ha arbitrado un conjunto de mecanismos de cooperación y colaboración entre órganos administrativos y judiciales (art. 16 LDC 2007), que incluyen la posible suspensión del proceso en los Juzgados de lo mercantil hasta que exista una decisión administrativa definitiva, intercambio de informaciones, intercambio de observaciones e, incluso, la intervención, como *amicus curiae*, de oficio o a instancia del órgano judicial, de las autoridades de competencia (comunitarias, nacional [CNC] o autonómicas).

2.^a) Desestabilizaría el *equilibrio actual entre la aplicación pública y privada del Derecho antitrust*, subordinando, de manera esencial, este último al primero. Por consiguiente, crearía un estado de dependencia para las acciones civiles y supondría retirarle a los tribunales civiles de los Estados miembros una parte sustancial de las disputas jurídicas –en concreto las que se refieren a la infracción de las normas antitrust–, minusvalorando el papel de los tribunales como ejecutores de igual peso.

3.^a) Si se permitiera a los litigantes contradecir o refutar una presunción establecida por una decisión de infracción adoptada por una autoridad administrativa, se enriquecería la litigación nacional; porque los tribunales estarían completamente implicados en la aplicación del Derecho sustantivo de la competencia. Esta opción aseguraría que los tribunales nacionales permanecieran como actores activos en la aplicación y ejecución de las normas de competencia del Tratado y no se convertirían en *meros asesores de daños y perjuicios*.

4.^a) *La medida propuesta es demasiado general*. No toma en consideración, tanto en teoría como en la práctica, ni la gran variedad de sistemas de revisión administrativa y judicial ni la independencia de las ANC.

5.^a) Puede originar *pequeñas disputas con resonancia política (politically-sensitive mini-wars)* entre la ANC de un Estado miembro y los tribunales de otro Estado miembro, si finalmente, aunque con carácter excepcional, se adoptan decisiones rehusando un efecto vinculante por motivos procesales legales.

Aunque cualquiera de estas razones es discutible y, desde luego, no todas son igual de persuasivas, quizá hubiera sido preferible –como sugiere

A.P. KOMNINOS— abstenerse de intervenir en esta cuestión, habida cuenta que «las decisiones de infracción de una ANC tienen siempre, *de facto*, en la práctica, un alto valor persuasivo o, a lo sumo, introducir una presunción *iuris tantum* de infracción antitrust».

Cuestiones particulares: El Derecho de la responsabilidad civil obedece a *dos modelos puros y antagónicos*: el de la *responsabilidad causal o aquiliana* y el de la *responsabilidad objetiva*. Los sistemas jurídicos suelen recurrir a ambos criterios, empleando uno u otro según el sector de que se trate. El *Libro Blanco* pudo confiar esta tarea a las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Pero esto hubiera supuesto que la protección de las víctimas podría ser diferente de uno a otro Estado miembro. Así que, en su lugar, ha propuesto un régimen jurídico uniforme con una regla de base —cercana a la responsabilidad objetiva— y una atenuación de esta (*Libro Blanco*, Sección 2.4). Según la *regla de base*, existe responsabilidad desde que se causa el daño. No es necesario que haya habido intención de causarlo o que este se haya producido por negligencia. Sí que es necesario probar tanto el daño como el nexo causal. La carga de ambos recae sobre la víctima.

No obstante, el demandado podrá exculparse si prueba que su comportamiento se debió a un *error excusable*: «La Comisión no ve razones para liberar a los infractores de responsabilidad por ausencia de culpa, con excepción del caso en el que el infractor cometiera un error excusable [...]. Un error sería excusable si una persona razonable que prestara un alto grado de atención no pudiera haberse dado cuenta de que la conducta en cuestión restringía la competencia» (*Libro Blanco*, Sección 2.4). Es evidente que esta atenuación del rigor de la regla de base es una regla especial y, en cuanto tal, deberá interpretarse restrictivamente por los tribunales nacionales. No es tan evidente cómo funcionará en la práctica, cuando los tribunales se encuentren ante dos supuestos muy problemáticos (A.P. KOMNINOS): el de nuevas conductas potencialmente abusivas (*novel abuses of dominant position [monopolisation cases]*) y el de comportamientos colusorios no necesariamente anticompetitivos (*non-harcore agreements*): estos pueden desplegar también efectos procompetitivos, aunque, considerados en conjunto, sean antijurídicos. Cabe, pues, preguntarse si esta regla especial no acabará siendo interpretada como una excepción favorable al demandado en todos aquellos casos en que su comportamiento, desde el punto de vista del Derecho antitrust, sea inicialmente dudoso o, al menos, poco claro; pero no necesariamente ilegal. Dicho con otros términos, «aplicar una regla de responsabilidad estricta no matizada a tales casos no solo sería injusto, sino que también correría el riesgo de sofocar la riqueza de la competencia e innovación» (A.P. KOMNINOS).

Como es sabido, los plazos de prescripción sirven a la seguridad jurídica; pero también pueden constituir un serio obstáculo para la recuperación de los daños por infracción de los arts. 81 u 82 TCE. Para evitar que esto último ocurra, la Comisión sugiere tres reglas:

1.^a) Que, en los casos de una *infracción continua o repetida*, el plazo de prescripción no empiece a contar antes del día en el que *cese la infracción* (*Libro Blanco*, Sección 2.7).

2.^a) Que, en general, el plazo de prescripción no empiece a contar antes de que se pueda razonablemente esperar que la víctima de la infracción *tenga conocimiento de la misma y del daño causado* (*Libro Blanco*, Sección 2.7).

3.^a) Que empiece un *nuevo plazo de prescripción*, de, por lo menos, *dos años*, una vez que sea *firme la resolución de infracción* en la que se basa un demandante de seguimiento (*Libro Blanco*, Sección 2.7).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

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

