

Estudios de Deusto

Vol. 56/1 Enero-Junio 2008

Sumario

Estudios

Claroscuros de la reforma de 2006 sobre el mercado de trabajo

Francisco Javier Arrieta
Idiakez

Las teorías democráticas de la autodeterminación y secesión

Ignacio María Beobide
Ezpeleta

Un derecho europeo... ¿para qué contrato?

Análisis sobre las fronteras del contrato en derecho comparado

Martin Oudin

La utilización de materiales biológicos humanos con fines diagnósticos y terapéuticos

Sergio Romeo Malanda

Nota

El control jurisdiccional de la actuación de los órganos forales de los Territorios Históricos del País Vasco. Últimos criterios jurisprudenciales en la materia

Carlos Romero Rey

Jurisprudencia

Casos escogidos de Derecho antitrust europeo

Alfonso-Luis Calvo
Caravaca y 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. 56/1
Desde su fundación vol. 80
(Fasc. 120)
Enero-Junio 2008

Bilbao
Universidad de Deusto
2008

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	38 €
Otros países	50 \$
Número suelto	20 €

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

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

Publicación impresa en papel ecológico.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - E48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISSN: 0423 - 4847

Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain

Sumario

Estudios

- Francisco Javier ARRIETA IDIAKEZ, *Claroscuros de la reforma de 2006 sobre el mercado de trabajo* 11
- Ignacio María BEOBIDE EZPELETA, *Las teorías democráticas de la autode-terminación y secesión* 63
- Martin OUDIN, *Un derecho europeo... ¿para qué contrato? Análisis sobre las fronteras del contrato en derecho comparado* 113
- Sergio ROMEO MALANDA, *La utilización de materiales biológicos humanos con fines diagnósticos y terapéuticos* 161

Nota

- Carlos ROMERO REY, *El control jurisdiccional de la actuación de los órganos forales de los Territorios Históricos del País Vasco. Últimos criterios jurisprudenciales en la materia* 217

Jurisprudencia

- Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y María Pilar CANEDO ARRILLAGA, *Casos escogidos de Derecho antitrust europeo* 235

ESTUDIOS

Claroscuros de la reforma de 2006 sobre el mercado de trabajo

Francisco Javier Arrieta Idiakez

Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad de Deusto

Recibido: 26.01.07

Aceptado: 15.06.07

Resumen: Este estudio pretende describir los claroscuros que presenta la reforma de 2006 sobre el mercado de trabajo. Para ello, en primer lugar, se contextualiza el diálogo social entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, del que trae causa esta reforma. De esta manera, se reflexiona sobre la evolución y la razón de ser del diálogo social en España. En segundo lugar, se analizan las principales medidas adoptadas en la reforma, y que se instrumentan, primero, por el Real Decreto-ley 5/2006 y, después, por la Ley 43/2006, con el objetivo de fomentar la contratación indefinida, mejorar la utilización de la contratación temporal, mejorar la protección de los trabajadores ante la falta de empleo y potenciar las políticas activas de empleo.

Palabras clave: Reforma de 2006 sobre el mercado de trabajo, diálogo social, legislación negociada, fomento de la contratación indefinida, concatenación de contratos temporales.

Abstract: *The present study aims to describe the grey areas the Labour Market's reform has brought along. To this end, the first steps taken, them being the social dialogue that has taken place amongst the Government and both sides of industry, has been put in context. Accordingly, we also find a review of the meaning of Social Dialogue in Spain. From there, we take on to the main measures adopted through the reform, which are taken into effect through the Real Decreto-ley 5/2006, and the Law 43/2006, aimed at encouraging long term employment, the rationalisation of temporary contracts, protection of workers from the lack of employment opportunities, and to push forward active policies for employment.*

Key words: *2006 Labour Market reform, Social Dialogue, Negotiated legislation, encouragement of long term employment, short term contract chain.*

Sumario: Presentación.—1. Principales características de la reforma: reflejo de las luces y sombras del diálogo social. 1.1. Las experiencias del diálogo social y la reforma laboral de 1997. 1.2. La ruptura del diálogo social. 1.3. La recuperación del diálogo social y la reforma de 2006.—2. Medidas adoptadas para fomentar la contratación indefinida.—3. Modificaciones introducidas para mejorar la utilización de la contratación temporal. 3.1. La fulminante desaparición del contrato de inserción. 3.2. La supuesta reorientación del contrato para la formación. 3.3. La limitación a la concatenación de contratos temporales. 3.4. Medidas adoptadas para mejorar la transparencia en la subcontratación de obras y ser-

vicios y su delimitación respecto de la cesión ilegal de trabajadores.— 4. Medidas adoptadas para mejorar la protección de los trabajadores ante la falta de empleo y para potenciar políticas activas de empleo. 4.1. Las medidas adoptadas respecto al Fondo de Garantía Salarial. 4.2. La mejora de la protección por desempleo de colectivos específicos. 4.3. La mejora de los servicios públicos en el mercado de trabajo.—ANEXO Programa de Fomento de Empleo de la Ley 43/2006.

Presentación

1. La reforma del mercado de trabajo instrumentada, primero, mediante el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio para la Mejora del Crecimiento y del Empleo¹, y, después, por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre², de igual denominación que el real decreto-ley, obedece a la necesidad de superar los dos grandes problemas del mercado de trabajo español: el insuficiente volumen de empleo y el alto nivel de temporalidad.

2. En realidad, estos problemas se circunscriben en el complejo y prolongado fenómeno de la globalización económica.

Fruto de la globalización, la regulación rígida de las relaciones laborales, extendida tras la Segunda Guerra Mundial, dejó paso a la flexibilización exorbitante de la década de los ochenta. Efectivamente, la crisis de mediados de los setenta y la mayor competitividad entre las empresas desembocó, respectivamente, en importantes fenómenos de desindustrialización y en la necesidad de abaratar los costes de producción. De este modo, en el mercado de trabajo acabaron por concurrir una importante tasa de desempleo y un amplio abanico de medidas flexibilizadoras, entre las que destacaban la apuesta por la descentralización productiva, vía contratación y subcontratación, y el aumento inusitado de la contratación temporal.

Asimismo, el legislador no sólo asumió como inevitable la tendencia flexibilizadora, como único cauce posible para mantener la productividad, sino que, además, le dio cobertura, al regular una amplia gama de contratos temporales, como «mal menor» para disminuir el desempleo.

No obstante, la flexibilidad llevada a cabo únicamente con fines productivos, sin tener en cuenta sus efectos para con los trabajadores, se tornó, durante la década de los noventa, en causa de inestabilidad y precariedad, al compás de una rotación en el empleo que daba como resultado la falta de competitividad de las empresas españolas. Además, el mercado de trabajo comenzaba a tener nuevos retos, tales como la incorporación masiva de la

¹ BOE de 14 de junio de 2006, núm. 141.

² BOE de 30 de diciembre de 2006, núm. 312.

mujer, la llegada de numerosos inmigrantes, los problemas de ciertos sectores de la población para acceder a un empleo (jóvenes, discapacitados, desempleados de edad avanzada) y el envejecimiento de la población.

3. En este sentido, el mercado de trabajo español se ha visto abocado a constantes modificaciones, subordinadas siempre a las exigencias de la economía³. Sin embargo, a partir de mediados de los noventa, dichas modificaciones también comienzan a estar sujetas, aunque tímidamente, al quehacer que obliga la reminiscencia de la justicia social inspiradora del Derecho del Trabajo⁴. Éste es el contexto en el que debe encuadrarse la reforma de 2006.

1. Principales características de la reforma: reflejo de las luces y sombras del diálogo social

4. Ciertamente, una de las principales virtudes de la reforma consiste en asumir que la solución de los grandes problemas que presenta el mercado de

³ Tal y como indica ORTIZ LALLANA, «paradójicamente, el Derecho del Trabajo, inicialmente destinado a la protección de los trabajadores y sus derechos frente al poder empresarial, da paso a un Derecho protector de los niveles de empleo al servicio de la competitividad de las empresas que, llevado de un “realismo intenso” trata de ajustar el Derecho a las transformaciones de la realidad del trabajo y de la economía y a su posible evolución. Este progresivo deslizamiento de sus objetivos trasciende su propia funcionalidad y las finalidades de la disciplina, que decididamente lleva a poner en tela de juicio su propia efectividad». No obstante, tal y como señala dicho autor, debe concluirse que «el futuro del Derecho del Trabajo no está en su “destrucción”, sino en su “reconstrucción” o en su “transformación”...» (ORTIZ LALLANA, C. La supervivencia del Derecho del Trabajo. In AL, 1999, vol. III, pp. 815-816).

⁴ Este punto de inflexión se produce tras la reforma del mercado de trabajo de 1994, consistente en un paquete normativo compuesto por cuatro leyes distintas: la Ley 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación (BOE de 23 de mayo de 1994, núm. 122); la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE de 2 de junio de 1994, núm. 131); la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 23 de mayo de 1994, núm. 122); y la Ley Orgánica 14/1994, de 19 de mayo, por la que se incluye una Disposición Adicional cuarta a la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE de 20 de mayo de 1994, núm. 120). Concretamente, los objetivos de dicha reforma se centran en conseguir la mayor competitividad de las empresas y en crear más empleo. Para ello se realizó una importante reinterpretación de la flexibilidad y se potenció la negociación colectiva. Al respecto, *vid.* SALA FRANCO, T. *La reforma del mercado de trabajo*. Valencia: CISS, 1994, pp. 375. Al mismo tiempo son muchos los autores que por esas fechas comienzan a criticar las consecuencias negativas que se derivan de los excesos de una flexibilización mal entendida. Por todos, MONEREO PÉREZ, J. L. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 414.

trabajo en España, pasa por mantener un equilibrio entre la flexibilidad en la regulación de las relaciones laborales requerida por los empresarios y la seguridad y estabilidad en el empleo reclamada por los trabajadores⁵. Por lo demás, dicho equilibrio se ajusta al fin último del Derecho del Trabajo.

5. La herramienta elegida para llevar a cabo esta difícil tarea ha sido la concertación social o el diálogo social tripartito entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal (CC. OO., UGT, CEOE y CEPYME).

Con ello se vuelve a recuperar una práctica que, a pesar de contar, de una u otra manera, con importantes antecedentes desde comienzos del actual sistema democrático, había languidecido en la legislatura precedente⁶. Más concretamente, se vuelve a la senda del diálogo social iniciado en 1995 que dio lugar a la reforma del mercado de trabajo de 1997⁷.

Por todo ello, resulta imprescindible partir de las experiencias de este diálogo social, así como de su crisis durante la anterior legislatura, para poder acercarse a la actual reforma laboral, fruto del diálogo social recuperado.

1.1. Las experiencias del diálogo social y la reforma laboral de 1997

6. La reforma del mercado de trabajo de 1997, supuestamente, vino a confirmar la consolidación de los sindicatos y de las asociaciones empresariales en lo que respecta al cumplimiento de las funciones que les son atribuidas por el artículo 7 de la Constitución Española, a saber, «la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios». Pues, en principio, el diálogo social se llevó a cabo única y exclusivamente a dos bandas, entre los sindicatos y las asociaciones empresariales con mayor representatividad de ámbito estatal (CC.OO., UGT, CEOE y CEPYME).

⁵ VV. AA. *La Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio* (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.). Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 15.

⁶ CRUZ VILLALÓN, J. «La reforma laboral de 2006 en el marco de la concertación social». In VV. AA. *La Reforma Laboral de 2006. Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio* (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2006, p. 15. De cara a un análisis pormenorizado de la evolución atinente a la concertación social en el actual sistema democrático, véase ÁLVAREZ CUESTA, H. *La mayor representatividad sindical*. León: Universidad de León, 2006, pp. 115-132. Del mismo modo, se trata la evolución de la concertación social, profundamente, desde los primeros años de la democracia hasta la reforma laboral de 1997, con interesantes puntos de vista en OLIET PALÁ, A. *La concertación social en la democracia española: crónica de un difícil intercambio*. Valencia: Tirant lo Blach, 2004, p. 534.

⁷ Puede consultarse abundante bibliografía sobre esta reforma en VALDÉS ALONSO, A. «Bibliografía sobre la reforma laboral de 1997». In *Estabilidad en el empleo, Diálogo Social y Negociación Colectiva. La Reforma Laboral de 1997* (RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M. E., Coord.). Madrid: Tecnos, 1998, pp. 322-323.

Precisamente, fruto del diálogo mantenido, las partes sociales implicadas aprobaron el 28 de abril de 1997 el «Pacto Laboral por el Empleo». En virtud de dicho pacto, en realidad, las partes suscribieron el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo (AIEE), el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva (AINC) y el Acuerdo Interconfederal sobre Cobertura de Vacíos (AICV). Ahora bien, los diferentes contenidos y objetivos de los acuerdos hicieron que éstos tuviesen desigual importancia en la reforma.

En efecto, el AINC y el AICV se habían constituido material y formalmente a dos bandas, y se insertaban en la normalización de las relaciones entre las partes sociales, con los objetivos de planificar y ordenar el desarrollo de la negociación colectiva, así como de rellenar vacíos de cobertura de ésta. Por su parte, el AIEE, aunque formalmente constituido a dos bandas, contaba con el Gobierno como tercer y principal destinatario, en la medida en que éste había adquirido de antemano el compromiso de aceptar y tramitar las propuestas pactadas por las partes sociales para reformar el mercado de trabajo. De esta forma, se abren las puertas a la legislación negociada y a una nueva fase del Derecho del Trabajo.

7. La legislación negociada, que ha llegado a considerarse como un «fenómeno político-jurídico complejo, propio de los Estados sociales y democráticos de Derecho»⁸, viene a reforzar psicológicamente la autoridad de la ley desde el punto de vista político y sociológico⁹. Tal es así que mediante la legislación negociada resulta posible mantener la paz social, ya que los propios interlocutores sociales se convierten en compañeros de viaje del Gobierno.

Con VALDÉS DAL-RE, podría decirse que la legislación negociada «constituye el procedimiento normativo de síntesis en el que se funden los dos cauces históricos de juridificación de... las relaciones sociales; en el que convergen, en suma, soberanía política y autonomía privada»¹⁰. De esta manera, en sí, cualquier pacto entre las partes sociales que tenga por objeto reformar en su conjunto el mercado de trabajo carece de toda operatividad jurídica si finalmente no es instrumentado por el Gobierno o el parlamento. Con otras palabras, la voluntad de las partes sociales necesita un impulso que trascienda una mera situación de hecho, para convertirse en un verdadero acto jurídico.

⁸ BORRAJO DACRUZ, E. «Los nuevos contratos laborales o la magia social de las leyes pactadas». In AL, 1997, vol. II, núm. 26, p. 631.

⁹ Al respecto, PEDRAJAS MORENO, A. «Novedades en la contratación laboral tras el Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo». In RL, 1997, vol. II, pp. 113-115.

¹⁰ VALDÉS DAL-RE, F. «La legislación laboral negociada». In RMTAS, 1997, núm. 3, p. 172.

En definitiva, la legislación negociada nos sitúa ante un nuevo fenómeno de creación normativa. El resultado, bien se trate de un real decreto-ley, bien se trate de una ley, no altera los elementos que actualmente constituyen la jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico laboral. Lo que cambia es la metodología empleada para ello, al superarse la perspectiva clásica referente a la relación vertical entre ley y convenio colectivo, y apostarse ahora por una relación horizontal, que de momento carece de tipificación.

8. Así sucedió con el AIEE, que, pese a su denominación, supera con creces el más amplio contenido posible que puedan llegar a tener los acuerdos interconfederales regulados en el artículo 83.2 del ET. Realmente, el acuerdo adoptado por las partes sociales contaba con la garantía de ser asumido por el Gobierno. De hecho, el Gobierno asumió dicho acuerdo al convertirlo en el Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del trabajo y el fomento de la contratación indefinida¹¹.

Además, con esta forma de proceder se dio un salto cualitativo respecto a la concertación social a tres bandas de los años ochenta. Aquella no sólo no pasó a cobijarse bajo la moderna dicción de diálogo social, por influencia de la terminología supranacional, sino que también salió revalorizada, por la importancia que comenzaban a tener las partes sociales. Por otro lado, si bien el nuevo período de diálogo social, al igual que sucediese con la concertación social de antaño, venía a reflejar un cierto neocorporativismo a la hora de afrontar los problemas que presentaba el mercado de trabajo, el fenómeno de la legislación negociada permitió introducir importantes matizaciones.

En consecuencia, con el diálogo social que se materializa en la reforma de 1997, el neocorporativismo adquiere una nueva dimensión. Efectivamente, las partes sociales pierden el carácter de subordinación que presentaban en la década de los ochenta respecto al Gobierno, y adquieren el grado de autonomía suficiente, necesario para participar o cooperar como poder legítimo en la elaboración de las normas¹².

¹¹ BOE de 17 de mayo de 1997, núm. 118.

¹² En verdad, los acuerdos de la década de los ochenta, fruto de la concertación social a tres bandas, carecían de eficacia jurídica, y su cumplimiento dependía única y exclusivamente de la actuación del Gobierno. Ejemplos de esta concertación social a tres bandas fueron el Acuerdo Nacional del Empleo (ANE) firmado el 9 de junio de 1981 por el Gobierno, la CEOE, UGT y CC. OO. y el Acuerdo Económico y Social (AES) suscrito el 9 de octubre de 1984 (BOE de 10 y 12 de octubre de 1984, núms. 243 y 245) por el Gobierno, la CEOE, CEPYME y UGT. Sobre estos acuerdos, en general, puede consultarse LANDA ZAPIRAIN, J. P. «Concertación social y sindicatos en España: un balance provisional». In RT, 1987, vol. II, núm. 86, pp. 133-142. En concreto, en torno al AES, véase BAYLOS GRAU, A. «La intrincada frondosidad de los acuerdos tripartitos. Notas sobre la naturaleza jurídica del AES». In *Revista Jurídica Española La Ley*, 1985, vol. I, pp. 1166-1174. Igualmente, para comprender la naturaleza del AES, véase PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y CASAS BAAMONDE, M. E. «Participación de sindicatos representativos, no firmantes del AES, en las Comisiones establecidas por el Acuerdo». In RL, 1985, núm. 4, pp. 348-370.

9. En este contexto, el clima de diálogo social que rodeó la reforma de 1997 supuso un giro copernicano en la postura de los sindicatos con mayor representatividad a nivel estatal. Aquellos mismos sujetos que se habían opuesto radicalmente a la reforma laboral de 1994, llamando a la huelga general en su contra, aceptaban en 1997 seguir la línea de los propósitos declarados ya en 1994, a saber, menos precariedad y despidos más flexibles¹³.

En realidad, los cambios respecto a la reforma de 1994 fueron puntuales, en la medida en que tan sólo se corrigieron algunos aspectos concretos, principalmente, en materia de contratación y de despido. Al fin y a la postre, se trataba más bien de ahondar en la reforma de 1994, de completarla, de consolidarla¹⁴. Bajo la premisa de aceptar el equilibrio que debe existir entre flexibilidad y estabilidad en el empleo, se pretendía luchar conjuntamente contra los graves problemas del paro, la precariedad y la alta rotación del empleo.

Para ello, los instrumentos elegidos consistieron, básicamente, en «potenciar la contratación indefinida; favorecer la inserción laboral y la formación teórico-práctica de los jóvenes; especificar y delimitar los supuestos de utilización de la contratación laboral, especialmente los contratos de obra o servicio o eventual por circunstancia de la producción, y mejorar el... marco de la protección social del trabajo a tiempo parcial...» (apartado II, de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/1997).

Pero, entre todos los instrumentos, la medida estrella de la reforma de 1997, tanto por su carácter novedoso, como por su alcance, fue la regulación del llamado contrato para el fomento de la contratación indefinida. Con esta medida, en la lucha contra el desempleo, de un lado, se incentivaba por vez primera la contratación indefinida, con el objetivo de contrarrestar los efectos perversos derivados de la hasta entonces excesivamente incentivada contratación temporal. De otro lado, esta nueva modalidad contractual presentaba la peculiaridad de abaratar los despidos objetivos declarados improcedentes, con el doble objetivo de introducir un mayor grado de flexibilidad en el empleo y, a partir de dicha flexibilidad, atraer el interés de los empresarios hacia la contratación indefinida, alejándolos de la cultura de la temporalidad.

10. La gravedad de los problemas a los que debía enfrentarse con urgencia el mercado de trabajo, en pro de la competitividad de las empresas nacio-

¹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «El Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo y la nueva reforma del mercado de trabajo». In *Estabilidad en el empleo, Diálogo Social y Negociación Colectiva. La Reforma Laboral de 1997* (RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M. E., Coord.). Madrid: Tecnos, 1998, p. 23.

¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo». In RL, 1997, vol. I, pp. 72-73.

nales, que sólo podía sostenerse articulando en sus justos términos flexibilidad y estabilidad en el empleo, justificó el encauzamiento de la reforma vía real decreto-ley. No en vano, el AIEE ya había declarado formalmente el grave deterioro del empleo en España, en un momento de cambio en las estructuras económicas mundiales. Fiel reflejo de dicha situación resultó, finalmente, el apartado I de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/1997, al señalar lo siguiente:

«existe una patente demanda social, de cuya urgencia se hacen eco las Organizaciones empresariales y sindicales, en orden a la necesidad de acometer de manera decidida y urgente las oportunas reformas con el objetivo de luchar contra el paro, la precariedad laboral y la alta rotación de los contratos, y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo, en especial de empleo estable».

11. Al mismo tiempo, el Real Decreto-ley 8/1997 se complementó con el Real Decreto-ley 9/1997, de 16 de mayo, sobre incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo¹⁵.

En definitiva, puede estimarse que ambos reales decretos-leyes cumplían los requisitos constitucionales necesarios que deben justificar su utilización, en la medida en que la coyuntura económica exigía una rápida respuesta¹⁶, y en la medida en que dicha respuesta no se hizo esperar, teniendo en cuenta el breve intervalo de tiempo transcurrido entre la constatación de los graves problemas que afectaban al mercado de trabajo y la adopción de las medidas para tratar de atajar tales problemas¹⁷.

Sin embargo, la reforma requirió para su consolidación la convalidación por las Cortes Generales, en tanto representantes de la soberanía popular. Así, una vez que los Grupos Parlamentarios mostraron su conformidad, en cierta medida condicionados por el éxito del diálogo social mantenido por el Gobierno y los interlocutores sociales más representativos de ámbito estatal, los reales decretos-leyes en cuestión se transformaron, respectivamente, en la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida¹⁸, y en la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, por la que se regulan incentivos en materia de

¹⁵ BOE de 17 de mayo de 1997, núm. 118.

¹⁶ Por todas, *vid.* STC 177/1990, de 15 de noviembre, Fundamento Jurídico 3. In *Jurisprudencia Laboral en el Tribunal Constitucional*. Vol. II (1989-1993) (GARCÍA NINET, J. I., Dir.) Valencia: Tirant lo Blach, 1995, p. 2086.

¹⁷ Respecto al intervalo temporal como criterio de valoración de los presupuestos que deben concurrir en un real decreto-ley, *vid.*, por todas, STC 23/1993, de 21 de enero, Fundamento Jurídico 4. In *Jurisprudencia Laboral en el Tribunal Constitucional*. Vol. II (1989-1993) (GARCÍA NINET, J. I., Dir.). Valencia: Tirant lo Blach, 1995, p. 2665.

¹⁸ BOE de 30 de diciembre de 1997, núm. 312.

Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo¹⁹.

12. Concretamente, de la Ley 63/1997 se deducía que el diálogo social debía perdurar más allá de la reforma en sí. Sin lugar a dudas, el ejemplo más claro de dicha perdurabilidad se encontraba en la Disposición Adicional primera de la ley, donde se regulaba el novedoso contrato para el fomento de la contratación indefinida. Pues bien, conforme a su apartado 6, una vez transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/1997, el Gobierno y las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas de ámbito estatal debían proceder a evaluar conjuntamente los efectos de esta medida para el fomento de la contratación indefinida, a fin de proponer, en su caso, su eventual continuidad más allá del período de tiempo citado.

1.2. *La ruptura del diálogo social*

13. Por el contrario, y antes de que finalizase el mencionado período de cuatro años, el diálogo social quedó truncado. Tras un proceso negociador, que no llegó a buen fin, entre los agentes sociales más representativos a nivel estatal y el Gobierno, este último decidió unilateralmente «retocar» algunos aspectos de la reforma de 1997 que consideraba urgentes²⁰.

Pese a tratarse de un mero «retoque», nuevamente se volvió a hablar de «reforma», y una vez más se recurrió a la figura del real decreto-ley, tal y como lo demuestra la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad²¹. En esta ocasión, el Gobierno se refirió a la urgencia de la adopción de las nuevas medidas «tanto para permitir su inmediata efectividad como para evitar distorsiones en el funcionamiento del mercado de trabajo» (Exposición de Motivos del Real Decreto-

¹⁹ BOE de 30 de diciembre de 1997, núm. 312.

²⁰ Respecto al carácter unilateral de las medidas adoptadas por el Gobierno, caben plantearse tres cuestiones, con ALFONSO MELLADO: en primer lugar, las dudas acerca de la verdadera voluntad del Gobierno de proseguir avanzando en el diálogo social, tras las reiteradas manifestaciones del Gobierno de que si no se alcanzaba un acuerdo en un plazo corto procedería a regular él mismo los temas objeto de negociación; forma de proceder que, por otra parte, de ninguna de la maneras casa con el «afán de protagonismo» que gustan tener los agentes sociales. En segundo lugar, el coste social de la ruptura del diálogo social. En tercer lugar, las dudas acerca de si las nuevas medidas resultaban verdaderamente eficaces para reducir la elevada tasa de temporalidad existente (ALFONSO MELLADO, C. L. *La primera reforma laboral del milenio. Comentarios al Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo*. Valencia: Instituto Valenciano de Estudios Sociales, 2001, pp. 10-11).

²¹ BOE de 3 de marzo de 2001, núm. 54.

ley 5/2001). Del mismo modo, poco después, se procedió a la convalidación de dicho real decreto-ley por las Cortes Generales, dando lugar a la Ley 12/2001, de 9 de julio²², de igual nombre que el real decreto-ley convalidado. Hecho que esta vez no contaba con el condicionamiento del apoyo de los agentes sociales, pero sí con la mayoría absoluta del Grupo Parlamentario coincidente con el partido gobernante.

14. Estas circunstancias hicieron que lo que en realidad se trataba de una línea continuista de la reforma de 1997, independientemente de que se compartiesen o no las nuevas medidas, se convirtiera en el inicio de un enfrentamiento que iba a prolongarse hasta el final de la legislatura.

Lo que años atrás se había aceptado con total naturalidad, a saber, echar mano del real decreto-ley, con el objetivo de ratificar bajo la forma de norma, y cuanto antes mejor, los acuerdos alcanzados mediante el diálogo social, ahora se consideraba despectivamente un «decretazo»²³, que escenificaba «la ruptura de las reglas implícitas sobre el modo en que habrían de producirse las variaciones en el sistema jurídico laboral»²⁴.

La ruptura del diálogo social supuso el «atrincheramiento» momentáneo de los sindicatos más representativos a nivel estatal, que ya no se consideraban parte de un neocorporativismo de participación o cooperación, sino sujetos de contrapoder.

Los sindicatos, que hasta escasas fechas habían participado en el diálogo social con el Gobierno, denunciaban el carácter flexibilizador de las nuevas medidas y, especialmente, se posicionaban en contra de la ampliación del ámbito subjetivo del contrato de formación, del tratamiento dado al contrato a tiempo parcial y de la creación del contrato de inserción. Entendían que tales medidas contradecían la supuesta finalidad de favorecer un empleo estable y de más calidad, puesto que abrían nuevas vías de agua en el principio de estabilidad en el empleo y, con ello, daban nuevas alas a la contratación temporal. En resumen, la reforma parecía centrarse, en demasía, en la figura del contrato para el fomento de la contratación indefinida y en los estímulos a favor del empleo, y descuidaba aspectos tales como el refuerzo de la causalidad y del control de los contratos temporales, y la mejora de la regulación de las contrataciones y subcontratas²⁵.

²² BOE de 10 de julio de 2001, núm. 164.

²³ BARREIRO GONZÁLEZ, G. «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes». In *Derecho Privado y Constitución*, 2003, núm. 17, p. 47.

²⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V. «Una Reforma vigésimosecular». In VV. AA. *La reforma laboral de 2001 (Análisis del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo)*. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 16.

²⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. «Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001». In RL, 2001, vol I, pp. 1631-1685.

15. Además, el ambiente se enrareció, más si cabe, cuando el Gobierno dictó de nuevo unilateralmente el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad²⁶. Como si de la gota que colmase el vaso se tratara, los sindicatos con mayor representatividad a nivel estatal convocaron una huelga general de protesta en el Estado para el 20 de junio de 2002, y solicitaron la retirada del nuevamente considerado «decretazo».

16. En este clima revuelto, hicieron acto de presencia, igualmente, algunos sindicatos periféricos, que gozaban en la correspondiente comunidad autónoma del grado de más representativos. Quizás el caso más paradigmático fue el de ELA, en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

ELA, que ya venía denunciando desde años atrás una «oleada neoliberal», de la que consideraba partícipes a los sindicatos de mayor representatividad a nivel estatal, no se sumó a la protesta de tales sindicatos. El sindicato de corte nacionalista consideró interesada la postura de los sindicatos centralistas, al entender que cuando éstos «se vieron desalojados de los ámbitos de influencia y reducidos a la irrelevancia, se opusieron a... [la reforma]». Realmente, ELA veía necesaria la huelga, pero entendió que los sindicatos centralistas se encontraban animados por una razón muy distinta a la suya: recuperar el diálogo social roto unilateralmente por el Gobierno²⁷.

Por ello, ELA, al igual que LAB, decidió convocar también una huelga general, pero ampliando los motivos, y adelantando en un día la convocatoria en las comunidades autónomas en las que opera, es decir, País Vasco y Navarra. De este modo, la convocatoria de huelga realizada por ELA fue más allá de la protesta por la reforma y, en realidad, fue utilizada como arma arrojadiza en contra de los efectos negativos que, a su entender, se habían derivado del diálogo social mantenido en los últimos años entre el Gobierno y los sindicatos centralistas de máxima representatividad²⁸.

1.3. *La recuperación del diálogo social y la reforma de 2006*

17. Apenas transcurridos dos meses desde el inicio de la actual legislatura, a mediados de 2004 se retomó el diálogo social entre el Estado y los agentes

²⁶ BOE de 25 de mayo de 2002, núm. 125. Respecto a las novedades que introdujo este real decreto-ley véase SOSA MANCHA, M. T. «La reforma de la protección por desempleo. Breve análisis del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo». In AS, 2002, vol. v, Estudios e Índices, pp. 773-804.

²⁷ LETAMENDIA BELZUNCE, F. *ELA 1976-2003. Sindicalismo de contrapoder*. Bilbao: Fundación Manu Robles-Arangiz Institutua, 2004, p. 251.

²⁸ Al respecto véase LETAMENDIA BELZUNCE, F. *ob. cit.*, p. 252.

sociales con mayor representatividad a nivel estatal. No obstante, esta nueva etapa presenta, a priori, especiales características.

El punto de partida de esta nueva etapa lo constituyó la Declaración para el Diálogo Social, de 8 de julio de 2004: *Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social*²⁹. Las peculiaridades que presenta esta Declaración se han reflejado correctamente, al ser considerada como «acuerdo general del diálogo social»³⁰.

Efectivamente, el objetivo de la Declaración no ha sido que las partes aborden directamente el tipo de medidas a adoptar para solucionar las cuestiones objeto de diálogo. Ésa había sido, hasta el momento, la forma de proceder en tales procesos. Además, en esta ocasión, el Gobierno participa directamente, y desde el inicio, en el diálogo, de igual a igual con los otros interlocutores, a saber, CEOE y CEPYME, por la parte empresarial, y UGT y CC. OO., por la parte sindical.

En este caso, como gran novedad metodológica, en lugar de comenzar la tarea de negociar las materias concretas, las partes han optado por fijar las bases o filosofía general de un proceso de concertación amplio, para que se pueda ir desarrollando poco a poco a lo largo de toda la legislatura³¹. En conclusión, esta declaración se sitúa en la categoría de los denominados «instrumentos marco»³². Con ello, se inicia un proceso abierto de negociación tripartita sobre materias diversas para ser tratadas en mesas diferentes, en las que cabrá la posibilidad de llegar a acuerdos sociopolíticos, convertibles, en su caso, en disposiciones jurídicas.

Así, la reforma del mercado de trabajo ha sido una de las materias objeto de debate en una de esas mesas, de forma y manera que el acuerdo alcanzado se ha convertido, primero, en el Real Decreto-ley 5/2006 de 9 de junio, y, después, en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre. En realidad, la Ley 43/2006 introduce pocos cambios respecto al Real Decreto-ley 5/2006, limitándose a consolidarlo³³.

²⁹ Puede consultarse en VV. AA. *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio* (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.). Pamplona: Aranzadi, monografías Punto de Actualidad, 2006, pp. 261-266.

³⁰ CRUZ VILLALÓN, J. *ob. cit.*, p. 16.

³¹ *Ibidem*.

³² PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y VALDÉS DAL-RE, F. *La reforma laboral 2006*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 27.

³³ La evolución del diálogo social en lo que respecta a la reforma del mercado de trabajo se recoge en las exposiciones de motivos del Real Decreto-ley 5/2006 y de la Ley 43/2006.

De este modo, una vez adoptada la Declaración para el Diálogo Social sobre la Competitividad, el Empleo estable y la Cohesión Social, de 8 de julio de 2004, el diálogo sobre la reforma del mercado de trabajo se inició encomendando a una comisión de expertos la realización de un informe para evaluar el funcionamiento de las políticas de empleo desde las reformas laborales acometidas en el período 1992-1994 hasta la actualidad. Esta comisión

Con ello, se observa claramente que la denominada reforma laboral de 2006 se encuadra en el fenómeno más amplio de la nueva etapa de diálogo social, a desarrollarse de manera indeterminada, por lo menos, durante toda la legislatura. Por consiguiente, muchas de las materias tratadas en otras mesas también tienen una indiscutible repercusión en el mercado de trabajo, por lo que resulta fundamental tener en cuenta el resto de los acuerdos alcanzados, así como los que vayan surgiendo en el futuro³⁴. Sólo así podrán valorarse en su integridad los resultados de la actual etapa de diálogo social.

18. De todos modos, de entrada, no deja de ser chocante que otra vez se haya recuperado el diálogo social en un período en el que el Gobierno cuenta con minoría parlamentaria, tal y como sucedió en la reforma de 1997, o en la época de la primera concertación social³⁵. En efecto, independientemente del color político, los Gobiernos han actuado del mismo modo, acudiendo a la concertación o al diálogo social en períodos con escasos apoyos en el parlamento, y «arrinconándola» en períodos de mayoría absoluta en el parlamento. Esta tendencia no hace más que suscitar desconfianza.

Asimismo, para la actual reforma del mercado de trabajo se ha vuelto a recurrir inicialmente a un real decreto-ley, sin que, en esta ocasión, nadie haya mencionado el término «decretazo». Tampoco los motivos argumentados por el Gobierno para acudir a esta técnica legislativa resultan del todo convincentes, si se tiene en cuenta, por una parte, que «entre el momento de preparación y el de publicación no media un lapso capaz de llamar a la alarma»³⁶, y, por otra parte, en algunos de los temas abordados por la reforma «media la remisión a un desarrollo ulterior, síntoma evidente de la falta de

de expertos entregó el 31 de enero de 2005 su informe «Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas». A la luz de dicho informe, los firmantes de la Declaración de 8 de julio de 2004, analizaron la situación, estudiaron las soluciones y tras un proceso negociador plantearon ciertas medidas en el «Documento para el Diálogo Social sobre el Mercado de Trabajo», de 15 de marzo de 2005». Dicho documento dio lugar al «Documento para la mesa de Diálogo Social sobre Mercado de Trabajo», de 18 de octubre de 2005, y, finalmente, el 9 de mayo de 2006, se adoptó el «Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo», posteriormente transformado en el Real Decreto-ley 5/2006, y en la Ley 43/2006. Todos estos documentos pueden consultarse en VV. AA. *La Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio* (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.). Cizur Menor: Aranzadi, 2006, pp. 261-313.

³⁴ Sobre las diferentes materias tratadas en las correspondientes mesas de diálogo, véase CRUZ VILLALÓN, J. *ob. cit.*, pp. 18-19. Igualmente, se hace referencia a tales materias en PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y VALDÉS DAL-RE, F. *ob. cit.*, pp. 32-33.

³⁵ A tal conclusión se llega también en PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y VALDÉS DAL-RE, F. *ob. cit.*, p. 17.

³⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Presentación a la obra *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006* (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir. y Coord.). Murcia: Ediciones Laborum, 2006, p. 20.

verdadera premura»³⁷. Ciertamente, la utilización abusiva que en los últimos tiempos se está haciendo del real decreto-ley resulta preocupante, pues desborda en muchos casos su verdadera operatividad³⁸.

Por otro lado, puede resultar curioso que a pesar de que el diálogo social se haya llevado a cabo sin contar con las comunidades autónomas ni con los agentes sociales de mayor representatividad en ellas, la correcta aplicabilidad de la Ley 43/2006 requiera ineludiblemente de su coordinación, como sucede en el caso de los Servicios Públicos de Empleo. Por ello, no es de extrañar que algunos sindicatos de mayor representatividad en las comunidades autónomas pretendan bloquear algunas de las medidas derivadas de la actual reforma, ante todo por su falta de participación en el proceso. Se volverá a repetir, con toda seguridad, la misma escena de épocas anteriores, en la que tales sindicatos criticarán la participación y cooperación de las centrales estatales con el Gobierno, al tiempo que denunciarán la flexibilización de las relaciones laborales y el abaratamiento del despido como armas a su favor.

Sin lugar a dudas, la compleja estructura del Estado requiere la adopción de compromisos en todas las direcciones y por parte de todos los implicados, porque o sinceramente se cree en ella como mecanismo de engranaje de la mayor y más importante maquinaria de producción y bienestar social, que es la convivencia racional, o nada tiene sentido.

Resumiendo, esta relación de amor-odio existente entre los agentes sociales y el Gobierno, así como entre los propios agentes sociales de distinto ámbito, pone en duda la madurez no ya sólo de los sindicatos, sino que también del propio sistema de representatividad, para defender con sinceridad y garantía los intereses de los trabajadores de base, a los que únicamente debe su razón de ser el Derecho sindical³⁹.

19. En este contexto, la situación es la que es, y las medidas adoptadas son las que son, por lo que en los siguientes apartados se comentarán, aunque sea sucintamente, las medidas más significativas de la reforma del mercado de trabajo contenidas en un primer momento en el Real Decreto-ley 5/2006, y, en la actualidad, en la Ley 43/2006.

³⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. *ob. cit.*, pp. 21-22.

³⁸ En torno a la aplicabilidad de los decretos-leyes resulta de máximo interés SANTOLAYA MACHETTI, P. *El régimen constitucional de los decretos-leyes*. Madrid: Tecnos, 1988, 270 pp. También puede consultarse CARMONA CONTRERAS, A. M. *La configuración constitucional del Decreto-ley*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 380. De forma más resumida, pero no menos interesante, se refiere a la cuestión SALAS, J. «Los Decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional». In *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo I, pp. 267-326. Por último, también debe traerse a colación el artículo doctrinal ya citado de BARREIRO GONZÁLEZ, G.

³⁹ Para una visión crítica y alternativa sobre esta cuestión, *vid.* ÁLVAREZ CUESTA, H. *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad*. Granada: Editorial Comares, 2006, p. 221.

2. Medidas adoptadas para fomentar la contratación indefinida

20. La actual reforma del mercado de trabajo presenta un «prisma continuista» en relación con los objetivos perseguidos en la reforma de 1997⁴⁰. De ahí que no se hayan introducido grandes cambios y se siga apostando supuestamente por fomentar la contratación indefinida. En concreto, las medidas adoptadas pretenden impulsar la contratación indefinida inicial o directa, favorecer la conversión del empleo temporal en fijo y apoyar con fondos públicos la contratación estable.

No resulta extraño que se siga en esta línea, teniendo en cuenta el desolador panorama que presenta el mercado de trabajo español. Además de poseer las mayores tasas de paro y precariedad de la Unión Europea, cuenta con los menores porcentajes de población activa femenina y de natalidad⁴¹. Esta situación, que perdura durante casi ya tres décadas, tiene mucho que ver con «el círculo vicioso» que comienza con el reconocimiento de la temporalidad contractual en la lucha contra el paro, pasa por el «acomodamiento» de los empresarios en la «cultura de la temporalidad», y termina en la precariedad que sufren los trabajadores⁴².

La cuestión se centra ahora en la viabilidad de las medidas adoptadas en la actual reforma, puesto que las existentes hasta la fecha no han resultado efectivas. La desventaja de las actuales medidas es que prosiguen en la misma línea que las anteriores, y que, por ende, actúan no sólo contrarreloj, sino que entran en acción cuando el reloj lleva ya bastante tiempo en marcha.

⁴⁰ DE LA PUEBLA PINILLA, A. y PÉREZ YÁNEZ, R. «El Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 9 de mayo de 2006, ¿una mínima reforma o una reforma de mínimos?» In RL, 2006, núm. 12, pp. 36-37.

⁴¹ MARTÍNEZ BARROSO, R. «Fomento de la contratación indefinida y conversión del empleo temporal en fijo». In *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006* (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir. y Coord.). Murcia: Ediciones Laborum, 2006, pp. 41-42.

⁴² Un interesante punto de partida sobre esta situación en CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RE, F. «Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España». In RL, 1989, vol. 1, pp. 240-258.

Mención especial merecen en este punto los comentarios realizados por DE LA VILLA GIL, quien considera, por una parte, que «el empresario español no está dispuesto a celebrar contratos de trabajo por tiempo indefinido porque el coste de su ruptura es, asimismo, el más alto de la Unión Europea», y, por otra parte, que «un altísimo porcentaje del empresariado español se ha acostumbrado a contratar fuera de la ley... Y ello porque la probabilidad de que dicha irregularidad se detecte es bajísima habida cuenta del número total de las contrataciones precarias». Con todo ello, llega a concluir que «la mejor defensa de la precariedad es la precariedad misma, en cuanto que a medida que la precariedad de la contratación aumenta, la aplicación de la ley es menos viable y eficaz» (DE LA VILLA GIL, L. E. «¿Acabar con el trabajo precario, I? Notas de urgencia a la reforma laboral de 2006». In *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2006, núm. 11, pp. 2-4).

21. En este sentido, entre las medidas adoptadas, cabe señalar que se consolida el contrato para el fomento de la contratación indefinida, ya que se asume íntegramente el régimen jurídico vigente de esta modalidad contractual. Por tanto, seguirá rigiendo lo establecido en la Disposición Adicional primera de la Ley 12/2001 de 9 de julio. Como novedad, se amplía hasta el 31 de diciembre de 2007 el plazo dentro del cual pueden celebrarse contratos temporales que, posteriormente, y en la misma empresa, podrán convertirse en contratos para el fomento de la contratación indefinida. Debe recordarse que, con anterioridad al Real Decreto-ley 5/2006, la fecha que había que tener en cuenta a estos efectos era el 31 de diciembre de 2003.

Con la prolongación de esta fecha, en realidad, se favorece la contratación temporal y se retrasa la contratación indefinida inicial de un mismo sujeto. Además, la posterior conversión en contrato para el fomento de la contratación indefinida lleva aparejada la ventaja de un despido más barato.

22. Igualmente, para impulsar la contratación indefinida se ha regulado un nuevo Programa de Fomento del Empleo, que presenta importantes novedades respecto al inicialmente previsto en la Disposición Adicional quincuagésima de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006⁴³.

Sobre todo, con el nuevo programa se ha modificado el sistema de incentivos a la contratación indefinida, conforme a los siguientes criterios⁴⁴: a) seleccionar mejor los colectivos beneficiarios, extendiendo su aplicación a los jóvenes de 16 a 30 años, hasta hoy excluidos de éstos; b) simplificar los incentivos; c) ampliar la duración de las bonificaciones con el objetivo de favorecer el mantenimiento del empleo; d) sustituir los porcentajes de bonificación actuales por cuantías fijas de subvención.

23. Además de estos principios, la gran novedad reside en que, como norma general, los incentivos se conceden exclusivamente para los contratos indefinidos, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial e incluida la modalidad de fijo discontinuo, con lo que se pretende fomentar esta modalidad contractual *ab initio*.

Ahora bien, cabe cuestionar la eficacia de esta medida por los efectos negativos que conlleva. Así, por un parte, esta medida abre las puertas a la «posibilidad de otorgar incentivos a contrataciones que se hubieran realizado aun sin la existencia de las mismas (“peso muerto”)»⁴⁵, y, por otra parte, «los recursos dedicados a estos fines han de ser financiados con impuestos

⁴³ BOE de 30 de diciembre de 2005, núm. 312.

⁴⁴ Estos criterios se recogen en el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, de 9 de mayo de 2006.

⁴⁵ MARTÍNEZ BARROSO, R. *ob. cit.*, p. 75.

que recaen sobre todas las empresas y sus empleados, tanto si perciben estímulos como si no, generando el llamado “efecto desplazamiento”⁴⁶. Igualmente, en ambos casos se aprecia una total dejadez, al no profundizar en el análisis de cada zona geográfica o de cada sector de la producción, donde resulta fundamental el quehacer de las comunidades autónomas y de los agentes sociales con mayor representatividad en ellas⁴⁷.

Sin que se detallen aquí los incentivos regulados para fomentar la contratación indefinida y su duración, puesto que se da cuenta de ellos en el Anexo de esta exposición, llama la atención que se siga manteniendo el concepto «bonificaciones» para designar lo que realmente pasan a ser «subvenciones». Ciertamente, otra de las grandes novedades de la reforma ha consistido en «volcar el esfuerzo económico sobre las subvenciones, es decir, sobre las entregas de cantidades de dinero a tanto alzado por la celebración de determinados contratos, abandonando la anterior política de bonificar las cuotas de Seguridad Social cuando dichos contratos fueran concertados»⁴⁸. No obstante, la Ley 43/2006 introduce una excepción a dicha regla general, al señalar que «no se sustituyen los porcentajes de bonificación por cuantías fijas de... [subvención], en el caso de la contratación de personas con discapacidad por los centros especiales de empleo» (apartado IV de la Exposición de Motivos).

En lo que respecta a la materialización práctica de estas subvenciones, en primer lugar, hay que tener en cuenta que se financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal (apartado 1 de la Disposición Adicional tercera de la Ley 43/2006). Posteriormente, serán los empresarios quienes descontarán las cuantías a disfrutar de los correspondientes documentos de cotización (apartado 2 de la Disposición Adicional tercera de la Ley 43/2006). Por último, con la finalidad de garantizar la correcta administración de estos recursos y evitar el fraude, se establecen ciertas obligaciones de control y revisión a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la Tesorería General de la Seguridad Social y al Servicio Público de Empleo (apartados 3 y 4 de la Disposición Adicional tercera de la Ley 43/2006).

Los beneficiarios de estas subvenciones son las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, y sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena (artículo 1.3, párrafo primero, de la Ley 43/2006). Además, la Ley 43/2006 va más lejos que el Real Decreto-ley 5/2006, pues considera igualmente beneficiarios a las empresas, incluidos

⁴⁶ MARTÍNEZ BARROSO, R. *ob. cit.*, p. 76.

⁴⁷ En este sentido véase MARTÍNEZ BARROSO, R. *ob. cit.*, p. 75.

⁴⁸ DE LA VILLA GIL, L. E. *ob. cit.*, p. 5.

los trabajadores autónomos, y sociedades laborales y cooperativas mencionadas, en el caso de transformación de contratos temporales en contratos o vínculos societarios indefinidos (artículo 1.3, párrafo segundo).

Ello no obstante, los beneficiarios deberán cumplir los requisitos de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, y de no haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas (artículo 5 de la Ley 43/2006). En todo caso, quedan excluidos de los beneficios la Administración General del Estado y los Organismos regulados en el Título III y en la Disposición Adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado⁴⁹, así como las Administraciones Autonómicas y las Entidades Locales y sus Organismos públicos (artículo 1.4 de la Ley 43/2006).

En lo que respecta al ámbito de aplicación u objeto de las subvenciones, el nuevo Programa de Fomento del Empleo parte del sentir generalizado según el cual «uno de los tradicionales problemas del modelo español de incentivos a la contratación indefinida es la imprecisa y poco meditada identificación de los colectivos de trabajadores cuya contratación debe estimularse mediante beneficios económicos a las empresas»⁵⁰. Por ese motivo, se pretende la reagrupación y simplificación de los colectivos de trabajadores cuya contratación da derecho a percibir incentivos a la empresa.

Si bien estos colectivos se detallan en el Anexo, deben destacarse las siguientes novedades:

a) Se incluyen las mujeres, sin ulteriores requisitos; b) en lugar de referirse a los minusválidos, se alude a las personas con discapacidad, distinguiéndose, a efectos de las correspondientes subvenciones, entre las personas con discapacidad genérica, los trabajadores con discapacidad incluidos en alguno de los grupos específicos determinados en la propia Ley 43/2006 y los discapacitados contratados por un centro especial de empleo⁵¹; c) reconociendo las relaciones entre las políticas de empleo y la política social, se

⁴⁹ BOE de 15 de abril de 1997, núm. 90.

⁵⁰ LUJÁN ALCARAZ, J. «Las medidas de impulso a la contratación indefinida». In VV. AA. *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio* (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.). Pamplona: Aranzadi, monografías Punto de Actualidad, 2006, p. 55.

⁵¹ Debe recordarse que tradicionalmente, el fomento del empleo de las personas con discapacidad ha discurrido por sus propios cauces, fuera de los programas generales de fomento del empleo (LUJÁN ALCARAZ, J. *ob. cit.*, pp. 59-61).

Ahora, tras el Real Decreto-ley 5/2006, la Ley 43/2006 define, a sus efectos, como trabajadores discapacitados a las personas que tengan reconocido «un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento o la específicamente establecida en cada caso», y a «los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como [a] los pensionistas de clases

incluye a las víctimas de violencia de género y de violencia doméstica, sin necesidad de hallarse desempleadas⁵²; d) aunque se continúa con la tendencia a incentivar la contratación de los mayores de 45 años, desaparece la distinción entre los mayores de 45 hasta los 55 años y los mayores de 55 hasta los 65 años, en la línea con las modernas tendencias a alargar la vida laboral y favorecer la jubilación gradual y flexible.

24. Junto a los incentivos a la contratación indefinida inicial, se regulan en el nuevo Programa de Fomento del Empleo las subvenciones y bonificaciones para el mantenimiento del empleo de determinados trabajadores (artículos 1 y 4 de la Ley 43/2006), y con carácter excepcional, las subvenciones –mal denominadas *bonificaciones*– para los contratos temporales que se celebren con trabajadores con discapacidad o con personas que se encuentren en situación de exclusión social⁵³, siempre que, en ambos casos, estén desempleados e inscritos en la Oficina de Empleo, así como con personas que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género en los términos de la Ley Orgánica 1/2004, o de víctima de violencia de género (artículos 1.2 y 2 de la Ley 43/2006). Todos estos colectivos, así como las

pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad» (artículo 2.2.5).

Igualmente, debe destacarse que, en comparación con el Real Decreto-ley 5/2006, la Ley 43/2006 incrementa los incentivos por la contratación de trabajadores discapacitados, al tiempo que sustituye la indeterminada alusión de «trabajadores con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo, procedentes de enclaves laborales», a través de la cual se aumentaban los incentivos por la contratación de trabajadores aquejados de una discapacidad severa, por la concreción de los determinados grupos que dan lugar al aumento de los incentivos.

⁵² Resultan interesantes las apreciaciones que al respecto realiza LUJÁN ALCARAZ, al recordar que al incluir a las víctimas de violencia doméstica, junto a las víctimas de violencia de género...

«se amplía el elenco de personas cuya contratación laboral puede ser objeto de bonificación pues, como es sabido, la noción de violencia de género que resulta de la Ley Orgánica 1/2004 [de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE de 29 de diciembre de 2004, núm. 313)] es mucho más técnica y restrictiva que la de violencia doméstica. La primera, en efecto, se refiere a “todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad” que “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (artículo 1, apartados 3 y 1 de la Ley Orgánica 1/2004). En cambio, la expresión violencia doméstica “hace referencia a la que se produce en el seno del hogar, pudiendo acontecer contra mujeres por parte del varón (en este caso violencia de género), contra las personas dependientes o, incluso, contra los padres o hermanos”» (LUJÁN ALCARAZ, J. *ob. cit.*, pp. 61-62).

⁵³ Se entienden por tales los incluidos en los colectivos relacionados por la Disposición Adicional segunda de la Ley 43/2006.

cuantías a las que da lugar su contratación y la duración de su percepción se recogen en el Anexo.

25. Por último, y también con carácter excepcional, además de limitado en el tiempo, el nuevo Programa de Fomento del Empleo regula un «Plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo», conforme al cual los contratos de duración determinada o temporal, incluidos los formativos, de relevo y de sustitución por jubilación, celebrados con anterioridad al 1 de junio de 2006 que se transformen en indefinidos antes del 1 de enero de 2007, darán derecho a las subvenciones indicadas en el Anexo (artículo 3 de la Ley 43/2006). En último término, con este plan parece ser que se pretende «drenar la bolsa de contratos de trabajo temporales existentes y reducir drásticamente la temporalidad»⁵⁴.

3. Modificaciones introducidas para mejorar la utilización de la contratación temporal

26. La Ley 43/2006, al igual que el Real Decreto-ley 5/2006, establece una batería de medidas para intentar limitar la contratación temporal y ajustarla a un uso razonable. Concretamente, es en este ámbito donde, a primera vista, se recogen las medidas más espectaculares, tales como la tan ansiada limitación a la concatenación de contratos temporales, el reforzamiento de los derechos de los trabajadores en contrata y subcontratas y la definición de cesión ilegal. Sin embargo, junto a tales medidas, se han adoptado otras que quizás llamen menos la atención, pero que no por ello dejan de ser menos interesantes. Es el caso de la fulminante desaparición del contrato del inserción, o de la supuesta reorientación del contrato para la formación. A todos ellos nos referiremos a continuación.

3.1. La fulminante desaparición del contrato de inserción

27. El contrato de inserción⁵⁵, introducido como modalidad contractual por la reforma laboral de 2001, desaparece con la nueva reforma, pues la

⁵⁴ PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y VALDÉS DAL-RE, F. *La reforma laboral 2006*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 65.

⁵⁵ Sobre esta modalidad contractual pueden consultarse las siguientes monografías: SIRVENT HERNÁNDEZ, N. *El contrato de inserción laboral y los programas públicos de mejora de la ocupabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 212 pp.; SOLER ARREBOLA, J. A. *El contrato de inserción laboral en el contexto de las políticas activas de empleo*. Murcia: Ediciones Laborum, 2004, 194 pp. También puede consultarse TOROLLO GONZÁLEZ, F. J. «El contrato de inserción». In AS, 2001, vol. v, Estudios e Índices, pp. 643-683.

Disposición Derogatoria única tanto del Real Decreto-ley 5/2006 como de la Ley 43/2006 deroga el precepto destinado a su regulación, es decir, el artículo 15.1.d del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (TRLET)⁵⁶. Al mismo tiempo, desaparecen las referencias a esta modalidad contractual contenidas en los artículos 8.2, 15.6 y 49.1.c del TRLET.

28. No obstante, llama la atención la distinta valoración que se ha realizado sobre la desaparición de esta modalidad contractual. Para empezar, resulta chocante que mientras en el apartado IV de la Exposición de Motivos tanto del Real Decreto-ley 5/2006 como de la Ley 43/2006 se señala respecto al contrato de inserción «que no ha cumplido las expectativas para las que se había creado», en el informe de la comisión de expertos para el diálogo social, *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*, se considerase necesario potenciar su utilización, elaborando y aprobando el oportuno desarrollo reglamentario, anunciado desde 2001 y no materializado, con el fin un tanto rebuscado de que el contrato para la formación recuperara su identidad propia, contaminada con ciertos elementos propios de una lógica de inserción⁵⁷.

Por su parte, mientras que algunos autores han manifestado no entender con claridad la razón de tal derogación, «puesto que se estaba ante una modalidad contractual que había gozado de un nivel suficiente de utilización»⁵⁸, otros han preferido hablar de «crónica de una derogación anunciada»⁵⁹, o de «decisión técnicamente acertada», al considerar, en este último caso, que las medidas de inserción han de instrumentarse a través de negocios jurídicos distintos al contrato de trabajo⁶⁰.

29. En resumen, aunque se echa en falta la justificación del Gobierno para aclarar la decisión de derogar el contrato de inserción, debe reconocerse que son muchos los motivos que, en la práctica, justifican dicha decisión, más allá de que suponga la eliminación de un contrato temporal, en sintonía

⁵⁶ BOE de 28 de marzo de 1995, núm. 75.

⁵⁷ TASCÓN LÓPEZ, R. «Reformas en materia de contratación temporal». In *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006* (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir. y Coord.). Murcia: Ediciones Laborum, 2006, pp. 109-110.

⁵⁸ PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y VALDÉS DAL-RE, F. *La reforma laboral 2006*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 87.

⁵⁹ PÉREZ YÁNEZ, R. «Adaptaciones en los contratos formativos y de inserción». In VV. AA. *La Reforma Laboral de 2006. Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio* (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2006, pp. 118-119. En el mismo sentido, DE LA PUEBLA PINILLA, A. y PÉREZ YÁNEZ, R. *ob. cit.*, pp. 50-51.

⁶⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. «Limitaciones a la contratación temporal». In VV. AA. *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio* (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.). Pamplona: Aranzadi, monografías Punto de Actualidad, 2006, pp. 82-83.

con una reforma que pretende fomentar el empleo estable. En concreto, la doctrina ha llamado la atención sobre los siguientes puntos débiles del contrato de inserción⁶¹: la discrecionalidad en la elección de los posibles beneficiarios; la excesiva amplitud de su objeto; el dilatado elenco de destinatarios; las consecuencias negativas derivadas de su escasez de costes; la ausencia de indemnización a la finalización del contrato; la presunción *iuris tantum* sobre la indefinición de la relación laboral y su destrucción de facto; y las incertidumbres sobre su duración.

Ello no obstante, como medida transitoria, los contratos de inserción concertados con anterioridad al 15 de junio de 2006 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2006) se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron (Disposición Transitoria primera de la Ley 43/2006).

Por todo ello, no se entiende muy bien el sentido de la Disposición Final quinta de la Ley 43/2006, relativa a la «contratación de trabajadores en situación de exclusión social». En realidad, la regulación de esta nueva figura contractual podría anticipar la aparición de una figura semejante al contrato de inserción. Así, conforme a la Disposición Final quinta de la Ley 43/2006, el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la aprobación de dicha ley, y previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, aprobará una norma con rango de ley para regular el régimen de las empresas de inserción, con el fin de facilitar el empleo de los trabajadores que se encuentren en situación de exclusión, conforme a la Disposición Adicional segunda de la Ley 43/2006.

3.2. La supuesta reorientación del contrato para la formación

30. Mediante la actual reforma laboral se pretende reorientar el contrato para la formación hacia su auténtica esencia, a saber, la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación. Con otras palabras, se pretende reforzar el carácter formativo de esta modalidad contractual frente al carácter de inserción o de fomento del empleo que había prevalecido en la reforma de 2001⁶².

⁶¹ TASCÓN LÓPEZ, R. *ob. cit.*, pp. 112-119.

⁶² Respecto a las consecuencias de la reforma laboral de 2001 en el contrato para la formación, véase GOÑI SEIN, J. L. «Los contratos formativos en la Ley 12/2001: alteraciones en el ámbito subjetivo». In RL, 2002, vol. 1, pp. 575-595. En concreto, dicho autor hace hincapié, con motivo de la reforma de 2001, en que «aun cuando la prioridad política fundamental [del momento] sea la de dar trabajo a los colectivos desfavorecidos, la dimensión formativa, que es lo que caracteriza a este contrato, debe estar siempre presente» (p. 582).

En esa línea, las principales medidas de la reforma han consistido, por una parte, en la regulación de ciertos límites de edad para que una serie de trabajadores puedan realizar esta modalidad contractual, y, por otra parte, en la exclusión de algunos colectivos del ámbito de aplicación de este contrato, que tienen que ver más con políticas de empleo que con políticas formativas⁶³.

31. Así, en lo que respecta a los límites de edad, en principio, se mantiene el criterio general, conforme al cual podrán celebrarse contratos para la formación con trabajadores mayores de dieciséis años y menores de veintiún años que carezcan de la titulación requerida para realizar un contrato en prácticas. Pero, como novedad, frente a la inexistencia de límite alguno en la regulación anterior, se ha fijado en 24 años la edad máxima para poder celebrar esta modalidad contractual con desempleados que se incorporen como alumnos/trabajadores a los programas de escuelas taller y casas de oficio. Ahora bien, este límite no será de aplicación cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de talleres de empleo⁶⁴ o se trate de personas con discapacidad.

Ante el silencio guardado por la ley, acerca de la posibilidad de que por medio de los convenios colectivos quepa la posibilidad de modificar estos límites, debe estimarse que nos encontramos ante una norma imperativa absoluta que no admite modificación alguna⁶⁵.

32. Por su parte, entre los colectivos excluidos del ámbito de aplicación se encuentran los trabajadores extranjeros, los trabajadores en situación de exclusión social y los trabajadores que lleven más de tres años sin actividad laboral.

33. Pese a todo, con carácter transitorio, los contratos de trabajo para la formación celebrados con anterioridad al 15 de junio de 2006 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2006) se regirán por la normativa

⁶³ Estos aspectos han supuesto la modificación del artículo 11.2.a del TRLET por el artículo 12.uno del Real Decreto-ley 5/2006. Esta modificación también se mantiene en la Ley 43/2006.

⁶⁴ De todos modos, conforme al Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el programa de talleres de empleo (BOE de 23 de febrero de 1999, núm. 46), los alumnos-trabajadores en los programas de talleres de empleo no se encuentran sujetos a ningún umbral máximo de edad, pero sí a un tope mínimo, al exigirse veinticinco o más años (artículo 2).

⁶⁵ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A. V. «Limitaciones a la contratación temporal». In VV. AA. *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio* (SEMPERE NAVARRO, A. V., Dir.). Pamplona: Aranzadi, monografías Punto de Actualidad, 2006, p. 87.

legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron (Disposición Transitoria primera de la Ley 43/2006).

34. Como puede apreciarse, la reforma del contrato para la formación resulta muy puntual, y se puede considerar incluso como una contrarreforma respecto a la de 2001. En efecto, tras el Real Decreto-ley 5/2006 parecía haberse perdido nuevamente una gran ocasión para regular en su integridad los contratos formativos y deslindarlos de la figura pre-laboral del becario, con el objetivo de restringir el espacio demasiado amplio que ocupan en la actualidad las zonas grises del Derecho del Trabajo. Sin embargo, el legislador, consciente de la importancia de esta materia, ha reaccionado en la Ley 43/2006, mostrando la voluntad de abordar esta cuestión. En concreto, en la Disposición Adicional décima de la Ley 43/2006, relativa al «empleo de jóvenes», se establece lo siguiente:

«Con el fin de facilitar el empleo de los trabajadores y trabajadores jóvenes, el Gobierno, en el plazo de nueve meses y previo acuerdo con los agentes sociales, presentará medidas encaminadas a regular formas de contratación que optimicen su transición al mercado de trabajo».

Ciertamente, en la actual sociedad, la especialización y la tecnificación en cada uno de los sectores de la productividad atribuyen a la formación una importancia sin precedentes, con lo que resulta necesario una regulación acorde a los nuevos tiempos, que sepa diferenciar las distintas fases y espacios de la formación, y que sirva para cerrar las puertas a la precariedad y a la inestabilidad derivada de su utilización desviada y abusiva entre los jóvenes. En suma, o se apuesta por la formación con calidad y garantías suficientes o la formación no es tal; o se asume la formación como medio para desarrollar la dignidad de las personas o lo único que se consigue es desfigurarlas.

3.3. *La limitación a la concatenación de contratos temporales*

35. Teniendo en cuenta que uno de los mayores males que afecta al mercado de trabajo español es la excesiva utilización de la contratación temporal, la medida que más eco ha tenido en la sociedad, de todas las adoptadas primero en el Real Decreto-ley 5/2006 y después en la Ley 43/2006, ha sido la consistente en limitar la posibilidad de concatenar varios contratos temporales⁶⁶. Claramente, con ello se pretende reducir la temporalidad. El

⁶⁶ Tal y como señala GORELLI HERNÁNDEZ, «el hecho de que se realicen un número tan elevado de contratos temporales... año tras año, evidencia que no hay una verdadera creación de puestos de trabajo, sino que los trabajadores son contratados y vueltos a contratar, para ocupar los mismos puestos de trabajo. Es decir hay una rotación sobre los mismos puestos de trabajo». Es más, este autor concluye afirmando dos datos: por un lado, «se han

fin de esta medida, en sí, parece saludable, pero habrá que analizar los medios con los que se cuenta para alcanzarlo. Solamente así se podrá valorar el verdadero alcance de la medida adoptada.

36. La verdad es que hasta ahora ha reinado la incertidumbre en esta materia. En principio, se admitía que un empresario celebrase varios contratos temporales sucesivos en el tiempo, con un mismo trabajador –concatenación o encadenamiento de contratos temporales–, o con distintos trabajadores pero para un mismo puesto de trabajo –rotación sobre un mismo puesto de trabajo–. La admisión de estos supuestos requería únicamente la concurrencia en cada supuesto de hecho de la justa causa correspondiente a los contratos temporales celebrados. El problema residía en la dificultad para identificar la justa causa en cada uno de los contratos de trabajo temporales celebrados⁶⁷. Asimismo, con motivo de la abusiva utilización de la contratación temporal se ampliaban las posibilidades de discordancia entre los contratos celebrados y la realidad de los hechos, encubriendo con frecuencia graves supuestos de fraude de ley.

Íntimamente relacionado con todo ello, el TRLET, en su artículo 15.3, define como fraude de ley la contratación temporal fuera de los supuestos establecidos, y si dicho fraude acaece, es decir, si se prueba su existencia, establece la consecuencia jurídica: conversión del contrato temporal en indefinido⁶⁸.

creado unos hábitos entre los empresarios que estiman absolutamente normal la contratación temporal, la rotación continua de diversos trabajadores sobre el mismo puesto de trabajo, el encadenamiento sucesivo de contratos temporales». Por otro lado, «la inestabilidad o precariedad de los trabajadores implica una dualización del mercado de trabajo, condiciones de trabajo diferenciadas (de escasa calidad para los temporales), altas cotas de siniestralidad laboral, nula creación de empleo, etc.» (GORELLI HERNÁNDEZ, J. «La reforma laboral 2006 y la contratación temporal: la lucha contra el abuso en la contratación temporal. Un análisis de urgencia». In AL, 2006, núm. 17, pp. 2037-2038.

⁶⁷ Sobre estos problemas, véase BALLESTER PASTOR, M. A. «La jurisprudencia del TS en torno a la concatenación contractual: declaraciones de principios y quiebras en un contexto de precariedad laboral». In AS, 2000, vol. v, Estudios e Índices, pp. 668-689. En torno a la evolución en España del principio de causalidad en los contratos temporales puede consultarse AGUILERA IZQUIERDO, R. «El principio de “causalidad” en la contratación temporal». In RMTAS, 2001, núm. 33, pp. 98-122.

⁶⁸ Ante el tenor del artículo 15.3 del TRLET («se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley»), hay que entender, con ALONSO OLEA y BARREIRO GONZÁLEZ, que nos encontramos ante una presunción *iuris et de iure*, puesto que lo que «el precepto nos está queriendo decir es que no nos hallamos ante una presunción, sino en definitiva ante lo que la ley considera *per se* un fraude, a saber, la celebración de contratos temporales fuera de los casos listados, y ante su reacción contra el mismo al reputarlo celebrado por tiempo indefinido» (ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, Comentarios, Jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 1995, 4.ª edición, p. 96).

Sin embargo, los problemas se planteaban en la práctica, a la hora de determinar bajo qué circunstancias la sucesión encadenada de contratos temporales constituía un fraude de ley.

Como no podía ser de otra manera, fue la jurisprudencia la que se encargó de fijar los criterios para determinar la falta de causa justa en los correspondientes contratos temporales y, por tanto, la existencia de fraude de ley. Estos criterios dieron lugar a la doctrina jurisprudencial de las interrupciones de veinte días en la cadena de contratos temporales, conforme a la cual en los supuestos de encadenamiento de contratos temporales en los que no existía solución de continuidad entre contratos sucesivos, así como en los que mediasen intervalos de tiempo de inactividad de escasa duración entre contratos, había que entender que detrás de la pluralidad de contratos formalizados subyacía una única relación laboral de carácter indefinido⁶⁹. En ese sentido, la STS, en unificación de doctrina, de 15 de febrero de 2000⁷⁰, indicó que «tal solución de continuidad no se produce en la sucesión de contratos temporales cuando entre uno y otro contrato media una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido [que es de 20 días hábiles]» (Fundamento de Derecho segundo)⁷¹.

37. Con todo, no se abordaba el problema de raíz. Puesto que era la propia permisibilidad del encadenamiento de contratos temporales, sin límites de duración, la que originaba las dudas sobre la justa causa en la contratación o sobre la existencia de fraude, debía limitarse en el tiempo la concatenación de contratos. Esta medida supondría, igualmente, la reducción de la temporalidad.

Ya no se trataría solamente de luchar contra el fraude de ley, sino que, en una fase previa, se pretendería luchar contra la utilización abusiva del encadenamiento contractual, incluso cuando todos los contratos temporales encadenados resultasen lícitos. Lógicamente, en el supuesto de ilicitud de alguno de los contratos entraría directamente en juego el mecanismo del fraude de ley contemplado en el artículo 15.3 del TRLET.

⁶⁹ VV. AA. *Manual de Derecho del Trabajo* (MOLERO MANGLANO, C., Dir.). Madrid: Civitas, 2004, 4.ª edición, p. 177.

⁷⁰ Ar. 2040.

⁷¹ Véase VALDÉS ALONSO, A. «Sucesión de contratos temporales realizados en fraude de ley y determinación del período computable a efectos de la fijación de la indemnización por despido improcedente. Sobre el supuesto carácter presuntivo del artículo 15.3 ET (Comentario a la STS 4.ª de 16 de abril de 1999)». In RL, 1999, vol. II, pp. 821-826. Un buen resumen de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo que respecta al fraude de ley en el encadenamiento de contrataciones temporales en PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y VALDÉS DAL-RE, F. *La reforma laboral 2006*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 54-56.

38. Precisamente a estas ideas respondió la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada⁷².

Como puede intuirse, esta Directiva tiene su punto de partida en el diálogo social europeo, conforme al cual, las partes contratantes habían manifestado «su deseo de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando la aplicación del principio de no discriminación, y su voluntad de establecer un marco para impedir abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo» (Considerando 14 de la Directiva 1999/70/CE).

Estos objetivos se recogieron en la cláusula 1 del Acuerdo marco sobre trabajo con contrato de duración determinada celebrado el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES), y que, posteriormente, aplica la Directiva 1999/70/CE, tras introducirla en su anexo. De cara a la aplicación de dicho acuerdo, en principio, la Directiva fijó a los Estados miembros la fecha de 10 de julio de 2001, a más tardar, para que pudiesen en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias (artículo 2).

En concreto, las medidas que debían tener en cuenta los Estados miembros para evitar la utilización abusiva del encadenamiento de contratos temporales se establecieron en la cláusula 5 del Acuerdo.

Así, los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, y teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, debían introducir una o varias de las siguientes medidas, si no contaban con medidas legales equivalentes para prevenir los abusos: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

Igualmente, los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resultase necesario, debían determinar en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada se consideran sucesivos, y cuándo se consideraran celebrados por tiempo indefinido.

39. En España, la transposición de esta regulación se llevó a cabo mediante la reforma de 2001, incorporando el apartado 5 al artículo 15 del TRLET, según el cual los convenios colectivos podían establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal.

⁷² DOUE de 10 de julio de 1999, núm. L 175.

Esta disposición merece la calificación de vaga en todos los sentidos, puesto que, además de no apostar por ninguna de las medidas propuestas por la Directiva 1999/70/CE, dejaba en manos de la negociación colectiva una cuestión de máximo interés para luchar contra la temporalidad. Una decisión incomprensible cuando la reforma perseguía supuestamente el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

40. Finalmente, han sido el Real Decreto-ley 5/2006 y la Ley 43/2006 las normas que, tras modificar el apartado 5 del artículo 15 del TRLET, han transpuesto adecuadamente la Directiva 1999/70/CE, al apostar decididamente por una de las medidas propuestas en ella, a saber, la concreción de la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones de duración determinada. Por tanto, es justo reconocer el avance social que esta medida puede suponer, en aras de la estabilidad en el empleo y a su calidad, pero también es preciso analizar los principales aspectos de la nueva medida, puesto que de su elaboración e interpretación depende el éxito de la apuesta realizada.

41. En realidad, en la nueva regulación se diferencian dos instituciones: la concatenación o encadenamiento de contratos temporales y la rotación sobre un mismo puesto de trabajo. Pero el esfuerzo normativo ha recaído sobre la primera de las instituciones. Además, conviene tener presente que, sin justificación alguna, el legislador ha excluido expresamente del ámbito de aplicación de estas dos instituciones a los contratos formativos, de relevo e interinidad (párrafo tercero del nuevo apartado 5 del artículo 15 del TRLET).

En relación con el fenómeno de la rotación sobre un mismo puesto de trabajo, como única novedad, supuestamente se ha reforzado la antigua posibilidad de establecer requisitos en los convenios colectivos para prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal. A tal efecto, se establece lo siguiente:

«Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal» (párrafo segundo del nuevo apartado 5 del artículo 15 del TRLET).

De ello puede extraerse que en la actualidad existe una obligación, un imperativo de negociar dichos requisitos. Lo que sucede es que no se ha aprovechado la ocasión para introducir esta cuestión dentro del contenido mínimo que han de tener los convenios colectivos según el artículo 85.3 del

TRLET. Así pues, hubiese resultado coherente la modificación de dicho precepto en ese sentido⁷³.

Por otra parte, al remitirse esta materia a la negociación colectiva, nada debería impedir la posibilidad de computar, a los efectos de esta institución, también los contratos formativos, de relevo e interinidad, pese haber sido excluidos en este ámbito por el legislador. Con lo que cabría la posibilidad de ir más allá de lo realmente querido por el legislador⁷⁴.

Lo que sucede es que el legislador no da ninguna pista acerca de los requisitos que pueden establecerse en la negociación, con lo que se exige el esfuerzo imaginativo de las partes negociadoras⁷⁵. El mandato que tenía que establecer tales requisitos debería haber sido más amplio y más intenso.

42. En lo que respecta a la regulación de la concatenación o encadenamiento de contratos temporales, donde se introducen las novedades más relevantes, el legislador, en primer lugar, parece que quiere dejar claro que con esta medida no se altera lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 15 del TRLET —«sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3...»—.

Muy al contrario, la nueva medida viene a complementar las establecidas por dichos apartados, con lo que en el futuro deberá realizarse una interpretación teleológica y de conjunto de todos estos preceptos. Efectivamente, el objetivo del nuevo apartado 5 del artículo 15 del TRLET no es sancionar ciertos incumplimientos o el fraude de ley, pues a ese fin responden los apartados 2 y 3; el nuevo apartado 5 se dirige a prevenir el uso abusivo de la sucesión de contratos temporales que venía realizándose con la anterior normativa, y que resultaba propicia para aumentar los incumplimientos y los supuestos de fraude de ley.

Una vez realizada esa matización, se introduce la medida concreta para limitar la concatenación o encadenamiento de contratos temporales, según la cual...

«... los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada,

⁷³ Vid. LAHERA FORTEZA, J. «Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales». In VV. AA. *La Reforma Laboral de 2006. Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio* (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2006, pp. 67-69.

⁷⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. «Limitaciones a la contratación temporal». In VV. AA. *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio* (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.). Pamplona: Aranzadi, monografías Punto de Actualidad, 2006, p. 121.

⁷⁵ Así lo entiende TASCÓN LÓPEZ, quien aporta, además, posibles soluciones (TASCÓN LÓPEZ, R. *ob. cit.*, pp. 96-98).

adquirirán la condición de trabajadores fijos» (párrafo primero del nuevo apartado 5 del artículo 15 del TRLET)⁷⁶.

La multitud de requisitos que contiene esta medida hace imprescindible el tratamiento de cada uno de ellos. Es más, a la luz de dicho tratamiento podrá valorarse el verdadero alcance de esta medida.

43. En primer lugar, es necesario que se produzca un encadenamiento de «dos o más contratos temporales».

A efectos transitorios, conforme a la Disposición Transitoria segunda de la Ley 43/2006, la medida para limitar la concatenación o encadenamiento de contratos temporales será de aplicación a los trabajadores que suscriban tales contratos a partir del 15 de junio de 2006 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2006), pero también hay que tener en cuenta que para computar los contratos encadenados se considerará primer contrato el suscrito por el trabajador con anterioridad al 15 de junio de 2006 y que siga vigente tras esa fecha.

A través de este requisito es cierto que se avanza en la consecución de la estabilidad en el empleo. También es cierto que se limita el abuso en la contratación temporal sucesiva, y que gracias a ello disminuye la posibilidad de incumplimientos y de fraude de ley que conducen a la precariedad laboral. Ello no obstante, al quedar fuera del supuesto de hecho la celebración de una sola contratación, los abusos se cometerán en forma de contratos temporales de larga duración, y más concretamente en los contratos de obra o servicio determinado. Especial atención merece el sector de la construcción, en el que a través de figuras como la del fijo de obra seguirá siendo posible celebrar un único contrato de obra con un trabajador aunque, en realidad, éste realice sucesivamente distintas obras, sin necesidad de celebrar nuevos contratos⁷⁷. La situación se agrava cuando los contratos de obra o servicio se encar-

⁷⁶ El Real Decreto-ley 5/2006 y la Ley 43/2006, tras modificar el contenido de la Disposición Adicional 15 del TRLET, lo extienden también al ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, «sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trata a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable» (artículo 12.Trece).

⁷⁷ Al respecto, véase SEMPERE NAVARRO, A.V. «Contratación como fijo de obra para varias edificaciones indeterminadas. Comentario a la STS de 30 de junio de 2005». In *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, 2005, vol. VII, Estudios, núm. 46, pp. 21737-21747. Para el estudio detallado del contrato fijo de obra pueden consultarse VV. AA. *La negociación colectiva en el sector de la construcción*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, pp. 101-106. Igualmente, resulta muy interesante desde el punto de vista del análisis normativo y jurisprudencial de esta figura contractual MOLTÓ GARCÍA, J. I. *Relaciones laborales en el sector de la construcción. El convenio general del sector*. Valencia: CISSPRAXIS, 2000, pp. 92-103.

dinan en las relaciones derivadas de contrataciones y subcontratas. Como botón de muestra, cuando, en los supuestos de sucesión de contrataciones, el contratista utiliza los mismos trabajadores para llevar a cabo una serie de obras o servicios distintos para el mismo empresario principal o comitente, la jurisprudencia de unificación ha considerado que no tiene por qué existir una pluralidad de contratos de obra o servicio, sino que cabe una novación contractual que extienda sus efectos a las nuevas contrataciones⁷⁸. Por lo tanto, de mantenerse esta jurisprudencia, resultará inaplicable el artículo 15.5 del TRLET. Paradójicamente, lo que antes parecía defenderse en nombre de la estabilidad en el empleo, ahora se torna en contra de las medidas establecidas para impedir la temporalidad⁷⁹. Por último, lo más preocupante es que no parezca que el legislador tenga la intención de abordar estas cuestiones. Así lo demuestra la reciente Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción⁸⁰, al señalar esto:

«... la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación» (Disposición Adicional tercera. Negociación colectiva y calidad en el empleo).

En resumen, aunque de manera imprecisa y ambigua, en el sector de la construcción se da continuidad a aquellas figuras y prácticas que, como se ha observado, quedan fuera del supuesto de hecho del artículo 15.5 del TRLET.

44. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que computa cualquier modalidad de contrato temporal, excepto los contratos formativos, de relevo e interinidad. Además, el empresario que opta por la contratación temporal, podrá llevarla a cabo «directamente» o a través de la puesta a disposición de los correspondientes trabajadores por las empresas de trabajo temporal. Estas cuestiones plantean una serie de dudas.

Respecto a la exclusión del cómputo de los contratos formativos, de relevo e interinidad, surge la duda en los casos en que dentro del encadenamiento de diversos contratos temporales se intercale alguno de esos contratos exceptuados. Ciertamente, las soluciones son dos⁸¹: o se entiende que los

⁷⁸ Se refiere a esta posibilidad, entre otras, la STS, en unificación de doctrina, de 22 de octubre de 2003 (Ar. 8390), en su quinto Fundamento de Derecho.

⁷⁹ Véase SEMPERE NAVARRO, A.V. «Limitaciones a la contratación temporal». In VV. AA. *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio* (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.). Pamplona: Aranzadi, monografías Punto de Actualidad, 2006, pp. 109-110.

⁸⁰ BOE de 19 de octubre de 2006, núm. 250.

⁸¹ Sobre esta misma duda se pronuncia GORELLI HERNÁNDEZ, J. «La reforma laboral 2006 y la contratación temporal: la lucha contra el abuso en la contratación temporal. Un análisis de urgencia». In AL, 2006, núm. 17, p. 2046.

contratos exceptuados interrumpen el cómputo y, en consecuencia, dan lugar al inicio de otro plazo distinto; o se entiende que los contratos exceptuados suspenden el cómputo y, por ende, suponen una especie de «tiempo muerto», que no impide, una vez finalizado éste, «mantener vivo» el plazo iniciado con anterioridad. Desde el punto de vista teleológico de la norma, a saber, la eliminación de la precariedad laboral y, para conseguir dicho fin, la limitación a la concatenación abusiva y desproporcionada de la contratación temporal, parece razonable optar por la segunda de las soluciones.

En cuanto a las posibilidades del empresario de contratar temporalmente de manera indirecta, a través de una empresa de trabajo temporal, hay que estar al sentido literal de la redacción del precepto, para concluir que la consecuencia del precepto, a saber, la conversión a fijo del trabajador temporal, operará siempre en la empresa usuaria. Análogamente, puede traerse a colación lo establecido por el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (LETT)⁸². Así, conforme a ese precepto...

«Si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido».

Por su parte, la toma en consideración, a efectos del artículo 15.5 del TRLET, de la contratación indirecta a través de empresas de trabajo temporal ha supuesto la derogación tácita del segundo inciso del artículo 8.c de la LETT (artículo 13 del Real Decreto-ley 5/2006 y de la Ley 43/2006). Conviene recordar que, conforme a dicho precepto, se impedía a las empresas recurrir a la contratación indirecta cuando en los dieciocho meses anteriores a dicha contratación los puestos de trabajo en cuestión hubieran estado cubiertos durante un período de tiempo superior a doce meses, de forma continua o discontinua, por trabajadores puestos a disposición por empresas de trabajo temporal.

La derogación de este inciso debe calificarse de errónea, pues aunque el artículo 15.5 del TRLET resulte más favorable para los trabajadores en el supuesto de la concatenación, se deja de frenar la rotación de trabajadores en misión en un mismo puesto. Por ello, debe estimarse que «no era inevitable la supresión del precepto»⁸³.

45. En tercer lugar, la duración del período en el que los trabajadores deben prestar sus servicios para el mismo empresario mediante el encadenamiento de dos o más contratos temporales debe ser «superior a veinticuatro meses», dentro de «un período de treinta meses».

⁸² BOE de 2 de junio de 1994, núm. 131.

⁸³ LAHERA FORTEZA, J. *ob. cit.*, p. 55.

La primera duda que plantea este requisito se relaciona con los efectos transitorios regulados en la propia Ley 43/2006 para con los contratos temporales suscritos con anterioridad al 15 de junio de 2006 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2006) pero que siguen vigentes tras esa fecha.

Del segundo párrafo de la Disposición Transitoria segunda de la Ley 43/2006 se deduce claramente que estos contratos se tendrán en cuenta a los efectos del cómputo del número de contratos concatenados. En suma, estos contratos deberán computarse como los primeros en la cadena, y no parece que haya nada que objetar a esta disposición, pues dichos contratos siguen vigentes con la nueva normativa.

Sin embargo, la duda que oscurece dicha claridad se cierne sobre el mutismo del legislador, en relación con la toma en consideración o no de la duración del contrato celebrado con anterioridad al 15 de junio de 2006, y que sigue vigente tras esa fecha, a efectos de sumar los veinticuatro meses dentro del plazo de treinta.

Por ende, la duda consiste en determinar si la duración de dicho contrato debe tenerse en cuenta desde el momento de su celebración o solamente desde el 15 de junio de 2006.

La respuesta a esta duda pasa por la interpretación del primer párrafo de la Disposición Transitoria segunda de la Ley 43/2006, según la cual los efectos del artículo 15.5 del TRLET deben proyectarse únicamente en los trabajadores que suscriban contratos temporales a partir del 15 de junio de 2006.

Tal y como puede apreciarse, son dos los elementos clave para la efectividad de los efectos del artículo 15.5 del TRLET: en primer lugar, la toma en consideración de la fecha de 15 de junio de 2006 y, en segundo lugar, la celebración de contratos temporales con posterioridad a dicha fecha.

Lo que sucede es que, en los casos en los que con anterioridad al 15 de junio de 2006 el trabajador cuente ya con un contrato de trabajo temporal, el tiempo que transcurre desde el 15 de junio de 2006 hasta la extinción de ese contrato se equipara a la duración de un contrato celebrado con posterioridad al 15 de junio de 2006. Además, este planteamiento encaja a la perfección con la idea según la cual el contrato celebrado con anterioridad al 15 de junio de 2006 debe computar como el primero en la cadena, cuando dicho contrato siga vigente tras dicha fecha.

De acuerdo con estos planteamientos, cabe señalar, igualmente, que los efectos del artículo 15.5 son a futuro, a partir del 15 de junio de 2006, por lo que no cabe hablar de retroactividad. Además, tampoco debe olvidarse que la legislación laboral y de Seguridad Social, ciertamente, no acoge la regla de la retroactividad. Con frecuencia se habla de retroactividad de grado mínimo o *in mitius*, cuando la nueva ley sólo se aplica a los efectos que tengan lugar tras su entrada en vigor, a pesar de que traigan su origen en una relación jurídica nacida al amparo de la ley derogada, pero tampoco en esos

casos existe verdadera retroactividad, porque la nueva ley se aplica a los efectos futuros⁸⁴.

En consecuencia, para computar los veinticuatro meses en un plazo de treinta, solamente deberá tenerse en cuenta, respecto al contrato celebrado con anterioridad al 15 de junio de 2006, el tiempo transcurrido a partir de esa fecha.

Por otro lado, también parece criticable que se establezca el criterio del doble período, puesto que con ello puede quedar sin aplicación el artículo 15.5 del TRLET tan sólo con evitar la superación de los veinticuatro meses. Así, no se producirá la conversión en fijo en aquellos supuestos en los que se concatenen contratos de menor o igual duración a los veinticuatro meses. Por ese motivo, hubiera sido preferible apostar por una fórmula mixta, conforme a la cual se tuviesen en cuenta dos de las tres opciones señaladas por la Directiva 1999/70/CE: el hecho de que un empresario celebre sucesivamente un número determinado de contratos temporales con un mismo trabajador y la regulación de un determinado tope de duración⁸⁵.

En cambio, el cómputo de los treinta meses no parece que pueda crear problemas, puesto que, a pesar del silencio normativo, debe entenderse, conforme al artículo 5 del Código Civil, de carácter general subsidiario, que los treinta meses han de ser consecutivos, de fecha a fecha, sin posibilidad de suspensión e interrupción⁸⁶.

46. En cuarto lugar, la posibilidad de que los veinticuatro meses se computen «con o sin solución de continuidad», echa por tierra la doctrina jurisprudencial de las interrupciones de veinte días en la cadena de contratos temporales (*supra* 3.3, 36).

47. En quinto lugar, el hecho de que la contratación debe ser «para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa» supone un margen demasiado amplio para «burlar» la operatividad del artículo 15.5 del TRLET.

⁸⁴ Véase RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. «Retroactividad». In *Diccionario Jurídico Laboral* (OJEDA AVILES, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Coord.). Granada: Comares, 1999, pp. 592-593. Igualmente, consúltese VILLAR PALASI, J. L. y SUÑE LLINAS, E. «Artículo 9. El Estado de Derecho y la Constitución». In *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, tomo I, Preámbulo y artículos 1 a 9, pp. 563-566. Refiriéndose, básicamente, a la Seguridad Social, véase VV. AA. *Curso de Derecho del Trabajo* (RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., Dir.). Valencia: Tirant lo Blach, 2006, edición 15.ª, pp. 48-49.

⁸⁵ Defendiendo esta postura, *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J. «La reforma laboral 2006 y la contratación temporal: la lucha contra el abuso en la contratación temporal. Un análisis de urgencia». In AL, 2006, núm. 17, p. 2043.

⁸⁶ Véase CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., Dir.). Artículo 5, tomo I, vol. I, artículos 1 a 7 del Código Civil. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1992, pp. 623-658.

Tal es así, que la estricta y rígida referencia al «puesto de trabajo» posibilita la contratación del mismo trabajador, con una mera modificación funcional, dentro del mismo grupo profesional o entre categorías profesionales equivalentes. Increíblemente, en este supuesto, el legislador no ha tenido en cuenta la actual organización de la empresa.

El requisito según el cual el contrato debe celebrarse «con la misma empresa» también dará lugar a muchos problemas de interpretación, porque el legislador se aleja de la realidad imperante de la descentralización productiva, en la que el trabajador presta sus servicios para diversas empresas.

Especialmente, de nuevo se echa en falta una regulación que aborde con garantías el fenómeno de los grupos de empresas, por lo que en los supuestos en los que sea posible habrá que seguir aplicando la jurisprudencia del «levantamiento del velo de la personalidad jurídica».

Por el contrario, en los casos de sucesión de empresa, conforme al artículo 44 del TRLET, el nuevo empresario quedaría subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior, y, por tanto, los trabajadores tendrían derecho a continuar el cómputo de sus contratos temporales celebrados con el anterior empresario. Partiendo de dicha afirmación, más difícil resultará, sin duda, dilucidar los supuestos de sucesión de contratados de obras y servicios⁸⁷, para determinar en qué empresa adquiere el trabajador el carácter de fijo.

48. En sexto lugar, en torno a la consecuencia del supuesto de hecho contemplado en el artículo 15.5 del TRLET, según la cual los trabajadores «adquirirán la condición de trabajadores fijos», el problema reside en la no especificación de la naturaleza de dicha fijeza.

La solución puede consistir en acudir analógicamente a alguna de las dos opciones que contempla el TRLET para supuestos similares⁸⁸. Por un lado, considerar la relación jurídica laboral indefinida y a tiempo completo, tal y como se determina, por ejemplo, en el artículo 8.2. Por otro lado, entender que los derechos y obligaciones del trabajador que ha adquirido la condición de fijo serán los que «correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo» tal y como se establece en el artículo 43.4 del TRLET, en los casos de cesión ilegal en los que el trabajador afectado decide adquirir la condición de fijo en la cesionaria. Con todo, teniendo en cuenta la gran variedad de sectores productivos, así como sus especificidades, parece más razonable apostar por la segunda opción.

⁸⁷ Al respecto véase PEDRAJAS MORENO, P. y SALA FRANCO, T. *Contratas y empresas de trabajo temporal: responsabilidades*. Valencia: Tirant lo Blach, 2006, pp. 59-82.

⁸⁸ TASCÓN LÓPEZ, R. *ob. cit.*, pp. 92-93.

3.4. *Medidas adoptadas para mejorar la transparencia en la subcontratación de obras y servicios y su delimitación respecto de la cesión ilegal de trabajadores*

49. En este ámbito, pese a su importancia, las novedades no son muy relevantes. Como se observará, no se han abordado cuestiones de máximo interés que seguirán creando problemas de interpretación. En consecuencia, la reforma supone un nuevo «parcheo», cuando en realidad se requiere una regulación acorde a la realidad.

50. Así, en materia de contrata y subcontratas, la reforma se ha limitado a regular una serie de derechos de información, representación y reunión de los representantes de los trabajadores. Por el contrario, no se ha avanzado en los dos aspectos que, a priori, tal y como se deduce del Documento para la mesa de diálogo social sobre mercado de trabajo, de 18 de octubre de 2005, tenían más urgencia para salvaguardar los derechos de los trabajadores: la definición de los conceptos del artículo 42 del TRLET (empresario principal, empresario contratista, empresario subcontratista, contrato de obras y servicios, propia actividad)⁸⁹ y la reelaboración de la teoría de las responsabilidades empresariales en esta materia.

51. De este modo, permanece incólume el contenido del artículo 42 del TRLET, en lo que respecta a la delimitación del supuesto de hecho y a las obligaciones y responsabilidades básicas de los empresarios. Las novedades se circunscriben al ámbito colectivo, pues se reconocen nuevos derechos de información, representación y reunión a los representantes legales de los trabajadores, en aquellos casos en que los trabajadores de la empresa principal, de la contratista o subcontratista desarrollan su actividad de forma continuada⁹⁰ en un mismo centro de trabajo⁹¹. En concreto, son tres las medidas que se han adoptado.

⁸⁹ En cambio, la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción sí ha procedido a la definición, a efectos de su ámbito de aplicación, de los conceptos de obra de construcción u obra, promotor, dirección facultativa, coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, contratista o empresario principal, subcontratista, trabajador autónomo, subcontratación y nivel de subcontratación (artículo 3).

⁹⁰ La expresión «continuada» resulta demasiado inespecífica, por lo que no es de extrañar que surjan problemas interpretativos sobre su verdadero alcance. Sería conveniente entender dicha expresión como ininterrumpida, con el objetivo de dar cabida a las contrata y subcontratas de breve duración.

⁹¹ Resulta conveniente, de cara a la efectividad de la norma, entender en sentido amplio el concepto «centro de trabajo», y no identificarlo con el artículo 1.5 del TRLET. Así, conforme a una interpretación amplia, se supera la idea de un espacio físico determinado.

52. En primer lugar, con el objeto de facilitar la coordinación de la acción de los representantes de los trabajadores afectados por el régimen de contratación y subcontratación, el empresario principal deberá disponer de un libro registro en el que se refleje, respecto a todas las empresas implicadas en el proceso de contratación y subcontratación, la misma información que dicho empresario debe suministrar a los representantes legales de sus trabajadores en casos de contrata y subcontratas. Además, el libro registro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores de todas las empresas implicadas en la cadena de contrata y subcontratas⁹² (esta medida ha supuesto la incorporación de un último párrafo en el apartado 4 del artículo 42 del TRLET).

Consecuentemente con esta medida, el artículo 14 del Real Decreto-ley 5/2006 y de la Ley 43/2006 ha añadido un nuevo apartado 12 al artículo 7 del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto⁹³, con el fin de considerar infracción grave la no disposición por parte de las empresas principales del libro registro de las empresas contratista o subcontratistas a que se refiere el artículo 42.4 del TRLET, cuando ello comporte la ausencia de información a los representantes legales de los trabajadores.

53. En segundo lugar, con la finalidad de proteger con más garantías los derechos e intereses de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, se reconoce a éstos el derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral. No obstante, para ejercitar este derecho es necesario que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas carezcan de representación legal⁹⁴. Igualmente, se matiza que dichos trabajadores no podrán plantear reclamaciones referidas a la empresa de la que dependen ante los representantes legales de la empresa principal (esta medida ha supuesto la incorporación de un nuevo apartado 7 al artículo 42 del TRLET).

Ahora bien, el hecho de que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas sólo puedan formular ante los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relacionadas con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, además de limitado parece incon-

⁹² Al respecto, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. «Los fenómenos interempresariales y el nuevo Libro registro tras el Real Decreto-ley 5/2006: un esquema». In AS, 2006, núm. 7-8, pp. 14-19.

⁹³ BOE de 8 de agosto de 2000, núm. 189.

⁹⁴ Sobre esta particular situación véase ÁLVAREZ CUESTA, H. «Subcontratación de obras y servicios». In *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006* (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir. y Coord.). Murcia: Ediciones Laborum, 2006, pp. 135-141.

gruente. La regulación resulta limitada porque quedan fuera de la posibilidad de consulta aspectos tan importantes como los relativos a la seguridad e higiene en el trabajo. Por su parte, la incongruencia deriva del hecho de que, en realidad, la empresa principal debería preocuparse por la seguridad e higiene en el trabajo, y no por las condiciones de su ejecución, pues las facultades de organización y dirección de los servicios laborales corresponden a la empresa contratista o subcontratista. En definitiva, con la regulación de esta medida se introduce en el ámbito de las contratistas y subcontratistas un indicio de cesión ilegal, y con ello difícilmente pueden delimitarse, tal y como se propone la reforma, las contratistas y subcontratistas respecto a las cesiones ilegales de trabajadores⁹⁵.

54. En tercer lugar, también con el fin de facilitar la coordinación entre los representantes de los trabajadores de la empresa principal y los de las empresas contratistas y subcontratistas, en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, se reconoce el derecho a reunión conjunta de todos los representantes legales implicados en el proceso de contratación y subcontratación. En relación con ese derecho, se reconoce a dichos representantes, igualmente, el uso de los locales que los representantes unitarios de la empresa principal utilizan para desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores. Ahora bien, el uso de dichos locales deberá realizarse en los términos acordados con la empresa principal (esta medida ha supuesto la incorporación de un nuevo apartado 7 al artículo 42 del TRLET, así como la modificación del artículo 81 del TRLET).

Nuevamente, es criticable que se relacione a la empresa principal con cuestiones relativas a la organización y dirección de los servicios laborales prestados por los trabajadores pertenecientes a contratistas y subcontratistas.

55. Con la finalidad de deslindar las contratistas y subcontratistas de la cesión ilegal de los trabajadores, es cierto que la reforma ha apostado por dar una definición de cesión ilegal. De este modo, se satisface la reclamación que al respecto venía realizando la doctrina⁹⁶. Pero, en realidad, la reforma se ha limitado a recoger los principales indicios de necesaria presencia que ha elaborado la jurisprudencia para poder constatar la existencia de una contrata o de una cesión ilegal. Ciertamente, tales indicios constituyen criterios de valoración de la realidad totalmente válidos, pero no puede entenderse que la definición de cesión ilegal se centre únicamente en ellos. Muy al contrario, la causística existente, al respecto, evidencia que se trata de una definición ejemplarizante y, por tanto, *númerus apertus*. De forma y manera que la jurisprudencia continuará

⁹⁵ PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y VALDÉS DAL-RE, F. *La reforma laboral 2006*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 27.

⁹⁶ Por todos, PEDRAJAS MORENO, P. y SALA FRANCO, T. *Contratistas y empresas de trabajo temporal: responsabilidades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 17.

elaborando interesantes indicios a tener en cuenta. Además, los indicios recogidos por la reforma requieren una aplicación ponderada, y aunque no tienen por qué concurrir acumulativamente, tampoco son excluyentes; más bien son complementarios. Igualmente, para interpretar tales indicios será imprescindible la toma en consideración de la jurisprudencia existente al respecto.

56. Así, la reforma ha supuesto la modificación del artículo 43 del TRLET. Concretamente, la definición de cesión ilegal se recoge en el apartado 2, de la siguiente manera:

«En todo caso, se entiende que se incurre en cesión ilegal de trabajadores... cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario».

4. Medidas adoptadas para mejorar la protección de los trabajadores ante la falta de empleo y para potenciar políticas activas de empleo

57. Por último, tanto el Real Decreto-ley 5/2006 como la Ley 43/2006 establecen de manera un tanto desordenada, a lo largo de su articulado, una serie de medidas con la doble intención de mejorar la protección de los trabajadores ante la falta de empleo y de potenciar políticas activas de empleo. Estas medidas afectan al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), a la protección por desempleo de colectivos específicos, y a la mejora de los servicios públicos en el mercado de trabajo. A las principales características de tales medidas nos referiremos a continuación.

4.1. Las medidas adoptadas respecto al Fondo de Garantía Salarial

58. La situación de superávit que presenta el FOGASA desde el año 2000 ha supuesto la modificación del artículo 33 del TRLET por parte del Real Decreto-ley 5/2006, y la asunción de dicha modificación por la Ley 43/2006, con la finalidad de mejorar la protección de los trabajadores dispensada por el FOGASA en caso de insolvencia empresarial⁹⁷.

⁹⁷ Véase DE LA PUEBLA PINILLA, A. y PÉREZ YÁNEZ, R. «El Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 9 de mayo de 2006, ¿una mínima reforma o una reforma de mínimos?» In RL, 2006, núm. 12, pp. 63-65. Respecto a las mejoras que supone la reforma en torno al FOGASA, CAVAS MARTÍNEZ, F. «Mejoras en la protección del FOGASA tras el Real Decreto-ley 5/2006». In AS, 2006, núm. 9, pp. 9-22.

59. La mejora de la protección se aprecia, en primer lugar, respecto a los salarios adeudados a los trabajadores en casos de insolvencia empresarial, para lo que se ha modificado el artículo 33.1 del TRLET.

Así, se ha ampliado, como primer tope, la cuantía máxima del salario que abona el FOGASA, pasándose del duplo del salario mínimo interprofesional diario al triple. Además, tras la reforma, se incluye la parte proporcional de las pagas extraordinarias en el módulo del salario mínimo interprofesional utilizado para cuantificar el límite de la responsabilidad por salarios a cargo del FOGASA.

Del mismo modo, respecto al segundo tope, se ha aumentado de 120 a 150 el número de días máximos de salario pendiente de pago a abonar por el FOGASA.

60. En segundo lugar, se mejora la protección por el FOGASA de las indemnizaciones reconocidas por despido, extinción o finalización de contratos, para lo que se ha modificado el artículo 33.2 del TRLET.

La modificación ha supuesto, en este sentido, la introducción de las siguientes novedades:

- a) El salario diario máximo, base del cálculo de la indemnización, se amplía del duplo del salario mínimo interprofesional al triple.
- b) El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el FOGASA para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 del TRLET, se calculará sobre la base de 30 días por año de servicio, frente a los 25 días anteriores, respetando el límite máximo de una anualidad.
- c) Se incluyen entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las debidas a la extinción por todas las causas objetivas previstas en el artículo 52 del TRLET. Con anterioridad a la reforma, solamente se protegían las indemnizaciones debidas como consecuencia del despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- d) Se incluyen entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las debidas por extinción del contrato de conformidad con el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁹⁸.
- e) Se incluyen entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las debidas por finalización de los contratos temporales.
- f) Se incluyen entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las debidas por conciliación judicial. Además, parece promoverse una mayor participación de los representantes del FOGASA en dichas

⁹⁸ BOE de 10 de julio de 2003, núm. 164.

conciliaciones, según se deduce del Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, de 9 de mayo de 2006. En cambio, con anterioridad a la reforma, solamente se incluía entre las indemnizaciones protegidas las reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores.

61. En tercer lugar, en el artículo 33.8 del TRLET, relativo a la protección por el FOGASA en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, se incluyen entre las indemnizaciones protegidas, las debidas a la extinción del contrato de trabajo en virtud del artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

62. Por otro lado, la situación de superávit ha supuesto, a efectos de Seguridad Social, y a partir del 1 de julio de 2006, la reducción del tipo de cotización por el FOGASA, a cargo exclusivo del empresario, del 0,40% al 0,20% (artículo 11 del Real Decreto-ley 5/2006 y de la Ley 43/2006, por el que se modifica la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006).

Ello no obstante, resulta patente la incertidumbre que rodea a esta medida, pues según la Disposición Adicional cuarta del Real Decreto-ley 5/2006 y de la Ley 43/2006...

«las modificaciones futuras del tipo de cotización y en la cuantía de las prestaciones del FOGASA estarán determinadas por la situación de su excedente financiero, que podrá utilizarse como fondo de estabilización para la financiación de las necesidades anuales del organismo, todo ello previa consulta a su Consejo Rector».

63. En último lugar, conforme a la Disposición Transitoria cuarta del Real Decreto-ley 5/2006 y de la Ley 43/2006, las prestaciones del FOGASA, que correspondan conforme a la nueva redacción del artículo 33 del TRLET, son aplicables a las solicitudes de prestaciones que se hayan presentado a partir del 15 de junio de 2006 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2006), con independencia de que la declaración de insolvencia empresarial se haya producido con anterioridad.

4.2. *La mejora de la protección por desempleo de colectivos específicos*

64. Este ámbito se caracteriza, principalmente, por el recorte llevado a cabo en el Real Decreto-ley 5/2006 y en la Ley 43/2006, en comparación con las medidas recogidas en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, de 9 de mayo de 2006.

65. En concreto, el Real Decreto-ley 5/2006 y la Ley 43/2006 no han regulado algunas medidas que sí se contenían en el mencionado acuerdo. Nos referimos a las relativas a los trabajadores del régimen agra-

rio⁹⁹, a la Renta Activa de Inserción¹⁰⁰, y a algunas relacionadas con los trabajadores fijos discontinuos¹⁰¹.

66. Por el contrario, el Real Decreto-ley 5/2006 y la Ley 43/2006 sí han contemplado el resto de las medidas incluidas en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, de 9 de mayo de 2006, en relación con la mejora de la prestación por desempleo.

En consecuencia, se han modificado algunos aspectos del TRLGSS para mejorar las situaciones de determinados colectivos. Conforme a la Disposición Final cuarta del Real Decreto-ley 5/2006, las medidas adoptadas se tendrán en cuenta a partir del 1 de julio de 2006.

67. Así, los colectivos afectados por la reforma son los tres siguientes: trabajadores desempleados mayores de 45 años sin cargas familiares; trabajadores fijos discontinuos; y socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado.

68. En lo que respecta a los trabajadores desempleados mayores de 45 años sin cargas familiares, la reforma ha supuesto que podrán valerse del subsidio por desempleo, independientemente de la duración de la prestación por desempleo contributiva que hubieran agotado previamente. Con ante-

⁹⁹ En el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, de 9 de mayo de 2006, el Gobierno se comprometía a adoptar «las normas o actuaciones que sean necesarias para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios».

¹⁰⁰ Conforme al Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, de 9 de mayo de 2006, tras la reforma debía considerarse la Renta Activa de Inserción (RAI) «como un derecho subjetivo», y también debía cotizarse a la Seguridad Social por este colectivo. A tal fin, debía aprobarse un Real Decreto de regulación de la RAI, configurándola con carácter permanente en lugar de anual, y previniéndose que la entidad gestora debería cotizar durante los once meses de duración de la RAI en las mismas condiciones que en el subsidio por desempleo, es decir, por las contingencias de asistencia sanitaria y protección a la familia.

¹⁰¹ El Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, de 9 de mayo de 2006, recogía una medida según la cual se permitiría al trabajador fijo discontinuo, que no hubiera extinguido el derecho a una prestación por desempleo anterior, optar por reanudar ese derecho o por percibir uno nuevo, siempre que acreditase nuevos períodos de ocupación cotizada de al menos 360 días, así como el cumplimiento de los requisitos exigidos.

Además, se entendía que cuando el trabajador fijo discontinuo optase por reanudar el derecho suspendido, las cotizaciones tenidas en cuenta para la prestación por la que no hubiese optado deberían computarse para el reconocimiento de un derecho posterior.

Por último, y con dudosa legalidad, se establecía que el Servicio Público de Empleo Estatal debía adoptar la instrucciones precisas al respecto. Ciertamente, se habilitaba a este organismo para dar cumplimiento a una medida que supone una excepción a lo actualmente regulado en el artículo 210.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) (BOE de 29 de junio de 1994, núm. 154).

rioridad, sin embargo, este colectivo debía agotar un derecho a prestación por desempleo de, al menos, trescientos sesenta días de duración [el artículo 15.dos del Real Decreto-ley 5/2006 y de la Ley 43/2006 ha modificado el artículo 215.1.1.b del TRLGSS].

69. Con el objetivo de aclarar las dudas surgidas en torno a los contratos fijos discontinuos y fijos periódicos¹⁰², y de igualar las condiciones en cuanto a la prestación por desempleo de los trabajadores que prestan sus servicios con uno u otro contrato, el Real Decreto-ley 5/2006 y la Ley 43/2006 establecen en su artículo 15.uno, por el que se modifica el artículo 208.1.4 del TRLGSS, que...

«... se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, en los períodos de inactividad productiva».

Con igual propósito, se recalca, en el mismo precepto, como...

«Las referencias a los fijos discontinuos del título III... [del TRLGSS] y de su normativa de desarrollo incluyen también a los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas».

70. Igualmente, el artículo 15.tres Real Decreto-ley 5/2006 y de la Ley 43/2006 ha supuesto la inclusión del colectivo de fijos discontinuos, incluidos los fijos periódicos, entre los beneficiarios del subsidio de desempleo para mayores de 45 años, al que se refiere el artículo 215.1.4 del TRLGSS. Además, respecto a este colectivo se han flexibilizado algunos de los requisitos exigidos con carácter general.

Así pues, los fijos discontinuos, y fijos periódicos, deberán cumplir los siguientes requisitos, para poder acceder al subsidio por desempleo para mayores de 45 años:

- Haber agotado un derecho a la prestación por desempleo de cualquier duración. En cambio, la norma general exige que la prestación contributiva anterior sea de al menos 720 días de duración.
- Ser mayores de 45 años en el momento de la solicitud.
- Haber cotizado como fijos discontinuos un mínimo de nueve años a lo largo de la vida laboral.

¹⁰² En la práctica, las dudas encontraban su razón de ser en la distinta regulación que de estas modalidades contractuales se realiza en el TRLET. Así, al referirse el TRLGSS únicamente a los fijos discontinuos, cabía la posibilidad de entender, literalmente, que la protección otorgada por esta norma se dirigía solamente a los sujetos con contratos de trabajo fijos discontinuos, según el artículo 15.8 del TRLET, y no a los trabajadores con contratos de trabajo fijo periódicos, según el artículo 12.3 del TRLET.

- Cumplir todos los requisitos para el subsidio por desempleo, menos el del período de espera de un mes.
- No haber generado derecho a una nueva prestación de nivel contributivo o no tener derecho al subsidio previsto para mayores de 52 años.

71. Finalmente, el artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2006 y de la Ley 43/2006 reconoce a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado el derecho a la situación legal de desempleo tras la extinción de su vínculo societario temporal con la cooperativa.

Con este reconocimiento se modifican los artículos 2, 3 y 5 del Real Decreto 1043/1985, de 19 de junio, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado¹⁰³.

En definitiva, la reforma supone la mejora de la regulación de la prestación por desempleo de este colectivo, puesto que se añade una nueva causa de situación legal de desempleo, teniendo en cuenta que con anterioridad no se reconocía el derecho de desempleo de los socios temporales. De este modo, se pretende equiparar la situación de los socios trabajadores temporales con la situación de los trabajadores con contrato de trabajo temporal.

72. Al margen de estos colectivos, la Ley 43/2006, especialmente preocupada por las personas con discapacidad, prevé en su Disposición Adicional duodécima la creación de la Estrategia Global de Empleo para personas con discapacidad 2007-2008.

Esta estrategia deberá ser aprobada por el Gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley 43/2006 (a saber, el 31 de diciembre de 2006), tras consultar a los interlocutores sociales y a las organizaciones representativas de personas con discapacidad y a sus familias.

La estrategia contendrá un repertorio, con su correspondiente calendario de iniciativas y medidas normativas, programáticas y presupuestarias, dirigidas a promover el acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo, mejorando su empleabilidad y su integración laboral. Además, los principales objetivos de la estrategia consistirán en disminuir los índices de desempleo y elevar las tasas de actividad de las personas con discapacidad, con especial atención a las mujeres con discapacidad, y aquellas otras personas que por su discapacidad presentan dificultades severas de acceso al mercado de trabajo.

4.3. La mejora de los servicios públicos en el mercado de trabajo

73. En realidad, más que de mejoras de los servicios públicos en el mercado cabe hablar de medidas programáticas, o de futuro, sin concreción alguna.

¹⁰³ BOE de 2 de julio de 1985, núm. 157.

74. Según se deduce del Real Decreto-ley 5/2006 y de la Ley 43/2006, básicamente, estas medidas afectarán a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y a los Servicios Públicos de Empleo (SPE).

75. En lo que se refiere a la ITSS, se pretende fomentar la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para determinar los objetivos y programas del sistema de ITSS, en el ámbito de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas.

Para ello, se prevé la creación de órganos de representación de carácter consultivo de composición tripartita y paritaria, a través de los cuales las organizaciones sindicales y empresariales más representativas podrán ser consultadas y podrán formular sus propuestas.

Es más, en el Real Decreto-ley 5/2006, el Gobierno se comprometía a que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales dictase, en el plazo de tres meses, las normas oportunas para la constitución del órgano correspondiente en el ámbito de la Administración General del Estado (Disposición Final primera). Dicho plazo, se entiende que empezaba a contar tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2006, es decir, tras el 15 de junio de 2006. Ahora, es la Ley 43/2006 la que vuelve establecer un plazo de tres meses (Disposición Final primera), que, se entiende, contará a partir de la entrada en vigor de dicha ley, el 31 de diciembre de 2006.

Como es lógico, respecto a los órganos que deban constituirse en las comunidades autónomas para que las organizaciones sindicales y empresariales más representativas puedan participar, el Gobierno ha respetado la capacidad de autoorganización de las comunidades autónomas. En este sentido, llama la atención cómo la reforma, que no ha tenido en cuenta, en su gestación, ni a las comunidades autónomas, ni a los sindicatos y asociaciones de empresarios con mayor representatividad de éstas, los considera imprescindibles a la hora de materializar sus objetivos en materia de inspección de trabajo y de la Seguridad Social.

Pero, también en este ámbito, se ha optado por no recoger en el Real Decreto-ley 5/2006 y en la Ley 43/2006 ciertos aspectos que sí se contemplaban en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, de 9 de mayo de 2006. Nos referimos concretamente a las medidas relativas al reforzamiento de los efectivos y medios técnicos y materiales del ITSS, así como a la planificación y programación de las campañas específicas en la actuación de la ITSS, sobre todo en las de carácter informativo y de promoción y divulgación de la normativa laboral. Igualmente, en el Acuerdo se señalaban, al margen del clásico campo de la prevención de los riesgos laborales, los siguientes campos en los que se pretende potenciar la intervención de la ITSS: a) revisión del fraude en la contratación temporal en empresas o sectores con una tasa de temporalidad superior a la media; b) igualdad de trato y no discriminación; c) empleo irregular: inmigrantes y economía sumergida; d) empleo de personas con discapacidad.

76. Por otro lado, ante la falta de coordinación adecuada entre el SPE Estatal y los correspondientes Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas, el Gobierno deberá instrumentar, en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley 43/2006, es decir, a partir del 31 de diciembre de 2006, un Plan Global de Modernización del Servicio Público de Empleo Estatal, con la finalidad de garantizar la adecuada coordinación con los Servicios Públicos de Empleo autonómicos, y de modernizar y mejorar los recursos materiales y tecnológicos de la red de oficinas. Dicho plan deberá incluir, además, un Plan Estratégico de Recursos Humanos del Servicio Público de Empleo Estatal para mejorar su estructura organizativa y la situación laboral y retributiva de su personal (Disposición Adicional sexta de la Ley 43/2006)¹⁰⁴.

Tal y como se desprende del Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, de 9 de mayo de 2006, el objetivo del Plan Global de Modernización es el siguiente:

«mejorar la atención a los usuarios y la calidad de los servicios, garantizando la coordinación entre políticas activas y protección por desempleo y elevando la tasa de intermediación en el mercado laboral de los Servicios Públicos de Empleo».

Igualmente, como novedad, y fuera de lo estrictamente contemplado en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, de 9 de mayo de 2006, se atribuye a la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo la función de actuar como entidad colaboradora y de apoyo técnico del SPE Estatal, en el marco del Sistema de Formación Profesional, en los términos que se establezcan reglamentariamente (Disposición Adicional quinta del Real Decreto-ley 5/2006 y de la Ley 43/2006).

En cambio, no se han incorporado al Real Decreto-ley 5/2006 ni a la Ley 43/2006 algunos de los compromisos adoptados en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, de 9 de mayo de 2006.

Así, en primer lugar, aunque de manera genérica y abstracta, el Gobierno y los interlocutores sociales del Acuerdo adoptaron el compromiso de evaluar durante el segundo semestre del 2006 el funcionamiento de las medidas que configuran el conjunto de las políticas activas de empleo. Asimismo, en este mismo ámbito, el Gobierno aseguraba el cumplimiento del objetivo según el cual los demandantes de empleo deben recibir una oferta de orientación, formación profesional e inserción laboral, en un plazo no superior a seis meses desde su inscripción en la Oficina de Empleo.

En segundo lugar, en el Acuerdo se anunciaba la creación de un grupo de trabajo tripartito en el ámbito del SPE Estatal, con el objetivo de abordar

¹⁰⁴ Esta medida también se contemplaba en la Disposición Adicional sexta del Real Decreto-ley 5/2006.

el desarrollo de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo¹⁰⁵ y las políticas activas de empleo que deben aplicarse en el futuro, con especial atención a mujeres, jóvenes y personas con discapacidad, así como las medidas de empleo y formación a favor de la integración laboral de la población inmigrante. Por otro lado, se hacía hincapié en el análisis del papel de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo y su ámbito de actuación, a saber, los Servicios Públicos de Empleo, las Entidades Colaboradoras, las Agencias de Colocación y las Empresas de Recolocación.

En este ámbito, en cambio, se echa en falta la participación en el grupo de trabajo de las comunidades autónomas y de los sindicatos y asociaciones de empresarios con mayor representatividad en ellas.

¹⁰⁵ BOE de 17 de diciembre de 2003, núm. 301.

ANEXO. Programa de Fomento de Empleo de la Ley 43/2006 (Incentivos empresariales a la contratación laboral)

Colectivos	Descripción	Cuantía anual (en euros)	Duración
------------	-------------	-----------------------------	----------

Incentivos a la contratación indefinida inicial

Mujeres	Desempleadas, así como las víctimas de violencia de género o de violencia doméstica [art. 2.1.a y 2.4]	850	4 años
	Contratadas en los 24 meses siguientes al parto, a la adopción o al acogimiento tanto preadoptivo como permanente [art. 2.1.b]	1200	4 años
	Contratadas después de 5 años de inactividad laboral, si, anteriormente a su retirada, han trabajado, al menos, 3 años [art. 2.1.c]		
Mayores de 45 años [art. 2.1.d]		1200	Toda la vigencia del contrato
Jóvenes	De 16 a 30 años [art. 2.1.c]	800	4 años
Otros colectivos y situaciones especiales	Parados de al menos 6 meses y trabajadores en situación de exclusión social [arts. 2.1.f y 2.5]	600	4 años
	Personas con discapacidad genérica (art. 2.2.1) ¹⁰⁶	4500	Toda la vigencia del contrato

¹⁰⁶ Si el trabajador con discapacidad tiene en el momento de la contratación 45 o más años o si se trata de una mujer, la subvención se incrementará, respectivamente, en 1200 euros al año o en 850 euros al año, sin que estos incrementos sean compatibles entre sí (art. 2.2.3).

Otros colectivos y situaciones especiales	<p>Trabajadores con discapacidad incluidos en alguno de los grupos siguientes (art. 2.2.2)¹⁰⁷:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100 – Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por 100 	5100	Toda la vigencia del contrato
	<p>Trabajadores con discapacidad contratados por un centro especial de empleo (art. 2.3)¹⁰⁸</p>	<p>Bonificaciones del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta</p>	Toda la vigencia del contrato

¹⁰⁷ Si el trabajador con discapacidad tiene en el momento de la contratación 45 o más años o si se trata de una mujer, la subvención se incrementará, respectivamente, en 1200 euros al año o en 850 euros al año, sin que estos incrementos sean compatibles entre sí (art. 2.2.3).

¹⁰⁸ Si bien las relaciones laborales de carácter especial se excluyen del Programa de Fomento del empleo, la Ley 43/2006, en el artículo 6.1.a, modifica lo establecido por el Real Decreto-ley 5/2006 y deja al margen de dicha exclusión la relación laboral de trabajadores con discapacidad en centro especial de empleo. En este sentido, es la propia Ley 43/2006 la que establece el sistema de bonificaciones mediante porcentajes de las cotizaciones sociales por la contratación de personas con discapacidad por los centros especiales de empleo. En principio, este sistema debe comenzar a aplicarse desde la entrada en vigor de la Ley 43/2006, es decir, desde el 31 de diciembre de 2006, y se mantendrá en vigor hasta tanto no se adopte otra decisión por parte del Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, incluidas las organizaciones del sector de la discapacidad, quienes evaluarán el funcionamiento de las medidas que configuran el conjunto de las políticas de empleo de las personas con discapacidad, con la finalidad de determinar las políticas activas de empleo que se aplicarán en el futuro. Igualmente, el Consejo Nacional de la Discapacidad deberá emitir un informe al respecto (Disposición Final cuarta de la Ley 43/2006). No obstante, por motivos transitorios, tales bonificaciones podrán aplicarse entre el 1 de julio de 2006 y la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/2006, para lo que la Tesorería General de la Seguridad Social impulsará de oficio la devolución de las diferencias en las cuotas correspondientes a los períodos ya ingresados (Disposición Transitoria primera de la Ley 43/2006).

Otros colectivos y situaciones especiales	Transformaciones en indefinidos de contratos temporales de fomento del empleo celebrados con personas con discapacidad, o de contratos formativos suscritos con trabajadores con discapacidad (art. 2.2.1)	4500	Toda la vigencia del contrato
	Transformaciones en indefinidos: de contratos temporales de fomento del empleo celebrados por un centro especial de empleo con personas con discapacidad, o de contratos formativos suscritos por un centro especial de empleo con trabajadores con discapacidad (art. 2.3)	Bonificaciones del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta	Toda la vigencia del contrato
	Transformaciones en indefinidos de contratos formativos, de relevo y sustitución por jubilación (art. 2.6)	500	4 años

Plan Extraordinario para la Conversión de Empleo Temporal en Fijo

Transformaciones en indefinidos de contratos temporales, incluidos los contratos formativos, de relevo y de sustitución por jubilación, en todos los casos celebrados antes del 1 de julio de 2006, siempre que la transformación se realice antes del 1 de enero de 2007 (art. 3)	800	3 años
--	-----	--------

Subvenciones en supuestos excepcionales de contratación temporal

Personas con discapacidad contratadas mediante contrato temporal de fomento del empleo (art. 2.2.4) ¹⁰⁹	3500	Toda la vigencia del contrato
--	------	-------------------------------

¹⁰⁹ Si el trabajador con discapacidad tiene en el momento de la contratación 45 o más años o si se trata de una mujer, la subvención se incrementará en ambos supuestos en 600 euros al año; tales incrementos son compatibles entre sí (art. 2.2.4).

<p>Trabajadores con discapacidad incluidos en alguno de los grupos siguientes (art. 2.2.4)¹¹⁰:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100 – Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por 100 	<p>4100</p>	<p>Toda la vigencia del contrato</p>
<p>Trabajadores con discapacidad contratados por un centro especial de empleo (art. 2.3)</p>	<p>Bonificaciones del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta</p>	<p>Toda la vigencia del contrato</p>
<p>Víctimas de violencia de género o doméstica (art. 2.4)</p>	<p>600</p>	<p>Toda la vigencia del contrato</p>
<p>Personas en situación de exclusión social (art. 2.5)</p>	<p>500</p>	<p>Toda la vigencia del contrato</p>

Bonificaciones y subvenciones para el mantenimiento del empleo indefinido

<p>Contratos de carácter indefinido de trabajadores de 60 o más años con una antigüedad en la empresa de 5 o más años (art. 4.1)</p>	<p>El 50 por 100 de la aportación empresarial por contingencias comunes salvo incapacidad temporal, incrementándose anualmente un 10 por 100, hasta el 100 por 100</p>	<p>Toda la vigencia del contrato</p>
--	--	--------------------------------------

¹¹⁰ Si el trabajador con discapacidad tiene en el momento de la contratación 45 o más años o si se trata de una mujer, la subvención se incrementará en ambos supuestos en 600 euros al año, siendo tales incrementos compatibles entre sí (art. 2.2.4).

<p>Mujeres con contrato suspendido (indefinido o temporal que se transforme en indefinido) reincorporadas en el plazo de 2 años desde el inicio del permiso de maternidad, siempre que esta reincorporación sea a partir del 1 de julio de 2006 (art. 4.2)</p>	<p>1200</p>	<p>4 años</p>
--	-------------	---------------

Las teorías democráticas de la autodeterminación y secesión*

Ignacio María Beobide Ezpeleta

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Deusto

Recibido: 18.06.07

Aceptado: 10.11.07

Resumen: Este trabajo analiza las teorías democráticas o plebiscitarias de la autodeterminación y secesión. En primer lugar se exponen las versiones de distintos autores defensores de tales teorías con la finalidad de captar cuanto les es común, el consentimiento individual como fundamento del ‘derecho moral’ a la autodeterminación y secesión, y las diferencias, es decir, las condiciones, notablemente distintas, que cada autor exige para el ejercicio de tal derecho. En segundo lugar se recoge el análisis crítico que buena parte de la doctrina y el propio autor del trabajo hacen de la teoría democrática. Las conclusiones destacan, de manera especial, la debilidad de tales teorías desde el punto de vista teórico y metodológico.

Palabras clave: Autodeterminación, secesión, Estado, democracia.

Abstract: *This paper analyses the democratic theories of self-determination and secession. The first section summarises the most relevant versions of these theories proposed by several authors to identify (a) the common element: the individual consent as the basis of «moral right» to self-determination and secession, and (b) the conditions, notably different, that each author contemplates for the application of this right. The second section undertakes a critical review of these theories. Finally, the conclusions highlight the weaknesses of these theories from the theoretical and methodological viewpoint.*

Key words: *Self-Determination, Secession, State, Democracy.*

Sumario: I. Introducción. II. Algunas precisiones conceptuales. III. La defensa de la autodeterminación para la secesión en la teoría democrática. El principio de asociación política voluntaria basada en el derecho individual de libre asociación. IV. Crítica de la teoría democrática: 1. Teoría y método. 2. Aportación de la teoría democrática al Derecho Internacional. 3. Filosofía Política y Derecho Internacional. V. Conclusiones.

* Agradezco la colaboración prestada por los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, Iciar Basterretxea y Luis Gordillo, que, a través de sus correcciones, críticas y observaciones, han hecho posible la mejora de las primeras versiones de este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

El siglo xx ha visto multiplicarse el número de Estados. El aumento del número de miembros de las N.U. ha pasado de 51 miembros en el momento de su creación en 1945 a 149 en 1984 y a 191 en la actualidad. El salto de 51 a 149 miembros se debió, fundamentalmente, al proceso de descolonización, y los cambios de los últimos quince años se han debido a la secesión, entendida en un sentido amplio (Kohen, 2006: 2). Si, como hacen algunos autores, la descolonización se entendiera, también, como un tipo de secesión, su papel en la formación de la organización internacional sería francamente enorme. Sin embargo, las matizaciones que se deben hacer al concepto de secesión rebajan radicalmente esta, en principio, impresionante imagen.

En la actualidad, los políticos de minorías nacionales, reales o inventadas, de grupos identitarios, de grupos perseguidos y sometidos a la injusticia o de grupos radicales democráticos suelen utilizar, sin duda alguna, este hecho de la proliferación de Estados para transmitir la convicción de la posibilidad y, sobre todo, de la inevitabilidad de lograr el apetecido bien del Estado, al que supuestamente tendrían sus grupos sociales un claro derecho. Hasta suele ser costumbre fijar fecha para tan imprescindible acontecimiento, como ocurre entre nosotros.

También parece que el crecimiento del club internacional de Estados ha influido en el trabajo de bastantes académicos para proponer la secesión como una solución a determinados problemas sociales y políticos actuales. Se daría de este modo una confluencia entre el proceso histórico secesionista, interpretado como el signo de los tiempos, las demandas actuales de los grupos sociales independentistas y, de manera especial, de políticos y gobiernos regionales, y el trabajo de los teóricos con los argumentos de la globalización, la identidad cultural, la homogeneidad, la libertad de asociación, el fin del Estado-Nación y lo que Darhendorf llama la ‘glocalización’ en referencia a la invención del localismo de las «regiones homogéneas» y a la salida, desde los Estados nacionales hacia otros centros de poder, de decisiones políticas fundamentales (Darhendorf, 2002: 31-33).

Buena parte de lo que se escribe en el campo de las ciencias sociales gira en torno a la autodeterminación, la secesión, el autogobierno, el Estado multinacional, el Estado étnico-homogéneo en cuanto instrumentos y alternativas al Estado-Nación. Brian Barry califica de sabihondos y analfabetos en historia y sociología a los multiculturalistas que consideran natural que el descontento social se oriente hacia el fundamentalismo, nacionalismo y el chovinismo cultural, como si fuera algo inevitable. Y, aunque este juicio y otros, como el afirmar que ‘la literatura del multiculturalismo no merece el tiempo ni el esfuerzo de escribirla’ o que los que no escriben sobre él es porque tienen otros temas más interesantes que escribir (Barry, 2001: 4.6), puedan parecer a alguien un tanto exagerados, lo cierto es que se observa una notable deficiencia argumentativa en la defensa de la autodeterminación y

secesión, incluso, en aquellos que no defienden el multiculturalismo, como se podrá ver en estas páginas¹.

Sorprende, ciertamente, que la autodeterminación para la secesión ocupe tanto espacio en los estudios académicos por encima del análisis de las razones que hay a favor de la solidaridad, la igualdad, la colaboración, o, como dicen algunos, utilizando un nombre maldito para los secesionistas, el unionismo. El pensamiento filosófico que se va a analizar en este trabajo tiene, como dice Norman, una teoría de la justificación de la ruptura del Estado, pero no de las razones de la unidad y estabilidad del Estado que sirven para garantizar los bienes de la justicia liberal (Norman, 1998: 40). Ello supone una desviación de lo que debería ser, siguiendo un razonamiento muy al gusto de los defensores de la secesión, el razonamiento moral, un objeto de análisis científico más valioso y necesario como sería el tema de la cooperación entre las personas y los grupos sociales. La reflexión sobre la secesión, al menos en lo que se refiere al mundo occidental democrático, parece que debería quedar para casos, más bien, residuales o meramente académicos. La cooperación y la solidaridad son las formas suaves y más tolerables de la igualdad revolucionaria y, aunque no tienen el valor de la igualdad, son un fundamento básico del Estado democrático y de la democracia, que no pueden faltar en la búsqueda de las alternativas al Estado Nacional. Parece mucho más racional defender y teorizar sobre la unidad, la solidaridad y la cooperación como garantías permanentes de la paz y de la libertad, dejando la separación para lo que parezca imposible de mantenerse unido, si es que realmente se da el caso, que teorizar sobre lo que, en principio, se presenta como menos valioso –la secesión– y verse obligado a hacer continuas excepciones a ella, porque, de lo contrario, se negarían valores esenciales. Como dice Coppieters (2003: 279), los estudios sobre la secesión deben compararse con factores tales como la fraternidad y la mutua necesidad que permiten a los Estados mantenerse unidos o inspirar la creación de nuevas unidades políticas. No es, por todo ello, exagerado afirmar que la focalización de los análisis teóricos sobre la secesión en lugar de la cooperación sugieren una deficiente concepción moral (Bishai, 1998: 94).

La secesión se puede estudiar desde varios puntos de vista, dando lugar, así, a diferentes metodologías de análisis. Cabe destacar el enfoque jurídico, el político y el moral. El objetivo de este trabajo es analizar las teorías que

¹ Brian Barry (1997: 349) tiene, también, un comentario crítico contra algunos sectores del mundo intelectual al escribir que «todo este asunto plantea una cuestión sobre la sociología del mundo erudito que me intriga: ¿cómo es que alguien con el tipo de intelecto capaz de producir ‘Justice as Reversibility’ pudo ser tomado en serio alguna vez? Supongo que cualquier respuesta adecuada tendría que arrojar una luz poco favorable sobre la psicología social como disciplina erudita. Pero supongo que otro factor que se habría de invocar en la explicación tendría que ser el llamado ‘efecto halo’ –la presunción de que un profesor de la Universidad de Harvard no puede ser incapaz de pensamiento coherente».

legitiman o justifican la secesión desde el punto de vista moral, insistiendo, especialmente, en las razones o argumentos que utilizan para fundamentar lo que llaman, incorrectamente, el *derecho moral* a la secesión de un grupo social y de un territorio de un Estado.

Una clasificación de las teorías de la secesión, de acuerdo con el tipo de argumentos seguidos para justificar la secesión, y no obstante la variedad de terminología utilizada, las integra en tres grupos: teorías asociativas, basadas en el principio de la voluntad de los miembros del grupo, teorías nacionalistas, basadas en el principio de nación o pueblo, y teorías basadas en la reparación de injusticias (teorías del derecho remedial o reparador). Las dos primeras clases de teorías integran el grupo denominado de ‘teorías del derecho primario’ frente al tercer tipo, que justifica la secesión como instrumento, y consecuencia, a la vez, de remediar las injusticias cometidas por el Estado. En la breve descripción que hago a continuación incluyo una cuarta basada en la democracia comunicativa, que no goza de tanto fervor como las anteriores, pero que cuenta con el apoyo de renombrados teóricos.

Las teorías asociativas no defienden que los grupos han de tener determinadas características prepolíticas, como lo hacen las teorías nacionalistas, ni exigen injusticias demostrables, como las teorías del principio remedial, para tener derecho a la secesión. Basta con que los miembros del grupo participen del mismo deseo de tener su propio Estado. Los conceptos de común cultura, historia o etnia son ajenos a estas teorías. Por el contrario, la decisión de formar una comunidad propia se fundamenta en la elección política voluntaria de los miembros del grupo. Son los miembros del grupo los que libremente escogen asociarse juntos en una comunidad política propia. Por tanto, el derecho de secesión se fundamenta en el derecho de asociación política. El derecho de secesión no es más que una de las aplicaciones del derecho de asociación.

Se trata, pues, de una teoría individualista y procedimental, ya que el derecho de autodeterminación para la secesión se fundamenta a partir de las libertades políticas de los ciudadanos y a partir del consentimiento mayoritario de los miembros del territorio secesionista expresado según criterios democráticos. En este caso no cuentan los argumentos nacionales, y, si bien las injusticias como la opresión política o explotación económica son razones secundarias, el fundamento determinante, haya o no injusticias, es el consentimiento individual de los ciudadanos. Estas teorías pretenden hacer coincidir el derecho de autodeterminación con la autodeterminación de los ciudadanos de un territorio no delimitado por fronteras étnicas o culturales. Por tanto, la secesión se justifica, incluso, en el caso de un Estado ‘justo’, es decir, un Estado que respete los derechos individuales, los derechos humanos y no discrimine con su política a las minorías.

Las teorías nacionalistas –también llamadas *teorías de la autodeterminación nacional*– defienden que los grupos que poseen unas características prepolíticas son los que tienen el derecho a formar una asociación política Su

existencia es independiente de cualquier asociación formada por sus miembros. Estos grupos son la nación o pueblo y para estas teorías nación o pueblo es todo grupo social que tenga, en común, cultura, historia, lengua, conciencia de su diferencia y, tal vez, una aspiración compartida de formar una comunidad política. Las naciones o pueblos existen sin necesidad de organización, relación o pretensión políticas del grupo. El principio nacionalista es el fundamento del supuesto derecho a la secesión y, por ello, no hace falta recurrir a la injusticia sufrida para legitimar la secesión, aunque, de hecho, se utiliza, también, como argumento². Según esto, las naciones disfrutaban de un derecho primario de autodeterminación que lleva consigo que, cuando forman minorías nacionales, tienen derecho a crear su propio Estado mediante la secesión. W. Wilson y el Tratado de Versalles están detrás de esta disparatada concepción, que defiende que las fronteras de los Estados deben coincidir en lo posible con las fronteras naturales de estas comunidades étnicas y culturales.

A pesar de que teóricos nacionalistas defiendan este principio de manera radical, como un derecho puro y simple, son pocos, hoy en día, entre los liberales nacionalistas los que así lo asumen. Más bien, establecen que las naciones no tienen tal derecho a menos que se dé una serie de condiciones indispensables e, incluso, niegan el derecho de autodeterminación nacional para sustituirlo por una concepción multinacional del Estado de Derecho. Consideran que sería impracticable y peligroso para el equilibrio mundial aplicar en sentido estricto el principio, cuando en el mundo conviven 5000 grupos étnicos y nacionales. Pero, si el Estado se comporta injustamente con las minorías nacionales o no reconoce suficiente autonomía política, entonces consideran que estaría justificada la secesión, lo cual supone un acercamiento a las teorías de la justa causa. Se puede hablar, pues, de una interpretación moderada de una concepción substancial de la autodeterminación, según la cual son los pueblos y las naciones los que tienen el derecho y los que se autodeterminan, bien para la autonomía política bien para la secesión. La teoría es, en definitiva, comunitaria y substancial.

Como luego se verá, la Filosofía Política ha seguido un camino de desarrollo del derecho a la autodeterminación distinto del que se observa en el Derecho Internacional, donde, a partir de la segunda guerra mundial, la con-

² Birch matiza que el recurso a la injusticia, más bien inventada que real, es una necesidad de todo nacionalismo, ya que sólo el 'testarudo nacionalista', romántico, pero no racionalista, argumenta de forma nacionalista. El apoyo popular requiere otros argumentos y aquí juegan un importante papel las supuestas injusticias o los beneficios que traerá la creación de un nuevo Estado (1989: 67). Esta afirmación de Birch se confirma con los análisis empíricos, por ejemplo, del nacionalismo del Partido Nacionalista Vasco, que en su pretensión de captación del voto ha llegado a utilizar menos del 7% de la campaña electoral en el desarrollo del argumento nacionalista. *Vide* mi monografía «Prensa y Nacionalismo vasco. El discurso de legitimación nacionalista», Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 23.

cepción es esencialmente territorial y no étnica. Fuera del caso de las colonias, es la doctrina de la soberanía del Estado con su unidad nacional, integridad territorial, jurisdicción exclusiva y no intervención la que determina la interpretación del derecho de autodeterminación externa e interna.

Las teorías basadas en el principio remedial o reparador de la injusticia –también llamadas *teorías de la justa causa*– tienen alguna semejanza con las teorías del derecho a la revolución, como la tan conocida y celebrada teoría de Locke, aunque se diferencian en que éstas no pretenden derrocar a un gobierno tiránico de un Estado, sino cortar, mediante la secesión del territorio, el control del gobierno sobre una parte de éste, cuyos ciudadanos son tratados injustamente. Se trata de teorías que justifican la secesión como respuesta a una tiranía selectiva, cuando la revolución no es prácticamente posible, y parece, así, ser algo intachable y relativamente moderado. Tanto en la revolución como en la secesión, el derecho se entiende como derecho de las personas sometidas a la autoridad política a defenderse de las injusticias como último recurso. El derecho de secesión ha de entenderse como un derecho general y sólo existe cuando el grupo ha sufrido injusticia. No se niega que pueda haber casos especiales de derecho de secesión donde no haya habido injusticias, basados, por ejemplo, en que así lo establezca la Constitución del Estado. Pero, el derecho general sólo lo reconocen estas teorías como instrumento reparador de la injusticia (por ejemplo, violación permanente de los derechos humanos básicos), lo que quiere decir que no existe derecho general a la secesión de un Estado justo.

Estas teorías distinguen, también, entre la parte substancial y la parte procedimental. Para hacer la secesión son necesarias razones morales substanciales –las injusticias–, no la mera voluntad de una mayoría. Según esto, no existe un derecho primario a la secesión, cosa que, también, reconocen los liberales nacionalistas, sino razones morales substanciales a las que se han de unir necesariamente instrumentos institucionales para aplicarlas. Los instrumentos institucionales constituyen el elemento procedimental y han de entenderse, por otra parte, de forma esencialmente jurídica, bien a través de fijar principios y procedimientos claros de secesión en el orden internacional o bien a través de la constitucionalización del derecho a la secesión. No se trata de fomentar la secesión, sino de prevenir y de regular de antemano sus efectos.

Una variante de las teorías de la causa justa –y que, en cierto modo, podría considerarse como un cuarto tipo de teorías– es la concepción deliberativa de la secesión. Según ésta, la secesión necesita para su justificación razones morales substanciales y mecanismos institucionales. Ahora bien, las razones morales no pueden ser determinadas de antemano, como en el caso de las teorías de la causa justa, sino que son los actores participativos en la deliberación los que hacen valer las razones y los que han de convencer a la opinión pública de su validez como causa justa. Y, así, puede ser cualquiera de las causas de las teorías de la causa justa u otras, como, por ejemplo, las reivindicaciones autonomistas de los grupos culturales o étnicos.

En cuanto a los instrumentos institucionales, éstos no tendrán naturaleza jurídica, sino política, es decir, democrática y deliberativa. No correspondería al Derecho dictar las reglas de la secesión, sino a los ciudadanos partícipes en las deliberaciones democráticas, transparentes e igualitarias. La teoría deliberativa contrapone la versión jurídica de la secesión elaborada por los ‘elegidos’, sean jueces o constitucionalistas, con la democrática deliberativa. Las teorías deliberativas no rechazan el papel y la legitimidad del Derecho en relación con la secesión y no defienden que sus tesis son capaces de solucionar todos los casos de secesión, sino, simplemente (y esto rebaja mucho su pretensión), consideran que hay ocasiones en que la democracia deliberativa puede ser más eficaz, por ser más flexible, que las normas rígidas del Derecho Constitucional o Internacional y, por otra parte, su aplicación no haría ni demasiado fácil, ni demasiado difícil la secesión (Buchanan, 1998: 230-234; Norman, 1998: 35-43; Courtois, 2004: 812-815; 832-834; Moore, 1998: 4-8; 2006: 59-60; 63-64; 66-67 y 78)³.

Todas estas teorías no hay que interpretarlas como si fueran absolutamente distintas unas de otras. Ciertamente hay diferencias substanciales entre ellas, pero también hay coincidencias, aunque, en ocasiones, no sean más que de procedimiento. Si el criterio de clasificación fuera el del pragmatismo, entendiendo por ello el de los efectos o influencias de las teorías en el Derecho constitucional e internacional –partiendo del supuesto de que la razón moral en una vida civilizada fundamentada en el orden ha de acabar en norma jurídica– no su capacidad de movilización de las masas, habría que establecer dos extremos, dentro de los cuales se mueven las teorías, que son el del ‘nominalismo’ –abstracción, utopismo, idealismo– y el realismo. Ninguna de ellas alcanzaría el concepto puro de cada extremo, pero las diferencias entre ellas serían muy grandes. Son teorías propias de la Filosofía Moral y Política que pretenden explicar qué razones morales justifican el fenómeno político de la secesión.

Este trabajo pretende, únicamente, analizar las teorías democráticas de la secesión (también llamadas *plebiscitarias, asociativas, de la libre elección, de la libertad de asociación o del consentimiento individual*), las que he presentado en primer lugar, que son las que tienen más elementos próximos a la abstracción y utopismo, con poca capacidad de convicción intelectual y aplicación, a no ser que coincidan con factores propios de otras teorías como podría ser el de la injusticia. El trabajo pretende, también, mostrar una panorámica general de la doctrina ante las teorías democráticas. A partir de esta

³ Michael Freeman (1999: 359-367) ofrece otra clasificación de las teorías, distinguiendo teorías liberales, teorías democráticas, teorías comunitarias, teorías realistas, teorías cosmopolitas y teoría del realismo cosmopolita. Las considera teorías de la autodeterminación nacional, es decir, basadas en el principio nacionalista, a pesar de que incluye, con poca lógica, los análisis de Beran, los cuales no siguen el criterio nacional.

introducción, expondré, en primer lugar, algunas precisiones conceptuales y, después, la teoría plebiscitaria siguiendo a los autores principales y la crítica a tal teoría, para acabar con unas conclusiones.

II. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

Para algunos autores, siempre que se produce la separación de una parte del territorio del Estado o de sus colonias para formar otro Estado, se está en presencia de la secesión. Según esto, todas las separaciones habidas desde 1945 por consecuencia del proceso de descolonización, disolución de los últimos imperios, mutuo acuerdo entre el Estado y la parte secesionista o por reparación de la conquista injusta de un país son secesiones. Este concepto amplísimo de secesión no es sólo políticamente atractivo, sino que, fundamentalmente, y es lo que importa en este trabajo, plantea problemas teóricos y metodológicos. Por ello, otros autores utilizan un concepto mucho más restringido de secesión.

El uso polisémico del término ‘secesión’ no sólo se produce en el campo de la Ciencia Política o de la Filosofía Política, sino también en el Derecho Internacional. Por lo que se refiere al Derecho Internacional, los internacionalistas, que lo utilizan en su amplio sentido, abarcan con él todos los casos de creación de nuevos Estados desde la descolonización hasta la devolución, con consentimiento o sin consentimiento de los anteriores Estados. Otros, por el contrario, utilizan el término para referirse al caso de la creación de un nuevo Estado mediante la separación de parte de la población y del territorio de otro Estado sin el consentimiento de éste. El término ‘secesión’ también incluiría el caso de que la parte separada se sumara a otro Estado ya existente, como podría ser el caso de que Irlanda del Norte se separara de Gran Bretaña y se uniera a la República de Irlanda. No entra, en cambio, en el concepto de secesión la formación de un Estado con parte de territorio de otro Estado cuando hay consentimiento. Esto, más bien, es un caso de ‘devolución’ (Kohen, Marcelo G.: 2006, pp. 2-3).

En este trabajo el concepto de secesión, independientemente del sentido que le dé cada autor, se utiliza en su sentido restringido, en cuanto retirada unilateral, con la oposición del Estado, de un territorio y de una población del Estado al que pertenecen. La razón está en que la secesión lleva consigo el contenido de conflicto y enfrentamiento, que también puede darse en otros tipos de separaciones, como las guerras de independencia, pero, en este caso, no dentro de la unidad del territorio del Estado. El concepto trata de ser teórico y real a la vez. Un concepto no puede ser meramente teórico, sino que ha de tener una dimensión real, de lo contrario nos cerramos al conocimiento, en este caso, de la realidad social y de su deber ser. Las teorías plebiscitarias ofrecen una respuesta normativa o prescriptiva al problema de la creación de nuevos Estados utilizando el concepto de secesión en un sentido tan

amplio, que incluye contenidos empíricos diferentes, que, por serlo, requieren ser descritos a través de conceptos distintos. No es lo mismo una cruenta y salvaje guerra de secesión que un acuerdo pacífico de separación. Ni siquiera el resultado de ambos procesos es igual en ambos casos. Por ello, no se puede llamar a las dos cosas con el mismo nombre, a no ser que lo que se quiera es crear confusión. El concepto restringido de secesión no sólo es un instrumento abstracto de análisis, sino, también, de descripción de una variada realidad empírica de las creaciones de los Estados. Permite no sólo describir mejor la realidad de la secesión, sino, también, explicarla y, sobre todo, valorarla. La teoría, incluso la teoría moral, es inseparable de la realidad. Y, aunque Sartori diga que al filósofo «se le permite ignorar los hechos y ser sólo normativo, tratar sólo de ideales» (2007:12), hay que añadir que es un permiso excesivo. Lo normativo no puede estar desvinculado de lo descriptivo. Los conceptos (poder, autoridad, consenso y, se puede añadir en este caso, secesión), dice Wolin, no son cosas reales, pero su función es dar significado a los hechos políticos reales, «ya sea con fines de análisis, crítica o justificación, o una combinación de estos fines» (Wolin, 1960: 15). El concepto, pues, de secesión, se refiere aquí a una lucha entre contrarios, es esencialmente conflictivo y tiene lugar en un Estado previamente existente. Por ello, ni las separaciones pactadas, ni las descolonizaciones, ni la descomposición de los imperios, ni la independencia de un Estado conquistado por otro son secesiones en sentido estricto.

La cuestión de la definición teórica de la secesión plantea, como es lógico, un problema metodológico en la Ciencia Política, que afecta al debate de la secesión y, también, de la autodeterminación, derechos de minorías y, especialmente, de la soberanía territorial. Según escribe Bishai, la secesión es un concepto territorial, que entra en contradicción con la soberanía territorial del Estado moderno. De entrada, reduce las perspectivas de solución de los problemas de los grupos sociales a un enfrentamiento frontal con el Estado, porque no hay más solución, según esto, que la repetición del esquema de la soberanía territorial en un nuevo Estado y ello alimenta la idea de los separatistas de que no hay más opción que la independencia. La secesión, por otra parte, es un riesgo alto para la economía y la política de un Estado; obliga a redefinir el significado y la identidad del Estado; reproduce los mismos problemas que trata de solucionar, entre ellos, el del consentimiento político y el de las nuevas minorías, y fomenta con su obsesión por el control territorial los ámbitos de exclusión entre los grupos. El concepto de secesión territorial, por más lógico que pueda parecer por su relación, más que dependencia, con el Estado territorial, apuntala, aún más, que tanto la autodeterminación como la soberanía sigan entendiéndose únicamente como conceptos territoriales. Por todo ello, la idea de conflicto, propia del concepto restringido de secesión, expresa, desde un primer momento y con mayor realismo, la naturaleza del debate sobre la secesión favoreciendo la conveniente flexibilización de otros conceptos de la teoría política (Bishai, 1998: 93-94).

Una segunda matización se refiere al concepto de derecho que utilizan las teorías que se recogen en este trabajo, cuando hablan del derecho a la autodeterminación y a la secesión. No se usa en el sentido de un derecho especial, como podría ser el derivado de un contrato, o en el sentido de un derecho fundamental recogido en una Constitución, tal que el derecho a la vida o el derecho a la libertad de expresión, sino como un derecho general, que en muchas ocasiones se expresa como derecho moral. Expresiones como derecho de un grupo a la secesión han de entenderse como derecho general o derecho moral a la secesión (Buchanam, 1998: 230).

No obstante, el autor de este trabajo utiliza el término ‘derecho’ en su sentido estricto, como concepto jurídico, no como concepto moral. La expresión ‘derecho moral’ no deja de ser una imprecisión conceptual y, cuando por respetar la literalidad de los teóricos analizados, se utiliza el término ‘derecho moral’, simplemente se quiere decir ‘razón moral, argumento moral o exigencia moral’, aunque uno discrepe de semejante moralidad.

Una tercera matización es que el derecho de autodeterminación se usa como autodeterminación para la secesión y, cuando se utiliza únicamente el término ‘derecho de secesión’, éste significa, también, derecho de autodeterminación para la secesión, salvo que un autor lo utilice en otro sentido, como sería el caso de hablar de derecho de autodeterminación para la autonomía, autogobierno o federalismo. Así lo hacen algunos moderados autores de la teoría democrática.

III. LA DEFENSA DE LA AUTODETERMINACIÓN PARA LA SECESIÓN EN LA TEORÍA DEMOCRÁTICA. El principio de asociación política voluntaria basada en el derecho individual de libre asociación.

La exposición de las teorías democráticas o plebiscitarias se hace por autores y sigue un orden cronológico. Conviene advertir que para algunos la autodeterminación para la secesión es la única alternativa, mientras que para otros la autodeterminación, según las circunstancias y los casos, está abierta a diversas posibilidades desde la secesión hasta la autonomía. Los defensores del derecho de autodeterminación para la secesión, a pesar de que parece que lo defienden como un derecho absoluto, suelen exigir más o menos condiciones para su ejercicio. Más exacto sería decir que la teoría democrática distingue entre derecho moral a la autodeterminación, que es substancial y permanente, y ejercicio de tal derecho, que es el que está sometido a condiciones. Éstas afectan a su ejercicio, pero no anulan el derecho moral sustantivo. Las verdaderas diferencias entre los autores están en las condiciones de aplicación. Es importante tenerlo en cuenta, porque son las condiciones de aplicación las que denuncian lo infundado de la conclusión inicial.

Harry Beran escribe en uno de sus trabajos (1998: 33) que los autores que han escrito en defensa del principio de asociación política voluntaria han sido pocos y menciona a Gilbert Murray, Robert Dahl, Thomas Pogge y, especialmente, David Gautier. No obstante, también se puede considerar a Christopher Wellman, Daniel Philpott, Copp, Glaser o el mismo Beran como integrantes de esta corriente de pensamiento. Voy a exponer a continuación el análisis de estos cinco últimos autores.

David Gautier es uno de los más radicales y, aunque defiende, en principio, como criterio la libertad total para la secesión, entendida como secesión unilateral, establece alguna limitación en el ejercicio del derecho de autodeterminación. Este autor escribe pensando en el problema de Québec y, para destacar la rotundidad de su tesis, excluye de su análisis todos aquellos casos en los que se da una relación de ilegitimidad entre el Estado dominante y la parte secesionista, ilegitimidad basada, por ejemplo, en la ocupación violenta. En estos casos, el derecho de la parte secesionista a la separación se fundamentaría en la nulidad del acto de ocupación por parte del Estado dominante y no en el derecho a la secesión en el sentido en que Gautier lo defiende. El ejemplo es el de Lituania con respecto a Rusia. La separación de Lituania es legítima, porque su ocupación por Rusia era ilegítima. Así pues, todo Estado que trata injustamente a parte de sus miembros carece de legitimidad sobre ellos y, en consecuencia, tales personas tienen plena libertad para decidir lo que les convenga.

Pero el núcleo del pensamiento de Gautier se refiere al caso de los Estados legítimos –órdenes políticos legítimos–, donde no se puede hablar de ninguna opresión ni de ningún tipo de injusticia. Trata el derecho de secesión como parte de los derechos individuales, no como derecho colectivo o derecho de grupos, y el punto de partida es la idea de interacción. Su tesis se fundamenta en el *derecho débil* de asociación o no asociación, según el cual toda persona tiene derecho a asociarse con quienes quiere asociarse y, a su vez, quieran asociarse con ella. Así mismo, toda persona tiene derecho a evitar o salirse de una asociación, con cuyos miembros no quiere asociarse o no quiere seguir estando. La coordinación de este derecho con los de otras personas debe hacerse de manera que el máximo posible de personas se encuentre en su asociación deseada. Este derecho actúa en ambas direcciones, para asociarse y para separarse, por lo que es legítimo un movimiento secesionista que quiera fundar un nuevo Estado o unirse a otro existente por motivos, por ejemplo, culturales o de otro tipo. (No hay que confundir el motivo con la legitimación de la secesión, ya que ésta se fundamenta en la pura voluntad individual). Pero nadie tiene derecho a asociarse o continuar en una asociación con quienes no quieren asociarse con él, dice el autor poniendo el ejemplo del matrimonio: uno tiene el derecho a casarse con la mujer que también lo quiere, pero no si no lo desea.

Gautier pone como ejemplo el caso de Irlanda del Norte, en el que la mayoría de los católicos de Irlanda del Norte y la mayoría de los ciudadanos

de la República de Irlanda quieren unirse, mientras la mayoría de los protestantes de Irlanda del Norte quiere continuar en el Reino Unido. Si se diera el caso de una unión entre las dos Irlandas, esto sería contrario al ‘derecho débil’ individual, porque, al ser mayoría los protestantes de Irlanda del Norte, serían más personas las que tendrían que estar asociados con los que no quieren. El principio, pues, exige que la aceptación sea mutua y por mayoría en ambos casos, es decir, por parte de Irlanda del Norte y la República de Irlanda. El mismo argumento lleva al autor a justificar la secesión de Québec, porque, en el caso de seguir con la actual situación, la mayoría de Québec, los francófonos, estaría obligada a estar asociada con los canadienses, es decir, con los que no quieren estar asociados.

Sin embargo, el autor advierte que su teoría no justifica, siguiendo con el ejemplo anterior, que la mayoría de los británicos invocase su ‘derecho débil’ para separarse de Irlanda del Norte, argumentando los costes que por causa de la violencia estuviera sufriendo Gran Bretaña. Ello supondría rechazar la defensa que un Estado debe hacer de una parte de la asociación hasta ese momento aceptada y bienvenida. Sería incumplir una parte esencial del rol para el que existe una asociación política, cuyo fundamento moral, invocando a Locke, es que no se debe mejorar a costa del empeoramiento de otro. Esto no es contradictorio con lo dicho más arriba de que nadie tiene derecho a continuar en una asociación si los demás no quieren, ya que introduce el nuevo factor del enriquecimiento a costa del otro.

Según esto, el ‘derecho débil’ a la autodeterminación debe combinarse con otros factores, que hacen que no se pueda interpretar de una manera absoluta, no obstante su valor universal. Así, el autor añade que si la separación beneficiase a la parte secesionista a costa del Estado matriz y cargara sobre éste los costes de la separación, entonces no se podría hablar de derecho de secesión. Esta excepción, de todos modos, no puede interpretarse en sentido extensivo. Así, la mera pérdida de ventajas derivadas de la asociación o el debilitamiento de sus respectivas economías como consecuencia de la secesión no son razones para rechazar la secesión.

En definitiva, Gautier defiende que existe un amplio derecho para los miembros de un grupo a separarse de su comunidad política (Estado), incluso en el caso de que tal comunidad haya sido plenamente legítima. Así como existe un caso moral para el divorcio sin culpa, así hay un caso moral para la secesión sin culpa (Gautier, 1994: 357-372, *passim*).

Según Wellman, los grupos humanos pueden tener derecho a la secesión por injusticias causadas por el Estado, pero eso no constituye un derecho de secesión basado en el derecho de autodeterminación. A partir del análisis de la naturaleza de la reivindicación del Estado de su territorio político, el autor cree estar en condiciones de concluir cuándo, cómo y qué clases de grupos secesionistas pueden tener válidas reivindicaciones para con el territorio codiciado. Esto no sería así, porque fuesen tratados injustamente, sino porque, simplemente, deciden ejercitar su primario derecho de autodetermina-

ción política. Ahora bien, puesto que el ejercicio del derecho primario de una manera absoluta –mero consentimiento– podría tener consecuencias dañinas por la proliferación de muchos minúsculos Estados, como sería el caso de que el Estado fuese incapaz de realizar su función de protección de los derechos, el derecho de los grupos a la secesión, más bien la aplicación del derecho a la secesión, depende de que el grupo secesionista y el Estado remanente sean capaces de cumplir con las funciones propias de un Estado. Esto, lógicamente, exigiría un análisis empírico caso por caso. A este modelo de análisis el autor le llama ‘híbrido’, ya que combina elementos propios del método de la teoría del plebiscito basado en el derecho de asociación política y elementos propios del método teleológico basado en la necesidad del cumplimiento de las funciones propias de un Estado. Según esto, cualquier grupo que reside en un territorio tiene derecho a formar su propio Estado si, en primer lugar, constituye una mayoría en ese territorio; si, en segundo lugar, es capaz, una vez constituido en Estado, de llevar a cabo las funciones legitimadoras de un Estado, principalmente, la seguridad y la justicia; y si, en tercer lugar, no perjudica al anterior Estado para cumplir esas mismas funciones legitimadoras (Wellman, 1995: 149, 161-163, 170-171; Buchanan, 1998: 236).

Daniel Philpott nos recuerda que la historia de la autodeterminación invita al escepticismo, pero recuerda, también, que es inseparable de la democracia y, por ello, defiende que cualquier grupo de individuos dentro de un territorio definido que desee gobernarse de manera más independiente disfruta, *prima facie*, de la autodeterminación, entendida como acuerdo legal que concede la independencia o una autonomía más grande dentro de un Estado federal. La cuestión de la autodeterminación, de este modo, queda abierta, ya que diferentes situaciones requieren diferentes soluciones. Esto hace de Philpott un autor más razonable y más prudente que maneja otras alternativas que la mera secesión en sentido estricto.

La autonomía moral individual basada en el concepto de Kant es el fundamento de la autodeterminación, que, a diferencia de otras opiniones, es interpretada en el sentido de autodeterminación democrática. La autonomía es la fuente del liberalismo y de la democracia. El derecho de autodeterminación es una exigencia de la democracia liberal. La autonomía no se entiende como la oportunidad de elección, sino como la actuación cuidadosa y reflexiva de acuerdo con la razón práctica de cada uno. La dimensión institucional de la autonomía exige que el derecho proteja la libertad negativa y la libertad positiva –de manera que ésta permita actuar deliberada y reflexivamente–, así como las instituciones políticas –de leyes y estructuras de gobierno– y la justicia distributiva.

De estas tres exigencias es la de las instituciones democráticas la que implica la autodeterminación. Ésta es única en promover la democracia para un grupo, cuyos miembros reclaman en primer lugar compartir una identidad con objetivos políticos y, en segundo lugar, buscar un gobierno separado del

gobierno del Estado. No se trata de la única identidad de los miembros del grupo, sino de la identidad conforme a la cual quieren gobernarse.

Las razones para la autodeterminación, piensa Philpott, no se reducen a la actividad de gobierno; pueden ser otras como el deseo de extender la lengua, educar a los niños en sus costumbres, salvar la religión, superar las amenazas a la identidad y la cultura en peligro, evitar las persecuciones y el abandono económico, dejar de estar conquistados o divididos por la diplomacia internacional y otras posibles razones. Pero, aunque estas razones distintas del mero autogobierno pueden ser moralmente relevantes para la autodeterminación, ninguna es necesaria. La pretensión de participar mejor en política y de estar mejor representados en la gestión de sus propios asuntos aumenta la autonomía de sus miembros y la autonomía, ésta es la clave, está en el centro de la justificación de la autodeterminación.

Ahora bien, aunque la mayoría, en parte, aspira a la autodeterminación por su intrínseco valor, también lo hace motivada por otras pretensiones y son esas otras pretensiones las que hay que analizar, porque puede ocurrir que, a la vez que no hace falta ninguna motivación especial para la justificación del derecho de secesión, las otras pretensiones puedan de hecho quitar valor a tal derecho. Esto ocurre cuando los objetivos que acompañan al deseo de la autodeterminación levantan la perspectiva de la injusticia. En tales casos, es decir, cuando los que reivindican la autodeterminación son los esclavistas, los opresores de minorías o los ladrones, como cualquier plan que comprometa la autonomía, hay que tomar medidas que o bien impidan la injusticia a través, por ejemplo, de una autonomía federal, o bien radicalmente nieguen la autodeterminación. Así, las motivaciones injustas, y sólo ellas, pueden condicionar la autodeterminación.

El valor de la autonomía lo es para todos, tanto para los separatistas como para los miembros del anterior Estado de manera que la potenciación de la autonomía de unos no debe limitar la de los otros. Por ello, la autodeterminación sólo puede ser justificada de manera condicional. El recurso al federalismo para suavizar los ataques a la autonomía explica el carácter condicional de la autodeterminación. Los separatistas tienen únicamente derecho a aquellos poderes y prerrogativas que respetan la autonomía de los anteriores conciudadanos.

El problema que ahora se plantea es el de determinar el grupo al que corresponde la autodeterminación. Para muchos autores es una cuestión virtualmente insoluble. Para Philpott, ni la etnicidad ni ningún otro rasgo objetivo puede ser el criterio de identificación del sujeto de la autodeterminación. Y, puesto que responder a este problema supone determinar las fronteras territoriales, no hay más alternativa, frente a la arbitrariedad, compatible con la democracia liberal que la decisión y aprobación por sus habitantes.

Como la autodeterminación no sólo crea un nuevo Estado o una región autónoma, sino, también, separa y coloca bajo un nuevo tipo de soberanía la tierra del viejo Estado, esto plantea la cuestión de si un grupo puede, además

de reivindicar un nuevo gobierno, reivindicar la tierra. Así como Buchanam defiende que la reivindicación de la tierra ha de ser justificada como condición previa para el ejercicio del derecho de secesión, Philpott defiende que el legítimo derecho de autodeterminación lleva consigo la tierra que el nuevo gobierno ha de administrar y proteger.

Pero, aunque la autodeterminación sea un derecho general, no quiere decir que no esté sometido a ciertas reservas, como las que se derivarían de determinadas intenciones de los separatistas (establecer la esclavitud) o de previsibles consecuencias perversas. No se justificaría, según esto, una descolonización que condujera a la negación del más mínimo contenido de la democracia liberal disfrutada ya en la situación colonial, es decir, a la negación de los derechos humanos básicos, aunque sí se podría aceptar la disminución de ciertos derechos, por ejemplo, electorales o educativos, para proteger la cultura entendida como contexto de elección. En el caso de la negación total del liberalismo, salvo secesión de otro Estado despótico, no cabe la justificación de la autodeterminación. Esto hace que la autodeterminación sea algo más restringido que lo que sugiere la afirmación inicial.

A diferencia de lo que dicen los remedialistas, no hace falta demostrar que el grupo separatista sufre injusticias, por muy importantes que éstas sean moralmente hablando. El derecho de autodeterminación no necesita de ellas, porque el criterio definitivo no es la injusticia, sino la existencia del grupo que quiere la autodeterminación, sufra injusticias o no las sufra. Para Philpott, en todos los Estados hay gente discriminada, pero en pocos se puede hablar de que esas injusticias las sufren por ser integrantes de determinados grupos. La masa, la gente, no forma grupos más que cuando sus miembros se identifican como grupo que quiere desarrollar sus propios fines. Con la conciencia de grupo se adquiere estatus moral y el autogobierno, que fundamenta el derecho de autodeterminación. La injusticia puede ayudar a fortalecer la identidad y la solidaridad de un grupo e, incluso, ser un motivo para la autodeterminación, pero no crea al grupo como tal.

Sin embargo, Philpott considera que, cuando la cultura está en peligro o un grupo está amenazado de genocidio, está justificada la autodeterminación, tanto desde el punto de vista democrático como desde el punto de vista de los derechos humanos. En estos casos, la independencia puede ser el único modo de impedir tales violaciones.

En cuanto al problema de los disidentes (personas que pertenecen a un grupo, pero que no están de acuerdo con la separación) y minorías (no pertenecen al grupo) el problema está en saber qué reivindicaciones están justificadas, dado que no se trata de un grupo homogéneo. En el caso de los disidentes, el criterio a aplicar debe ser el mayoritario a través del plebiscito. Si se trata de las minorías, donde el territorio no es homogéneo, la decisión corresponde a la mayoría de habitantes del territorio, pero con la salvedad de que los derechos de la minoría, incluidos los culturales, deben ser garantizados por el nuevo gobierno. Esto quiere decir que la autonomía de la mayoría

no debe ganarse a cuenta de los derechos de las minorías. Pero, hay otra cuestión en el caso de las minorías y es que se puede hablar de la existencia de un territorio homogéneo dentro de otro territorio heterogéneo, ya que estas minorías ocupan su propio enclave. En este caso, la lógica exige tratar a este enclave como un candidato a elegir su propio destino mediante la decisión de su propia mayoría.

Pero, más allá de los principios y de la teoría, como la aplicación de la autodeterminación suele producir malas consecuencias (guerra y refugiados, por ejemplo), Philpott se replantea la cuestión del derecho de autodeterminación desde ese punto de vista. El resultado es la moderación del derecho de acuerdo con el principio básico de la proporcionalidad y la distinción entre los tipos de autodeterminación, ya que las consecuencias de la secesión no son las mismas que las de otras formas de autodeterminación. Por ello, de manera general, se puede garantizar un derecho general a la autodeterminación de un grupo siempre que su nivel de justicia (liberalismo, principio mayoritario y respeto de las minorías) sea tan alto como el del Estado de origen. Su nivel de autonomía es variable y aumenta, hasta la secesión, de acuerdo con los agravios y amenazas sufridas y desciende hacia otras formas más suaves de autonomía, cuando la separación suponga la limitación de la autonomía de los miembros del Estado. La justicia de la autodeterminación y cualquier injusticia sufrida hay que sopesarlas con la perspectiva de la guerra o el caos. En definitiva, la secesión es el último resorte que aplicar; únicamente, cuando ninguna otra alternativa es suficiente.

La autodeterminación se justifica en la medida en que promueve la democracia, pero el éxito de la democracia depende de su estabilidad y las soluciones democráticas estables no necesitan ser siempre mayoritarias, ya que determinadas medidas que permiten el autogobierno de los grupos y la defensa de sus intereses, además de tomar parte en las decisiones del Estado entero, son formas de autodeterminación que han probado su estabilidad. De ninguna manera, concluye el autor, el reconocimiento de la autodeterminación en el sentido en que lo ha establecido produciría un desastre humanitario, ya que, en primer lugar, permite pocas secesiones y rechaza muchas reclamaciones de autonomía federal. La legalización de la autodeterminación y su prudente aplicación por los más poderosos Estados contribuiría, no a la anarquía, sino al orden y a la estabilidad. El autor sentencia que los grupos divididos no tienen futuro, pero tales grupos estarán menos divididos, si sus miembros se sienten respetados (Philpott, 1995: 352-385, *passim*)⁴.

El análisis de David Copp sobre si algún tipo de grupo dentro de un Estado tiene derecho a la secesión se plantea en el contexto más amplio de la división política. La cuestión a estudiar es qué grupos y en qué territorios tie-

⁴ El argumento de la autonomía como fundamento del derecho de secesión aparece, también, en Philpott (1998: 82-83.100).

nen el derecho a constituirse en Estados, es decir, qué grupos tienen el derecho de autodeterminación. La tesis de Copp es que las sociedades con un territorio (sociedades territoriales) y un deseo permanente por el autogobierno tienen el derecho para constituirse en Estados. Por el contrario, las naciones, en un mundo de sociedades pluralistas, carecen de tal derecho. Lo mismo les ocurre a ciertos grupos culturalmente homogéneos.

Aunque Copp defiende que el derecho de autodeterminación consiste en el derecho de un grupo a adquirir la condición de Estado o, si ya lo es, en el derecho a continuar siéndolo, el fundamento de tal derecho está en los derechos democráticos de sus miembros; ahora bien, hace falta que los individuos formen un grupo social determinado, el de una sociedad territorial y política. No se trata de un derecho absoluto, ya que puede haber circunstancias en las que no se pueda ejercer tal derecho, como podrían ser aquéllas en las que están en juego la paz y la seguridad internacionales. En estos casos tiene que haber una compensación, que podría ser la de un autogobierno limitado dentro del Estado.

El sujeto de este mal llamado derecho moral a la autodeterminación es el Estado, pero también lo puede tener algún grupo interno del Estado, ya que el derecho del Estado sobre su territorio no tiene más contenido que el de imponer en él su ordenamiento jurídico, ejercer un efectivo control e impedir interferencias ajenas sobre su acción de gobierno, pero no incluye el rechazo del derecho de secesión. Si, por tanto, un grupo o una entidad dentro del Estado tiene el derecho de secesión, éste incluye un derecho sobre su territorio de la misma naturaleza que el del Estado con la correspondiente libertad de plantear un plebiscito para crear un Estado en su territorio y el poder de adquirir el derecho a gobernar en su territorio. Y este derecho a la secesión no está ligado a la injusticia.

Los elementos definitorios de estos grupos, que pueden separarse legítimamente del Estado, son el de 'sociedad', 'territorio' y 'política', cuyo fundamento último es la democracia. El autor no desarrolla ninguna teoría de la democracia. Simplemente utiliza lo que, según él, defienden los demócratas como idea principal y que considera suficiente fundamento de su teoría. Lo esencial de la democracia, de donde nacen todos los demás poderes, es el gobierno conforme con una constitución que establece que son los ciudadanos los que de manera igual disponen de la autoridad sobre las decisiones políticas. Por tanto, el principio básico de la democracia es la igualdad de todos los ciudadanos, que, a su vez, exige la igual autoridad de todos ellos sobre las decisiones políticas. Y esto ha de aplicarse lo mismo al Estado que a cualquier otro grupo interno al Estado, que ocupara un territorio o tuviera derecho a ocuparlo y en el que podría construir un Estado, si hubiese un deseo estable por lograrlo.

Por sociedad se entiende un gran grupo, comparable en tamaño al de la población de un Estado, de historia multigeneracional y con capacidad para existir varias generaciones (la creación de instituciones que conviertan una

población en un Estado puede durar varias generaciones y, más, si se trata de un Estado democrático), caracterizado por una red de relaciones sociales (incluida la del compañerismo) y por normas de cooperación y coordinación, fundamentales para la construcción institucional del Estado. El grupo abarca, con un criterio ampliamente comprensivo, a toda la población de residentes permanentes de un territorio relevante con la excepción de los recién llegados, que todavía no están integrados en la red de relaciones sociales, porque, por ejemplo, no tienen todavía amigos o conocidos en el grupo, y con la exclusión de los emigrantes.

Por ‘política’ se entiende la voluntad estable –no simplemente esporádica– y generalizada del grupo de querer formar un Estado, bien sean razones culturales o tradicionales u objetivos políticos los que expliquen esta permanencia general. En caso contrario, el Estado estaría legitimado para impedir la secesión de tal sociedad.

En lo que se refiere al territorio, éste ha de ser considerado una región de tierra o una suma de regiones de tierra, donde pueda desarrollarse cualquier tipo de relación social significativa y donde sea factible construir un Estado. El territorio de una sociedad es aquél en el que virtualmente todos los miembros de la sociedad residen permanentemente y virtualmente todos los residentes permanentes del territorio son miembros de la sociedad. Las dudas pueden surgir en torno al inmigrante, pero, en cualquier caso, cualquier permanente residente del territorio debe ser tenido como miembro de la sociedad durante el período de su permanente residencia. Su razón estriba en que si una sociedad tiene el derecho de autodeterminación, democráticamente hablando, cualquier decisión sobre la soberanía, es decir, sobre la conversión de una sociedad en Estado, debe ser decidida por todos los miembros de la sociedad. No es éste el caso de los residentes temporales. La sociedad territorial puede tener ya su territorio o el derecho a ocuparlo por razones históricas u otras consideraciones a pesar de que no lo ocupe en la actualidad. Pero la sociedad, que no ocupa un territorio o carece de un especial derecho moral a ocuparlo, no tiene el derecho de autodeterminación al carecer del poder para constituirse en Estado. Ahora bien, una sociedad territorial y política, según criterios democráticos, tiene el derecho a que no se le impida realizar un plebiscito para formar un Estado y, supuesto el apoyo mayoritario a favor de la creación del Estado, tiene derecho a que ningún otro Estado interfiera en su creación.

Copp no se limita a defender qué grupos tienen derecho a la secesión, sino, también, a rechazar expresamente a aquellos que, en su opinión, no tienen tal derecho. En primer lugar están los grupos culturales, lo que algunos autores llaman ‘grupos abarcentes’⁵. Tales grupos tienen un carácter común y una cultura común que es dominante abarcando muchos, variados e impor-

⁵ Ver Avishai Margalit y Joseph Raz (1990: 439-61).

tantes aspectos de la vida, de manera que los miembros de tales grupos están marcados por el carácter de la cultura del grupo. Estos grupos afincados en un territorio, por ejemplo, los francófonos en Québec, con una identidad propia basada en su cultura, serían el sujeto de la autodeterminación. El criterio excluye del derecho de autodeterminación a todos los habitantes del territorio que no formen parte de tal grupo cultural. Únicamente contaría la voluntad de los grupos que forman la substancial mayoría 'abarcante'.

La razón del rechazo de este criterio está en que es contrario a los principios democráticos e igualitarios, además de utilizar un impreciso concepto de 'cultura' y un especialmente resbaladizo criterio de 'identidad'. El argumento cultural insiste en la importancia del Estado para el bienestar de los miembros del grupo cultural 'abarcante', pero olvida que también el bienestar de los demás quedará afectado por la creación de un nuevo Estado. Por tanto, el mismo argumento sirve para defender que el derecho de autodeterminación pertenece a toda la población del territorio.

De la misma manera, el argumento cultural abarcante habría que reconocerlo a las poblaciones de las muchas sociedades plurales existentes, donde hay diversos grupos abarcantes y, en muchos casos, el grupo no abarcante es la mayoría substancial en cualquier parte del territorio. Si se dice que el bienestar de los pertenecientes a los grupos abarcantes depende de la prosperidad del grupo, lo mismo cabe decir de los miembros de sociedades pluralistas respecto a la prosperidad de su sociedad. Por otra parte, argumentar con que la identidad, como parte esencial de la prosperidad de cada miembro, depende del grupo abarcante más que de toda la sociedad, olvida que la naturaleza multicultural de las sociedades plurales puede ser mucho más importante para la persona que la cultura de su propio grupo. Además, no cabe deducir de la conveniencia de que un grupo tenga su propio Estado que tal grupo tiene derecho a tenerlo.

Y, en segundo lugar, están las naciones, sobre las que Copp piensa que tienen similares problemas que los grupos culturales. Una nación es casi siempre una parte propiamente dicha de una sociedad en un territorio y sería antidemocrático que dispusiera del derecho en lugar de toda la sociedad. Además, una nación no tiene que estar necesariamente organizada en Estado, ni un Estado tiene que ser necesariamente la forma política de una nación.

La nación, un grupo que existe desde hace varias generaciones, ha de incluir, según Copp, otros elementos. En primer lugar, que el grupo tenga una historia y una tradición con las que sus miembros se identifiquen sentimentalmente (orgullo, vergüenza, resentimiento) y sean a la vez aceptados como miembros por otros que se identifican de la misma manera. En segundo lugar, que exista entre los miembros de la nación la aspiración o el deseo, entendido en un amplio sentido, estable y generalizado de que el grupo se convierta en Estado. Ésta es la manera de entender a las naciones como grupos políticos. Y en tercer lugar, la nación ha de tener un territorio en el que el Estado pueda formarse de manera factible para los miembros, exactamen-

te, de la nación o, al menos, la mayoría de sus miembros, independientemente de que el territorio esté dividido por una frontera actual.

Pues bien, lo común es pensar que las naciones tienen el derecho de autodeterminación, pero Copp advierte de que la nación no es ni necesaria ni suficiente para que un grupo tenga el derecho de autodeterminación. Una sociedad multinacional puede tener el derecho de autodeterminación sin tener un carácter nacional y sin tener una historia y unas tradiciones comunes. Y en lo que se refiere a que el carácter nacional sea una condición suficiente, conviene aclarar que los miembros de una nación pueden estar mezclados en el mismo territorio con los no miembros a semejanza de lo que ocurre en Québec. Aplicando los criterios nacionales, los miembros de la sociedad, residentes permanentes del territorio de la nación, podrían ser excluidos de la nación por no reunir alguna de las condiciones del carácter nacional. Según esto, sería antidemocrático conceder el derecho de autodeterminación a la nación y no a la sociedad dentro de la que está la nación, ya que determinados miembros de la sociedad, los ajenos a la nación en cuestión, se verían privados del voto. Las razones democráticas parece que avalan, también, la idea de que el derecho de autodeterminación pertenece propiamente a toda la sociedad de un territorio más bien que a una nación en los casos en que la nación no sea toda la sociedad. Los criterios democráticos sugieren ‘que si el derecho pertenece a algún grupo, éste es el que forma una sociedad completa’, es decir, la sociedad territorial y política. Si éste fuera el caso de Québec, añade el autor, los derechos de Canadá no incluyen el derecho de mantener su unidad impidiendo a Québec su secesión. El derecho de gobierno no da derecho contra los ciudadanos del Estado para que éstos no interfieran, sino todo lo contrario, ya que la democracia exige que las instituciones del Estado se dispongan de tal manera que todos los ciudadanos por igual puedan ‘interferir’. Por ello, todos los quebequeses, independientemente de su cultura y lengua, como miembros de la sociedad, tendrían autoridad sobre el derecho de secesión. La conclusión es que, si un grupo es una sociedad territorial y política, tiene el derecho de autodeterminación fundamentado en los derechos democráticos de sus miembros. Copp no usa el término de sociedad ‘distinta’, aunque podría usarlo, siempre que se interpretara lo distinto no como un conjunto de condiciones prepolíticas (v. g. culturales), sino como condiciones, en primer lugar, política, voluntad de los integrantes del grupo social de formar otro Estado, y, en segundo lugar, territorial, territorio propio con capacidad para vivir en grupo y formar un Estado⁶ (Copp, 1997: 277-300, *passim*).

⁶ El autor confiesa en el artículo citado algo difícil de entender en un análisis con pretensiones científicas, al afirmar que sus argumentos son incompletos debido, en parte, a que los conocimientos básicos de democracia no los tiene muy claros. Como crítica se puede decir que es contrario a cualquier planteamiento científico establecer un marco teórico de análisis de un problema que el investigador dice desconocer, al menos, en parte, como es, en este caso, la democracia. Puede ser una confesión honesta, pero no anula el problema académico que ella supone.

Harry Beran justifica el derecho de autodeterminación y secesión fundamentándolo exclusivamente en el derecho individual de libre asociación. Su teoría se formula como derecho moral a la autodeterminación política y a la secesión. Según esto, no les hace falta a los individuos, por tanto, ningún agravio ni situación de injusticia para justificar el derecho a formar comunidades territoriales en la tierra que ellos tienen o adquieren legítimamente. Tampoco necesitan creer que participan de otras características que el mero deseo de formar otro Estado, ni necesitan tener una identidad étnica o cultural común. Los individuos de cualquier grupo, por heterogéneo que sea, tienen el derecho de secesión. Basta tener la mayoría en cualquier parte del territorio del Estado. Es la 'teoría del plebiscito', que exige el asentimiento actual de los individuos. Aunque Beran reconoce la distancia de su pensamiento con la realidad, no duda en afirmar que la separación pacífica entre Chequia y Eslovaquia y la supuesta renuncia de Canadá a la fuerza ante el caso de Québec muestran el carácter no utópico de su teoría.

Beran resume su teoría democrática de la autodeterminación personal en los siguientes puntos: a) toda persona adulta normal tiene el derecho de autodeterminación personal y, por consiguiente, el de libertad de asociación con quienes también lo quieran; b) las comunidades territoriales (Estado, entendido en último término como pueblo o conjunto de individuos o parte de la población, nación y comunidades de grupos territoriales y no territoriales, en definitiva, grupo social en un común hábitat, compuesto de numerosas familias, que es capaz de perpetuarse a través del tiempo en cuanto entidad distinta, y cuyos miembros tienen entre sí relaciones directas y variadas, intereses comunes, sentido de pertenencia al grupo y conciencia de ser un grupo distinto) que tienen legítimamente su territorio, tienen el derecho de continuar ocupando su territorio; c) el derecho de autodeterminación política de un grupo requiere que éste sea no sólo una comunidad territorial, sino que sea, también, viable política y económicamente en cuanto entidad independiente; d) el derecho de autodeterminación de una comunidad territorial compuesta de comunidades territoriales más pequeñas se deriva del derecho de éstas en razón del principio de libre asociación; por ello, en caso de conflicto de fronteras entre una comunidad pequeña y otra más grande, prevalece siempre el derecho de la más pequeña; e) el derecho de autodeterminación política de una comunidad se ejercerá de acuerdo con el principio de mayoría, normalmente en referéndum, pero, si la cuestión estuviere clara, no haría falta el recurso al referéndum; f) el derecho de autodeterminación incluye el derecho de secesión acordada, por lo que su ejercicio está sujeto a la justa división de los activos y deudas del anterior Estado. En esencia, la secesión debe ser permitida, si la desea un grupo territorialmente concentrado dentro de un Estado y si es moralmente y prácticamente posible.

Beran advierte que los costes, las alteraciones e inconvenientes de la secesión son tan considerables, que tiene que haber fuertes razones para hacerla, razones que no eliminan la negociación subsiguiente. Así mismo,

considera que su teoría, para ser más convincente, requiere un contexto teórico formado por un acuerdo entre todas las comunidades del mundo sobre los principios morales directamente relevantes para la autodeterminación, una justicia distributiva internacional, una estratificación de niveles de gobierno (mundial, continental, estatal, provincial y local) siguiendo el criterio de Dahl de las cajas chinas como modelo de organización y la aceptación del criterio de unas fronteras legítimas en lugar de las mejores fronteras.

A pesar de la rotundidad de su teoría, Beran admite en la práctica excepciones a ésta como sería el caso de que una pequeña parte del territorio, que quiere separarse, fuera fundamental para evitar una invasión del Estado anterior y los separatistas se negaran a un acuerdo conjunto sobre el territorio. En este caso, el derecho del Estado anterior a la paz puede anular el derecho de autodeterminación. El Estado también podría oponerse a la secesión en el supuesto de que la parte secesionista se quedara con todas las fuentes de riqueza y no quisiera compartirlas con el anterior Estado.

El resultado de la aplicación de la teoría democrática, dice Beran, sería el aumento del número de Estados y de las naciones-estados, el desarrollo creciente de los lazos económicos y políticos entre Estados así como el fortalecimiento de mecanismos de decisión global, la integración creciente de los ejércitos que haría difícil su uso por parte de un Estado contra otro y, por fin, un uso mayor de las Cortes internacionales, en lugar de la guerra para resolver disputas.

Beran responde a la crítica de que la aplicación de su teoría aumentaría tanto el número de Estados que haría imposible el gobierno de la humanidad diciendo que es verdad que aumentaría considerablemente, pero no tanto como para caer en la ingobernabilidad, ya que la inviabilidad de determinados pretendientes no permitiría su creación y, por otra parte, comunidades territoriales viables preferirían usar la autodeterminación para un mayor control de sus asuntos internos o un mayor papel en el orden internacional, pero dentro de una comunidad política mayor, ya que esto les sería ventajoso.

El problema que aquí se plantea es el de la condición de comunidad 'distinta' para que pueda tener lugar el derecho de autodeterminación. Beran defiende que si se acepta su teoría, que recoge las características de tales grupos sociales (comunidad territorial, política y económicamente viable), la comprobación de tal realidad es una cuestión meramente empírica y no sería difícil determinar mirando pueblos y ciudades pequeñas si son comunidades distintas. Esto responde al criterio del autor de que una teoría convincente de la secesión legítima sólo puede serlo en cuanto parte de una teoría normativa comprensiva de las fronteras (Beran, 1998: 32-59, *passim*).

El análisis de D. J. Glaser podría estar entre los defensores del derecho de secesión basado, como hemos visto en otros autores, en el principio de libertad de asociación, o entre los contrarios a la secesión, ya que, en su opinión, hay buenas razones para no usar tal derecho, sin que esto quiera decir

que el derecho desaparezca. Glaser se define a sí mismo como teórico defensor del derecho primario a la secesión, por tanto, no remedial, a partir de las premisas del liberalismo igualitario o socialismo democrático. Su defensa del derecho, a la vez que su oposición a ejercitarlo y a que no sea reconocido, parece un claro inicio de la falta de sistematicidad en el análisis que realiza y, especialmente, una muestra de servidumbre dogmática.

Glaser argumenta que la forma política más coherente con el derecho individual a vivir (su propio autogobierno) como seres autogobernantes es la asociación voluntaria. La democracia (la asociación democrática), así, tiene por fundamento el consenso popular y la pertenencia voluntaria, es decir, consiste en que la gente, al margen de sus diferencias en otras cuestiones, esté conforme en vivir juntos y en observar unas mismas leyes. Pero el hecho de que la mayoría de los Estados no se base en el consentimiento popular no sólo lleva consigo que mucha gente pertenezca a Estados de los que no quiere ser parte, sino que debilita tanto la legitimidad moral como la legitimidad empírica del Estado. En estos casos poca gente se siente controlando sus destinos y más gente se siente alienada con sus gobiernos. Sería bueno, en lo que se refiere a las fronteras de los Estados, supuesto que no hay nada en este sentido predeterminado o natural, que se decidiesen, *coeteris paribus*, democráticamente. Esto supone defender la secesión, pero no defender que la secesión sea algo bueno o que la multiplicación de Estados sea positiva. De todos modos, el derecho a la secesión no es absoluto, sino limitado. En este sentido, Glaser expone una serie de observaciones, tanto conceptuales como prácticas, que suponen, en buena medida, un salto del dogma a la realidad.

En primer lugar, está la definición del territorio, es decir, la unidad del territorio objeto de la secesión, y la determinación de los votantes a participar en el referéndum. En segundo lugar, está la vulnerabilidad de las minorías antisecesionistas en el nuevo Estado y, en tercer lugar, la posible pérdida de valores democráticos en el nuevo Estado, si, por ejemplo, la secesión supone dejar un Estado democrático para fundar otro no democrático. Por otra parte, están las cuestiones relativas al reparto de los bienes generados en común y de los recursos naturales explotados en común, cuando ocurre que tales bienes están en el territorio secesionista.

Nada de esto anula el derecho de secesión, pero obliga a sopesar otras razones morales y a tener en cuenta otros derechos, de manera que toda secesión debería cumplir cuatro criterios fundamentales para ser legítima. En primer lugar, debe ser apoyada por una mayoría estable de residentes en el territorio secesionista, siempre y cuando la población del territorio no hubiera sido creada artificialmente en un pasado reciente. Sólo los adultos residentes podrían participar en el plebiscito de secesión. En segundo lugar, la delimitación del territorio debe hacerse de manera que incluya al máximo posible de secesionistas y reduzca al mínimo posible el número de antisecesionistas. En tercer lugar, han de respetarse los derechos básicos de todos los ciudadanos, incluidos los miembros de las minorías antisecesionistas. Y, en cuarto

lugar, la distribución de los activos y responsabilidades entre el anterior y el nuevo Estado, y, en el supuesto de que el territorio secesionista suponga llevar la mayor parte de los bienes comunes, la parte secesionista tendrá que o bien renunciar a parte de su demanda territorial o bien pagar una compensación.

En cuanto a si la democracia en el Estado disidente debe ser una condición para la secesión (ésta es la opinión de Nielsen, a quien cita el autor⁷), Glaser considera que sólo los Estados respetuosos con los derechos humanos podrían imponer tal condición. En el caso de Estados antidemocráticos, no; bastante es, viene a decir, lo que gana la democracia con la secesión. Por el contrario, podrían imponerla aquellos Estados que temiesen que el Estado secesionista se iba a comportar mucho peor que el Estado existente.

A pesar de todas estas precisiones, el derecho a la secesión sigue existiendo, pero el problema para Glaser ahora es el de si el derecho de secesión debe ejercerse o no, y si hay que animar al que lo tenga a ejercerlo. Es ahora cuando aparece su vertiente antisecesionista como consecuencia del análisis que hace de los argumentos que habitualmente suelen utilizarse a favor de la secesión. El autor los rechaza o los pone seriamente en duda. El rechazo es evidente, no podría ser de otra forma, cuando se refiere al argumento de que la secesión reduciría el conflicto creado por los secesionistas o que la secesión promueve la libertad de asociación. Y, en relación con otros argumentos, no se niega que en algún caso no puedan aconsejar la secesión, pero con frecuencia y normalmente hablando tales argumentos son insuficientes. En concreto son los argumentos de la descentralización, valorada positivamente por la Ciencia Política durante mucho tiempo, pero, también, criticada por sus efectos de parroquialismo y amenaza a la libertad individual; el de la lengua común, útil para una democracia, pero no necesaria como lo probarían los casos de Canadá, Bélgica y Suiza (aunque el autor parece olvidar los problemas separatistas que acompañan a los dos primeros); el de que la secesión sirve para centrar la política sobre la justicia distributiva y la democracia dentro de los grupos y no sobre cuestiones étnicas, que olvida el uso por parte de los nacionalistas de las cuestiones étnicas para desviar la atención de los problemas de clase y problemas democráticos; el argumento de que la secesión podría facilitar la creación de un Estado de bienestar entre conacionales deja de lado que el nacionalismo podría usarla para contrarrestar políticas redistributivas o de clase; además, las posibles ventajas de un Estado propio para los grupos explotados han de ser sopesadas con las incertidumbres de su realización, con las pérdidas económicas para ambas partes, fruto de la secesión, y con el posible empeoramiento de la situación de los grupos subordinados del Estado anterior; y, aunque el argumento de la secesión como instrumento de supervivencia cultural es valioso y defendible,

⁷ Ver Nielsen, K (1993: 29-43) y (1998: 103-133).

más lo es que la opresión de las minorías culturales aumenta en Estados culturalmente homogéneos que en multiculturales. El balance de todos estos argumentos pro y contra de la secesión, concluye el autor, ha de hacerse caso por caso, como es lógico, una vez que se pasa del campo de las creencias a la realidad social y política. No obstante, a todo lo dicho se añade un último argumento para dejar de lado la secesión, que es el de la prudencia, que llama a la búsqueda de alternativas en los casos no decisivos y donde las campañas secesionistas puedan probablemente desatar la división y el conflicto. Dado que algunos de los valores que se conseguirán con la secesión se pueden realizar con otros procedimientos, como una combinación de descentralización y centralización, la secesión podría convertirse en un peligro para lograrlos.

Los puntos de vista teórico y práctico de la secesión permiten a Glaser plantearse lo que se podría recomendar a los dirigentes de un Estado ante las presiones secesionistas. Dejando de lado ingenuas recomendaciones y pensando en los secesionistas recalcitrantes, lo correcto sería que los grupos dispusieran del derecho democrático a la secesión, pero con algunas condiciones. Éstas serían las ya conocidas: el apoyo mayoritario, el mínimo de oposición a la secesión en la parte secesionista, la negociación de la distribución de los recursos y obligaciones financieras, y el compromiso de respeto a los derechos humanos. En los casos en que un movimiento secesionista no cumpliera las condiciones, el Estado podría hacer uso de una ‘fuerza moderada’, entendiendo por tal la que haga falta para el cumplimiento de las leyes, realización de las funciones del Estado, prohibición de organizaciones armadas, confiscación de armas y recursos, y la encarcelación de secesionistas que realicen o planifiquen actos de resistencia armada.

Ahora bien, Glaser se muestra cauteloso y un tanto reticente a que el Estado emplee más fuerza contra los grupos secesionistas, aunque en ciertos casos le parece bien. Hay que evitar, por supuesto, aquella violencia que suponga una seria violación de derechos humanos, ya que ni siquiera las posibles futuras violaciones de los derechos justifican la violación ‘ilimitada’ (en realidad no justifican ningún tipo de violación) de los derechos humanos en el presente. Pero, el Estado podría aumentar la violencia contra los secesionistas en el caso de que las condiciones que no se cumplieran fueran el apoyo mayoritario a la secesión y la exclusión de áreas con mayorías locales antisecesionistas, en cuyo caso, sería legítimo el uso de tropas para complementar a la policía. Si, además, hay serias razones para pensar que los secesionistas cometerían violaciones de los derechos tales como el genocidio, se justificaría que el Estado utilizara in extremis la fuerza militar (habla, incluso, del uso de armas pesadas) para parar la secesión. Sin embargo, la supresión de la secesión por la fuerza ante el temor de violación de los derechos sobre la base de que muchas veces no se respetan las promesas de los secesionistas no le parece razonable, cuando la secesión está apoyada por la mayoría de la población. La razón es el alto coste moral que supondría ir contra la mayoría de la población, sumado al riesgo de que se utilice una

fuerza no justificada. Así, en las últimas recomendaciones a los Estados insiste por dos veces en que bloquear la secesión con el uso limitado de la fuerza es legítimo, pero no lo es utilizar una fuerza ‘inaceptable’, concepto que únicamente se entiende como violación de los derechos fundamentales. Con ello el autor sugiere que una fuerza total para acabar con la secesión, de hecho, llevaría consigo una violación de los derechos humanos o, al menos, un altísimo riesgo de que ello ocurriese.

En definitiva, los consejos que Glaser propone a los Estados van en este orden: atender las demandas secesionistas legítimas, salvo la secesión; permitir las secesiones que cumplan las cuatro condiciones anteriormente señaladas, es decir, reconocer un derecho a la secesión condicional; bloquear la secesión, cuando no se cumplan tales condiciones, mediante el uso limitado de la fuerza, si es preciso, y, en el caso de que la anulación de la supresión requiriese el uso de una fuerza ‘inaceptable’, habría que moderar algunas de las exigencias de la secesión y conducir lo relativo a derechos humanos, democracia y justicia distributiva a un nivel interestatal para garantizar su realización. Este modo de entender la secesión, cree el autor, sería una forma más propicia para garantizar una paz justa, desanimar a usar la secesión, que debería ser el último recurso, y evitar la supresión de los movimientos secesionistas por la fuerza, aunque no hay garantías de que se escuchen semejantes propuestas en el ámbito internacional, Derecho Internacional y Convenciones, siempre mucho más respetuosos con la integridad territorial de los Estados.

Con respecto a la cuestión de si un reconocimiento más radical del derecho a la secesión podría dar lugar a una interminable división de los Estados, guerras civiles y anarquía internacional, el autor piensa que efectivamente las demandas secesionistas acarrearán conflictos y su constatación histórica es una prueba moral contra la secesión. Pero, lo que importa es encontrar un lenguaje que desanime para la secesión a la vez que reconoce el derecho a ella. En términos de pareja, el autor defiende que su trabajo recoge la intuición de que el divorcio no es una buena cosa en una relación no abusiva, pero nadie debería ser forzado a permanecer casado ni siquiera con un compañero no abusivo (Glaser, 2003: 371-383).

IV. LA CRÍTICA A LAS TEORÍAS ASOCIATIVAS

La crítica que desarrollo a continuación en relación con las teorías asociativas o plebiscitarias tiene en cuenta tres cuestiones distintas, pero interdependientes entre sí: el marco teórico y método de análisis, la contribución al desarrollo del Derecho Internacional, y la relación entre Filosofía Política y Derecho Internacional. En esta parte sólo me refiero a la autodeterminación para la secesión y no para otras alternativas, en cuyo caso las teorías democráticas siguen siendo deficientes, aunque propongan objetivos legítimos.

1. El marco teórico y el método

Todos los autores defensores de las teorías asociativas tienen a la democracia y el liberalismo por fundamento de su argumentación a favor de la autodeterminación y secesión unilateral. La utilización de algún otro término, socialismo liberal o liberalismo, no afecta a esta afirmación inicial. En este sentido, no hay diferencias entre los autores analizados. Las diferencias surgen en torno a las condiciones de su aplicación, donde se observa una notable discrepancia hasta el punto de que la permisividad y la generosidad de algunos teóricos con la secesión se convierte en un rechazo en la práctica por parte de otros. Pero la cuestión básica para analizar no la constituye el conjunto de salvedades que introducen los autores, sino la fundamentación básica inicial común a todos ellos, a pesar de que la racionalidad y la razonabilidad no están en la conclusión del derecho general a la secesión, sino en las condiciones para el ejercicio del derecho, especialmente, en los casos de Copp, Beran, Philpott y Glaser.

La democracia, entiéndase democracia liberal, tiene para estas teorías el valor de norma universal que no sólo ha de aplicarse para legitimar al gobierno de un Estado o a los representantes del pueblo de ciudadanos, sino, también, a todas las cuestiones políticas y, entre ellas, la determinación de las fronteras del Estado. Nada ha de escapar a la decisión democrática de los individuos. El problema es el de si la democracia liberal, así entendida, constituye un marco teórico suficiente de análisis para establecer de manera determinante los criterios morales normativos de los territorios de los Estados. Detrás de esto está el supuesto de que toda teoría debe brindar un modelo de descripción, explicación y valoración del objeto de análisis, además de integrar los elementos tanto teóricos como prácticos.

Como ya se ha dicho, en nombre del liberalismo se defienden dos teorías sobre la secesión. La primera dice que ningún grupo está legitimado para ejercer la secesión en un Estado justo, es decir, en un Estado que cumpla sus funciones y obligaciones. La segunda establece que la voluntad individual es el criterio determinante político y, por consiguiente, la voluntad de la mayoría, sin más, de cada territorio es el criterio decisivo en la delimitación de las fronteras de los Estados. Esto es lo que defienden las teorías democráticas o teorías de la elección. En el fondo, tales teorías son teorías nacionalistas liberadas del elemento nacional, es decir, liberadas de la necesidad de explicar el porqué del peso que la etnicidad y los rasgos culturales tienen en la argumentación a favor de la secesión. Y, puesto que la pretensión de basar la secesión en los principios de autonomía y democracia parece hacer más fácil su entronque con otras características institucionales de la democracia liberal, basados, también, en los mismos principios, estas teorías parecen dar, de entrada, un toque democrático-liberal al tema de la secesión. Tales principios, ya se sabe, son los del consentimiento, autonomía individual, libertad de asociación, autodeterminación política o democracia. Esto es un error,

porque al prescindir del elemento nacional de las teorías nacionalistas se multiplica el número de grupos potenciales para la secesión, dejándolos a merced de la mayoría de las objeciones que se hacen a las teorías nacionalistas. Si se tiene en cuenta que los movimientos secesionistas del siglo XX han implicado a minorías étnico-culturales y que la mayoría de las teorías de la elección creen que los casos de conflictos étnicos encuentran soluciones en la aplicación de los derechos de las minorías y el federalismo y, únicamente, como último recurso, en la secesión, resulta que no tiene sentido tratar a las minorías étnicas según sus peculiaridades en cuanto grupos y, cuando piden la secesión, tratarlos, no como grupos diferentes, sino como conjuntos de individuos (Norman, 1998: 37-39).

Para Miller, si se cumple el principio de la voluntad individual se cae en la anarquía y si se cumplen las condiciones de su aplicación se acaba en la arbitrariedad. Además, es ilusorio pensar que el resultado de aplicar el principio de mayorías va a dejar a cada individuo en el Estado que desea. Habrá vencedores y perdedores, y para valorar los nuevos Estados habrá que tener en cuenta ganancias y pérdidas y no sólo 'contar cabezas' (Miller, 1997: 139-140). Los datos históricos prueban, más bien, que las consecuencias de las secesiones son negativas, ya que raramente la secesión pone fin a las luchas o al terrorismo. Además, la secesión es económicamente perjudicial para ambas partes y los nuevos Estados, consecuencia de la separación, son generalmente menos democráticos que los Estados originales (Spencer, 1998: 23).

Estas críticas válidas dejan de lado aspectos básicos que afectan directamente al marco teórico de análisis y destacan la incapacidad o insuficiencia de la teoría democrática para explicar la secesión. Entre los elementos que no son tenidos en cuenta y que son imprescindibles para una teoría científica cabe destacar la falta de explicación y de justificación de que algunos grupos sean expulsados de su Estado contra su voluntad y contra la voluntad de la mayoría del Estado; el porqué de la exclusión de otras alternativas a la secesión y a la unión; la arbitrariedad a que da lugar la falta de criterios sistemáticos; la falsa convicción de que la democracia sea, por definición, justa y suficiente criterio de legitimidad, cuando en realidad puede ser contraria a elementales derechos individuales (acaparamiento de la riqueza, historia de opresiones, negación de los derechos a los integrantes de minorías) y, por ello, ser contraria a principios básicos liberales; la falta de correspondencia entre el concepto de autodeterminación individual y la capacidad operativa real de cooperación de la persona; la falsedad de que la autodeterminación de un territorio es algo que no tiene nada que ver con los vecinos ni con la comunidad internacional; la falsedad empírica y la ficción que supone afirmar que la base para la justificación de la autoridad del Estado sea la intrínseca libertad de los individuos para crear una asociación política, cuando las deudas, como los beneficios, con el Estado empiezan con el nacimiento y continúan con la vida dentro del Estado, dependiendo de lo que se recibe del Estado, es decir, de los derechos reconocidos; la creencia de que la mera

mejora de las condiciones económicas pueda justificar la secesión o que sea parte de una teoría liberal de la justicia defender que un grupo pueda dejar una asociación política, cuando no le resulta ventajosa, invocando la ‘mutua ventaja’; la dificultad, si no imposibilidad, de establecer criterios que determinen qué individuos pertenecen al grupo, que, supuestamente tiene el derecho de secesión, cuestión que no se arregla por muchos referendos que se hagan; el supuesto falso de que toda la gente está claramente dividida en grupos en cuestiones de identidad y territorio, cuando tiene, en realidad, pluralidad de identidades; la disfuncionalidad del referéndum, no sólo porque la forma de preguntar determina ampliamente la respuesta, sino porque se trata de un instrumento burdo para la complejidad de las realidades identitarias, con lo que no se garantiza a todos la libertad de elección política⁸; la imposibilidad de que las técnicas plebiscitarias solucionen el problema de las minorías dispersas o integradas, de manera que los intereses de determinada gente no pueden ser tratados territorialmente; el equivocado supuesto teórico de pensar que el Estado es la única forma de organización política, que lleva al error de asumir que el derecho a determinar el estatus político debe significar el derecho a crear nuevas fronteras políticas, cuando cabe pensar en sociedades políticas no territoriales que ofrezcan la pertenencia al grupo más bien que a la ciudadanía del Estado; y, por último, la contradicción entre la defensa de la secesión como derecho individual que fundamenta una teoría normativa de la secesión y su rechazo por razones o limitaciones prácticas (Dowding, 1998: 76-79; Bishai, 1998: 100-102; Caney, 1998: 153-157).

⁸ En este sentido hay que tener en cuenta el análisis de Olofsgard sobre los incentivos políticos en una región que amenaza con la separación, en el supuesto de que la decisión secesionista se tome en referéndum. Se trata de un análisis que se fija, más bien, en los aspectos económicos de la secesión, en concreto, en el aumento o disminución del bienestar, aunque no se limita a ellos. La decisión del electorado depende de su percepción de los méritos de las distintas alternativas, que, a su vez, dependen de la información recibida. Como la información del electorado es, deliberadamente, un tanto imprecisa, el resultado puede ser ineficiente en el sentido de que puede darse la secesión incluso en el caso de que los mutuos beneficios de permanecer juntos sean mayores que los beneficios de la separación. Para una comunidad internacional preocupada con las secesiones de bienestar decreciente, la exigencia de un apoyo a las reivindicaciones separatistas a través del referéndum puede no ser suficiente (Olofsgard, 2004: 807-827). De manera semejante, Coppieters recuerda que un referéndum del territorio secesionista no es necesariamente reconocido como medio legítimo para medir el grado de apoyo popular a la independencia y puede no ser aceptado internacionalmente, si la limpieza étnica ha decidido su resultado. Incluso, con todos los derechos respetados, el referéndum es un procedimiento problemático, ya que se basa en el supuesto de que una parte de la población pueda expresar su opinión sobre el futuro del Estado. Si a esto se añade la idea de que el referéndum expresa un derecho intrínseco a la secesión unilateral, no ha de extrañar que se defienda que lo relativo a una secesión deba ser sometido al criterio de toda la población del Estado. Cuando, por otra parte, el referéndum es parte de un procedimiento legal complejo (v. g. negociaciones), deja de ser la expresión de un derecho a la secesión unilateral (Coppieters, 2003: 260-269).

También Norman considera que los teóricos de la elección no responden convincentemente a estas críticas y a otras que él mismo sugiere como las dudas sobre la utilidad del consentimiento para justificar los Estados o que la autonomía individual necesariamente aumente con la decisión colectiva sobre las fronteras del Estado; o la preocupación por las consecuencias anti-democráticas e injustas de la secesión, o por el destino de las minorías dentro de los nuevos Estados o, lo más importante, porque la anarquía secesionista, libre de toda justificación basada en la injusticia previa del Estado, vaya en perjuicio de los valores democrático-liberales (Norman, 1998: 38).

Es curiosa la interpretación que rechaza la teoría democrática por considerarla contraria a la igualdad y a la democracia. Alan Patten se hace eco de algunas de las consecuencias indeseables que la crítica atribuye a la teoría plebiscitaria (proliferación de las crisis secesionistas, violencia, guerras, perversos incentivos, deterioro de la democracia) y, sin entrar en ellas, propone desarrollar una diferente objeción a la teoría plebiscitaria de la secesión a partir de análisis de la nacionalidad en la relación entre democracia y secesión. Patten introduce el concepto de ‘reconocimiento’ en cuanto condición que afecta a la legitimidad de la secesión. El reconocimiento (con su adecuado desarrollo competencial e institucional y la pertinente reserva de competencias al Estado central) o, en caso contrario, el no reconocimiento de las distintas identidades nacionales en un Estado multinacional legítima o deslegítima la secesión. No es suficiente un mandato democrático para separarse legítimamente de un Estado justo, es decir, cumplidor de sus obligaciones, y, entre ellas, la del ‘reconocimiento’. Cuando un Estado reconoce la nacionalidad distinta en un Estado multinacional con su adecuado desarrollo institucional no hay secesión legítima. La decisión democrática no produce, por sí misma, el derecho de secesión. Según esto, la teoría plebiscitaria, que no reconoce tal condición, es excesivamente permisiva, incluso, en los casos más moderados y limitados. Ahora bien, el principio democrático de la igualdad, supuesto que el reconocimiento de un grupo es algo positivo y que esto es así para todos los grupos, exige que las previsiones constitucionales que establezcan el mismo reconocimiento para todos sean valoradas y respetadas. Sin embargo, la teoría plebiscitaria permitiría secesiones que, no sólo no respetan, sino que dismantelan los acuerdos constitucionales que establecen el mismo reconocimiento. La teoría plebiscitaria, de este modo, entraría en conflicto con un reconocimiento igual de los grupos o de las identidades nacionales de una misma comunidad y por ello es rechazable.

Obsérvese que una teoría democrática, la plebiscitaria, es rechazada por su contradicción con el principio democrático de la igualdad. Éste sería el caso de un Estado federal en el que la parte secesionista de una región donde se dan las dos identidades, la estatal y la de una minoría nacional, ganase un referéndum mediante el cual se alterarían las bases constitucionales y la identidad de la minoría nacional sustituiría totalmente a la otra identidad. Un resultado contrario a la igualdad sería fruto, según la teoría plebiscitaria, de

una decisión de la democracia. Patten considera que sería legítimo en este caso limitar, incluso anular, la autoridad de tales procedimientos particulares con el fin de obtener resultados más iguales, de la misma manera en que se limita o se anula un mandato democrático que pueda suponer, probablemente, violaciones de los derechos. Y, si bien el principio de igualdad debe ser tenido en cuenta para una valoración de la teoría plebiscitaria, también hay que tener en cuenta el argumento de la democracia. El problema se plantea en un territorio donde se dan las dos voluntades y las dos identidades, la secesionista y la unionista. Patten, que se muestra un tanto dubitativo en la decisión de si debe ser el territorio regional o todo el Estado el sujeto decisor sobre la secesión, en último término defiende inequívocamente que la mejor solución para que cada uno se encuentre en su asociación preferida, en el supuesto de un pluralismo identitario (donde caben diversas opciones: identidad estatal nacional, identidad secesionista y participación de las dos identidades), no es aquella en la que una mayoría obtiene todo y una minoría nada, sino aquella en la que a cada uno se le garantiza un determinado nivel de pertenencia a su preferida asociación. Y esto es lo que se consigue en un constitucionalismo multinacional. En él se acerca uno al ideal máximo respecto a la autonomía asociativa (Patten, 2002: 558-586, *passim*).

La insuficiencia de un marco teórico es inseparable del uso de una metodología inadecuada. Y es esto lo que, también, destaca cierto sector de la crítica, que ofrece, además, complementos teóricos y metodológicos. Los análisis plebiscitarios demostrarían o bien la inexistencia de una verdadera metodología por parte de los filósofos o bien que se trata de un método a priori, totalmente inadecuado para estos problemas. Su procedimiento consiste en derivar de los puros principios de la democracia o de la libertad de asociación sus conclusiones, como si determinar las fronteras fuese exactamente igual que escoger a los parlamentarios o a los amigos. Cuando nueve veces de cada diez, dice Norman siguiendo a Horowitz y refiriéndose a los problemas étnicos, las secesiones reproducen nuevos problemas étnicos, no se puede decir que todos los riesgos no se pueden evitar, sino, más bien, que el riesgo es inevitable. Detrás de la teoría de la elección hay una concepción del Estado que lo identifica con una colección de individuos autónomos, es decir, una concepción decimonónica liberal, que, en la actualidad, ni siquiera es defendida por los liberales. El liberalismo actual no es ajeno a las cuestiones de identidad, cemento social, sentido de comunidad y de identidad. Por el contrario, el concepto de Estado de los teóricos de la libre elección acabaría casi con seguridad con el actual sistema de Estados, si fuera asumido por el Derecho Internacional o Constitucional. La mayoría de los Estados se haría pedazos por causa de los movimientos de secesión oportunistas. Norman interpreta la teoría como una contradicción, porque, por un lado, es un desafío a la autoridad del Estado y al sistema de Estados, pero, por otro, es la glorificación del Estado, al defender que todo pueblo es injustamente tratado si no se le permite escoger el Estado al que quiere pertenecer (Norman, 1998: 39).

También para Patten, que se suma a los teóricos defensores de que la secesión únicamente se justifica cuando existen permanentes violaciones de la ‘justicia mínima’ por parte del Estado o mínimo reconocimiento, el problema es metodológico, ya que una teoría sobre la secesión, para que tenga relevancia práctica, requiere no sólo determinar principios abstractos normativos, sino decir algo sobre quién tiene la autoridad de decidir sobre las disputas secesionistas, bajo qué normas y procedimientos, su posible codificación o constitucionalización y las posibles consecuencias adversas de la incorporación de algunas propuestas abstractas al derecho internacional y a la práctica (Patten, 2002: 582).

Tal vez sea Bruno Coppieters el que más aporta en la crítica a la teoría del derecho primario. Y lo hace, tanto desde el punto de vista teórico como metodológico. Ambos son insuficientes, por lo que propone como alternativa lo que él llama la ‘contextualización’. No se refiere expresamente, como en los demás casos que hemos anotado, a los teóricos del derecho primario a la autodeterminación y a la secesión, pero su planteamiento es aplicable, también, a ellos, porque la debilidad de su argumentación es similar a la de quienes defienden otros criterios, como puede ser el de la autodeterminación nacional, y porque la alternativa metodológica que propone es válida, también, para sustituir la utilizada en la teoría del derecho primario.

Coppieters destaca que entre los temas objeto de análisis en los estudios normativos sobre la ética de la secesión no aparezcan el de la legitimidad del uso de la fuerza para conseguir el Estado independiente o el de la seguridad, con lo que la ética de la secesión y la ética de la guerra pertenecen a campos separados de investigación. Además, el método aplicado es el propio de aplicar un razonamiento deductivo a partir de determinados principios que se usan para enjuiciar la secesión, lo que da lugar a que no se preste suficiente atención a las aportaciones de otras disciplinas. De ahí que otras tendencias hagan un planteamiento distinto que trata de superar la compartimentación y la deducción abstracta. Este planteamiento es el de la contextualización de la secesión, que da lugar a un serie de estudios empíricos, que permiten examinar la validez de los distintos planteamientos normativos habituales. La contextualización de los principios de análisis traslada el foco de la investigación desde la Filosofía política a la Historia, al Derecho Internacional y a las Ciencias sociales sin desprezicar las aportaciones de la Filosofía política. La capacidad de la contextualización para abrir nuevas vías de investigación ha de examinarse en torno a los siguientes problemas: el concepto de secesión, las condiciones de legitimidad de una secesión unilateral, la distinción entre nación étnica y nación cívica, la soberanía en un proceso secesionista y el problema de la justificación moral de la guerra. Y esto requiere la utilización de nuevas categorías entre las que destacan la distinción entre secesión, movimientos secesionistas y procesos secesionistas, la interpretación de los conceptos de nación cívica y étnica como tipos ideales al estilo de los conceptos de autoridad de Weber y no como conceptos empíricos, la distinción

entre soberanía como capacidad de regulación de todos los problemas, incluso los movimientos internacionales de capital, cuestión hoy en franco declive, y la soberanía como autoridad o Derecho del Estado, que tiene plena vigencia y es lo que buscan los secesionistas, los cuales no pretenden crear un nuevo orden internacional sin Estados, sino ser parte del sistema de Estados, y, por último, la unión del tema de la guerra justa con el de la separación unilateral (dada la violencia que acompaña en la mayoría de los casos a la secesión unilateral) de manera que las seis condiciones o principios de la guerra justa –justa causa, rectas intenciones, autoridad legítima, probabilidad de éxito, proporcionalidad, último recurso– se apliquen, también, para analizar la ética de la secesión unilateral. Su aplicación puede dar lugar a resultados muy distintos de los que se derivarían de teorías dogmáticas y de métodos deductivos (Coppeters, 2003, 1-21)⁹.

Este conjunto de críticas quiere decir que la teoría democrática no es capaz de responder a ellas, o lo que es lo mismo, no es capaz de integrarlas en un análisis sistemático coherente. Las teorías plebiscitarias invocan la democracia, pero la democracia actual es democracia liberal y hay que estar atento a que la decisión democrática no vaya en contra de valores liberales, ya que el liberalismo fundamentalmente es Estado de Derecho. Y, en este sentido, si bien hoy en día el término democracia incluye el del liberalismo, no hay que olvidar que originariamente tales conceptos tienen contenidos distintos y obedecen a tradiciones distintas. La fusión de los conceptos democracia y liberalismo no es absoluta ni puede serlo. La suma de todos los contenidos democráticos y liberales en un sistema político llevaría a claras incompatibilidades y contradicciones, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de que una decisión democrática mayoritaria negase la libertad religiosa a un grupo de la comunidad política. Democracia y liberalismo, más que fusionarse, van juntos en nuestros sistemas democráticos, limitándose y complementándose mutuamente a través del Derecho positivo. Determinados valores, v. g. la libertad individual liberal, no tienen la misma acogida en la democracia radical. Como es sabido, y Freeman lo recuerda, el liberalismo se define por los valores individuales, la limitación del poder de los gobernantes, independientemente de que sean democráticos o no, los derechos individuales y la protección constitucional de los derechos individuales contra la voluntad popular mayoritaria. En cambio, la democracia es una interpretación de la legitimidad del poder, que considera que el poder pertenece o está en el pueblo, independientemente de que sea liberal o no, y es reacia a limitar el poder de los gobiernos democráticos. Lo más importante en la democracia es la voluntad del pueblo y ésta no tiene necesariamente

⁹ Estos instrumentos y criterios son aplicados por diversos autores en los estudios que recoge la obra de Bruno Coppeters a los casos de la Liga Norte en Italia, Córcega, Chipre, Irlanda del Norte, Yugoslavia, Tatarstan, Chechenia, Georgia-Abkhaz, Québec y Taiwán.

que respetar los derechos individuales. Al liberalismo le preocupa más la protección constitucional de los derechos individuales contra decisiones de mayorías populares, mientras que a la democracia le interesa más que lo relativo a los derechos sea resuelto por procedimientos democráticos. La solución final sobre los derechos en el liberalismo se encomienda a los jueces; la democracia prefiere las asambleas elegidas (Freeman 1999: 362). Ahora bien, en los siglos XIX y XX se produce la convergencia entre liberalismo y democracia, que se mantiene en la actualidad, no obstante la pretensión de algunos de potenciar la democracia a costa de hacer desaparecer el liberalismo. En la democracia liberal, fruto de esta convergencia, «el liberalismo es sobre todo la técnica de los límites del poder del Estado, mientras que la democracia es la entrada del poder popular en el Estado» (Sartori, 2007: 242). Una teoría democrática no puede olvidar esta distinción. Tampoco puede olvidar que un marco teórico democrático de análisis requiere la clara definición del concepto de democracia, cosa que se hace de manera insuficiente en la teoría democrática de la secesión. La democracia liberal no es meramente participación y decisión de los ciudadanos. Esto ni siquiera lo fue en la democracia clásica griega, en la que un conjunto de instituciones permitían la participación y decisión de los ciudadanos, pero, también, de manera esencial, el control del ejercicio del poder (Sabine, 2002: 31-43)¹⁰. Como dice Dahrendorf, «la democracia es un conjunto de instituciones cuya finalidad es dar legitimidad al ejercicio del poder político proporcionando» y garantizando los cambios sociales y políticos sin violencia, el control de los que ejercen el poder político y la voz del pueblo en el ejercicio del poder (Dahrendorf, 2002: 9-10).

La teoría democrática no demuestra que una ‘parte’ del poder popular del Estado tenga el derecho moral a separarse del Estado y fundar un nuevo Estado. Y no lo hace por su insuficiencia académica, al margen de la conveniencia o no de la secesión. Es cierto que para algunos la cuestión más fundamental es decidir la comunidad política a la que se va a pertenecer y en cuya arena pública se va participar. Un demócrata no podría aceptar que las fronteras se considerasen cosa sin importancia o el resultado inapelable de la historia. Para un demócrata, las fronteras son una cuestión que decidir democráticamente. Y, como ya se ha dicho y lo señala Canovan, siguiendo a Whelan y Holden, antes de que el pueblo actúe hace falta establecer quién es el pueblo, de manera que la determinación del sujeto ‘pueblo’ se convierte en la decisión política más fundamental. Pero en la Ciencia Política los teóricos de la democracia parece que no aportan nada sobre la cuestión, incluso alguno llega a decir que tal problema no es, en sí mismo, propio de la teoría democrática. Lo que se da ampliamente por sentado es que, para los objetivos de la demokra-

¹⁰ Ver, también, Jean Touchard (2006: 31-48).

cia, entendida como democracia liberal, cada Estado contiene un pueblo y las fronteras de los Estados se dan por hechas (Canovan, 1996: 17-18).

Lo que Canovan destaca es lo que antes se señalaba, que un elemento que debería integrar la teoría democrática, el de la determinación del sujeto de decisión, queda difusamente descrito. Pero, con ser esto importante, hay algo que no tiene cabida en una lógica democrática y *liberal*, y es la prioridad que se da a la formación de las fronteras. Lo mismo ocurre en la teoría nacionalista. En mi opinión, lo más importante, políticamente hablando, no es decidir la 'politeia', hoy en día el Estado, a la que se va pertenecer y en la que se va participar, lo que supondría la delimitación de las fronteras, sino el vivir, tanto en lo que afecta al individuo como a la comunidad política, de acuerdo con los valores y principios de la democracia liberal. La forma política y su dimensión territorial no es más que un instrumento institucional histórico para realizar el objetivo último de vivir en libertad e igualdad. Esta comprensión instrumental y finalista de los Estados permite calificarlos de democráticos, cuando su organización y actuación a través de la participación ciudadana siguen los criterios democráticos y conducen a resultados democráticos y liberales. Esto es lo fundamental y las fronteras son un tema secundario que, a pesar de ello, pueden dar lugar a problemas gravísimos, cuando dentro de ellas no se practica la democracia ni se respetan los derechos de las personas. La misma argumentación que desarrolla Rousseau para legitimar únicamente el Estado democrático deja de lado el proceso histórico de formación del Estado. Lo más importante, a lo que dedica su análisis, es la recreación y la refundación del Estado a través de la democracia. Pero, supuesta esta prioridad, donde hay democracia, no cabe la secesión, ni siquiera, siguiendo argumentos plebiscitarios. La conclusión de Habermas, aunque se refiere a la autodeterminación nacional, es aplicable, también, a este caso. Según el autor alemán, uno de los éxitos más notables del Estadonación ha sido la institucionalización de los procesos de autodeterminación democrática a través de la integración política de los ciudadanos. Esto supuesto, y desde el punto de vista normativo, «el presunto 'derecho' a la autodeterminación nacional que ha configurado el nuevo orden europeo después de la Primera Guerra Mundial, y que tanto daño ha causado, es una extravagancia» (Habermas, 2000: 97). De forma aún más rotunda, Habermas afirma que ni siquiera la discriminación de las minorías tiene necesariamente que justificar la alteración de las fronteras de un Estado injusto. Con más razón, lógicamente, se puede decir lo mismo de una mayoría de una parte de un territorio de un Estado que no tiene más razón para la separación que la de su voluntad. Pero, «en la medida que todos los ciudadanos disfrutan de iguales derechos y nadie es discriminado no existe ninguna razón convincente para la separación de la entidad común existente» (Habermas, 1999: 122). La afirmación de Glaser, que dice que poca gente se siente controlando sus destinos en Estados que no cuentan con su consentimiento para su existencia, a pesar de ser democráticos, no aguanta una comprobación empírica.

Algunos autores, siguiendo rígidamente este argumento, defienden que sólo se justificaría la alteración de las fronteras, es decir, la secesión, en respuesta a una muy grave injusticia, como, por ejemplo, el riesgo de genocidio o la negación permanente de los derechos humanos. Ésta es la tesis de Buchanam, Norman¹¹, Orentlicher y otros autores, a la que se suma entre nosotros Ovejero, que se enmarca dentro de las teorías defensoras del derecho reparador o remedial de la injusticia a través de la secesión, interpretando que también la ausencia de la democracia liberal es injusticia. Estas teorías plantean otro problema, que no tiene cabida en este trabajo. Pero, las teorías plebiscitarias, dice el último autor citado, no aportarían nada para garantizar la igualdad democrática, más bien todo lo contrario. Por ello, si no hay ninguna razón moral que justifique la secesión a partir del derecho de asociación, el problema no es el de las fronteras existentes en los Estados democráticos, sino el de su modificación, y esto es lo que habría que justificar (Ovejero, 2006: 16-17, 95-96).

Evidentemente, este planteamiento tiene sentido en lo que se refiere a Estados democráticos, pero son muchos los casos de movimientos secesionistas en Estados dictatoriales. La teoría democrática tiene todavía menos que decir para estos problemas, ni siquiera para el caso de que el movimiento secesionista se desarrollara dentro de Estados dictatoriales, porque la teoría no abarca todos los elementos en juego en la secesión, tales como la paz y el orden internacional, entre otros. Si se sigue el argumento de manera radical, estaría justificada la secesión de los Estados no democráticos para crear, precisamente, la democracia y garantizar los derechos de las personas, que es lo que dice la teoría remedial. Pero no parece que la paz internacional, con la mitad de Estados no democráticos, saldría fortalecida. Sí se puede decir, en cambio, que la secesión de un Estado democrático para formar un Estado no democrático no tiene ninguna justificación moral, aunque alguien se atreva a defender que toda secesión es siempre una victoria de la democracia.

Tiene especial relevancia destacar que la teoría democrática falla desde los cimientos mismos de su Filosofía Política. La distancia de las teorías democráticas con respecto a la realidad y el olvido de una categoría tan importante como el orden contrastan con la afirmación de Wolin de que todo teórico político «ha clasificado el orden como un problema fundamental de su objeto de estudio. Ningún teórico político abogó jamás por una sociedad desordenada, y ningún teórico político ha propuesto jamás la revolución permanente como modo de vida. En su sentido más elemental, el orden ha

¹¹ Norman, que defiende la necesidad de crear adecuadas instituciones para el tratamiento de la secesión dentro del Estado, cuestión que desarrolla en su trabajo de 2003, considera que en ausencia de tales instituciones la aceptación de la teoría de la justa causa en un escenario democrático es lo más aceptable (1998: 56).

implicado una situación de paz y seguridad que hace posible la vida civilizada (...) toda investigación política se dirige, en alguna medida, hacia los factores que favorecen o contrarían el mantenimiento del orden» (Wolin, 1960: 18). Nada de esto aparece en los autores analizados. La secesión de ninguna manera es sometida de forma sistemática a un análisis riguroso de sus implicaciones con el orden tanto dentro del Estado donde se produce, como en el campo internacional, salvo afirmaciones generales de que el desorden no puede ser un compañero fiel de la secesión y, siempre, en relación con la aplicación de un derecho general a la secesión existente.

Es cierto que el hecho de que el tema de la creación de las fronteras no haya encontrado asilo en la Filosofía Política no impide la legitimidad de integrar tal cuestión en el análisis político, pero ha de hacerse desde parámetros académicos, respetuosos con la realidad institucional y con el objeto de lo 'político' creado por la misma Filosofía Política. Este objeto es históricamente cambiante y cambiable, pero no es desdeñable a capricho hasta el punto de que la autodeterminación y secesión puedan ser analizadas al margen de los grandes temas que dan sentido y significado a los fenómenos políticos, como pueden ser el orden, la paz, el poder, la violencia, el Estado, la comunidad internacional, la autoridad, el consenso, el disenso, la libertad o la igualdad. Ni tampoco se pueden desdeñar las instituciones políticas. Son éstas las que «dan coherencia previa a los fenómenos políticos; de ahí que, cuando el filósofo político reflexiona acerca de la sociedad, no se encuentra ante un torbellino de sucesos o actividades inconexos que se precipitan a través de un vacío democriteano, sino ante fenómenos ya dotados de coherencia e interrelaciones» (Wolin, 1960: 17). Por otra parte, la Filosofía no puede operar con categorías o conceptos teóricos totalmente ajenos a cualquier contraste con la realidad empírica, por mucha libertad que se dé al filósofo de ignorar los hechos y de establecer únicamente 'el deber ser' abstracto. A quien no acepte semejante criterio habría que decirle que la secesión es más una cuestión de Ciencia Política y Derecho que de una Filosofía moral o política. Los teóricos plebiscitarios utilizan por separado una Filosofía abstracta de la que concluyen el deber ser indiscutible sobre la secesión, que es limitado con ciertas observaciones de lo que supondría la aplicación dogmática de tal conclusión, pero no hay ninguna integración de la perspectiva teórica y práctica.

Cuando se trata de aplicar la teoría de la asociación política, se observa su prácticamente nula utilidad, como le ocurre a Moore al estudiar el caso de Iraq y, especialmente, el de los kurdos. La autora se ve obligada a reconocer que tiene una aplicación muy poco interesante. El problema de si los kurdos tienen derecho a la secesión se escapa de cualquier análisis basado en la teoría asociativa, porque la realidad social es tan compleja, que desborda la simpleza del planteamiento. Se trata de un claro ejemplo de que la decisión democrática puede dar lugar a un resultado injusto. La teoría puede tener por fundamento lo que la autora, tal vez, de manera excesivamente complacien-

te, califica de un rico fundamento, pero esta manera substantiva de entender la autonomía individual no resuelve el problema, ya que es imprescindible recurrir a análisis empíricos y a otras disciplinas. Moore, sin mencionarlo, da la razón a Coppieters (Moore, 2006: 60)¹².

2. La contribución al Derecho Internacional

Otra distinta valoración crítica de las teorías de la asociación voluntaria es la que sigue el criterio de la aportación positiva o negativa de tales teorías al desarrollo de una moralidad institucional internacional articulada en un sistema de Derecho Internacional. Es uno de los criterios de Allen Buchanan, para quien la cuestión más urgente que plantea la secesión es la de las condiciones por las que se reconocería a un grupo tener el derecho de secesión como materia de moralidad institucional internacional incluyendo un sistema moralmente defendible de Derecho Internacional. La teoría de la libre asociación da poco de sí para desarrollar una respuesta institucional internacional al problema de la secesión.

Los criterios de valoración de cualquier teoría, según Buchanan, son éstos: carácter progresista y mínimamente realista de la propuesta teórica (es decir, ha de mejorar los valores básicos, especialmente, la protección de los derechos humanos, y ha de ser previsiblemente adoptada en el futuro a través del proceso por el que se elabora en la actualidad el Derecho Internacional, uno de cuyos elementos es su creación a través de los Estados); coherencia con los bien enraizados y moralmente progresistas principios del Derecho Internacional; ausencia de estímulos perversos (tales como socavar los principios del Derecho Internacional, obstaculizar estrategias moralmente progresivas para la solución de conflictos o el logro de resultados como una mayor eficacia en el gobierno o una mayor protección de la libertad individual) y una aceptación moral por parte de una amplia audiencia internacional.

De acuerdo con estos criterios, Buchanan –que defiende una teoría de la secesión basada únicamente en la reparación de las injusticias– interpreta que no es probable que el Derecho Internacional adopte las teorías plebiscitarias, ya que éstas autorizan el desmembramiento de los Estados, incluso el de aquellos que son considerados justos por cumplir las funciones legitimadoras de un Estado, lo que supone una amenaza directa y profunda a la integridad territorial de los Estados. La oposición de los Estados no sería únicamente una cuestión de mero ‘interés’ estatal, sino de un interés moralmente

¹² Su idea de que la concepción territorial de la autodeterminación es inadecuada y que no ha lugar a la secesión, cuando los Estados reconocen las identidades nacionales diferentes, sitúa a Moore en clara oposición a la teoría asociativa (Moore:1997: 912-913; 1998: 5; 2006: 78).

legítimo, ya que el principio de integridad territorial del Estado sirve a algunos de los muchos intereses básicos moralmente legítimos de los individuos, como son su protección física, la preservación de sus derechos, la estabilidad de sus expectativas y la participación en el proceso de gobierno. Tales derechos dependen de la aplicación efectiva de un orden legal, que, a su vez, exige una efectiva jurisdicción y, lógicamente, un territorio claramente definido. Por todo ello, se puede decir que el Estado tiene un ‘obligado’ interés en mantener su integridad territorial, ya que ella contribuye a realizar tales derechos, así como permite a los ciudadanos influir en la calidad del orden legal. Es esta participación la que exige una alta estabilidad tanto de una efectiva jurisdicción de las leyes como de los miembros del Estado o de la pertenencia al Estado. En la medida en que la integridad territorial ayuda a respaldar la integridad de la participación política, la legitimidad de ésta añade un peso moral al principio de integridad territorial. Ahora bien, Buchanan no omite que este principio puede también ser invocado para apoyar una situación moralmente deficiente. Por ello, el principio en cuestión no puede ser interpretado de una manera absoluta, ya que no permitiría distinguir entre Estados legítimos e ilegítimos, sino de una manera progresiva, que se aplicaría únicamente a los Estados legítimos, entendiendo por ilegítimos los que amenazan la vida de partes importantes de su población mediante políticas de persecución étnica o religiosa, o exhibe un racismo institucional que priva a una proporción importante de población de los derechos básicos económicos y políticos. El cambio de una interpretación absoluta a otra progresiva del principio de integridad territorial sirve a intereses moralmente legítimos, como son los de los individuos y grupos y no los de los Estados, y refleja una actitud normativa superior.

La protección del principio a los Estados legítimos sería un estímulo para que los Estados causantes de injusticias trataran de evitarlas, buscando así la protección que evitara su desmembramiento. Por el contrario, si el derecho internacional reconociese el derecho de secesión basado simplemente en el derecho de asociación, estaría animando a los Estados, incluso justos, a impedir que los grupos se convirtiesen en demandantes del derecho de secesión, lo que daría lugar a la comisión de injusticias. Porque, si como dice Wellman, cualquier grupo territorial que pueda funcionar como un Estado tiene derecho a la secesión, los Estados tratarán de impedir la formación de tales grupos prósperos y bien organizados. Sería dar a los Estados incentivos para fomentar la dependencia económica y política. En el supuesto de que la teoría de la asociación voluntaria fuera aceptada como criterio de reforma del Derecho Internacional, ello iría en contra de lo que muchos, incluidos expertos de Derecho Internacional, ven como una solución en los problemas de secesión, la descentralización. Y no se puede aceptar la preferencia de la secesión sobre la descentralización apoyándose en la idea de que la descentralización daría excesivo peso moral a los intereses de los Estados, porque, en primer lugar, la descentralización tiene su propio atrac-

tivo moral (promover intereses moralmente legítimos como una más eficiente administración o impedir la excesiva concentración del poder) y, en segundo lugar, tiene el apoyo de un principio fundamental del Derecho Internacional, la integridad de los Estados, que sirve a los intereses legítimos de individuos y grupos.

Lo dicho por Buchanan contra la teoría de Wellman expresamente la extiende a la teoría de Beran considerando que es un estímulo para los Estados evitar la descentralización y, así, impedir la formación de mayorías secesionistas. Estas teorías obrarían negativamente, también, y por los mismos motivos, contra la inmigración, tratando de evitar la formación de potenciales mayorías secesionistas en regiones económicamente viables. Las restricciones a la inmigración serían una de sus consecuencias negativas para evitar que se formasen los grupos políticos, étnicos o culturales secesionistas.

La legitimidad del principio de que la libertad individual debe extenderse a cualquier acción que no perjudique legítimos intereses de otros la extienden los defensores de la asociación individual a cualquier secesión de la que no se deriven consecuencias negativas ni para la región que se separa, ni para el Estado anterior. Buchanan rechaza semejante manera de argumentar, porque, siguiendo su razonamiento, pueden derivarse perjuicios inaceptables no tanto de la aplicación de tal supuesto derecho, sino de las reacciones estratégicas por parte de otros, es decir, por parte de los Estados interesados en impedir la formación de las condiciones para ejercer el supuesto derecho. Su reconocimiento por el Derecho Internacional crearía un incentivo más para impedir que otros pudiesen estar en posición de satisfacer las condiciones para el cumplimiento de las acciones legítimas. Los daños, pues, vendrían de las acciones de los Estados reactivos a los incentivos creados por la aceptación de esta concepción del Derecho como un principio para el orden institucional internacional.

En resumen, Buchanan defiende que las teorías plebiscitarias, por su falta de focalización institucional, fracasan en apreciar la importancia de los Estados, tanto en la práctica como moralmente. Son deficientes de acuerdo con el criterio de un mínimo realismo, no son consistentes con los moralmente progresivos principios del Derecho Internacional y crean perversos incentivos. Al no tomar en serio las consideraciones institucionales, tales teorías tienen poco valor en cuanto guías para desarrollar respuestas internacionales más humanas y efectivas ante los conflictos secesionistas. Se trata de teorías ideales, que no se corresponden con un mundo imperfecto y a las que resulta irrelevante el hecho de que los intentos de aplicar sus principios creen incentivos malos o sean rechazados por Estados interesados en impedir violaciones de los derechos humanos que puedan surgir de hacer sus fronteras mucho menos resistentes al cambio. «Una teoría moral de las instituciones –concluye Buchanan– para un mundo tan radicalmente diferente de nuestro mundo, no sólo como es, sino como probablemente siempre será,

no puede proporcionar una guía valiosa para mejorar nuestras instituciones» (Buchanam, 1998, a:227-228; 239-253)¹³.

Las conclusiones de Buchanam sobre la filosofía política guardan parecido con el criterio de Tomuschat de que la mayor parte de la ciencia política permanece asombrosamente en el mundo de las ideas abstractas. Su inquietud, se podría decir, consiste en analizar si las reivindicaciones de secesión se pueden interpretar como una consecuencia directa de los valores de la democracia, dejando prácticamente de lado el análisis de las perturbaciones que acompañan a los procesos reales de secesión. A falta de consentimiento entre las dos partes, el recurso a los métodos violentos se hace casi constante, y es esta razón, por sí sola, la que hay que sopesar para dar un juicio definitivo sobre la secesión (Tomuschat, 2006: 25-26).

3. Filosofía Política y Derecho Internacional

Los pronósticos de Buchanam de momento se van cumpliendo. La Filosofía Política está muy lejos del Derecho Internacional, de manera que al generoso reconocimiento de razones morales a la separación unilateral de la Filosofía Política responde un raquítico reconocimiento del Derecho Internacional. Las teorías democráticas son de imposible encaje en el actual Derecho Internacional y en el Derecho Constitucional, aunque no falta algún autor, como no podía ser menos, que mantenga lo contrario. La inestabilidad potencial de la aplicación del principio de la autodeterminación tanto en el orden internacional como nacional se convertiría en explosiva y caótica al tener que aplicarse el principio de concurrencia, es decir, que la teoría debería aplicarse en todos los casos, en un infinito descenso, de territorios cada vez más pequeños, en los que una mayoría de ciudadanos quisiera separarse (Courtois, 2004: 815.816)¹⁴.

¹³ El rechazo de la teoría democrática y, en concreto, de los argumentos de Philpott y Copp, en Buchanam (1998 b: 14-33). Una explicación de su teoría sobre la autodeterminación en Buchanam (1992: 347-365, principalmente, 353-358, y en el trabajo citado anteriormente en el texto, 231-233).

¹⁴ Courtois rechaza hasta su carácter democrático desde una concepción deliberativa de la democracia, ya que reduce el proceso democrático a una estrategia regulada procedimentalmente y la autonomía de los ciudadanos a una democracia de elección de programas y partidos. La democracia es algo más –y ésta es la interpretación de la llamada democracia deliberativa– que consiste en una discusión pública en los foros formales (parlamentos y tribunales) y en los informales (sociedad civil), donde han de participar, además de los representantes políticos, los ciudadanos en temas relativos a los programas políticos y las leyes. La democracia no es sólo defensa de los intereses individuales, sino modos de argumentar y razonar en condiciones de reciprocidad y de mutuo respeto. La democracia no es sólo voluntad e interés, sino participación activa y responsable, reflexión crítica sobre las razones morales de los programas y de las decisiones y moderación pública en los debates (Courtois, 2004: 816).

Para Rubin, que no puede ocultar su pesimismo ante el fenómeno de la secesión, donde es difícil llegar a un acuerdo en el derecho positivo, donde la justicia es un término inconsistente, carente de satisfacción universal, y donde la estabilidad política, esencial para conseguir un orden legal, un orden económico y orden moral estables, puede hacerse imposible por la fuerza de los sentimientos, está claro que, a pesar de lo que dicen algunos tratados, no cabe hablar de un derecho a la autodeterminación y a la secesión desde el punto de vista del Derecho Internacional positivo. Los tratados, se podría decir ‘disidentes’, se refieren al supuesto derecho en el sentido de principio moral o político (Rubin, 2000: 269-270).

El derecho de autodeterminación, entendido como un mismo derecho con dos vertientes, interna y externa, puede dar lugar, según el Derecho Internacional, a la creación de nuevos Estados, como ha ocurrido con su aplicación en la descolonización y en el contexto de *foreign rule*. Pero, el derecho de autodeterminación está reconocido por el Derecho Internacional a los ‘pueblos’ y, si bien es cierto que algunos autores, más el Tribunal Supremo de Canadá¹⁵, interpretan que un ‘pueblo’ puede ser una parte de la población

¹⁵ Ver, por ejemplo, Clapham, (2006, 46-64); Dugard y Raic (2006, 94-137) y Dictamen del Tribunal Supremo del Canadá sobre la secesión de Québec de 20 de agosto de 1998, Reference re Secession of Quebec, (1998) 2.S.C.R. 217. Aunque no pertenece al tema de este artículo, bien merece destacar la interpretación de Kohen de la supuesta obligación, según el Tribunal, de negociar entre las autoridades federales de Canadá y las provinciales de Québec, ante la inexistencia de un derecho a la secesión unilateral de Québec tanto en el Derecho interno canadiense como en el Derecho Internacional, una posible modificación de la Constitución canadiense que permitiese la separación de Québec, si ésa fuera la clara voluntad de la población de Québec. Según el Tribunal, existe la obligación de negociar entre las partes, pero el Derecho no impone el resultado de la negociación. La interpretación de Kohen añade que, si el Derecho interno no obliga al Gobierno central a negociar y tampoco lo hace el Derecho Internacional, ningún derecho humano ni principio alguno democrático puede imponer a un Estado la obligación de negociar su división. Otra cosa es que la negativa de un gobierno a tratar una cuestión democráticamente planteada pueda causar un impacto importante en terceros Estados (Kohen, 2006: 18). Al argumento de Kohen se puede añadir que toda Constitución, entendida como norma jurídica fundamental, es un conjunto de normas jurídicas a partir de valores y principios, unas veces, expresamente recogidos y, otras, tácitamente. Las normas jurídicas que concretan y aplican valores y principios constitucionales no son la única forma de especificación de tales valores y principios, pero lo que se debe aplicar por parte de los órganos del Estado no es el principio, sin hacer caso de la norma, sino la norma, cuya interpretación, eso sí, puede ser clarificada mediante el recurso al principio o valor que trata de realizar. Los valores y principios constitucionales pueden dar lugar a otro tipo de normas, pero para ello hay que reformar la Constitución. Por ejemplo, si la Constitución establece el principio y valor de la democracia, la norma jurídica puede concretar ese principio en distintas formas de democracia, pero, si impone taxativamente la práctica de la democracia representativa y excluye la democracia directa, no cabe en nombre del principio de la democracia incumplir la obligación de practicar la democracia representativa y aplicar la democracia directa. Esto supondría aceptar que la Constitución establece dos fuentes de Derecho Constitucional y que los órganos del Estado pueden

de un Estado, la práctica del Derecho Internacional, por su parte, entiende por pueblo únicamente al pueblo del Estado, de manera que sólo hay un pueblo en cada Estado, y sólo estos pueblos tienen el derecho de autodeterminación. Otras categorías, las minorías y los pueblos indígenas, no son más que partes del único pueblo del Estado con sus derechos correspondientes y distintos de los del 'pueblo'. Por definición, una minoría no puede ser más que parte de un grupo más amplio. De ahí la importancia que tiene que las N.U. reconozcan que una comunidad concreta constituye un pueblo (Kohen, 2006: 9; Spencer, 1998: 24; Canovan, 1996: 18).

Esto no quiere decir que el Derecho Internacional no vaya regulando, cada vez más, la secesión (otra cosa sería afirmar, además, que ello se debe a la influencia de la Filosofía Política), haciéndose cada vez más intervencionista en esta materia. En unas ocasiones, porque impide la secesión cuando las acciones secesionistas violan los principios fundamentales del Derecho Internacional, como es el caso de la creación de una entidad independiente por medio del uso de la fuerza de otro Estado o cuando la secesión basada en la fuerza se considera una amenaza para la paz y seguridad internacionales. En otras ocasiones, porque el Derecho Internacional autoriza la secesión. Esto ocurre en el caso de un territorio incorporado por la Asamblea General de las N.U. a un Estado bajo condiciones que no son respetadas por el Estado (el caso de Eritrea) o, también, con entidades ilegalmente incorporadas a un Estado como ocurrió con los países bálticos en relación con la Unión Soviética. Este apoyo del Derecho internacional a la secesión puede, también, producirse en el caso de que un Estado, que reconoce el derecho de secesión en su propio ordenamiento, no lo respete, abriendo, así, la vía a la secesión a través del Derecho Internacional. Ahora bien, sería un error pensar que fuera de estos casos la prohibición es la norma del Derecho Internacional. Es cierto que los intentos de secesión basados en la fuerza tienen una alta posibilidad de ser considerados amenazas a la paz y a la seguridad internacionales, pero ninguna norma internacional prohíbe a un movimiento buscar la secesión por otros medios distintos al de la violencia (Kohen, 2006: 19-20). Más bien, cabe decir, que la secesión sigue siendo un fenómeno básicamente no regulado por el Derecho Internacional. Y, si bien es cierto que el principio de no intervención favorece a la autoridad central del Estado, no se puede deducir de ahí que toda secesión viola el principio de integridad territorial, ya que tal principio no se aplica más que en las relaciones internacionales y no dentro del Estado. Por tanto, el hecho de que la creación de un Estado se deba a la secesión no afecta a su legal existencia desde el punto de

escoger *ad libitum* la que les parezca mejor para solucionar los problemas. El paso de una normativa jurídica constitucional a otra requiere la reforma de la Constitución y esto no es materia de negociación entre un Estado central y una Provincia, sino competencia del poder constituyente constituido, que no es otro que el pueblo y, en este caso, el pueblo canadiense.

vista internacional, una vez que el hecho primario, el de efectividad del Estado, se haya confirmado (Abi-Saab, 2006: 474).

Estos casos, de todos modos, poco tienen que ver con las teorías, que son objeto de análisis en este trabajo. Más cercanía existe entre las teorías que, tanto en la Filosofía Política como en el Derecho Internacional, invocan el argumento de la justicia reparadora o remedial. Aunque esto queda fuera del objetivo de este artículo, baste decir que si bien los autores discrepan en lo relativo a si el Derecho Internacional reconoce el derecho de secesión remedial en el caso de minorías a las que se niegan los derechos políticos, se muestran más coincidentes en la conveniencia de que el Derecho Internacional incorpore criterios normativos a este respecto o que, al menos, la comunidad internacional, la ONU o el Consejo de Seguridad tengan una mayor participación. Pero el argumento que aducen, cosa que otros lo rechazan tajantemente, no es el de las teorías democráticas, sino el de las teorías reparadoras de las injusticias cometidas por los Estados, especialmente, sobre las minorías étnicas¹⁶. Detrás de este pretendido recurso está el argumento de que la secesión no es una cuestión que únicamente afecte al Estado y a los separatistas, sino también a la comunidad internacional. No obstante, como advierte Buchanam, el problema de que el Derecho Internacional reconozca la secesión no es sólo una cuestión de contenido, sino de compatibilidad con otros principios internacionales, de tipo de proceso institucional y de incentivos que pueda crear (Buchanam, 2003: 2).

Esta referencia al Derecho Internacional no quiere decir que todos los críticos con las teorías plebiscitarias recogidos en este trabajo se remitan a él buscando una alternativa a la secesión unilateral. Las propuestas son variadas y, además de la internacional, se defienden la regulación constitucional, otros modelos de autodeterminación –autonomía, autogobierno, federalismo–, el derecho de autodeterminación entendido como derecho procedimental, constitucionalismo multinacional o, incluso, asociaciones culturales no territoriales tal como lo hace Gellner (1998: 190) o, como se ha visto, lo propone Bishai (1997: 913).

En la línea de confiar en el Derecho Internacional, Orentlicher ha destacado que la solución a los problemas separatistas no está en acuerdos de política interna, sino en la comunidad internacional, donde la secesión puede ser justificada a la luz de los principios democráticos en casos excepcionales, como remedio a injusticias sufridas y con las garantías de las nuevas minorías. Ahora bien, que la secesión sea justificable por principios democráticos y de manera excepcional no debe impedir explicar por qué tales princi-

¹⁶ Kohen se opone a los autores que defienden que el Derecho Internacional acepta la secesión remedial o reparadora como último recurso (Kohen, 2006: 10). Ver sobre este tema, además de los trabajos ya citados de los autores Kohen, Clapham, Dugard y Raic, Buchanam (2003: 1-5), Orentlicher (2003 a: 20.25.39), Orentlicher (2003 b: 81.82), Horowitz (2003: 71-73), Patten, (2002: 582) y Tomuschat (2006: 45).

pios generalmente refutan las reivindicaciones separatistas. Pero no hay que hacer el avestruz pensando que, si se ignora el problema de la secesión, se evita echar más leña al fuego separatista, dice Orentlicher. La cuestión debe ser analizada, porque, de lo contrario, serán los separatistas los que llenen el vacío conceptual (Orentlicher, 2003, b: 81-82). Habría que añadir a esta última afirmación que los secesionistas no tienen vacíos que llenar. Otra cosa es que lo hayan conseguido con sistemas de creencias ideológicos y no con criterios académicos.

Horowitz, por su parte, critica la alternativa internacional y defiende que la secesión casi siempre reproduce los mismos problemas que trata de resolver, especialmente en los casos de minorías étnicas, ya que toda separación normalmente incluye minorías étnicas, coincidiendo en esto con los criterios de Moore. Pero el problema es el de las garantías para las nuevas minorías, ya que, si la comunidad internacional podría garantizarles sus derechos dentro de los nuevos Estados, no se ve por qué no podría hacer lo mismo en los Estados actuales y evitar así la secesión. Es decir, viendo el argumento al revés, Horowitz defiende que si la comunidad internacional no garantiza los derechos de las minorías en los Estados actuales, por qué esperar que lo haga dentro de los nuevos Estados. La explicación de que los Estados creados por secesión serán más influenciados por la comunidad internacional que los Estados actuales es una afirmación gratuita. Por otra parte, el Derecho Internacional tiene una relación muy tenue con el gobierno democrático. Tanto es así que la valoración del derecho al gobierno democrático pondría en peligro la universalidad del Derecho Internacional. No hay que olvidar que hay casi tantos gobiernos autoritarios como democráticos y que los Estados son los principales sujetos del Derecho Internacional, por lo que la secesión, que es un movimiento antiestatal, pondría en peligro al Derecho Internacional mismo. Horowitz piensa en soluciones dentro de los Estados actuales a través de políticas de incentivos con una actitud claramente escéptica ante la Comunidad Internacional y el Derecho Internacional (Horowitz, 2003: 50-76, principalmente, 71-73; Buchanam, 2003: 4-5)¹⁷.

En la perspectiva de lo poco que la Filosofía Política ha contribuido al desarrollo del Derecho Internacional, Klabbbers enfría ambos planteamientos con su reflexión sobre la reconceptualización que se ha producido a partir de 1970 acerca del derecho de autodeterminación. Han sido los tribunales los

¹⁷ En Macedo y Buchanam (2003: 6.11-14), se hace referencia a autores que optan por soluciones dentro de los Estados, sean de tipo autonómico (Jacob Levy, M. Moore, que también lo hace, esta última, en trabajos recogidos en la bibliografía), o de constitucionalización de la secesión para casos atípicos (Norman) o constitucionalización a través del mito de la refundación (Marc E. Brandon). Weinstock (2001:202-203) propone la constitucionalización del derecho de secesión para controlar de manera más manejable los procesos de secesión.

que han realizado esta labor. Ante la imposibilidad de construir el derecho de autodeterminación como derecho de las colonias a la independencia, éste ha evolucionado hacia un derecho de los pueblos a tomar parte en las decisiones que les afecten. Es decir, determinadas entidades tendrían derecho a que su posición se tomara en cuenta cuando se va a decidir su futuro. El derecho de autodeterminación no equivaldría a derecho de secesión, ni siquiera a derecho a la autonomía o al autogobierno. Sería un derecho procedimental, el derecho a ser oído y ser tomado seriamente en cuenta, sin que esto signifique capacidad de veto. Según esto, la teoría de la autodeterminación debe centrarse no sobre una norma creadora de derechos sustantivos judicialmente ejecutables, sino como un haz de derechos procedimentales. Esto tiene la ventaja añadida de romper la conexión entre autodeterminación y territorio. Klabbbers afirma que, desde el punto de vista filosófico, no existe justificación para limitar la autodeterminación a unidades territoriales. Sin embargo, su comprensión como derecho procedimental permitiría aplicarla a grupos que no son territoriales, tales como iglesias, clases sociales o pueblos dispersos. El Tribunal Internacional de Justicia y otros tribunales habrían caído en la cuenta de que lo imposible es imposible y, así, en lugar de dar aprobación judicial a la ruptura de los Estados, han elaborado un nuevo modo de entender la autodeterminación, es decir, como un principio legal o una norma de procedimiento. Se trata de una aportación al pensamiento político convertir el derecho de autodeterminación en una garantía procesal. Ello entra dentro de una teoría política republicana, donde la definición de los valores de una comunidad política deben hacerse mediante un debate político sin trabas (Klabbbers, 2006: 189.202-203. 205-206).

CONCLUSIONES

1.^a) No cabe afirmar que la teoría plebiscitaria haya dado razones morales sólidas que avalen el derecho moral de secesión de los grupos, cuya mayoría quiera separarse de un Estado justo, salvo en el mundo de la abstracción y de la fantasía; esto es sostenible, incluso, en el caso de los autores menos radicales, que con sus condiciones y restricciones a la tesis inicial la hacen prácticamente inaplicable.

2.^a) La razón fundamental de este fracaso es de índole teórica y metodológica, donde destacan a) el uso indebido de categorías conceptuales, la utilización de la democracia como único criterio moral, la exclusión de categorías y valores tanto de la Filosofía Política como del liberalismo (v. g. orden, poder, paz internacional, seguridad, derechos individuales), el supuesto de un falso concepto de Estado democrático y liberal, el deficiente concepto de legitimidad y autoridad del Estado, la identificación de toda asociación política con el territorio, la infravaloración del papel positivo de los

Estados democráticos en la realización de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la tendencia a presentarlos como sujetos de intereses ajenos a los de los individuos y grupos sociales, la artificiosidad del concepto de autodeterminación individual desligado de la realidad basada en la cooperación y colaboración, la simplificación de la realidad identitaria de las personas, fruto de una defectuosa teoría sobre la identidad con su consiguiente deficiente observación empírica, o la exclusión de la teoría de las minorías dispersas, y b) el uso de un método de análisis meramente deductivo, ajeno a las exigencias tanto institucionales como a los análisis teóricos y empíricos de otras ciencias, del que resulta, como consecuencia de un deficiente marco teórico, un inadecuado perfil del objeto de análisis.

3.^a) Otras razones de las deficiencias de la teoría normativa democrática son la indeterminación del sujeto territorial de la autodeterminación, así como del contenido de la pregunta en el referéndum, y la utilización del término mayoría sin ninguna especificación.

4.^a) El error de algunos autores, como Glaser, consiste en no integrar dentro de la teoría las bien fundadas condiciones que les llevan a negar la aplicación del derecho a la secesión; si lo hicieran, no podrían concluir el derecho general a la secesión; la violencia que impide aplicar el derecho, impide, también, justificar previamente el derecho; es el mismo error metodológico que cometen las teorías de la autodeterminación nacional.

5.^a) La conclusión del derecho general a la secesión no es fruto de la aplicación de una teoría, sino, en todo caso, de un silogismo; hay más semejanza entre la teoría democrática y un silogismo escolástico que entre aquélla y una teoría científica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABI-SAAB, Georges (2006): «Conclusions», en *Secession. International Law Perspectives*; Kohen, Marcelo G., ed., Cambridge: University Press, pp. 470-476.
- BARRY, Brian (2001): «Culture and Equality», Cambridge U.P, Cambridge.
- (1997): «La justicia como imparcialidad», Paidós, Barcelona, 1997.
- BOEBIDE, Ignacio M.^a (2003): «Prensa y Nacionalismo vasco. El discurso de legitimación nacionalista», Universidad de Deusto, Bilbao.
- BERAN, Harry (1998): «A democratic theory of political self-determination for a new world order», en Lehning P.B., ed., *Theories of secession*, Routledge, Londres y Nueva York, pp. 32-59.
- BIRCH, Anthony H. (1989): «Nationalism and national integration», Unwin Hyman, Londres.
- BISHAI, Linda, (1998): «Altered states. Secession and the problems of liberal theory», en Lehning P.B., ed, *Theories of secession*, Routledge, Londres y Nueva York, pp. 92-110.

- BUCHANAM, Allen (2003, a): «Introduction», en *Secession and self-determination*, Macedo Sthefen y Buchanam Allen, eds., New York University Press, Nueva York y Londres, pp. 1-15.
- (2003, b): «The Quebec Secession Issue: Democracy, Minority Rights, and the Rule of Law», en *Secession and self-determination*, Macedo Sthefen y Buchanam Allen, eds., New York University Press, Nueva York y Londres, pp. 238-271.
- (1998, a): «The international institutional dimension of secession», en Lehning P.B., eds., *Theories of secession*, Routledge, Londres y Nueva York, pp. 227-256.
- (1998, b): «Democracy and Secession», en *National Self-Determination and Secession*, M. Moore, ed., Oxford, Oxford University Press.
- (1992): «Self-Determination and The Right to Secede», en *Journal of International Affairs*, vol. 45/n.º 2. Winter, pp. 347-365.
- (1991): «Secession: The Morality of Political Divorce From Fort Sumter to Lithuania and Quebec», Boulder CO, Westview Press, pp. 27-80.
- CANEY, Simon (1998): «National self-determination and national secession. Individualist and communitarian approaches», en Lehning, P.B. ed., *Theories of secession*, Routledge, Londres y Nueva York, pp. 151-181.
- CANOVAN, Margaret (1996): «*Nationhood and Political Theory*», Cheltenham, UK- Northampton, MA, USA.
- CLAPHAM, Andrew (2006): «Secession, terrorism and de right of self-determination», en Koen, M.G., ed., *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, University Press, pp. 46-64.
- COPP, David (1997): «Democracy and Communal Self-Determination», en *The morality of nationalism*, R. Ckim y J. McMahan, eds., Oxford, OU Press, pp. 277-300.
- COPPIETERS, Bruno (2003): «Introduction» y «Conclusion», en *Contextualizing Secession. Normative Studies in Comparative Perspective*, eds. Bruno Coppieters y Richard Sakwa, Oxford University Press, pp. 1-21, 252-279.
- COURTOIS, Stephane (2004): «Democratie deliberative et secession», *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, 37:4 (December/décembre), 811-838.
- DARENHDORF, Ralf (2002): «Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito», *Crítica*, Barcelona.
- DOWDING, Keith (1998): «Secession and isolation», en Lehning P.B., ed., *Theories of secession*, Routledge, Londres y Nueva York, pp. 71-91.
- DUGARD, J. y RAIC, D. (2006): «The role of recognition in the law and practice of secession», en Kohen, M.G., ed., *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, University Press, pp. 94-137.
- FREEMAN, Michael (1999): «The right to self-determination in international politics: six theories in search of a policy», *Review of International Studies*, Jul, 25 (3), 335-370.

- GAUTIER, David (1994): «Breaking up: an essay on secession», *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 24. n.º 3, septiembre, pp. 357-372.
- GELLNER, Ernest (1998): *Nacionalismo*, Ciencias Sociales/Destino, Barcelona.
- GLASER, Darul J. (2003): «The Right to Secession: an Antisecessionist Defense», *Political Studies*: vol. 51, pp. 369-386.
- HABERMAS, Jürgen (2000): *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Paidós, Barcelona.
- (1999): *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona.
- HOROWITZ, Donald L. (2003): «¿A Right to Secede?», *Secession and Self-Determination*, eds. Stephen Macedo y Allen Buchanan, Nueva York y Londres, New York University Press, pp. 50-76.
- KLABBERS, Jan (2006): «The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law», *Human Rights Quarterly* 28, pp. 186-206.
- KOHEN, Marcelo G. (2006): «Introduction», en *Secession. International Law Perspectives*; ed., Kohen, Marcelo G., Cambridge University Press, Nueva York, pp. 1-20.
- MARGALIT, Avishai y RAZ, Joseph (1990): «National self-determination», *The Journal of Philosophy*, vol. 87, no. 9, pp. 439-61.
- MILLER, David (1997): *Sobre la nacionalidad*, Paidós, Barcelona.
- MOORE, Margaret (2006): «The Ethics of Secession and Post invasion Irak», *Ethics and International Affairs*, Volume (20.1, Spring), pp. 55-78.
- (1998): «Introduction: The Self-Determination Principle and the Ethics of Secession», en M Moore, ed., *National Self-Determination and Secession*, Oxford, Oxford University Press.
- (1997): «On National Self-Determination», en *Political Studies*, XLV, 900-913.
- NIELSEN, K. (1998): «Liberal Nationalism and Secession», en M. Moore (ed), *National Self-determination and Secession*. Oxford: Oxford University Press, pp. 103-133.
- NIELSEN, K. (1993): «Secession: the Case of Quebec», *Journal of Applied Philosophy*, 10 (1), pp. 29-43.
- NORMAN, Wayne (2003): «Domesticating Secession», en *Secession and Self-Determination*; eds. Macedo, Stephen y Buchanam Allen, Nueva York y Londres, New York University Press, pp. 193-237.
- NORMAN, Wayne (1998): «The Ethics of Secession as the Regulation of Secessionist Politics», en *National Self-determination and Secession*; dir., M. Moore, pp. 34-61, Oxford University Press.
- OLOFGARD, Anders (2004): «Secession and Political Extremism: Why Regional Referenda do not Solve the Problem», *Journal of the European Economic Association* September, 2(5), pp. 805-832.
- ORENTLICHER, Diane F. (2003, a): «International Responses to Separatist Claims: Are Democratic Principles Relevant?», en *Secession and Self-Determination*; eds., Macedo, Stephen y Buchanam, Allen, Nueva York y Londres, New York University Press, pp. 19-49.

- (2003, b): «Democratic Principles and Separatist Claims», en *Secession, and Self-Determination*; ed. Macedo, Stephen y Buchanam, Allen, Nueva York y Londres, New York University Press, pp. 77-86.
- OVEJERO LUCAS, Félix (2006): *Contra Cromagnón. Nacionalismo, ciudadanía, democracia*, Montesinos, Ensayo, Barcelona.
- PATTEN, Alan (2002): «Democratic Secession from a Multinational State», *Ethics* 112 (abril), pp. 558-586.
- PHILPOTT, Daniel (1998): «Self-Determination en Practice», en *National Self-Determination and Secession*; ed. M. Moore, pp. 79-102.
- (1995): «In Defense of Self-Determination», *Ethics*, vol. 105, Junio, n.º 2.
- RUBIN, Alfred P. (2000): «Secession and Self-Determination: A Legal, Moral, and Political Analysis», *Stanford Journal of International Law*, 36 (2): pp. 253-270, Sum.
- SABINE, George H. (2002): *Historia de la teoría Política*, F.C.E, Madrid, tercera edición en español 1994, sexta reimpresión 2002.
- SARTORI, Giovanni (2007): *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Madrid.
- SPENCER, Metta (1998): «When States Divide», en *Separatism, Democracy and Disintegration*, ed. Spencer M., Oxford, Rowman y Littlefield Publishers.
- TOMUSCHAT, Christian (2006): «Secession and self-determination», en *Secession. International Law Perspectives*; ed., Kohen, M.G., pp. 23-45.
- TOUCHARD, Jean (2006): *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, Madrid, 6.ª edición 2006, reimpresión 2007.
- WEINSTOCK, Daniel (2001): «Constitutionalizing the Right to Secede», *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9, n.º 2, pp. 182-203.
- WELLMAN, Christopher (1995): «A defense of self-determination and secession», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 24, n.º 2, pp. 142-171.
- WOLIN, Sheldon S. (1960): *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, Amorrortu, Buenos Aires.

Un derecho europeo... ¿para qué contrato? Análisis sobre las fronteras del contrato en derecho comparado*

Martin Oudin

Maître de Conférences
Universidad François Rabelais (Tours, Francia)

Recibido: 13.11.07

Aceptado: 04.12.07

Resumen: El objeto de estudio de este artículo es la unificación del derecho de los contratos en Europa. Varios textos han sido ya elaborados y podrían prefigurar lo que, el día de mañana, podría constituir el Código Europeo de los Contratos. Cualquiera que sea la naturaleza de sus normas, no tendrán eficacia más que en el caso de que su ámbito de aplicación sea claramente identificado, es decir, si los sistemas jurídicos europeos no se ponen de acuerdo previamente en lo que puede considerarse un contrato. En este momento las diferencias son numerosas e importantes. El análisis de algunas de ellas nos conduce a cuestionar la aproximación clásica al contrato, que consiste en definirlo como acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones entre las partes. Ni el acuerdo de voluntades ni la creación de obligaciones nos permite determinar qué es un contrato y qué no lo es. Por el contrario, una definición basada en la función socio-económica del contrato –si no la producción, al menos la previsión– podría federar las concepciones europeas del contrato.

Palabras clave: Derecho de los contratos, naturaleza jurídica, unificación del Derecho privado.

Abstract: *Studies are currently being carried out on the unification of contract law in Europe. Several texts have already been drafted and announce a possible future European contract code. Whatever the quality of these rules may be they will only be effective if their field of application is precisely defined, i.e. if European lawyers first agree on what a contract is. At the present time, national laws profoundly diverge on this point. An analysis of some of the main differences raises a number of questions concerning the classical view that a contract is an agreement giving rise to obligations between the contracting parties. Neither the principle of a reciprocal agreement nor the creation of obligations permit a clear distinction to be made between those situations that are contractual and those that*

* Traducido por María Pilar Canedo, Marta Casado y Luis Gordillo. El texto de este artículo fue publicado inicialmente como «Un droit européen ... pour quel contrat? Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé», en la *Revue internationale de droit comparé*, n.º 3, 2007. La traducción de este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación «La comunitarización del Derecho privado», con referencia IT-401-07 subvencionado por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco (2007-2009), cuyo investigador principal es el profesor Ricardo de Ángel Yagüez.

are not. On the other hand, a definition based on the socio-economic function of contracts –production or, at least, anticipation– could bring together national conceptions of what constitutes a contract.

Key words: *Contract Law, Legal Nature, Unification of Private Law.*

Sumario: I. El contrato como acuerdo de voluntades. A. Antes del acuerdo: la responsabilidad precontractual. B. Fuera del acuerdo: los terceros. 1. Las estipulaciones por terceros. 2. Acciones directas. C. El acuerdo incierto. 1. Incertidumbre sobre la existencia misma del acuerdo. 2. Incertidumbre sobre el valor contractual del acuerdo. D. El acuerdo incompleto.—II. El contrato como fuente de obligaciones. A. Contenido no obligacional del contrato. B. Obligaciones no contractuales en cuanto a su objeto. C. Obligaciones sin contrapartida.—Conclusión.

I. El contrato establece una relación jurídica entre dos individuos; en ese sentido, resulta una excepción a la individualidad que es la regla entre dos individuos. Excepcionalmente lleva consigo un conjunto de reglas derogatorias del derecho común de obligaciones tanto desde el punto de vista procesal (competencia territorial, prescripción) como sustantivo (condiciones y efectos de una posible responsabilidad, incidencia de las previsiones de las partes...). El mismo derecho transitorio se ve afectado por la naturaleza contractual de un litigio: escapando al efecto inmediato de las legislaciones nuevas, los contratos son en principio regidos por la regla vigente en el momento de su firma. Lo mismo ocurre en Derecho Internacional Privado, que establece que el contrato estará como regla general regida por la ley elegida por las partes.

Constituye por lo tanto una regla clásica y casi banal la constatación de hasta qué punto la calificación de una relación jurídica como contractual es determinante para fijar las normas que le son aplicables. En la actualidad existen sin embargo otros motivos que nos llevan a analizar esta cuestión. Resulta previsible ya en este momento una unificación, si no del derecho civil europeo en su totalidad, del derecho europeo de los contratos. Varias han sido las iniciativas que han visto la luz en este ámbito en los últimos tiempos; entre ellos destacan el proyecto *Gandolfi* de la Academia de privatistas europeos¹ y el *Von Bar* del Grupo de estudio sobre el código Civil Europeo². A diferencia de los instrumentos no vinculantes como los princi-

¹ Los trabajos de esta Academia pueden ser consultados en la página <<http://www.academagiurprivatistieuropei.it/>>. Un anteproyecto, acompañado de un voluminoso informe comparado del coordinador, ha sido publicado (en francés) por el editor italiano Giuffrè en 2004, bajo el título *Code européen des contrats-Livre premier*.

² V. el sitio <<http://www.sgecc.net/>>.

pios *Unidroit* relativos a los contratos del Comercio Internacional o a los Principios del Derecho europeo de los contratos, los proyectos a que nos referimos aspiran a tener fuerza obligatoria. Resulta por tanto necesario preguntarse nuevamente a qué realidades pretenden ser aplicadas las nuevas propuestas. Al contrato, sí, pero ¿qué es un contrato? Sería conveniente, en el momento de llevar a cabo tal unificación, asegurarse de que definimos exactamente su contenido. El contrato no tiene quizá la misma significación ni la unificación del contrato el mismo alcance según nos situemos a uno u otro lado del canal de la Mancha, de los Alpes o del Rin.

2. Resulta necesario dar una definición supranacional del contrato como paso previo a la aplicación de las reglas que están en vías de aplicación. Pero ésta es una tarea ardua. Un rápido análisis del derecho comparado resulta suficiente para convencerse de que existen profundas diferencias que separan los sistemas jurídicos europeos –por no citar más que ellos³–. Para no comprometer la puesta en marcha de los instrumentos internacionales en la materia, ha resultado a veces necesario prohibir cualquier calificación «nacionalista». Según una jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la noción de materia contractual a fin de aplicar la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (convertido en Reglamento «Bruselas I» de 22 de diciembre de 2000) es una noción autónoma que debe ser interpretada refiriéndose principalmente a los objetivos y al sistema de la Convención⁴. Resulta por tanto que a las diversas concepciones nacionales de «contrato» debe añadirse la concepción internacional que puede no coincidir según se plantee la aplicación de normas de conflictos de jurisdicciones o normas de conflictos de leyes⁵.

Si analizamos la Convención de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, comprobamos desde su primer precepto que los redactores se enfrentan a dificultades de definición de la materia contractual. Tras declarar que la Convención se aplica a «las obligaciones contractuales», el artículo 1 procede a la enumeración de cuestiones excluidas del ámbito de aplicación de la Convención. Si algunas de esas exclusiones encuentran su justificación en la preocupación de no producir colisión con otros instrumentos internacionales preexistentes (tal como suce-

³ V. especialmente G. ALPA, «Le contrat individuel et sa définition», RIDC, 1988, p. 327.

⁴ TJCE, 8 de marzo de 1988, Arcado, RCDIP 1988, p. 610, comentada por GAUDEMONTALLON; A. HUET, JDI 1989, p. 453; B. AUDIT, D. 1989, somm. p. 344

⁵ En este sentido, v. V. HEUZE, «La notion de contrat en droit international privé», *Trav. Com. Fr. DIP* 1997-1998, p. 319.

de, por ejemplo, en los casos del cheque o de la letra de cambio), otros buscan fundamentalmente prevenir eventuales divergencias de interpretación por parte de los jueces nacionales. Por ejemplo, podemos dudar de la posibilidad de considerar contratos los regímenes matrimoniales, la representación o incluso el *trust*: de hecho, la calificación no es la misma de un sistema a otro. La convención previene toda dificultad declarándose inaplicable a esas instituciones. Pero ella no se limita a una definición extrínseca del contrato, por oposición a las categorías que le son ajenas. El convenio busca igualmente determinar su aplicabilidad a diferentes aspectos del contrato: la interpretación, la ejecución, las consecuencias de la inejecución, las consecuencias de la nulidad, etc⁶. No es éste el menor de los problemas de calificación que plantea el contrato. No es por tanto suficiente considerar que una situación es globalmente contractual. Resulta necesario pronunciarse sobre la naturaleza de cada uno de los aspectos de la situación que pueda ser objeto de duda: ¿tiene la fase previa o posterior de un contrato naturaleza contractual? ¿En qué medida los terceros son integrados en la esfera contractual? ¿Cuál es la naturaleza de las obligaciones no expresamente estipuladas por las partes? Etcétera. Debe reconocerse que sobre todas estas cuestiones la Convención de Roma resulta muy incompleta.

3. Resulta fácil ser consciente de la amplitud de la tarea que supone delimitar las fronteras del contrato en Derecho comparado. Ni siquiera es evidente que tal estudio sea posible dado el número de cuestiones que resultaría necesario abordar y la diversidad de los sistemas jurídicos nacionales, incluso si limitamos el estudio a los sistemas de Estados miembros de la Unión Europea. Nos proponemos por tanto simplemente poner de manifiesto un limitado número de divergencias (quizá las más importantes), para extraer de ellas enseñanzas sobre el método que debería presidir cualquier tentativa de definición del contrato.

Cabe plantearse dos acercamientos diferentes a la cuestión⁷. El primero de ellos –que podríamos definir como normativa– es la propia, fundamentalmente, del Derecho francés. Consiste en considerar contrato todo acuerdo de voluntades no sólo si responde a la definición dada por el artículo 1101 del Código Civil⁸, sino también si obedece a las condiciones de validez enumeradas (de manera incompleta) por el artículo 1108 del mismo Código⁹. En

⁶ Art. 10 «Ámbito de la ley del contrato».

⁷ Resultan interesantes las dudas de la Academia de Privatistas europeos acerca de las dos aproximaciones en el *Code européen des contrats-Livre premier, op. cit.* p. 93,

⁸ «El contrato es una convención por medio de la cual una o varias personas se obligan frente uno o varios otros sujetos, a dar, hacer o no hacer una cosa».

⁹ «Cuatro condiciones son esenciales para la validez de un acuerdo: el consentimiento de la parte que se obliga; su capacidad contractual; un objeto cierto que constituye la materia del acuerdo; una causa lícita en la obligación».

un sistema como éste, el juez reconoce eficacia jurídica al acuerdo cuando ha sido concluido respetando las reglas preestablecidas. Es el sentido del artículo 1134 del Código Civil que reconoce fuerza de ley tal sólo a los convenios «legalmente formados». De este modo, las cuestiones de existencia y de validez del contrato se confunden. Siguiendo la otra aproximación, funcional, el juez no debe reconocer más que los acuerdos de voluntad que cumplan una determinada función económica o social. Sólo en esa condición puede el contrato acceder al rango jurídico de contrato. Es fundamentalmente la concepción del Derecho inglés¹⁰. Para ella, en efecto, el contrato supone un intercambio económico (*bargain*), en el cual, en general, las partes consienten en experimentar un perjuicio (*detriment*) en consideración del beneficio (*benefit*) que obtienen. Esta concepción resulta fundamentalmente del hecho de que, en la medida en que el derecho inglés juzga necesario inventar el derecho del contrato¹¹, el modelo ha sido el contrato comercial o de consumo¹². Ello se traduce fundamentalmente en la exigencia de la *consideration*: el acuerdo invocado no es un contrato más que en el caso de que cualquiera de las partes se comprometa a ofrecer una cosa o una prestación en contrapartida de lo que reciba¹³.

Estas dos aproximaciones teóricas al contrato tienen una influencia no desdeñable en la delimitación de la materia contractual, tal como tendremos ocasión de constatar. Sin embargo, no debemos exagerar su relevancia. En primer lugar porque tienen en común un presupuesto: el contrato no existe sin acuerdo de voluntades. Esta afirmación alimenta buena parte de las dificultades que supone la definición de los contratos, fundamentalmente desde el punto de vista del derecho comparado. Todos los sistemas jurídicos europeos reconocen en mayor o menor medida la misma función jurídica al contrato: es el medio ordinario por el que los individuos aceptan vincularse jurídicamente unos a otros creando entre ellos relaciones de obligación. Pero a su vez, esta función creadora de obligaciones concentra buena parte de los problemas de delimitación de la materia contractual.

Organizaremos por tanto este estudio alrededor de una doble afirmación provisionalmente aceptada: el contrato no existe sin acuerdo de voluntades; tan sólo interesa al derecho en la medida en que resulta generador de obligaciones.

¹⁰ Conviene aclarar que ésta es una aproximación propia del derecho inglés, donde la definición es discutida. V. G. ALPA, *op. cit.*, especialmente pp. 330 y siguientes.

¹¹ En los casos en que no se conocía más que un derecho de contratos, v. sobre esta evolución P. S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979, pp. 681-693.

¹² V. S. HEDLEY, «Keeping Contract in its Place_Balfour v. Balfour and the Enforceability of Informal Agreements», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1985, p. 391.

¹³ Todas las obras dedicadas al derecho de los contratos consagran amplios desarrollos a esta cuestión, evocada en este punto de manera simple. V. p. ej. G. H. TREITEL, *The Law of contract*, 11eme éd. 2003, p. 67, s. V. también B.S. MARKESINIS, «La notion de consideration dans la Common Law: vieux problèmes; nouvelles théories», RIDC 1983, p. 735.

I. EL CONTRATO COMO ACUERDO DE VOLUNTADES

4. Por muy dirigido que pueda estar, el contrato se percibe en todo caso como el acuerdo de voluntades. Éste es un denominador común a todas las concepciones jurídicas de contrato. No resulta sorprendente por tanto que resulte problemática la calificación cuando la voluntad de las partes es incierta, sea en su existencia o alcance. *A fortiori*, el contrato debería ser excluido cuando no existe acuerdo de voluntades, sea porque las negociaciones no han llegado a buen término, sea porque nunca han tenido lugar.

A. Antes del acuerdo: la responsabilidad precontractual

5. Fuera del supuesto en que las partes hayan tenido la precaución de dar una cobertura contractual a la fase de negociación del contrato, la calificación de los incumplimientos que se suscitan en la fase de las discusiones previas plantea dificultades¹⁴. Las decisiones que se abordan en cada sistema son tributarias, en este ámbito de modo especial, de los principios generales de la responsabilidad vigentes en cada Estado.

Algunos sistemas jurídicos *pueden* sancionar el incumplimiento precontractual porque se han dotado de un principio general de la responsabilidad aplicable cualquiera que sea el hecho dañoso. Este principio se establece en Francia y Bélgica en el artículo 1382 del Código Civil¹⁵, en Italia por el artículo 2043 del Código Civil¹⁶. Si en principio todo hecho dañoso es generador de responsabilidad no hay lugar para excluir a los que hayan sido generados durante la negociación de un contrato. El recurso a la responsabilidad es por tanto posible aunque no haya ninguna disposición legal que prevea expresamente la responsabilidad precontractual. Sin embargo, tal disposición existe en alguna legislación: así, el 1337 del Código Civil italiano dispone que las partes, durante las negociaciones en la formación, deben actuar conforme a la buena fe. El anteproyecto *Catalá* de reforma del derecho de obligaciones contiene una disposición muy próxima, el art. 1104: «La iniciativa, el desarrollo y la ruptura de las negociaciones son libres, pero deben satisfacer las exigencias de la buena fe. El fracaso de una negociación

¹⁴ V. M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat- Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, que realiza, especialmente en la contribución de B. DE CONINCK, aportaciones muy relevantes a esta cuestión.

¹⁵ «Todo hecho humano que causa un daño a otro obliga a aquél por cuya causa se ha producido a repararlo».

¹⁶ «Todo hecho, doloso o culposo, que causa a otro un daño injusto, obliga a su autor a repararlo».

no puede ser fuente de responsabilidad más que si puede imputarse a la mala fe de una de las partes».

Otros sistemas jurídicos no conocen el principio de responsabilidad extracontractual. Es el caso del derecho inglés, que sanciona un grupo relativamente heterogéneo de ilícitos civiles (*torts*) particulares¹⁷ fuera de los cuales ninguna acción de responsabilidad podría prosperar. La víctima de un daño que no sea capaz de acreditar un *tort* específico estará inexorablemente desprovisto de cualquier reparación. Sin embargo, no todos los *torts* previstos suponen ilícito precontractual. Resulta necesario invocar el *tort of deceit*, que sanciona la infracción voluntaria o consciente (*fraudulent misrepresentation*)¹⁸. Pero la posibilidad es bastante escasa y la prueba del dolo considerablemente difícil de llevar a cabo¹⁹. Sólo el *tort of negligence* que sanciona toda negligencia dañosa podría, por su relativa generalidad, resultar aplicable a la fase precontractual. Este *tort* sólo puede, sin embargo, ser alegado por la otra parte si quien lo pretende es deudor, a su vez, de una obligación particular de cuidado o diligencia (*duty of care*)²⁰. Los tribunales ingleses no reconocen sin embargo la existencia de tal *duty of care* con gran amplitud. En materia precontractual, la *duty of care* se aplica esencialmente a la parte que tiene una competencia particular sobre la que se funda el contratante²¹.

6. Los sistemas jurídicos que reconocen un principio general de responsabilidad civil extracontractual se dirigen naturalmente hacia una calificación extracontractual de la responsabilidad precontractual. Esta concepción se respalda por jurisprudencia constante por parte de los tribunales de casación belgas y franceses²², pero también, por ejemplo, por la Corte de Casación italiana²³. Ninguna consideración indemnizatoria ha sugerido aquí el recurso al contrato tácito, como sucedió por ejemplo en Derecho francés con las estipulaciones tácitas por terceros²⁴.

¹⁷ V. K. ZWEIFERT et H. KÖTZ, *An introduction to Comparative Law*, 3th. ed. 1998, pp. 605 y siguientes.

¹⁸ *Derry v. Peek*. (1889) 14 AC 337.

¹⁹ V. O. MORETEAU, *Droit anglais des affaires*, 1.ª ed. Dalloz, 2000, n.º 528.

²⁰ *Donoghe v. Stevenson* 1932 AC 562.

²¹ V. *Hedley Byrne & Co. Ltd v. Heller & Partners LTD* 1963, 2, ALL ER 575, 1964 AC 465: responsabilidad de la banca que había ofrecido información errónea sobre la cuenta de uno de sus clientes basándose en la cual había actuado el demandante.

²² V. B. DE CONINCK, «Le droit commun de la rupture des négociations precontractuelles» in *Le processus de formations du contrat - Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*. *Op. cit.* p. 17.

²³ V. p. ej. Cass. 16 juill. 2001, *Giust civ mass.* 2001, p. 1404 y stes; Cass. 29 abril 1999, n.º 4299, *Giur. It.* 2000, p. 932 y siguientes.

²⁴ Cf. infra. n.º 10.

En lo que hace al derecho inglés, hemos dicho que la vía a la responsabilidad extracontractual ha sido rechazada. A decir verdad, esta concepción no supone problemas especiales en la medida en que este derecho no acepta a priori sancionar la falta de respeto a las negociaciones. Resulta sintomática en esta materia la sentencia *Walford v Miles*²⁵, en la que la Cámara de los Lores rechaza aceptar una obligación de buena fe en la negociación, debido a que esa obligación resultaría «incompatible con el antagonismo de las partes en la negociación». Sin embargo, los comportamientos precontractuales más reprobables no quedan siempre sin castigo. Algunos paliativos a esa situación se han desarrollado tanto en la esfera contractual como extracontractual, destacando entre ellos la noción del precontrato implícito (*implied contract*) o la teoría del *estoppel*.

La primera de esas soluciones ha sido ilustrada por el asunto *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd v Blackpool Borough Council*²⁶. El ayuntamiento de Blackpool realiza una licitación para la gestión de vuelos privados a partir de su aeropuerto, exigiendo que las ofertas llegaran antes de una fecha y hora determinadas. El demandante había presentado personalmente su oferta (*tender*) en el buzón del Ayuntamiento una hora antes del fin del plazo. Sin embargo, al no recoger el correo durante 24 horas, la oferta fue considerada extemporánea y descartada. La *Court of Appeal* estimó que la licitación redactada de ese modo supondría que el Ayuntamiento aceptaría analizar todas las ofertas que le llegaran antes de la fecha establecida. Dado que el demandante había aceptado la oferta de contrato (*offer*), el ayuntamiento habría incurrido en responsabilidad contractual no examinando por tardía la oferta (*tender*) realizada.

El *estoppel*, hoy en día consolidado en derecho francés²⁷, es, de entrada, un principio procesal en virtud del cual una parte no puede contradecirse durante el proceso, existiendo en otro caso el riesgo de que puedan perjudicarse sus propias contradicciones siempre que la otra parte se haya fiado razonablemente de sus primeras declaraciones. El *promissory estoppel* es una prolongación de ese principio: si en razón de su comportamiento una parte A manifiesta su voluntad de comprometerse y la otra parte actúa de

²⁵ (1992) 2 AC 128 (1992) 1 All ER 453, (1992) 2 WLR 174.

²⁶ (1990) 1 WLR 1195, (1990) 3 ER 25.

²⁷ V. especialmente O. MONTREAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse, Lyon, 1990; B. FAUVARQUE-COSSON, «L'estoppel du droit anglais» in *L'interdiction de se contredire au detriment d'autrui*, Economica, 2001, p. 3; H. MUIR-WATT, «Pour l'accueil de l'estoppel en droit français» in *Melanges Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 303; D. MAZEAUD, «La confiance légitime et l'estoppel» RIDC 2006-2, p. 363. El *estoppel* no es ya en este momento una preocupación exclusivamente doctrinal, dado que la *Cour de Cassation* ha comenzado a aplicarlo (v. en materia de arbitraje internacional, Cass. 1 civ. 6 de julio de 2005, Bull. n.º 302, RDC 2006/4 p. 1279, note B. FAUVERQUE-COSSON).

buena fe basándose en ese compromiso, A no podrá negar posteriormente la apariencia que ha creado. Sin embargo el *promissory estoppel* (como reminiscencia de su origen procesal) no puede ser invocado como base de una demanda sino tan sólo como defensa. No será posible recurrir a esta vía por tanto para obligar a cumplir sus obligaciones a los deudores recalcitrantes, sino que impedirá a quien ha cumplido retractarse de sus compromisos previos, si bien su compromiso no sería válido teniendo en cuenta los principios contractuales (particularmente por falta de *consideration*).

7. Estas soluciones son realmente creativas, pero no son comparables en eficacia a la responsabilidad extracontractual de los derechos francés e italiano y menos aún, como veremos, al alemán. Éste se ha dotado de una práctica muy eficaz contra los comportamientos desleales precontractuales. La reparación del daño puramente económico no es posible más que en circunstancias particulares enumeradas de modo exhaustivo²⁸. Sin embargo, bajo la influencia de Jhering, que desde 1861 había desarrollado su célebre teoría de la *culpa in contrahendo*²⁹, el BGB que entró en vigor en 1900 contenía varias disposiciones relativas a la indemnización del daño precontractual³⁰.

Con el tiempo y la práctica la teoría se ha ido enriqueciendo al margen del BGB. La jurisprudencia ha identificado la existencia de una relación precontractual de obligación entre las partes de una negociación contractual. Esa relación, calificada a veces de «cuasi contractual», es un verdadero vínculo de confianza que da lugar a un cierto número de deberes u obligaciones cuya violación implica una responsabilidad para su autor. La jurisprudencia aplica así las reglas de la responsabilidad contractual y de ese modo se sanciona la ruptura intempestiva de las negociaciones por uno de los cocontratantes.

La ley de modernización del derecho de obligaciones de 26 de noviembre de 2001 (entrada en vigor el 1 de enero de 2002)³¹ supuso la entrada de las soluciones pretorianas en el BGB. Existe desde ese momento un § 311 que responde al título «Relaciones de las obligaciones contractuales y extracontractuales» que prevé que esas relaciones pueden nacer no sólo de un contrato como tal, sino, igualmente, de las negociaciones previas³². No tiene relevancia que a esas relaciones se las denomine «cuasi contractuales» (en

²⁸ V. W. Th. SCHNEIDER, «La codification d'institutions pretoriennes», *RIDC* 2002-4, p. 959.

²⁹ V. Oeuvres Choisies, t. 1, 1969, p. 1 y siguientes.

³⁰ V. W. Th. SCHNEIDER, *op. cit.*; M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2.^a ed. LGDJ, 2004, n.º 43.

³¹ Sobre esta ley, C. WITZ, «La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations», *D.* 2002, chon. P. 3156; M. SCHLEY, «La grande réforme du droit des obligations en Allemagne» *D.* 2002, chon. P. 1738.

³² V. la traducción propuesta por W. Th. SCHNEIDER.

un sentido muy distinto del cuasi-contrato de los derechos francés o español). Conviene subrayar que estas relaciones se someten al mismo régimen que el de las obligaciones contractuales y particularmente, en lo que hace a su violación, a los § 280 y siguientes del BGB. Asistimos por tanto en este sistema a una absorción del período precontractual por el régimen contractual, que encuentra su razón de ser en parte en la insuficiencia de respuestas aportadas por el sistema de responsabilidad extracontractual.

8. Debe subrayarse que las diferencias entre los sistemas no se encuentran solamente en las técnicas por ellos empleadas, sino especialmente en los objetivos pretendidos. Una tentativa de armonización de la materia no debería solamente establecer una distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual; debería partir de la convicción de que es necesario por principio sancionar los comportamientos inadecuados en el nivel precontractual.

Las fuentes supranacionales son en este punto más próximas a los derechos continentales que al derecho inglés, en la medida en que afirman, en principio la existencia de una responsabilidad precontractual. Es la calificación de esta responsabilidad la que puede plantear interrogantes.

El artículo 2.15 de los principios *Unidroit* establece que «Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo». La existencia de un principio de responsabilidad precontractual no plantea por tanto duda alguna. Sin embargo el texto no precisa la naturaleza contractual o extracontractual de la citada responsabilidad. Podría considerarse que la presencia de este artículo en un texto dedicado a las relaciones contractuales responde de por sí a la cuestión planteada. Este argumento no resulta sin embargo decisivo³³, en la medida en que el fundamento de la responsabilidad contemplada –la mala fe– no puede considerarse específicamente contractual.

En este sentido, los principios europeos aportan algunas aclaraciones. En la sección denominada «Responsabilidad derivada de las negociaciones», el artículo 2.301 retoma, perfeccionándolo, el artículo 2.15 de los citados principios *Unidroit*: «Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de

³³ En el mismo sentido, H. MUIR WATT, «Les pourparlers: de la confiance trompée a la relation de confiance», in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, p. 53.

la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte»³⁴. Este precepto supone que la responsabilidad incurrida puede estar fundada en el dolo³⁵. El comentario precisa que, «si bien en varios Estados miembros ese dolo implica responsabilidad extracontractual, serán de aplicación los principios respecto del mismo si afecta a una relación regulada por los Principios». La formulación resulta débil en la medida en que el dolo no interviene en el contrato sino antes de éste; es precisamente esta circunstancia la que hace suscitar dudas respecto de su calificación. Sin duda debe considerarse que la responsabilidad extracontractual está sometida a los principios en tanto que sea accesoria de un contrato que las partes plantean concluir. Esta fuerza de atracción del contrato se aborda en la introducción a los principios cuando se establece que «para decidir sobre las cuestiones que deberían ser tratadas en los principios, la Comisión ha adoptado un punto de vista funcional. Los principios contienen reglas que, en algunos sistemas, dependen del derecho de la responsabilidad extracontractual o los cuasi-contratos, aunque suponen un vínculo estrecho con los problemas de los contratos abordados»³⁶. La fuente contractual o extracontractual de la obligación o del derecho desconocidos no resultan por tanto relevantes. Se plantea por tanto la cuestión de determinar hasta dónde puede llegar la integración en el contrato. Por ejemplo, ¿debe la obligación de reparación nacida de una falta precontractual ser regida por el régimen de las obligaciones contractuales? En lo que hace a la prescripción, los principios parecen admitirlo o al menos permitirlo, reconociendo a los artículos 14.101 y siguientes un ámbito de aplicación muy amplio³⁷.

Desde el punto de vista de los autores de los Principios, esta extensión de su campo de aplicación se cohesiona difícilmente con las soluciones propias del derecho comunitario. Resulta conocido que, desde la Sentencia *Taconi*, de 17 de septiembre de 2002³⁸, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas adoptó una postura radicalmente diferente. Es cierto que no pretendía limitar su intervención al contrato en sí puesto que pretendía dividir los ámbitos respectivos de la «materia contractual» y de la «materia extracontractual» en el sentido de la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento

³⁴ Muy próximos, pero aun más completos, v. art. 6 del Código Europeo de contratos (Proyecto *Gandolfi*).

³⁵ Punto VI.

³⁶ Punto III.

³⁷ Ver el comentario al artículo 14.101, punto IV: «El presente capítulo se aplica no sólo a las deudas contractuales sino igualmente a otras deudas».

³⁸ *RCDIP* 2003, pág. 678, nota P. RÉMY-CORLAY.

y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Presentada la cuestión prejudicial por parte de la *Corte di cassazione* italiana, el Tribunal decidió que «la acción por la cual la responsabilidad precontractual del defensor es invocada, puede considerarse materia extracontractual o casi extracontractual en el sentido del art. 5.3 de la Convención de Bruselas». Para llegar a tal conclusión, el Tribunal se basa, no sólo en la función reconocida a esa responsabilidad, sino en la fuente de las obligaciones no respetadas. El Tribunal recuerda que, de acuerdo con su jurisprudencia, la noción de materia contractual en el sentido del art. 5.1 de la Convención de Bruselas, no podría ser empleada en los casos en que no exista un acuerdo libremente adquirido por una de las partes respecto de la otra³⁹. Ahora bien, en defecto de un acuerdo de este tipo «la obligación de reparar el perjuicio que resulta de una ruptura injustificada de las negociaciones no podría derivar más que de la violación de las normas jurídicas, especialmente de las que imponen a las partes la obligación de actuar de buena fe durante las negociaciones que llevan a la celebración de un contrato». Dado que la obligación violada no tiene su fuente en un contrato, la responsabilidad en que se incurre no puede ser contractual. No sólo el método seguido difiere del que siguen los Principios, sino que la violación del mismo deber general de buena fe conduce aquí a una responsabilidad extracontractual, mientras que allí se considera contractual.

B. Fuera del acuerdo: los terceros

9. Sólo las partes en el acuerdo de voluntades se consideran vinculadas por él y derivan de él derechos. Es el principio universal del efecto relativo del contrato⁴⁰. En derecho francés, este principio se recoge en el artículo 1165 del Código Civil: «Los convenios no tienen efecto salvo entre las partes contratantes». En derecho inglés, se denomina ordinariamente por la jurisprudencia como *privity of contract*⁴¹. Aunque el BGB alemán no contiene un principio en que de manera solemne se recoja el principio, varias disposiciones no pueden ser entendidas más que a la luz del efecto relativo⁴².

Son las excepciones a este principio las que implican una dificultad. Nos referiremos a dos de ellas: las estipulaciones por terceros y las acciones directas en los grupos o cadenas de contratos.

³⁹ TJCE 17 de junio de 1992, Jakob Handte, JCP 1992.II.21927, nota C. LARROUMET; RCDIP 1992, p. 726, nota H. GAUDEMET TALLON; JDI 1993, p. 469, nota J; BISCHOFF; *Rev. Trimestrielle de Droit Eur.* 1992, p. 709 nota P. DE VAREILLES SOMMIERES; RTD Civ. 1993, p. 131, obs. P. JOURDAIN.

⁴⁰ V. K. ZWEIGERT et KÖTZ, *op. cit.*, p. 456, s.

⁴¹ V. *Tweedle v. Atkinson*, (1861) 1 B&S 393; *Dunlop Tyre Co. v. Selfridge* (1915) AC 847.

⁴² V. M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2ème éd. LGDJ, 2004, n.º 151.

1. Las estipulaciones por terceros

10. Verdadera excepción al principio del efecto relativo del contrato, la estipulación por terceros hace nacer un crédito a favor del tercero beneficiario. Éste dispone en derecho francés de una acción directa contra el oferente⁴³, que tiene su origen en el contrato concluido entre el oferente y el estipulante. Esto supone que el oferente puede oponer a los terceros beneficiarios las excepciones derivadas del contrato que habría podido oponer al estipulante. La materia es, por tanto, de naturaleza contractual, a pesar de la ausencia de contrato que vincule al oferente y al tercero beneficiario. El acuerdo de voluntades resulta existente, dado que el oferente debe por definición haber consentido a su obligación. Respecto del beneficiario, si bien su aceptación no es una condición para la estipulación de terceros⁴⁴, resulta posible y convierte la estipulación en irrevocable⁴⁵. El beneficiario se considera siempre libre de rechazar la estipulación de manera que no será ejecutada más que en caso de ser aceptada, aunque sea de modo tácito.

No resulta por tanto artificial explicar la relación de obligación oferente-beneficiario por un acuerdo de voluntades indirecto. No puede existir sin embargo en el caso de que el oferente no haya tenido conciencia del compromiso adquirido o cuando no lo conocía. Es el caso de que el juez identifique en un contrato una estipulación por tercero tácita o implícita. Tales estipulaciones se preveían originariamente en los contratos de transporte de mercancías y posteriormente se extienden a los contratos de transporte de personas. Aunque la teoría de los grupos de contratos no estaba desarrollada, el juez francés vio la posibilidad de acordar una acción contractual a la víctima de un daño contractual sin violar abiertamente el principio del efecto relativo del contrato. Es el caso, por ejemplo, de una persona que fallece en el curso de un transporte ferroviario; a fin de acordar a sus herederos una acción contractual que les permita prevalerse de las obligaciones de seguridad del transporte, el juez incluye en el contrato de transporte una cláusula tácita en su beneficio⁴⁶. La *Cour de cassation* francesa no ha abusado de ese artículo, de hecho en retroceso en el ámbito del transporte⁴⁷. Se continúa, sin embargo, realizando un uso episódico de éste⁴⁸.

⁴³ Cass. Civ. 16 enero 1888, DP, 1888, 1.77.

⁴⁴ Cass. 1 civ. 19 diciembre 2000, bull, n.º 333.

⁴⁵ C. civ. Art. 1121, in fine.

⁴⁶ V. p. ej. Cass. 1.º civ. 15 febrero 1955 D. 1955.519.

⁴⁷ V. descartando la estipulación a favor de terceros en beneficio de las víctimas por referencia ya que, dado que éstos no actúan en calidad de cesionarios ni herederos, no podrían suceder a sus padres fallecidos. Cass. 1.º civ. 28 de octubre 2003, Bull, n.º 219.

⁴⁸ V. especialmente, en materia de contaminación de transfusiones sanguíneas, Cass. 1.º civ. 14 de noviembre de 1995 Bull. n.º 414.

II. Esta extensión del ámbito de la responsabilidad contractual no encuentra fácilmente eco en el derecho comparado. La estipulación a favor de terceros se ha aplicado con profusión con formas diversas⁴⁹. Ciertos sistemas son, sin embargo, refractarios a la admisión de una estipulación a favor de terceros meramente tácita. Tomaremos como ejemplo el sistema inglés⁵⁰.

El principio del efecto relativo del contrato (*privity of contract*) resulta de aplicación muy restrictiva en el sistema inglés⁵¹. Como sucede habitualmente, este principio se expresa de manera procesal: el tercero carece de acción fundada en un contrato del que no es parte⁵². Cabe la posibilidad de realizar estipulaciones por terceros, pero el juez no obligará al oferente a respetar la promesa⁵³. El compromiso estará desprovisto de *consideration* en la medida en que el beneficiario no aporte una contrapartida a su acuerdo. Este rigor puede obstaculizar algunas operaciones muy útiles para la sociedad moderna. Por esta razón esta situación ha sido objeto de críticas severas y los juristas ingleses han tratado de evitar su aplicación suponiendo *trusts* tácitos (el contratante se convertiría en un *trustee* deudor de la obligación a favor de terceros) o recurriendo a la representación (el estipulante sería el representante del beneficiario en nombre del cual contrataría obteniendo el acuerdo del oferente)⁵⁴. Estas soluciones no son sino artificios poco satisfactorios y varios autores subrayan el aislamiento del derecho inglés no sólo respecto del Derecho de la Unión Europea, sino incluso respecto del derecho del *Common Law*, dado que la estipulación a favor de tercero ha sido aceptada tanto en derecho americano o australiano⁵⁵.

En esas circunstancias se ha adoptado en 1999 la *Contracts (Rights of third parties) Act*, que autoriza a los contratantes a conferir a terceros derechos que pueden ser exigidos procesalmente. Debe decirse, sin embargo, que el reconocimiento de la estipulación de terceros ha sido, voluntariamente⁵⁶, muy reservada. La ley (*Section 1*) exige que la estipulación sea expresa y que

⁴⁹ W. K. ZWEIGERT y H. HÖTZ, *op. cit.* loc cit.

⁵⁰ V. H. BEALE, «Stipulations for third parties in English Law», *Mélanges Ghestin*, p. 45.

⁵¹ V. en general G. H. TREITEL, *op. cit.* p. 582.

⁵² *Tweedls v. Atkinson* (1861) 1 B&S 393; *Dunlop Tyre Co v. Selfridge* (1915) AC 847.

⁵³ *V. Beswick v. Beswick*, (1968) AC 58: un tío había cedido su empresa a su sobrino, que se había comprometido a emplear a su tío para el resto de sus días por un salario determinado. Se había comprometido igualmente, en caso de fallecimiento de su tío, a entregar a su viuda 5 libras semanales hasta su muerte. El deudor no cumplió sus obligaciones respecto de su tío y paralizó su obligación respecto a su tía inmediatamente después del fallecimiento de su tío. La sentencia determina que la viuda no está en posición de exigir personalmente el cumplimiento del contrato en la medida en que no es parte en él.

⁵⁴ V. H. BEALE, *op. cit.* p. 50.

⁵⁵ K. ZWEIGERT y H. HÖTZ, *op. cit.* p. 466.

⁵⁶ V.H. BEALE, *op. cit.* p. 58.

los terceros beneficiarios sean expresamente identificados en el contrato. Esto supone que muchas de las situaciones que darían lugar a reconocimiento de un derecho de terceros en derecho francés, quedan necesariamente fuera de la esfera contractual en derecho inglés. No resultaría posible, por ejemplo, contractualizar la responsabilidad de un centro de transfusión sanguínea respecto de un trasfundido⁵⁷—en la medida en que la ausencia de una estipulación expresa, impide recurrir a las acciones directas como en derecho francés⁵⁸—.

12. Teniendo en cuenta la gran diferencia existente entre los sistemas analizados, cabría cuestionar la eficacia del artículo 6.110 de los principios de derecho europeo de los contratos, que admite la estipulación por terceros no sólo cuando existe una disposición expresa, sino también cuando se deduce del objetivo del contrato o de las circunstancias del caso. Según el mismo texto no es necesario que los terceros sean identificados en el momento de la estipulación. Esta disposición es totalmente contraria al derecho positivo inglés; sin duda va más allá de lo que admite el derecho francés que, tal como hemos determinado, no admite más que de modo tangencial las estipulaciones tácitas. El proyecto *Gandolfi* resulta más neutro al admitir las estipulaciones en favor de terceros no identificados, pero no permite la forma tácita⁵⁹.

En definitiva, la dificultad estriba en la determinación de la existencia de las estipulaciones tácitas de la voluntad de las partes. El problema sería otro en el caso de que se tratara de afirmar que la acción reconocida a los terceros es un efecto objetivo del contrato. Es la solución seguida por el *Bundesgerichtshof* alemán, a través de la institución del «contrato con efecto protector para los terceros» (*vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*)⁶⁰. Igual que la estipulación tácita a favor de terceros del derecho francés, esta institución permite conferir a las víctimas de una mala ejecución de un contrato una acción contractual. Igual que en derecho francés, son las lagunas de la responsabilidad extracontractual—más evidentes quizá en el derecho alemán⁶¹— las que han convertido esta construcción en necesaria. Pero, a diferencia de lo que sucede en la estipulación a favor de tercero, la protección acordada a los terceros es un efecto objetivo del contrato. Este efecto no depende de la voluntad de las partes, sino de las circunstancias objetivas: la exposición de los terceros a las consecuencias de la inadecuada ejecución (criterio de la proximidad

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 60.

⁵⁸ Cf. *infra*, n.º 14.

⁵⁹ V. *Código Europeo de contratos*, art. 72.

⁶⁰ V. M. PEDAMON, *op. cit.*, n.º 159; P. ANCEL, «Le contrat avec effets protecteurs pour les tiers», RDC 2004, p. 471.

⁶¹ En ese sentido, P. ANCEL, *op. cit.*, p. 474.

dad); el interés de los contratantes en la protección de los terceros; la posibilidad para el deudor de prever el riesgo de causar daños a terceros; la necesidad de proteger específicamente a los terceros, lo que supone que no dispone de una acción de reparación. Si históricamente se ha tratado de explicar esta creación jurisprudencial por la vía de la estipulación implícita a favor de terceros, el fundamento parece hoy en día superado⁶².

En la medida en que tan sólo se trata de forzar el contrato y en la medida en que la misma práctica es reconocida en todos los sistemas jurídicos⁶³, la experiencia alemana podría ser más federadora que el artículo 6.110, previamente citado, de los principios de derecho contractual europeo⁶⁴. Sin embargo, en el estado actual del derecho comparado, esta solución no es sino un obstáculo a una definición uniforme de la materia contractual.

2. Acciones directas

13. ¿Más allá de la estipulación a favor de tercero, pueden existir acciones de carácter contractual entre dos personas que no son parte de un mismo contrato? Para el jurista francés esta cuestión está íntimamente relacionada con la admisibilidad de las acciones directas. Es más, es preciso subrayar que esta expresión comprende al menos dos tipos de realidades muy diferentes: la acción directa de pago (por ejemplo, la que tiene el asegurado contra el autor del daño⁶⁵) y la acción directa de responsabilidad (la que posea el jefe de obra contra el subcontratista). Además, si determinadas acciones directas han sido creadas por la jurisprudencia, otras tienen su origen en la ley. En este último caso, es la norma que las crea quien suele determinar su régimen jurídico, de manera que no hay ningún interés práctico en la discusión de su naturaleza contractual o extracontractual.

Por lo tanto, nos centraremos en el supuesto de acciones directas diseñadas por los jueces en el supuesto de grupos de contratos. En Derecho francés la calificación de la acción no depende de que el conjunto de contratos conlleve o no la transmisión del derecho de propiedad. Si el conjunto de contratos es traslativo del derecho de propiedad, la acción directa es necesariamente contractual. Éste es el caso de la acción directa reconocida al subadquirente contra el fabricante o al vendedor intermediario por los vicios ocultos que afectan a la cosa vendida⁶⁶, o incluso de la acción que tiene el jefe de obra contra el fabricante de los materiales utilizados por el empresario⁶⁷. La cali-

⁶² P. ANCEL, *op.cit.*, p. 475.

⁶³ Pero con motivaciones y fundamentos a veces diferentes: cf. *infra*, n.º 22 a 24.

⁶⁴ V. P. ANCEL, *op.cit.*, p. 481, proponiendo inspirarse para una renovación del derecho francés formalmente próximo al artículo 1135 del Código Civil.

⁶⁵ Código de seguros, art. L.124-3

⁶⁶ Cas. 1^{ère} civ., 9 octubre 1979, *Bull.* N.º 241.

⁶⁷ Cass. ass. Plén., 7 febrero 1986, *Bull.* n.º 2.

ficación contractual de la acción directa viene determinada por el hecho de que ciertos derechos y acciones están ligados a la cosa transmitida y se transmiten con ella incluso cuando existe un cambio de propietario. Algún sector doctrinal trae a colación la noción del *intuitus rei*. Por el contrario, si el grupo de contratos no tiene como efecto la transmisión de la propiedad, la acción directa eventualmente reconocida a una de las partes es extracontractual⁶⁸. En este caso, prevalece el principio del efecto relativo del contrato.

El principio de la distinción entre acciones directas contractuales y acciones directas extracontractuales –*intuitus rei*– es tan poco convincente que la calificación de estas acciones directas ha motivado divergencias sistemáticas entre la primera y la tercera sala civil de la *Cour de cassation*, hasta el punto de haber sido necesaria la intervención de la *Assemblée plénière* para unificar la jurisprudencia. ¿Cómo es posible admitir una acción de carácter contractual entre dos personas que no han prestado previamente su consentimiento por el mero hecho de que, en momentos diferentes, han sido propietarias de una misma cosa? Esto hace que, en la calificación de lo que se considera materia contractual, el acuerdo de voluntades pase a un segundo plano, por detrás del objeto del contrato.

¿Cuál será en este punto la aportación del Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones? Es difícil responder a esta pregunta. Según la redacción propuesta del artículo 1168 «Algunos acreedores están facultados por la ley para reclamar directamente el pago de su crédito al deudor de su deudor, con el límite del importe del derecho de crédito. La acción directa está igualmente permitida en la medida en que permite evitar el empobrecimiento injusto del acreedor, teniendo en cuenta el nexo que une los contratos». Es decir, únicamente se contempla la acción directa de pago. El precepto mencionado figura en la sección titulada «Del efecto de los convenios frente a terceros», lo que, al hacer de la acción directa un efecto del contrato concluido por su beneficiario, parece abocar a reconocerle una naturaleza contractual. Sin embargo, la referencia a la ley y el doble límite impuesto por el artículo parece contradecir esta primera lectura. Por otro lado, el segundo párrafo parece estar inspirado por otro fundamento: el enriquecimiento injusto del acreedor. El empobrecimiento injusto de uno es la contrapartida del enriquecimiento injusto del otro. Es criticable que el Anteproyecto, en la medida en que pretende regular la acción directa dentro del Código Civil, no despeje las dudas sobre una cuestión que suscita tantos interrogantes.

14. El Derecho inglés se muestra en principio hostil a la admisión de las acciones directas. En realidad, la noción misma de grupo de contratos es contraria al principio de la *privity of contract*.

⁶⁸ Cass. ass. Plén., 12 julio 1991, *Bull.* n.º 5.

El Derecho inglés carece de un equivalente a la garantía por vicios ocultos del Derecho francés. Sin embargo, el vendedor profesional está obligado a entregar unos bienes de calidad satisfactoria y que sean aptos para el uso particular al que están destinados⁶⁹. Sin embargo, esta garantía únicamente se le otorga al primer comprador: los sucesivos adquirentes carecen de toda acción contra el vendedor inicial. Cada uno de ellos debe actuar contra su propio vendedor, que repetirá contra el suyo y así sucesivamente⁷⁰.

A fortiori, la ausencia de una cadena de ventas sucesivas excluye la posibilidad de ejercitar la acción directa. El ejemplo típico es el de un grupo de contratos que tiene por objeto la construcción de un edificio. En este caso, no se reconoce ninguna acción directa de pago al subcontratista contra el jefe de obra; ni tampoco acción de responsabilidad al jefe de obra contra el subcontratista. En principio, el demandante únicamente tiene abierta la vía extracontractual, a menos que el juez considere que entre el vendedor y el subadquirente o entre el jefe de obra y el subcontratista existe un contrato accesorio (*collateral contract*).

El concepto de *collateral contract* está muy bien ilustrado por el asunto *Shanklin Pier Ltd v. Detel Products Ltd*⁷¹. Una sociedad portuaria, que había contratado a un profesional para pintar sus instalaciones, contactó con un fabricante de pinturas para interesarse por la calidad de sus productos. Ante la garantía de seis años que el fabricante de la pintura le ofreció, ordenó al pintor el uso de esta concreta marca de pintura. Sin embargo, la pintura se deterioró en tres meses, lo que motivó la acción contractual de la sociedad portuaria contra el fabricante. Efectivamente, el fabricante de pinturas se había comprometido contractualmente a garantizar la calidad de sus productos como contrapartida (*in consideration*) a la orden de comprar el producto defectuoso que la sociedad había dado a su jefe de obra. Este mismo razonamiento permitiría al jefe de obra ejercitar una acción contra el subcontratista, desde el momento en que ambas partes están unidas por un *collateral contract*. Es el supuesto en el que el subcontratista, que ha contratado con el empresario principal, es elegido sin embargo por el jefe de obra⁷². Esta elección conlleva una *consideration* suficiente con el contrato del subcontratista⁷³.

⁶⁹ *Sale of Goods Act 1979, Section 14.*

⁷⁰ Sucede lo mismo en el marco del régimen jurídico instaurado por la directiva europea n.º 1999/44 de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo (traspuesta por la *Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002*). El consumidor comprador carece de acción directa contra su vendedor, quien puede ejercitar una acción contra el productor.

⁷¹ [1951] 2 KB 854.

⁷² V. Los ejemplos propuestos por G. H. TREITEL, *op. cit.*, p. 583.

⁷³ *Op. cit.*, p. 584.

15. Vemos por lo tanto que los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia francesa y la inglesa para reconocer al demandante la acción contractual son muy diferentes. Mientras que el juez francés se limita a constatar si existe un grupo de contratos con un objeto común, su homólogo inglés centra la atención en la voluntad individual, única fuente generadora de obligaciones de carácter contractual. Posiciones tan contrapuestas constituyen un serio obstáculo para el éxito de cualquier tentativa de armonización de los derechos nacionales en la materia. Ello explica sin duda el silencio de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos al respecto⁷⁴. ¿Implica ello que los Principios son inaplicables en este caso? Esta interpretación facilitaría sin duda su inserción en el derecho positivo europeo. En efecto, el TJCE ha afirmado que la materia contractual «no debe ser interpretada en el sentido de entender como tal una situación en la que no existe un compromiso libremente asumido entre las partes», de donde parece inferirse que la acción directa del subadquirente contra el vendedor original no es contractual⁷⁵. Sin embargo, esta solución debe ser interpretada restrictivamente puesto que únicamente interpreta el alcance de la noción «materia contractual» en el sentido del artículo 5.1 de la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. De hecho, el mismo TJCE ha afirmado que se trata de una noción autónoma que debe ser interpretada «teniendo en cuenta principalmente el sistema y los objetivos de la propia Convención»⁷⁶. Por lo tanto, no debe descartarse que el concepto «materia contractual» reciba una interpretación diferente según el texto internacional que deba interpretar el tribunal europeo. Así las cosas, no parece apropiado que el TJCE no requiera siempre la presencia de un elemento tan fundamental como puede ser la voluntad del contratante.

De la misma manera, cuando el derecho comunitario ha reconocido al subadquirente de un producto defectuoso una acción directa contra el fabricante, ha preferido no hacerlo en el ámbito contractual. En la mayor parte de las ocasiones existe lo que el Derecho francés denomina una cadena de contratos formada por un conjunto de ventas sucesivas, puesto que se hace extraño imaginar que un consumidor adquiera directamente el producto del fabricante. Sin embargo, la directiva de 25 de julio de 1985 no contempla esta calificación: ella crea una acción de responsabilidad desconocida e inédita, ni contractual, ni extracontractual, ya que en este punto, una vez más, hubiera sido difícil armonizar los diferentes derechos nacionales, tan divergen-

⁷⁴ V. en el mismo sentido, Ph. DIDIER, «El efecto relativo», en *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, col. Thèmes et commentaires, 2003, p. 187.

⁷⁵ Asunto *Handte cit.*, *supra*, nota 39.

⁷⁶ TJCE 8 marzo 1988, *Arcado cit.*, *supra*, nota n.º 4.

tes al respecto. Por lo demás, la directiva declara que no atenta contra los diferentes regímenes internos de responsabilidad existentes, a los que no hace sino añadir una nueva acción⁷⁷. La directiva 44/1999, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de bienes de consumo prevé la posibilidad de reconocer una responsabilidad directa del productor en caso de un defecto de conformidad del producto que le fuera imputable⁷⁸. Se puede pensar que esta acción tendrá la misma naturaleza híbrida –ni contractual ni extracontractual– que la anterior.

C. El acuerdo incierto

16. El proceso de negociación presenta una doble ventaja: por un lado, muestra la voluntad de las partes de llegar a un acuerdo; por otra, indica que este acuerdo es el origen de un contrato futuro. Ante la ausencia de negociaciones, se puede dudar de la realidad del acuerdo al que pretendidamente se ha llegado. Si el acuerdo no ha sido precedido de unas negociaciones, no es fácil saber si tiene una naturaleza contractual o no. Ante la ausencia de toda negociación, los interesados pueden llegar a un acuerdo sin que deseen conferirle el valor de un contrato.

Sólo dos categorías de negocios jurídicos escapan, en principio, a estas dificultades: los contratos reales y los contratos formales. En principio, la formación (o la ausencia de formación) de estos contratos es siempre cierta. Y el consensualismo, principio sobre el que se asientan la mayor parte de sistemas jurídicos occidentales⁷⁹, explica ampliamente el problema de la delimitación de las fronteras del contrato: si el respeto a las reglas de forma se había exigido siempre *ad validitatem*, sería suficiente con constatar la ausencia de forma para colocarse fuera del ámbito contractual y viceversa.

1. Incertidumbre sobre la existencia misma del acuerdo

17. Hay un determinado número de situaciones que no debieran plantear dificultad alguna: aquellas que el derecho positivo ha tenido el cuidado de vincular a la categoría de los cuasicontratos. Por ejemplo, podemos dudar a priori de la calificación que merece una situación en la que una persona gestiona los asuntos de otra sin que ésta lo haya consentido expresamente. La calificación es aún más delicada si se comprueba que el administrado ha tenido conocimiento de la gestión en curso porque pueden concurrir los pre-

⁷⁷ Art. 13, traspuesto al art. 1386-18 del Código civil.

⁷⁸ Considerando 23 y art. 12.

⁷⁹ V. H. KÖTZ y A. FLESSNER, *European Contract Law*, vol. I, *Formation, Validity and Content of Contracts; Contracts and Third Parties*, Clarendon Press, 1997, p. 78.

supuestos necesarios para hablar de consentimiento tácito. Esta hipótesis está contemplada en el Derecho francés por la gestión de negocios ajenos, uno de los dos cuasi-contratos regulados por el Código Civil. Sabemos igualmente que el conocimiento de la gestión por el administrado es indiferente⁸⁰.

A decir verdad, a pesar de su nombre, los cuasicontratos no tienen nada de contractual. Como dice el artículo 1371 del Código civil, proceden de un hecho puramente voluntario –unilateral– y no de un intercambio de consentimientos⁸¹. Desde la óptica del derecho inglés, quizás fuera preferible hablar de un derecho de la restitución (*Law of Restitution*) a hablar de cuasicontratos. En cualquier caso, en derecho francés la frontera tradicional entre el contrato y el cuasicontrato es bastante neta, lo que se explica por el hecho de que la categoría de los cuasicontratos es muy restringida y bastante estable.

Al menos así lo era, hasta que la *Cour de cassation* descubrió en el artículo 1371 del Código civil las posibilidades que le habían sido ya proporcionadas en otro ámbito por el artículo 1384, párrafo primero, del código. Apoyándose sobre un texto que a priori no tenía otro valor que el de mera introducción a las disposiciones que le siguen, el tribunal ha diseñado los contornos de una categoría general, no limitada a las tres figuras clásicas –pago de lo indebido, gestión de negocios ajenos y enriquecimiento sin causa–. Esta jurisprudencia surgió principalmente por su aplicación al problema de las loterías publicitarias⁸². Los hechos son los siguientes: una persona recibe de una sociedad de venta por correspondencia dos documentos que le designan, de forma nominativa, repetitiva y en mayúsculas, como ganador de una importante suma de dinero, con la única condición de reenviar en un determinado margen de tiempo un recibo de validación que se le adjunta. El destinatario firma y envía por correo la documentación en cuestión, pero jamás recibe el premio que le había sido prometido, ni ninguna otra respuesta. La *Cour d'appel* de París considera que la sociedad ha cometido una falta extracontractual por la creación de la ilusión de ganar un premio importante. Pero para la *Cour de cassation*, la situación es, en realidad, cuasicontractual y el «organizador de un sorteo que anuncia un premio a una persona

⁸⁰ C. civ., art. 1372: «Cuando una persona gestionara voluntariamente el asunto de otra, bien que el propietario conociera la gestión, o bien la ignorara, el que gestione contraerá la obligación tácita de continuar la gestión que comenzó...». Algunos autores consideran que en la medida en que el propietario ha tenido constancia de este hecho y no se ha opuesto, presta su consentimiento y se forma un contrato. V. R. BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, LGDJ, 972, n.º 283 y ss.

⁸¹ «Los cuasicontratos son los hechos puramente voluntarios de la persona, de los que resulta una obligación cualquiera frente a un tercero, y algunas veces una obligación recíproca entre las dos partes».

⁸² *Vid.* Cass. Com. 26 octubre 1999, *Bull.* n.º 193.

con nombre y apellidos sin poner en evidencia la existencia de una condición se obliga, por ese mero hecho voluntario, a entregárselo»⁸³.

Sorprende la calificación dada: el anuncio «meramente voluntario» no puede carecer de consecuencias jurídicas, de manera que no es artificial considerar que la sociedad de venta por correspondencia ha emitido una oferta de contrato, oferta que ha sido aceptada por el destinatario. Éste era, por otra parte, el estado de la jurisprudencia francesa anterior a la sentencia citada⁸⁴. Sin embargo, algún sector doctrinal ha defendido que, dada la ausencia de voluntad real de obligarse, el premio no podía ser considerado como una verdadera oferta⁸⁵. Esta perspectiva contractual ante una situación análoga es sostenida por el Tribunal de Justicia comunitario en el asunto *Rudolf Gabriel*⁸⁶. El Tribunal, en interpretación de la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, ha afirmado que «la acción jurisdiccional mediante la cual un consumidor pretende que se condene, en el Estado contratante en cuyo territorio tiene su domicilio y en virtud de la legislación de este Estado, a una sociedad de venta por correo establecida en otro Estado contratante a entregarle un premio, cuando dicha sociedad le había remitido personalmente una comunicación por la que podía darse la impresión de que se le atribuiría un premio si realizaba un pedido de mercancías por un importe determinado y este consumidor realizó efectivamente tal pedido sin que se le entregara dicho premio, es una acción en materia de contratos en el sentido del artículo 13, párrafo primero, número 3, de dicho Convenio»⁸⁷. A diferencia del asunto resuelto en Francia, el Sr. Gabriel no podía recibir el premio a menos que hiciera un pedido. Bajo estas condiciones, es fácil concluir que una vez se ha efectuado el pedido se ha concluido un contrato en el que el pago del premio prometido no es más que una prestación accesoria⁸⁸. Sin embargo, el Tribunal establece que el Sr. Gabriel ha concluido el contrato de compraventa de mercancías esencialmente, si no exclusivamente, como consecuencia de la proposición del vendedor en la que figuraba una promesa de un premio de un valor notablemente superior al importe mínimo exigido para el pedido⁸⁹ e insiste además sobre el hecho de que el consumidor ha acepta-

⁸³ Cass. Ch. Mixte 6 septiembre 2002, *Bull.* n.º 4; D. 2002, AJ p.2531 obs. A. LEINHARD e informe M. GRIDEL; D. 2002, Jur. P. 2963, nota D. MAZEAUD; *JCP E* 2002 n.º 1687, p. 1869, nota G. VINEY; *Defrénois* 2002, n.º 37644, p. 1608, nota E. SAVAUX; *Contrats-Concurrence-Consommation*, déc. 2002, Chron. P. 4, nota Ph. LE TOURNEAU y A. ZABALA; *Gax. Pal.* 19 febrero 2003, n.º 50 a 51, Jur., pp. 30-32, nota M.-L. NIBOYET.

⁸⁴ Cass. 2ème civ., 11 febrero 1998, *Bull.* N.º 55; D. 1999, Somm. P. 109, obs. R. LIBCHABER; *JCP G* 1998.II.10156, nota G. CARDUCCI; *Defrénois* 1998, p. 1044, obs. D. MAZEAUD.

⁸⁵ V. El informe del Conseiller GRIDEL, *cit.* nota 58.

⁸⁶ TJCE 11 julio 2002, asunto C-96/00, *RCDIP*, 2003, p- 484, nota P. RÉMY-CORLAY.

⁸⁷ Punto 60.

⁸⁸ V. Punto 48.

⁸⁹ Punto 54.

do *en su conjunto* la proposición del profesional⁹⁰. Un último análisis que es determinante es el intercambio de consentimientos efectuado⁹¹. La existencia del consentimiento es más importante que el objeto (una compraventa de mercancías o la entrega de un premio). Por lo tanto, no debiera ser diferente en el supuesto en que la reclamación del premio no fuera acompañada de la realización del pedido.

La calificación contractual puede incluso encontrar su fundamento en el artículo 2.107 de los Principios Europeos, según el cual «la promesa que pretende ser jurídicamente obligatoria sin aceptación vincula a su autor». Los ejemplos que nos encontramos en el comentario no son solamente los relativos a las ofertas publicitarias. También encontramos «hechos puramente voluntarios», según la expresión empleada por la jurisprudencia francesa⁹². Y si el tenor literal del artículo no es suficientemente claro, el comentario precisa que las promesas obligatorias sin aceptación «deben ser consideradas como contratos, con todas las particularidades que les son inherentes»⁹³.

Sin duda inexacto, el análisis de la *Cour de Cassation* francesa es difícilmente conciliable con los diferentes derechos europeos, que carecen de una concepción amplia del cuasicontrato⁹⁴. Por ejemplo, el Código Civil italiano no dispone de una norma general comparable a la del artículo 1371 del Código Civil francés. En él no se reagrupan a los tres cuasicontratos clásicos en una misma sección: la gestión de negocios ajenos (arts. 2028-2032), el pago de lo indebido (arts. 2033-2040) y el enriquecimiento sin causa (arts. 2041-2042) son objeto de títulos diferentes del código italiano. Como se verá más adelante, el enriquecimiento sin causa tiene su origen en la ley, lo que no sucede en el caso francés⁹⁵. No obstante, y aunque los tres cuasicontratos reciban un tratamiento diferente, todos tienen en común la existencia de un enriquecimiento jurídicamente inexplicable al que el Derecho debe dispensar una solución. Ahora bien, el mismo obstáculo, prácticamente idéntico, aparece en el Derecho alemán e, incluso, en el derecho inglés, estando los dos estrechamente vinculados a la exigencia de un enriquecimiento sin causa⁹⁶.

⁹⁰ Puntos 48 y 54.

⁹¹ V. sobre esta constante del Derecho comunitario, R. SCHULZE, «Des principes de la conclusion du contrat dans l'acquis communautaire», RIDC, 2005-4, p. 877.

⁹² V. la promesa unilateral de constituer un fondo de ayuda para las viudas e hijos de los soldados muertos en la guerra del Golfo, *ilust. n.º 1*.

⁹³ Sobre esta disposición y su aplicación a las loterías publicitarias, A. BUGADA, en *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p. 182.

⁹⁴ En el mismo sentido, P. REMY-CORLAY, *nota cit.*

⁹⁵ Sin embargo, figura en el Anteproyecto *Catalá* de reforma del derecho de las obligaciones, en los artículos 1336 a 1339.

⁹⁶ P. REMY-CORLAY, *nota cit.*

18. En el supuesto anterior, la existencia de un contrato parece dudosa puesto que la declaración emitida por una de las partes no constituye de forma evidente una *oferta de contratar*. Aunque existe la apariencia de contrato, la intención de las partes de vincularse contractualmente no es cierta. Es sabido que el Derecho francés está más vinculado a la intención de las partes que a su intención aparente⁹⁷. Ahora bien, en este punto mantiene una postura minoritaria. A excepción del Derecho belga que comparte el objetivismo del Derecho francés⁹⁸, la mayor parte de los ordenamientos vecinos comparten una concepción eminentemente objetiva de la voluntad⁹⁹.

En este punto hay que traer a colación el artículo §116 del BGB, que parece estar diseñado a medida para los supuestos de los sorteos publicitarios. Este precepto establece que la declaración de voluntad «no es nula por el mero hecho de que su autor se reserve para sí su intención de no vincularse por lo que declara»¹⁰⁰. Se trata, evidentemente, de proteger la confianza que cada persona deposita en las declaraciones de voluntad de los demás. Pero, en cualquier caso, es necesario que la proposición tenga una apariencia de seriedad: la oferta hecha para complacer no vincula contractualmente a su autor puesto que es simplemente nula¹⁰¹.

El Derecho inglés prima también la apariencia sobre la voluntad real. No hay contrato sin intención de obligarse (*intention to create legal relations*) –lo que permite, tal y como sucede en el Derecho alemán, rechazar las declaraciones no emitidas con seriedad¹⁰²–. Pero la intención de contratar es apreciada objetivamente, según la apariencia creada por cada parte contratante¹⁰³. En apoyo de esta afirmación se suele citar el asunto *Smith v Hugues*¹⁰⁴, aunque existen otras resoluciones que son igualmente significativas. Por ejemplo, en el asunto *Carlill v Carbolic Somke Ball Co.*¹⁰⁵, un laboratorio se había comprometido, a través de la prensa, a entregar la suma de cien libras

⁹⁷ Como ejemplo, el artículo 1156 C.C.: «en los contratos debe estarse a la intención común de las partes contratantes, más que al tenor literal de sus cláusulas».

⁹⁸ V. C. DELFORGE, «La formation des contrats sous un angle dynamique – Réflexions comparatives» en *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, op. cit. p. 139.

⁹⁹ V. P. REMY-CORLAY, nota cit. del mismo autor, «L'existence du consentement», en *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, op. cit. p. 29. En particular, para una comparación franco-alemana, A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961.

¹⁰⁰ Traducción de M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, op.cit.

¹⁰¹ § 118 BGB: «Es nula toda declaración de voluntad que no tenga un fin serio o que se haga con la esperanza de que se interprete que no tiene un fin serio».

¹⁰² No solamente: cf. *Infra*, n. 21.

¹⁰³ V. G. H. TREITEL, op. cit., p. 162 y ss., especialmente, p. 172.

¹⁰⁴ V las palabras del juez Blackburn reproducidas en la nota del artículo 2.102 de los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos*.

¹⁰⁵ [1892] 2 Q. B. 484.

a cualquier persona que, pese a utilizar su medicamento contra la gripe, contrajera la enfermedad. Quizás en este asunto la *Cour de Cassation* pudiera ver hoy en día una operación publicitaria –no muy alejado sin duda de la promesa de un premio de una lotería– y negara ver en este ofrecimiento una intención real de vincularse contractualmente. Sin embargo, fue la calificación contractual la que fue defendida por la *Court of Appeal* pese a que la propia demandante, Mme. Carlill, no había adquirido directamente el producto del fabricante.

Si los principios *Unidroit* guardan silencio al respecto¹⁰⁶, los principios europeos objetivan igualmente el consentimiento¹⁰⁷, al igual que hace la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, que constituye, recordemos, el régimen jurídico francés aplicable a la compraventa internacional de mercancías¹⁰⁸.

Ante estas circunstancias, se puede lamentar el silencio que mantiene el Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones sobre el consentimiento objetivo. Y podemos lamentar que su artículo 1105 («La formación del contrato requiere la concurrencia de varias voluntades firmes y concretas de contratar») refleje un subjetivismo persistente. Una elección semejante no carecería de consecuencias: condena al juez francés a recurrir a artificios para calificar las situaciones que tienen toda la apariencia de un contrato, pero en las que subsiste una duda sobre la voluntad de las partes de contratar.

19. Extrapolando este estudio a otro terreno, convendría preguntarse si, en ausencia de toda declaración de las partes contratantes, su silencio debiera ser interpretado como un consentimiento implícito del contrato. Esta pregunta pierde sin embargo interés desde el momento en que las divergencias se difuminan en Derecho comparado. En la mayor parte de los sistemas jurídi-

¹⁰⁶ No obstante, es preciso subrayar que en la interpretación del contrato –no en su formación– es el método objetivo el preconizado: cf. Art. 4.2.

¹⁰⁷ Art. 2:102: «La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte».

¹⁰⁸ Art. 8: «1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.

2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes».

cos, el silencio no equivale a consentimiento¹⁰⁹. Pero todos admiten excepciones, en concreto cuanto el comportamiento de las partes es revelador de su voluntad, como puede ser el hecho de que la parte a la que se le ofreció el contrato, comience a ejecutar aquello a lo que supuestamente se habría comprometido en el contrato¹¹⁰.

Aquí es necesario constatar que el Derecho francés no muestra ninguna singularidad. Al igual que sus ordenamientos vecinos, niega todo valor al consentimiento por el mero hecho del silencio¹¹¹, pero considera que en determinadas circunstancias el comportamiento de las partes es elocuente: es el caso del conductor de un taxi que estaciona su vehículo en una plaza reservada para ello¹¹², o del arrendador que al final del arrendamiento no exige al arrendatario el desalojo¹¹³. El primero hace una oferta tácita, el segundo acepta la oferta tácita de prórroga del contrato permaneciendo en el inmueble alquilado. En realidad, las excepciones son numerosas, como parece apuntar la redacción propuesta de nuevo artículo 1105-6 del Código Civil en el Anteproyecto de reforma del Derecho de las obligaciones: «en la ausencia de disposición legal, acuerdo entre las partes, usos profesionales o de las circunstancias particulares, el silencio no equivale a aceptación».

En definitiva, un juego muy casuístico de principios y excepciones, en el que no será difícil encontrar el consenso entre los juristas europeos. Todos deberían aprobar el artículo 2.204 de los Principios europeos, según el cual el silencio o la inactividad no equivalen a la aceptación, a menos que el comportamiento del destinatario indique conformidad con la oferta¹¹⁴. El proyecto *Gandolfi* establece un artículo específico para las «conductas concluyentes»¹¹⁵. En definitiva, todos los sistemas persiguen un mismo fin: alcanzar un equilibrio justo entre el respeto a la voluntad individual y la seguridad jurídica. El respeto a la voluntad de la persona impide considerar que se ha concluido un contrato cuando ni las palabras ni los actos son reveladores del deseo de la parte de obligarse contractualmente. Sin embargo, la seguridad jurídica exige que cada uno pueda confiar en la apariencia de contrato creada por la otra persona¹¹⁶.

¹⁰⁹ V. H. KÖTZ y A. FLESSNER, *European Contract Law*, op. cit. p. 27, s. En el mismo sentido, el comentario al artículo 2.204 de los *Principios del Derecho Europeo de los contratos*, p.131.

¹¹⁰ V. H. KÖTZ y A. FLESSNER, *European Contract Law*, op. cit. p. 27.

¹¹¹ Cass. Civ, 25 mayo 1870, *DP*. 70.1.341: «En ausencia de cualquier otra circunstancia, en Derecho el silencio de la persona a la que pretendemos obligar no es suficiente para hacer prueba contra él de la existencia de la obligación alegada».

¹¹² Cass. 1^{ère} civ., 2 diciembre 1969, *Bull.* n.º 381, *RTD Civ.* 1970, p. 589.

¹¹³ C. civ., art. 1738.

¹¹⁴ Este artículo es una declinación del artículo 2.102 anteriormente citado.

¹¹⁵ Código Europeo de los Contratos, art. 24.

¹¹⁶ V. Para una aclimatación de este principio tal y como está formulado en el Derecho inglés, H. MUIR-WATT, «Reliance et définition du contrat», en *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 57.

2. Incertidumbre sobre el valor contractual del acuerdo

20. En este punto se abordarán los supuestos en que la existencia del acuerdo está fuera de toda duda pero en los que las partes, según la apariencia, no son conscientes o no han tenido la voluntad de atribuirle un valor contractual. En estos casos, ¿debe el juez partir de la existencia de acuerdo entre las partes y reconocer una acción contractual al demandante?

Esta cuestión quizás sorprenda al jurista francés. Si un acuerdo cumple los requisitos legales de un contrato, el juez está vinculado por él. Sin embargo, la definición proporcionada por el artículo 1101 del Código Civil es muy amplia¹¹⁷ y no parece que pueda referirse a todos los acuerdos de voluntad. Incluso no todos aquellos que tienen un valor jurídico merecen la calificación de «contrato». ¿Acaso debe entenderse que dos familiares, dos amigos, dos vecinos... concluyen un contrato por el mero hecho realizar una prestación en beneficio del otro?

La respuesta puede encontrarse en las condiciones de validez (¿o de existencia?) del contrato enumeradas en el artículo 1108 del Código Civil. Desprovisto de un objeto cierto o de causa, el acuerdo no es un contrato. Y es el juez quien está llamado a verificar la determinación del objeto o la existencia de la causa. Aquí están las herramientas que la ley proporciona. Por lo tanto no hay que sorprenderse de las grandes dificultades que en ocasiones encuentra el juez para apreciar el valor contractual de determinados acuerdos. El mejor ejemplo lo podemos encontrar en los servicios de benevolencia. Imaginemos el supuesto en el que una persona *consiente* en prestar a un familiar o a un amigo un servicio no remunerado y que, en el transcurso de la operación, causa un determinado daño o perjuicio. ¿La responsabilidad del uno o del otro es de naturaleza contractual? No se puede negar que las partes hayan llegado a un acuerdo. Pero, sin lugar a dudas, ninguna de ellas tiene la intención de vincularse contractualmente. En estas condiciones, ¿se puede exigir al transportista que lo es a título gratuito los niveles de seguridad exigibles al transportista a título oneroso? Para evitar estas consecuencias es preciso considerar que la situación no es contractual. En el supuesto en el que se sufriera un daño, sería preciso probar la culpa extracontractual del transportista para obtener la reparación del daño. La *Cour de Cassation* no ha querido posicionarse entre los intereses en presencia, legítimos pero contradictorios al mismo tiempo. Y, como regla general, considera que se trata de una cuestión de hecho que debe ser resuelta según el poder soberano de apreciación del juez que conoce del fondo del asunto. Serán ellos quienes deban indagar si se ha concluido un «acuerdo de asistencia» entre las par-

¹¹⁷ Cf. *supra*, nota 8.

tes¹¹⁸, pudiendo llegar a la conclusión de que no existe relación contractual alguna y que la relación existente entre las partes es una «mera relación de cortesía»¹¹⁹. Algún sector doctrinal considera que en estos casos no sería procedente hablar de contrato o de culpa extracontractual, sino de gestión de negocios ajenos¹²⁰. En algunas ocasiones pueden estar en lo cierto¹²¹.

21. Los jueces ingleses no parecen tener las mismas dificultades puesto que no están sujetos a una definición abstracta de contrato¹²². En principio, consideran que no existe contrato si no hay una intención de las partes de vincularse jurídicamente¹²³. Y de esta manera presumen que, en ausencia de esta voluntad, las promesas hechas en un contexto *familiar* o de relación social (*social and family arrangements*) no vinculan jurídicamente a su autor¹²⁴. Cabe notar que esta situación no es contractual puesto que ni siquiera es jurídica. Como ya se ha dicho, descartar la calificación contractual no implica necesariamente, en derecho inglés, afirmar la responsabilidad extracontractual¹²⁵.

Dos asuntos ilustran bien la forma de enfocar el problema. El asunto *Balfour v Balfour*, que enfrentaba a dos cónyuges. El matrimonio Balfour había vivido en Ceilán, lugar donde trabajaba el esposo. La señora Balfour, por problemas de salud, decidió permanecer en Inglaterra, razón por la cual su marido se comprometió a entregarle una renta mensual de treinta libras. Una vez el matrimonio fue disuelto, el Sr. Balfour dejó de pasarle esta cantidad a su mujer. La demanda que interpuso la Sra. Balfour fue desestimada por entender el juez que el acuerdo existente entre ellos no era jurídicamente vinculante (*enforceable agreement*). Los acuerdos entre esposos no son jurídicamente vinculantes puesto que, salvo circunstancias particulares o disposición en contrario, se presume que el matrimonio no tiene intención de obligarse contractualmente¹²⁶.

¹¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 16 diciembre 1997, *Bull.* n.º 376; D. 1998, Jur. P. 580, nota M. VIA-LA; Cass. 1^{ère} civ., 17 diciembre 1996, *Bull.*, n.º 463; D. 1997, somm. P. 288, obs. PH. DELEBECQUE; RTD, *Civ.* 1997, p. 431, obs. P. JOURDAIN.

¹¹⁹ Cass. 2^{ème} civ., 26 enero 1994, *Rev. crit. et. assur.* 1994, comm. N.º 114; RTD *Civ.* 1994, p. 864, obs. P. JOURDAIN, JPC G, 1994.I.3809, N.º 1 obs. G. VINEY.

¹²⁰ R. BOUT, *these précité* n.º 282, s. y «La convention dite d'assistance», en *Mélanges Kayser*, 1979, t. I, p. 157 s.

¹²¹ V. para supuestos de profesionales de la salud que prestan altruistamente sus servicios para una asociación humanitaria y fallece en un accidente de avión fletado por la asociación, Cass. 1^{ère} civ., 2 marzo 2004, *Bull.* n.º 64.

¹²² A decir verdad, la idea misma de que pueda existir un derecho del contrato, más allá de las reglas aplicables a los contratos (especiales) no ha surgido de manera espontánea y resulta discutida. V. S. HEDLEY: *op. cit.*, esp. p. 402 y ss.

¹²³ Cf. *supra*, n.º 18.

¹²⁴ V. G. H. TREITEL, *op. cit.* p. 164 y ss.

¹²⁵ En defecto de un principio general de responsabilidad extracontractual. Cf. *Supra*, n.º 5.

¹²⁶ *Balfour v. Balfour*, [1919] 2 KB 571.

Los hechos fueron diferentes en el asunto *Merrit v Merrit*¹²⁷. El matrimonio se había ya separado cuando el marido aceptó conceder a su mujer el uso y disfrute del hogar común, mientras que ella se comprometía a pagar el préstamo que habían pedido para financiar la adquisición de la vivienda. Amortizado el préstamo, se entendió que el marido estaba vinculado por la promesa hecha a su mujer ya que al estar separado de ella podía tener la intención de vincularse jurídicamente. Además, es preciso subrayar que en este asunto la esposa había ejecutado su parte del acuerdo y había actuado en *consideración* al compromiso asumido por su marido. Este acuerdo tenía, por lo tanto, una naturaleza de indudable carácter contractual¹²⁸.

En definitiva, en este tipo de asuntos es la relación de proximidad existente entre las partes la que determina a priori la naturaleza contractual o no –jurídica o no– del acuerdo. Este mismo razonamiento es el seguido en el marco, no de las relaciones familiares, sino sociales: salvo circunstancias particulares, están sujetas a una presunción de «no contractualidad». Así sucede, por ejemplo, en el supuesto en que el propietario de un vehículo acepta llevar al trabajo a un compañero que, por su parte, contribuye al pago del carburante: en el supuesto en que no se prestara el servicio, este último no tendría una acción contractual¹²⁹. Por el contrario, si el transporte tiene lugar, y éste no contribuye al pago de la gasolina, puede ser obligado judicialmente a ello¹³⁰.

Aunque técnicamente, la exclusión de este tipo de acuerdos se justifica por la ausencia de intención contractual, en el fondo subyace la preocupación de limitar el imperio de la ley, que «no debe inmiscuirse en las relaciones de amistad»¹³¹. Lord Atkin afirma en el asunto *Balfour v Balfour* que si se consideraran contractuales este tipo de acuerdos sería necesario multiplicar el número de tribunales ingleses. Por lo tanto, es preciso dotarse de los instrumentos jurídicos necesarios para controlar eficazmente la expansión del contrato. Es lo que sucede con el criterio de la *intention to create legal relations*. Sin embargo, algunos consideran que no es necesario ir tan lejos y que la presunción negativa propuesta en el asunto *Balfour v Balfour* da carta blanca al juez para establecer la responsabilidad contractual cuando le parezca oportuno¹³².

¹²⁷ [1970] 2 All ER 760; [1970] 1 WLR 1211; CA.

¹²⁸ S. HEDLEY, *op.cit.* p. 406.

¹²⁹ *Coward v Motor Insurers' Bureau*, [1963] 1 QB 259, [1962] & All ER 531.

¹³⁰ *Mc.Goodnan v Motor Insurers' Bureau*, [1969] 2 Lloyd's Rep 34 QBD.

¹³¹ A. SERIEAUX, «L'oeuvre prétorienne in vivo: l'exemple de la convention d'assistance», en *Mélanges Cabrillac*, 1999, p. 299 (nota 7).

¹³² V. S. HEDLEY, «Keeping contract in its place...», *op. cit.* esp. p. 403.

D. El acuerdo incompleto

22. Imaginemos un supuesto en el que no se discuta la existencia de un contrato. Sabemos que este acuerdo está llamado a producir más efectos que los estipulados por las partes. Ahora bien, según su cultura, los juristas no atribuirán el mismo valor –contractual o no– a los efectos que produzca.

En Derecho francés, no hay duda de que son tan contractuales las obligaciones nacidas de la imaginación de las partes como las creadas por la ley o el juez. Por otra parte, la cuestión se confunde en parte con la interpretación «completiva» del contrato. No hay tanta diferencia entre las obligaciones de seguridad o de información y la atribución de determinadas obligaciones a una voluntad hipotética de las partes¹³³. De todas maneras tendrá carácter contractual, ya sea una obligación impuesta por la ley o suplementaria de la voluntad de las partes, ya sea considerado por el juez como una consecuencia natural del contrato¹³⁴ o como un efecto deseado por las partes.

El lenguaje jurídico italiano dispone de un bello concepto para denominar este fenómeno: *l'integrazione del contratto*. Es interesante subrayar que el *Codice civile* es mucho más explícito en este punto que el Código civil francés. Encontramos una disposición idéntica del artículo 1135 del Código civil: el artículo 1374 del *Codice civile*¹³⁵. En sede de las obligaciones inherentes a las estipulaciones contractuales, el artículo 1339 del *Código* establece que «las cláusulas (...) impuestas por la ley (...) forman parte de pleno derecho del contrato y sustituyen, en su caso, a las estipulaciones contrarias de las partes». El artículo 1340 añade que «los usos y costumbres forman parte del contrato, en defecto de estipulación en sentido contrario de las partes». Siendo parte del contrato, las obligaciones ajenas a la voluntad expresa de las partes son necesariamente de naturaleza contractual.

23. En ciertas situaciones sería demasiado artificial recurrir al contrato para delimitar el litigio surgido entre las partes. A veces es la contrapartida de la extensión considerable del elemento contractual en el Derecho francés. Por ejemplo, el notario cumple una función de servicio público. Sin embargo, no encontramos nada mejor que el contrato para explicar la relación con sus clientes. ¿Significa eso que hay que aplicar la ley del contrato a toda acción de responsabilidad que pudieran éstos ejercitar? La *Cour de Cassa-*

¹³³ «Quizás haría falta tener el valor de reconocer que la interpretación del contrato, como la de la ley, tiene sus límites, y que existe un cierto grado de oscuridad y contradicción que impide averiguar la común intención de las partes» (CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e ème éd. PUF, 2000, n.º 146).

¹³⁴ V. C. civ. Art. 1135.

¹³⁵ «El contrato obliga a las partes no sólo a aquello a lo que se han comprometido, sino también a todas las consecuencias que derivan de la ley o, en su defecto, de la costumbre y la equidad».

tion ha respondido claramente que no, haciendo incluso de la responsabilidad contractual la excepción: «si las obligaciones del notario, que no hace sino asegurar la eficacia de acto instrumentado por él y que no son la prolongación de su misión de redacción del documento público pertenecen al ámbito de la responsabilidad extracontractual, sería diferente si éste contratara una obligación contractual con su cliente, por ejemplo, el compromiso de proceder él mismo a la sustitución de la garantía»¹³⁶. Esta afirmación establece claramente que la responsabilidad profesional del notario no supone una violación del contrato, sino un fallo en el cumplimiento de su función legal, con independencia de que sea el contrato el instrumento que le sirve al cliente para dirigirse contra él. Este razonamiento lleva a las mismas consecuencias en supuestos similares en que existe una persona que desarrolla una función legal, como pudiera ser el subastador¹³⁷, el agente judicial¹³⁸ o incluso el centro de reeducación de menores internados por decisión judicial¹³⁹. En estos casos, el criterio de la calificación extracontractual es el origen legal (extracontractual) de la obligación desconocida. Ahora bien, todos los contratos o casi todos contienen obligaciones legales cuya violación está castigada contractualmente. Pero, sin duda, la prestación del notario o del oficial de justicia es *esencialmente* estatutaria, en el sentido de que el papel de la ley es más importante que el del contrato. No hay que olvidar que el recurso a estos profesionales viene impuesto por la ley, incluso aunque se vista posteriormente de contrato.

24. Algunos sistemas jurídicos llegan a consecuencias más sistemáticas sobre la fuente –convencional o no– de la obligación. Así, por ejemplo, el Derecho inglés tiende a considerar que las obligaciones impuestas a las partes por la ley o por el juez no son contractuales, lo que quizás puede ser un indicio de una influencia mayor que en el Derecho francés de la autonomía de la voluntad. No obstante, por mucho que haya sufrido un retroceso similar al que ha experimentado en el Derecho francés, parece que su influencia ha sido, y sigue siendo, muy grande¹⁴⁰.

En algunos casos, es toda la situación litigiosa, globalmente considerada, la que escapa a la materia contractual. En el asunto *Norweb plc v Dixon*¹⁴¹, se afirmó que la relación entre una sociedad privatizada de sumi-

¹³⁶ Cass. 1ère civ. 12 abril 2005, *Bull.* N.º 178; *Défrenois* 2005, p. 2010, obs. J. L. AUBERT. Las decisiones en materia de responsabilidad extracontractual son muy numerosas.

¹³⁷ Cass. 1ère civ. 22 noviembre 1994, n.º 92-20917.

¹³⁸ Cass. 1ère civ. 13 enero 1987, *Bull.* n.º 12.

¹³⁹ Cass. 2ème civ., 20 enero, *Bull.*, n.º 15, D 2000, jur. p. 571, nota M. HUYETTE.

¹⁴⁰ V. P. S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979.

¹⁴¹ [1995] 3 All ER 952, [1995] 1 WLR 636. V. déjà, *Read v. Croydon Corporation*, [1938] 4 All ER 631.

nistro de energía eléctrica y un consumidor no era una contractual porque, por un lado, la sociedad soportaba la obligación legal de suministrar al consumidor si se cumplían determinadas condiciones y, por otro, porque la ley fijaba las condiciones (principalmente, las tarifas) bajo las que debía suministrarse la energía eléctrica. Esta intromisión de la ley, tanto en la creación de la relación de derecho como en la determinación de sus consecuencias, es incompatible con una relación de carácter contractual.

En otros supuestos, la situación es contractual a pesar de la existencia de obligaciones no pactadas expresamente por las partes. ¿Cuál es en estos casos la naturaleza de estas obligaciones? La mayor parte de ellas no adquieren jamás carácter contractual. Simplemente, el juez considera que una parte contratante debe soportar una obligación legal (*legal duty*), cuya violación comporta una responsabilidad extracontractual (*in tort*). La existencia de un contrato no supone obstáculo alguno puesto que el Derecho inglés no prohíbe la concurrencia de responsabilidades, contractual y extracontractual¹⁴². En numerosos contratos concluidos por profesionales, principalmente, la incompetencia o la negligencia del contratante es normalmente sancionada *in tort*¹⁴³.

Sin embargo, junto a estas obligaciones legales, algunas cláusulas no acordadas expresamente por las partes son asociadas a su voluntad implícita (denominadas *implied terms*)¹⁴⁴. Las obligaciones que nacen de estas cláusulas son de naturaleza contractual, como contractual es la responsabilidad contraída en el caso de su incumplimiento. A primera vista, la práctica inglesa y la francesa no son tan diferentes en este punto. Pero es preciso distinguir, porque la categoría de *implied terms* es muy amplia. Podemos encontrarlos con disposiciones impuestas por el Derecho para determinada categoría de contratos, bajo una forma legal (*terms implied by statute*) o jurisprudencial: la voluntad implícita de las partes en este punto no tiene gran importancia, incluso si los *implied terms* pueden ser excluidos por medio de disposición expresa en contrario de las partes¹⁴⁵. Otros términos vienen implícitos por la costumbre o los usos: éstos no precisan de la intención presunta de las partes, pero, sin embargo, tampoco la pueden contradecir¹⁴⁶. Finalmente están los *terms* detectados por el juez en cada contrato

¹⁴² Cf. *infra* n.º 29.

¹⁴³ V. los ejemplos propuestos por E. A. JAFFEY, «Contract in tort's clothing», *Legal Studies*, 1985, p. 77.

¹⁴⁴ V. G. H. TREITEL, *op. cit.*, p. 201 y ss.

¹⁴⁵ *Op. cit.*, pp. 206-211. El *leading case* es *Liverpool City v. Irwin* ([1977] A.C. 239): Debido al estado general de deterioro de las viviendas de un barrio de Liverpool, una pareja de arrendatarios apeló a la responsabilidad contractual del ayuntamiento: la Cámara de los Lores les dio la razón, entendiendo que un contrato de arrendamiento contiene unos *implied terms* según los cuales el arrendador debe tomar las medidas razonables que sean necesarias para mantener los equipamientos del inmueble en buen estado de uso y conservación.

¹⁴⁶ *Op. cit.* p. 213.

individual. Éstos tampoco pueden, mucho menos que en el Derecho francés¹⁴⁷, estar asociados sistemáticamente a la voluntad real de las partes¹⁴⁸. Como lo avanzaba Lord Wilberforce en el asunto *Nacional Carriers Ltd. v panalpina (Northern) Ltd.*¹⁴⁹, «abandonando una interpretación estricta de la teoría de la autonomía de la voluntad, el derecho del contrato permite a los jueces descubrir –mejor, imponer– las soluciones justas que hubieran acordado hombres razonables en una situación similar a la de los contratantes». No se podría definir mejor la construcción jurisprudencial del contrato. Sin embargo, si se analiza con detenimiento, las aproximaciones son diferentes. El juez francés se preocupa más de moralizar el contrato y de facilitar a la víctima el camino hacia la indemnización. Poco le preocupa la economía del contrato. Sin embargo, aunque es cierto que el juez inglés no es insensible a la moralidad contractual, tiende a reconocer pleno efecto al contrato y a las estipulaciones de las partes. Uno de los criterios desarrollados para identificar en el contrato los *implied terms* es precisamente el de la eficacia comercial, la *business efficacy*¹⁵⁰. Este criterio ha sido establecido por la sentencia *The Moorcock* de 1989¹⁵¹. Por medio de un contrato concluido entre un armador y el propietario de un embarcadero situado en el río Támesis, se acordaba la utilización del embarcadero para la descarga del barco. En el proceso de descarga, y debido a la fuerza de la marea, el barco encalló y sufrió una serie de daños. La *Court of Appeal* entendió que el propietario del navío había implícitamente contratado la seguridad del lugar, incluso con la marea baja. Ampliamente utilizado desde entonces, el criterio de la *business efficacy* permite completar el contrato con el grado de eficacia que las partes hayan podido razonablemente desear¹⁵². No es necesario considerar una disposición como razonable, ni entender que mejora el contenido del contrato. Es preciso asegurar que las partes contratantes hubieran prestado su consentimiento si hubieran reflexionado sobre ella¹⁵³.

Se trata de determinar lo que debe ser considerado como contractual por adhesión al contrato. Según el criterio que se mantenga, será contractual aquello que equilibra o moraliza el contrato, o aquello que contribuye a su eficacia. El Derecho francés comparte el primer enfoque, mientras que el Derecho inglés se aproxima más al segundo.

¹⁴⁷ Cf. *Supra*, n.º 22

¹⁴⁸ V. principalmente A. PHANG, «Implied Terms in English Law – Some recent developments», *The Journal of Business Law*, 1993, p. 242.

¹⁴⁹ [1981 AC 675-696].

¹⁵⁰ V. A. PHANG, «Implied Terms, business efficacy and the officious Bystander – A modern history», *The Journal of Business Law*, 1998, p.1.

¹⁵¹ [1889] 14 PD 64.

¹⁵² V. G. H. TREITEL, *op. cit.*, p. 202.

¹⁵³ *Op. cit.* p. 203. Se utiliza un segundo criterio: el del *officious bystander*, o cláusula que el tercero que hubiera asesorado a los contratantes habría recomendado incluir y que las partes hubieran consentido (*Shirlaw v. Southern Foundries 1926 Ltd.* [1939] 2 K.B. 206).

Los Principios Europeos se sitúan en la confluencia de ambas corrientes. El artículo 6.102, titulado «Obligaciones implícitas» prevé que «además de las obligaciones expresas, un contrato puede contener obligaciones implícitas que derivan de: a) la intención de las partes; b) la naturaleza y finalidad del contrato; c) la buena fe». Es decir, la búsqueda de la voluntad real pero no manifiesta, la promoción de la eficacia contractual y la preocupación de moralizar el contrato. El juez francés aplicará con más facilidad los apartados a y c, mientras que el juez inglés los apartados a y b¹⁵⁴. Más concretamente, el proyecto *Gandolfi* distingue entre cláusulas implícitas impuestas por la ley, aquellas que dimanen de la buena fe o de la voluntad tácita de las partes y, finalmente, aquellas «que son necesarias para que puedan producirse los efectos pretendidos por las partes»¹⁵⁵. La *business efficacy* no está lejos.

II. EL CONTRATO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

25. Cambiemos de ángulo: examinemos a continuación el contrato a través de su *función*. Se plantean, pues, varias cuestiones. ¿Acaso no existe el contrato a menos que haga nacer obligaciones? Y, en caso contrario, ¿el contenido no obligacional del contrato es en sí mismo contractual? ¿Es posible incorporar al contrato toda obligación, sea cual sea su objeto? ¿Supone el contrato la existencia de obligaciones *recíprocas*?

A. Contenido no obligacional del contrato

26. Hemos apuntado como introducción que el contrato no interesaba al derecho salvo en la medida en que era generador de obligaciones. ¿Es exacta esta afirmación? Se puede dudar si es cierto que la utilidad del contrato no se limita a las obligaciones que conlleva. La doctrina en efecto ha puesto en evidencia la existencia de un efecto no obligacional del contrato¹⁵⁶. Y la misma idea se ha aparecido en textos recientes, como el proyecto *Gandolfi* de Código europeo de los contratos¹⁵⁷. Algunos contratos tienen incluso un

¹⁵⁴ En el mismo sentido, el comentario a este artículo por D. BOSCO en *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p. 325.

¹⁵⁵ Art. 32.

¹⁵⁶ V. en Francia, P. ANCEL, «Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat», RTD Civ. 1999, p. 771.

¹⁵⁷ V. la definición del contrato propuesta en el artículo 1: «el contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte» (cursiva añadida). Nada comparable en importancia con el anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones, que se queda en una definición puramente obligacional: «El contrato es un acuerdo por el cual una o varias personas se obligan con otra u otras a realizar una prestación» (Art. 1102).

efecto principalmente no obligacional, como los que transfieren derechos reales o instituyen uniones pseudom matrimoniales. Pero hay que reconocer que esos contratos plantean dificultades considerables en derecho comparado.

Por ejemplo, Francia ha elegido hacer del *Pacte civil de solidarité* (PACS) un contrato¹⁵⁸, pero los países escandinavos o los Países Bajos tienen una concepción más institucional de las parejas de hecho registradas, lo que les acerca claramente al matrimonio. Además, hay que tener en cuenta que en estos países no reconocen ni el uno ni el otro estas formas de unión y regulan en consecuencia las cuestiones que plantean las parejas de hecho por aplicación del derecho común. Éste es el caso del derecho italiano, que no concede a los componentes de la pareja de hecho un estatus jurídico específico¹⁵⁹. Salvo alguna excepción, sus derechos y deberes se rigen por el derecho común –derecho del enriquecimiento sin causa, fundamentalmente–. Se admite por lo demás que los componentes de la pareja de hecho pueden concluir válidamente acuerdos que regulen sus relaciones patrimoniales. De ello se deriva que cierto número de situaciones serán contractuales, como en Francia, pero por razones diferentes.

Los contratos de transmisión de derechos reales no suscitan menos interrogantes. Primero porque, en derecho francés incluso, no existe acuerdo sobre la naturaleza de la transferencia de la propiedad: ¿efecto obligatorio del contrato u objeto de una obligación del vendedor¹⁶⁰? Seguidamente, porque las divergencias más profundas dividen los sistemas jurídicos nacionales. Para convencerse de ello basta con oponer el acuerdo de voluntades del derecho francés¹⁶¹ y una concepción alemana muy formal, según la cual la transferencia de la propiedad no se deriva de un contrato de venta en sí mismo, sino de un acuerdo específico posterior a la venta y sometido a publicidad (registro para los inmuebles, desposesión para los muebles). La venta, por su parte, tiene un efecto puramente obligacional, mientras que el efecto real se deriva de un segundo acto, el contrato real¹⁶². La línea divisoria entre el contrato y lo que le es ajeno varía pues de un país a otro. Esta divergencia, que no se limita a la comparación franco-alemana, explica que en tanto que se ha armonizado el derecho material de la venta internacional de mercancías, se ha renunciado a regular la transferencia de la propiedad¹⁶³. Y apenas se ha intentado unificar sobre este punto las reglas del conflicto de leyes:

¹⁵⁸ C. civ., art. 515-1. Por la misma solución ha optado la «cohabitación legal» belga: v. C. civ., art. 1475 y ss.

¹⁵⁹ V. sobre lo que el derecho italiano denomina la *famiglia di fatto*, L. BALESTRA, «Les concubinages en Italie: aspectos jurídicos», en *Mélanges Rubellin-Devichi*, p. 405.

¹⁶⁰ V. P. ANCEL, *op. cit.*, n.º 17 y s.

¹⁶¹ V. C. Civ., art. 1583.

¹⁶² V. F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n.º 612 s.

¹⁶³ El artículo 4(d) de la Convención de Viena excluye del campo de aplicación de este texto «los efectos que el contrato pueda tener sobre la propiedad de las mercancías vendidas».

los convenios de La Haya de 1955 y de 1986 excluyen ambos de su campo de aplicación la transferencia de propiedad¹⁶⁴. En cuanto al Convenio del 5 de abril de 1958, que precisamente tiene por objeto determinar la ley aplicable a la transferencia de la propiedad de los bienes vendidos, jamás ha entrado en vigor por falta de ratificaciones¹⁶⁵.

Habría que proseguir esta investigación para verificar si los efectos no obligacionales del contrato ocasionan más disparidades en derecho comparado que sus efectos obligacionales. Si, como suponemos, esta hipótesis se verifica, ¿no será porque al final resulta artificial recurrir al contrato para hacer que produzca un efecto puramente legal¹⁶⁶? Lo que es cierto es que el contrato que ya no es estrictamente obligacional tiende naturalmente a invadir otras ramas del derecho¹⁶⁷. Se seguirá diciendo que esta o aquella institución es contractual, pero a menudo será imposible regular sus efectos por la sola aplicación del derecho de los contratos. Se puede incluso dudar que el derecho contractual supranacional sea de alguna utilidad para estos contratos. Los Principios europeos, de inspiración¹⁶⁸ y práctica¹⁶⁹ marcadamente mercantilista, ¿pueden ser de utilidad para su aplicación al contrato de PACS o a cualquier otra pareja de hecho registrada? Sin duda, la respuesta es no. El proyecto *von Bar*, por su parte, descarta expresamente estas materias¹⁷⁰. Y es igualmente porque estas situaciones no corresponden al arquetipo del contrato que están excluidas del ámbito de aplicación de instrumentos como la Convención de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o el Reglamento de Bruselas de 22 de diciembre de 2000 sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil¹⁷¹.

¹⁶⁴ Art. 5(3) de la convención de 1955, art. (c) de la convención de 1986.

¹⁶⁵ La única ratificación, la de Italia, data de 1961. V. sobre estas cuestiones V. HEUZE, *La venta internacional de mercancías*, LGDJ, 2000, especialmente n.º 55 y ss.

¹⁶⁶ Se ha visto *supra* (n.º 23) que los efectos puramente legales de ciertos contratos, como ciertas responsabilidades profesionales, no estaban sometidas al derecho de los contratos y que el derecho inglés no considera incluso como contractual un acuerdo de suministro de electricidad en condiciones fijadas por la ley (n.º 24).

¹⁶⁷ F. FERRAND explica mediante la correcta distinción entre el derecho de las obligaciones y el derecho de los bienes la distinción alemana entre contrato obligacional y contrato real (*op. cit.*, n.º 613).

¹⁶⁸ V. la introducción a los *Principios*.

¹⁶⁹ V. los ejemplos propuestos en los comentarios de cada artículo.

¹⁷⁰ Art. 1.101.

¹⁷¹ V. en este sentido V. HEUZE, «La notion de contrat en droit international privé», *op. cit.*, p. 320.

B. Obligaciones no contractuales en cuanto a su objeto

27. Si consideramos ahora los únicos efectos obligaciones del contrato, conviene preguntarse si son todos de esencia contractual. Algunos sistemas califican contractualmente obligaciones que, en otros lugares, tienen distinta naturaleza. Tomaremos como ejemplo las obligaciones que tienen por objeto la integridad del cocontratante o de sus bienes.

Estas obligaciones tienen una «contractualidad» dudosa, desde dos puntos de vista. Primero, porque son en general impuestas por el juez o la ley a la voluntad de las partes –es el caso de la obligación de seguridad del derecho francés–. No volveremos sobre este punto, ya expuesto¹⁷². La otra razón de dudar del carácter contractual de estas obligaciones tiene que ver con su objeto.

28. Es bastante fácil trazar una línea divisoria teórica entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual. La primera tendría por objeto la reparación de un agravio no atendido de la situación de la víctima. La segunda haría referencia a compensar la ausencia del beneficio que debía reportar el cumplimiento del contrato. El contrato es un instrumento de previsión, la responsabilidad contractual es la protección que la ley otorga a esta previsión¹⁷³. Al contrario, la responsabilidad extracontractual es la protección que la ley acuerda a aquel que padece un daño imprevisto. Partiendo de la responsabilidad, podemos remontarnos a la obligación: la obligación contractual tiene por objeto el beneficio prometido al otro; la obligación extracontractual siempre es negativa, pues prohíbe a su deudor perjudicar al otro.

Muy presente en algunos derechos extranjeros y acogida en Francia por un aparte de la doctrina¹⁷⁴, esta división es casi desconocida en el Derecho positivo francés. Muy raras son las decisiones que se refieren a ella expresamente; y las que lo hacen no implican siempre su aceptación¹⁷⁵. Sobre todo, cada cual dice que el contrato es hoy habitualmente empleado para acudir en

¹⁷² Cf. *supra*, n.º 22 y ss.

¹⁷³ Lo que expresa el artículo 1150 C. Civ.: «el deudor sólo estará obligado al pago de daños e intereses previstos o que hubieran podido ser previstos en el momento del contrato cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo por su parte».

¹⁷⁴ V. CARBONNIER, *op. cit.*, n.º 295: «lo que se denomina responsabilidad contractual debería ser concebido como algo muy limitado: la obligación de procurar al acreedor el equivalente del interés (pecuniario) que esperaba del contrato; es el resultado de hacer entrar allá adentro el dolor y la muerte; la tragedia es imputable a los artículos 1382 y siguientes».

¹⁷⁵ V. para una fórmula extraña Nancy, 12 sept. 1986, *Juris-data* n.º 1986-046903: «esta ausencia, si bien consiste en la violación de una obligación contractual, compromete la responsabilidad extracontractual de la sociedad SOPALOR, dado que el daño causado por la negligencia de la antedicha sociedad e invocado por el Sr. BRIERE es ajeno al objeto del contrato».

ayuda de las víctimas de daños no propiamente contractuales. La obligación contractual de seguridad, especialmente cuando ésta es de resultado, es el instrumento privilegiado de esta opción. Las razones son conocidas: rigidez –probatoria, fundamentalmente– de la responsabilidad extracontractual; imposibilidad de recurrir a ella cuando las partes del litigio están obligadas por un contrato, en virtud del principio de prohibición del concurso de responsabilidades. A decir verdad, tratándose de esto último, no se sabe bien si es la causa o la consecuencia de la expansión del contrato: ¿se inventa un incumplimiento contractual porque está prohibido reparar por la vía extracontractual el daño constatado, o bien se mantiene la prohibición del concurso porque, de todas formas, la responsabilidad hipertrofiada tiene respuesta para todo? Lo que sí es cierto es que los dos fenómenos están íntimamente relacionados. La última década ha sido sin duda la época dorada de la obligación contractual de seguridad; también es la época en la que la *Cour de cassation* francesa ha dictado sus decisiones más contundentes en materia de prohibición del concurso¹⁷⁶.

29. La mayoría de los sistemas jurídicos extranjeros autorizan al contratante víctima a optar por uno u otro régimen de responsabilidad¹⁷⁷. En consecuencia, el daño corporal o a los bienes es, en este caso, naturalmente reparado por la responsabilidad extracontractual, sin que sea necesario distender el contrato.

Dado que no conocía el principio general de responsabilidad extracontractual sino una multiplicidad de *torts*, era normal que el derecho inglés permitiese su aplicación cada vez que se dieran las condiciones, ya fuese entre contratantes. La especialidad de la materia contractual, a veces invocada en virtud de la prohibición del concurso en derecho francés (*specialia generalibus derogant*), no es en *Common Law* un argumento definitivo. Pero esto

¹⁷⁶ Mientras que la fórmula clásica («los artículos 1382 y siguientes no son de aplicación cuando se trate de una falta cometida en la ejecución de una obligación resultante de un contrato»: Req 21 enero 1890, *DP* 1891, I, 380) obliga al juez a constatar el incumplimiento contractual antes de rechazar la responsabilidad extracontractual, la *Cour de cassation* ha venido a admitir en los años noventa que la sola existencia de un contrato entre las partes era exclusivo de toda acción delictual. La responsabilidad extracontractual es, en efecto, «ajena a las relaciones de las partes contratantes» (Cass. 2^{ème} civ., 26 mayo 1992, *Bull.* N.º 154; *Resp. civ. et assur.*, oct. 1992, n.º 33, obs. (muy críticas) Ch. LAPOYADE DESCHAMPS; *JCP G* 1992.I.3625, obs. G. VINEY). V. en el mismo sentido Cass. 3^{ème} civ., 9 oct. 1991, *Bull.* N2 234, *RTD Civ* 1992 p. 107, obs. P. JOURDAIN; Cass. 3^{ème} civ., 10 nov. 1998, *Bull.* N.º 211, *D.* 1999, som. p. 260, obs. P. JOURDAIN.

¹⁷⁷ Una excepción notable es el caso de Québec, que incluso ha codificado la regla de no acumulación de responsabilidades (C. civ., art. 1458: en caso de incumplimiento de una obligación contractual, ni el deudor ni el acreedor pueden «sustraerse a la aplicación de las reglas del régimen contractual de responsabilidad para optar a favor de las reglas que les fuesen más favorables»).

no es todo: el derecho inglés efectúa claramente la distinción entre los ámbitos de aplicación respectivos de los dos regímenes de responsabilidad. Al contrato, la producción; a la responsabilidad extracontractual, la protección del individuo y de sus bienes¹⁷⁸. La división es tan clara, que la responsabilidad *in tort* no permite en principio reparar un daño puramente económico (*pure economic loss*), es decir, sin relación con el daño corporal o la degradación de objetos materiales¹⁷⁹. De forma que la indemnización de este daño depende, en principio, de la responsabilidad contractual. El derecho de *torts* se aplica a los actos que agravan la situación del otro, no a aquellos que no lo mejoran¹⁸⁰. Si, no obstante, se da la circunstancia de que el contrato contiene una obligación de respetar la integridad física del acreedor o de sus bienes, esta circunstancia no debe impedir a la víctima de un daño personal o a sus bienes de buscar la reparación *in tort*. Y los tribunales ingleses han admitido desde muy pronto el concurso de responsabilidades en esta hipótesis¹⁸¹. Ha sido más difícil y más largo admitirla en otros casos, como allí donde el daño es puramente económico. En 1994, el caso *Henderson v Merret Syndicates Ltd.*¹⁸² dio a la Cámara de los Lores la ocasión de afirmar que «en el contexto actual, el *Common Law* no es hostil al concurso de responsabilidades, y no existe fundamento válido para una regla que impida de manera automática al demandante ejercer alternativamente un recurso extracontractual o contractual». La sentencia es interesante porque, una vez más, pone por delante la fuente específica de la obligación extracontractual: «si se entiende que la obligación *in tort* es impuesta por la ley y que la obligación contractual resulta de la voluntad de las partes, se puede admitir que el demandante esté autorizado a beneficiarse del recurso que le sea más favorable».

Por su parte, el derecho italiano de las obligaciones está estructurado a la imagen del francés¹⁸³. Pero esto no le ha impedido autorizar el concurso (*concorso*) cuando el comportamiento dañoso viole no solamente el contrato, sino también el principio general de *neminem laedere*¹⁸⁴. Y el recurso a la responsabilidad extracontractual es frecuente para la reparación de los daños

¹⁷⁸ La distinción es de T. WEIR, *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. XI, ch. 12, «Complex Liabilities».

¹⁷⁹ V. especialmente J. H. HERBOTS, «Le duty of care et le dommage purement financier en droit comparé», *RRJ* 1985, p. 267. V. también, examinando el *pure economic loss* a propósito de la distinción entre los dos ámbitos de responsabilidad, B. S. MARKESINIS, «An Expanding Tort Law – The Price of a Rigid Contract Law», *The Law Quarterly Review*, 1987, p. 354.

¹⁸⁰ A. E. JAFFEY, «Contract in tort's clothing», *op. cit.*, p. 77.

¹⁸¹ V. A. BURROWS, «Solving the Problem of Concurrent Liability», in *Understanding the Law of Obligations*, Hart Publishing, 1998, p. 16.

¹⁸² [1994] 3 All E.R. 506, [1995] 2 AC 145.

¹⁸³ Cf. *supra* n.º 5.

¹⁸⁴ Cass. 22 sept. 1983, n.º 5368, *Foro italiano, Massimario*, 1983.1180.

causados a las personas o a los bienes en el cumplimiento de un contrato de transporte, del daño médico o incluso del daño causado por la utilización de productos defectuosos¹⁸⁵. A diferencia del derecho inglés, el derecho italiano no ha excluido formalmente la indemnización extracontractual del daño puramente económico, pero la jurisprudencia parece haberse esforzado, de paso, por conservar un ámbito de intervención propio para cada régimen de responsabilidad¹⁸⁶. Más recientemente, no se ha sabido resistir a la tentación de contractualizar la reparación de los daños personales¹⁸⁷, sin que la prohibición del *concorso* sea, sin embargo, puesta en duda¹⁸⁸.

30. Es comprensible que ni los principios *Unidroit* ni los Principios europeos aborden la cuestión del concurso de responsabilidades, en la medida en que tanto los unos como los otros tienen un ámbito de aplicación limitado al contrato. Señalaremos de todas formas que el artículo 9.501 de los Principios europeos contempla la reparación contractual del perjuicio no pecuniario; los comentarios precisan que el perjuicio reparable puede consistir en un daño moral –sufrimiento, dolor, molestia, trastornos psíquicos– resultantes del incumplimiento de la obligación. Según la interpretación que se haga, este texto permitirá pues aplicar la responsabilidad contractual a daños no específicamente contractuales, como los daños a la persona o a los bienes. Por el contrario, el artículo 9.502 nos parece que efectúa una mejor distinción entre el contrato y el delito. Dicho artículo establece que «en general, el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios se hará de forma que se coloque al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato». En efecto, la norma se autolimita («en general»); por añadidura se puede estimar que si el contrato hubiera sido debidamente ejecutado, el acreedor y sus bienes habrían resultado indemnes y que es esta «posición» (de indemnidad) la que prevé el artículo 9.502. Pero el comentario del artículo no permite esta lectura. Precisa en efecto que «el acreedor tiene derecho a obtener una compensación correspondiente al valor de lo que hubiera podido *obtener* del cumplimiento del contrato»¹⁸⁹. Es decir, que el contrato se configura ante todo como un instrumento de producción y no de protección¹⁹⁰.

¹⁸⁵ V. F. GIARDINA, «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?», *Rivista critica di diritto privato* 1987, p. 79; P. G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale – analisi comparata di un problema*, CEDAM, 1989.

¹⁸⁶ V. F. GIARDINA, *op. cit.*, pp. 80-82.

¹⁸⁷ *Op. cit.*, pp. 163-164.

¹⁸⁸ V. p. ej. Cass. civ. sez. III, 19 janv. 1996, n. 418.

¹⁸⁹ Comm. I (cursiva añadida).

¹⁹⁰ Afirmando que la indemnización de daños y perjuicios del artículo 9.502 «no pretende la compensación del perjuicio de inejecución sino la satisfacción del acreedor», véase el comentario del artículo que realiza V. PERRUCHOT-TRIBOULET, en *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, *op. cit.*, p. 515.

Por lo demás, los textos europeos no parecen favorables a una contractualización de la reparación del daño extracontractual. El mejor ejemplo de esto es la responsabilidad derivada de productos defectuosos, resultante de la directiva de 25 de julio de 1985. Esta responsabilidad tiene precisamente por objeto la reparación de daños causados a la persona o a los bienes¹⁹¹. Ahora bien, no es, en teoría, ni contractual ni extracontractual y los recursos contractuales o extracontractuales de los que dispone la víctima no le están vedados¹⁹². No hay que ver en esto necesariamente una *opción*, sino quizá simplemente el rechazo de tomar una posición entre tradiciones jurídicas divergentes. Pero lo que sí es cierto es que este nuevo régimen de responsabilidad, transformado en derecho interno de los países miembros, opera una descontractualización de los daños que cubre.

La principal disonancia se encuentra en el proyecto *Gandolfi*, que expresamente hace del contrato un instrumento de protección de las partes. El artículo 99, precisamente titulado «Incumplimiento del deber de dejar indemne al acreedor», plantea en efecto que, «en el cumplimiento de la prestación debida, el deudor debe adoptar todas las medidas necesarias para no producir daños a la persona del acreedor, a sus auxiliares y a sus bienes; en caso de infracción de este deber, la obligación debida se considera incumplida si el daño se produce durante o a causa del cumplimiento, y representa una causa directa e inmediata del mismo. En otro caso, el deudor queda sujeto a la responsabilidad aquiliana». La violación de un deber de dejar indemne al acreedor está pues unida al incumplimiento propiamente dicho, con el cual no parece confundirse. De todas formas, la contractualización de la responsabilidad está limitada por la exigencia de un vínculo inmediato y directo entre la una y la otra. En su ausencia, la responsabilidad extracontractual retoma sus derechos. He aquí pues un freno a la expansión contractual que sin lugar a dudas será explotada de distinta forma por cada juez nacional según su propia cultura.

C. Obligaciones sin contrapartida

31. ¿Puede haber contrato allí donde no hay reciprocidad? Esta cuestión no es la de la admisibilidad del contrato unilateral, aquél sólo obliga a una parte¹⁹³, sino la del contrato a título gratuito, por el cual una parte se empo-

¹⁹¹ C. civ., art. 1386-2.

¹⁹² Cf. *supra*, n.º 15 y nota 77.

¹⁹³ C. civ., art. 1103. En la medida en que aquel que se obliga en solitario recibe no obstante una ventaja (por ejemplo, la entrega de fondos en el préstamo a interés), generalmente no se discute que la calificación contractual sea la apropiada. Tal operación cumple satisfactoriamente el intercambio económico (*bargain*) apreciado en derecho inglés, si bien es discutible en el sentido del derecho francés.

brece sin contrapartida¹⁹⁴. Una donación, un depósito o un mandato no remunerado, ¿son contratos?

Para el derecho francés, no hay ninguna incompatibilidad de principio entre gratuidad y contrato. El Código civil presume incluso la gratuidad de los contratos como el depósito¹⁹⁵ o el mandato¹⁹⁶. Pero bien se sabe que en la práctica, estos contratos son cada vez menos gratuitos. También se sabe que la gratuidad del mandato, dado que se acompaña de la facultad para el mandante de revocar el mandato cuando le parezca oportuno¹⁹⁷, ha conducido a la jurisprudencia a inventar la noción de «mandato de interés común», para los casos en los que el mandato aprovecha en realidad las dos partes. Allí donde el Código civil había desechado el derecho común del contrato, la *Cour de Cassation* lo ha reintroducido. Quizá sea porque el mandato no remunerado no es un auténtico contrato, a pesar de la calificación mantenida por el Código. No llega a serlo sino cuando reaparece el interés común, al menos desde que las dos partes tienen interés en el cumplimiento del acuerdo. En definitiva, sólo hay realmente contrato cuando el acuerdo de voluntades da lugar a un intercambio entre las partes, cuando cada una de ellas consiente en un empobrecimiento o en un sacrificio en beneficio de la otra.

Esta concepción del contrato no es totalmente ajena al derecho francés. Encuentra su expresión en la teoría de la causa, conocida igualmente por cierto número de derechos europeos¹⁹⁸. Si la causa no es en absoluto un instrumento para lograr el equilibrio contractual¹⁹⁹, al menos permite asegurar que todo contrato presenta un interés para cada una de las dos partes, lo que es, en todo caso, un contrato. Y todavía esto último no es del todo cierto salvo en el caso de la causa objetiva –no las motivaciones personales de las partes, sino la ventaja objetiva que se espera del contrato– aplicado a los contratos sinalagmáticos. En esta hipótesis, en efecto, la causa permite asegurarse de que la obligación de cada uno tiene como contrapartida la obligación de su cocontratante. El juez anulará todo contrato que no presente ningún in-

¹⁹⁴ C. civ., art. 1105.

¹⁹⁵ C. civ., art. 1917.

¹⁹⁶ C. civ., art. 1986.

¹⁹⁷ C. civ., art. 2004.

¹⁹⁸ V. los arts. 1325 y 1418 del *Codice civile* italiano, 1108 y 1131 del *Code civil* belga, 1261 y 1275 del *Código Civil* español. Este último propone además una definición de la causa en el artículo 1274. Por el contrario, el BGB alemán no hace de la causa una condición de la existencia del contrato en cuanto tal. La causa –subjetiva– no interviene sino para asegurar que la concordancia de los consentimientos o para sancionar el acuerdo ilícito o inmorral. V. M. PEDAMON, *op. cit.*, n.º 92.

¹⁹⁹ V. no obstante los propósitos optimistas de D. MAZEAUD, «La matière du contrat», en *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 81.

terés para una parte, bien porque la contrapartida sea inexistente, bien porque sea inútil²⁰⁰. Por el contrario, tratándose de contratos concluidos a título gratuito, la causa objetiva ya no es de ninguna utilidad. No existe contrapartida objetiva, por ejemplo, en el empobrecimiento del donante. Sin embargo, este empobrecimiento ha de producirse, pero, si no acontece, se aplicarán las reglas del enriquecimiento sin causa. Es por esto por lo que se ha inventado la intención liberal, sustitutiva de la causa. En ausencia de intención liberal, o cuando ésta es falsa, la liberalidad puede ser anulada. Los jueces han determinado, por ejemplo, la nulidad de una donación hecha por un marido a su mujer como consecuencia de que ésta, poco después, había abandonado el domicilio conyugal y había solicitado el divorcio, y ello porque, en este caso, el vínculo afectivo que había estado en el origen de la intención liberal del donante era indisociable de la unión conyugal que existía con la donataria²⁰¹. Estas soluciones son retomadas en el anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones²⁰², fiel a la teoría de la causa a pesar de las críticas de las que es objeto²⁰³.

En definitiva, lo que separa aquí lo contractual de lo extracontractual ya no es la economía del intercambio, sino la intención contractual de las partes. No ha habido nunca contrato (éste es el sentido de la retroactividad de la nulidad) porque la intención del donante, equivocada, nunca ha tenido valor contractual. Pero quizá porque esta intención no constituye un criterio suficientemente discriminatorio, la donación debe además constatarse por acto auténtico, bajo pena de nulidad²⁰⁴. Volveremos a encontrar una aplicación similar del formalismo en derecho inglés²⁰⁵.

32. La aprehensión francesa al contrato de beneficencia no está exenta de reproches. Hace depender la existencia del contrato de acontecimientos posteriores a su conclusión. En el caso de la donación entre esposos seguida de un divorcio, la intención contractual no es apreciada el día del acto, sino a la luz de la demanda de divorcio efectuada ulteriormente. Se presume que

²⁰⁰ V. para la anulación de un contrato de revelación de sucesión, porque la intervención del genealogista no era necesaria para esta revelación, Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 1953, *JCP*. 53.II.7761.

²⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1985, *RTD Civ.* 1986, p. 397, obs. J. PATARIN. Igualmente, una persona que lega sus bienes a los pobres creyendo sin razón que no hay más herederos puede invocar la ausencia de la causa: París, 9 févr. 1867, *S.* 1867.2.129.

²⁰² Art. 1125-4: «No hay donación ni testamento en ausencia de intención liberal. Las liberalidades están desprovistas de causa real en ausencia de motivo sin el cual su autor no habría dispuesto».

²⁰³ V. especialmente B. FAVARQUE-COSSON, «La réforme du droit français des contrats: perspective comparative», *RDC* 2006, p. 147.

²⁰⁴ C. civ., art. 931.

²⁰⁵ *Infra*, n.º 32.

la intención de divorciarse del donatario sería desconocida para el donante el día del acto, de manera que en esta fecha la intención liberal existía de hecho... y no habría sido nunca contrariada si el cónyuge hubiera renunciado a divorciarse. Quizá sería mejor dotarse de instrumentos más rigurosos para apreciar la existencia del contrato *desde su conclusión*. En este caso, el derecho inglés parece estar prevenido.

«En derecho inglés, como regla general, una promesa no obliga contractualmente a su autor a menos que revista la forma de *deed* o que tenga una *consideration*»²⁰⁶. Se podrían invertir los términos de la proposición: a falta de *consideration*, el *deed* es necesario para dar fuerza obligatoria a una promesa.

La *consideration* es ciertamente la exigencia de derecho común, el criterio fundamental que permite distinguir los contratos de acuerdos sin valor contractual²⁰⁷. Para que el juez reconozca la existencia de una acción contractual, hace falta que el compromiso invocado haya tenido una *consideration*, que sea justificada por el sacrificio o el empobrecimiento consentido por su beneficiario. Pero, evidentemente, esta exigencia no se satisface cuando el que se obliga no pretende nada más que la satisfacción de beneficiar a otro. La formalidad del *deed* toma pues el relevo. Ya que la operación no es económicamente un contrato, solamente a voluntad cierta de aquel que se obliga puede conferirle fuerza obligatoria. Y esta voluntad debe ser confirmada por el cumplimiento de ciertas formalidades. Inicialmente, el *deed* es un escrito emanado de aquel que se obliga y revestido de su sello (*seal*). Progresivamente, el sello ha dado paso a menciones equivalentes: inscripción de la palabra *seal* sobre el acto o las iniciales LS por *locus sigili*, aposición de una pastilla roja que hace las veces de sello... exigencias todas estas que no tienen otra justificación que llamar la atención de aquel que se obliga sobre el alcance de su obligación. Hoy, el sello ya no se exige a los particulares, pero la exigencia de un escrito permanece. Además, el *deed* debe ser «expedido». La expedición es un acto que traduce claramente la intención del autor del *deed* de obligarse: a veces la entrega del documento al beneficiario o a un tercero, pero no necesariamente²⁰⁸. Una mención comparable al *bon pour* que antiguamente se exigía en derecho francés se inscribe sobre el acto, haciendo las veces de expedición del *deed*: *I deliver this as my act and deed*. Se trata, una vez más, de verificar la intención de su autor de quedar jurídicamente obligado.

Queda saber si el acto realizado en estas condiciones es o no un contrato. Parece que no, incluso si hablamos comúnmente de *contract under*

²⁰⁶ G. H. TREITEL, *op. cit.*, p. 67.

²⁰⁷ Cf. *supra*, n.º 3.

²⁰⁸ V. G. H. TREITEL, *op. cit.*, p. 158; O. MORETEAU, *Droit anglais des affaires, op. cit.*, n.º 448 y ss.

*seal*²⁰⁹. Por una parte, el acto no deriva su fuerza obligatoria de un acuerdo de voluntades sino del documento, del *instrumentum* mismo²¹⁰. Por otra parte, está sometido a reglas propias y no al régimen general del «verdadero» contrato²¹¹. Si el derecho inglés acepta reconocer efectos a los acuerdos sin contrapartida, no por ello estos acuerdos constituirán contratos dado que su función económica es otra.

33. La reciprocidad de las obligaciones no es tratada como tal ni de forma específica por los Principios europeos. Habría sido difícil encontrar una vía intermedia entre la teoría de la causa y la de la *consideration*²¹². Tan sólo se recoge el sinalagmatismo, pero en la fase del incumplimiento. Algunos artículos regulan los «medios» (recursos) propios a los contratos sinalagmáticos: excepción de incumplimiento (arts. 9.201), resolución (arts. 9.301 a 9.309) y reducción del precio (9.401). Pero la expresión misma de «contrato sinalagmático» sólo aparece en los comentarios. Por lo demás, estas disposiciones no son objeto de un capítulo específico sino que se intercalan entre el «derecho a exigir el cumplimiento» (arts. 9.101 a 9.103) y la indemnización de daños y perjuicios (arts. 9.501 a 9.510). Si no se consideró necesario hacer un apartado especial para los contratos sinalagmáticos, ¿no será porque los Principios, en el fondo muy mercantilistas²¹³, han erigido el sinalagmatismo en modelo contractual?

Para finalizar, se mencionaran las soluciones adoptadas por el proyecto *Gandolfi*. En primer lugar, se suprime toda exigencia de causa o de *consideration*²¹⁴. El proyecto afirma no obstante que «el contenido del contrato debe ser útil»²¹⁵. Ahí se verá fácilmente una evocación de la dimensión necesariamente económica del contrato, si el artículo 26 del proyecto no precisara que «el contenido del contrato es útil cuando sirve a un interés de ambas partes o al menos de una de ellas». De hecho, la utilidad no es sino la condición sin la cual el contrato no es «serio»²¹⁶. No es, pues, una condición de patrimonialidad, a diferencia de lo que exige por ejemplo el artículo 1174 del *Codi-*

²⁰⁹ V. O. MORETEAU, *op. cit.*, loc. cit.

²¹⁰ V. G. H. TREITEL, *op. cit.*, loc. cit.: «*The binding force of such a promise does not depend on contract at all*».

²¹¹ V. R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1985, n.º 201.

²¹² V. para una comparación de las dos nociones R. DAVID, «Cause et Consideration», en *Mélanges Maury*, t. II, p. 111.

²¹³ Esta consideración ya se ha apuntado (*supra* n.º 26), sobre la aplicabilidad de los principios al PACS o más generalmente a las parejas de hecho registradas.

²¹⁴ V. *Code européen des contrats*, Livre I, *op. cit.*, Rapport, p. 100 y ss.

²¹⁵ Art. 25.

²¹⁶ V. *Code européen des contrats*, Livre I, *op. cit.*, Rapport, p. 115, expresando la opinión de CARBONNIER, miembro de la Academia.

*ce civile italiano*²¹⁷. Los autores del proyecto han visto en ello, no obstante, «una condición requerida apta, entre otras cosas, para satisfacer la exigencia del grupo inglés, en el marco de la ausencia de la *consideration*»²¹⁸.

CONCLUSIÓN

34. Retornemos a la doble afirmación que ha estructurado este estudio: «el contrato no existe sin acuerdo de voluntades; tan sólo interesa al Derecho en la medida en que resulta generador de obligaciones». Las palabras que anteceden han mostrado suficientemente que ninguna de estas afirmaciones era exacta. Desde luego, la mayor parte de las situaciones contractuales tienen como punto de partida un intercambio de consentimientos; pero el derecho del contrato es a menudo impuesto a personas que no han consentido en ello o más allá de los límites que los contratantes habían previsto. Ciertamente, el modelo contractual es generador de obligaciones; pero no solamente algunos contratos imponen obligaciones, además los distintos sistemas jurídicos no se ponen de acuerdo sobre las obligaciones que dan lugar a una situación su naturaleza contractual. De ello se deriva que ni el acuerdo de las partes ni la existencia de obligaciones a su cargo permiten definir el contrato, y menos aún delimitarlo.

Otras definiciones son posibles. La más convincente es aquella que se funda sobre la función socioeconómica del contrato. La mayor parte de las extensiones del contrato en derecho francés tienen como causa la voluntad de hacerlo desempeñar un papel que no es el suyo: el papel de un principio de reparación alternativo a la responsabilidad extracontractual, un principio más atractivo, disponible siempre que el juez pueda establecer un vínculo entre las partes del litigio, por lejano que parezca. Que se piense, por ejemplo, en el *intuitus rei* en los grupos de contratos o en la proyección familiar del contrato de transporte que protege tanto a los padres como a la víctima misma. Es probable que volviendo a la función esencial del contrato –si no la producción, al menos la previsión– se eviten un cierto número de incertidumbres, de subjetivismo y, por tanto, de divergencias nacionales de interpretación.

Se ha constatado igualmente que el criterio de la fuente de la relación de obligación (las partes o la ley) permitía una separación bastante clara entre lo que es contractual y lo que no. Este criterio no es forzosamente incompatible con el precedente: respetar la función de previsión del contrato es rechazar integrar en él todas esas obligaciones sobre las que la previsión de las partes no ha reparado.

²¹⁷ «La prestación objeto de la obligación debe ser susceptible de una evaluación económica y corresponder a un interés, incluso no patrimonial, del acreedor».

²¹⁸ *Code européen des contrats*, Livre I, *op. cit.*, Rapport, p. 115.

Una u otra, bien habrá que esforzarse en dar una definición uniforme del contrato antes de unificar las reglas. Porque, sea cual sea la calidad de éstas, no tendrán más que una aplicación limitada si no se llega a un acuerdo previo sobre su dominio material de aplicación.

La utilización de materiales biológicos humanos con fines diagnósticos y terapéuticos*

Sergio Romeo Malanda

Investigador doctor del Centro de Derecho y Genética
Universidad de Tasmania (Hobart, Australia)

Recibido: 01.12.07

Aceptado: 21.12.07

Resumen: Los materiales biológicos humanos se utilizan en la actualidad para un gran número de fines. En este trabajo vamos a ocuparnos de aquellos que menos rechazo plantean desde un punto de vista social, pero que, sin embargo, presentan interesantes cuestiones de carácter ético y jurídico. Por un lado, diversos materiales biológicos se utilizan diariamente para la realización de análisis médicos, con la intención de evaluar la salud presente o futura del paciente. Por otra parte, algunos materiales biológicos pueden ser empleados con fines terapéuticos en el propio sujeto o en terceros, como sucede en el caso de los trasplantes de órganos y tejidos. El autor analiza la extensa legislación existente al respecto en relación con la obtención, utilización y almacenamiento de dichos materiales biológicos.

Palabras clave: materiales biológicos humanos, diagnósticos médicos, biobancos, trasplantes de órganos, bancos de cordón umbilical, donación de sangre, tejidos fetales.

Abstract: *At present times human biological materials are used for a great number of purposes. In this work we are going to deal with those that raise less conflict from a social point of view, but that, nevertheless, present interesting ethical and legal issues. On the one hand, diverse biological materials are used every day to carry out medical analyses, with the intention of testing the present or future health of the patient. On the other hand, some biological materials can be used for therapeutic purposes in the own subject or in a third person. That is the case of organ and tissue transplantation. The author analyses the extensive legislation existing in this topic in relation with the obtaining, use and storage of the above mentioned biological materials.*

Key words: *human biological material, medical diagnosis, biobanks, organ transplantation, umbilical cords banks, blood donation, foetal tissues.*

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación «Implicaciones jurídicas de la utilización de materiales biológicos humanos y biobancos en investigación científica», con referencia HU2003-22, subvencionado por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco (2005-2007), cuyo investigador principal es el profesor Carlos María Romeo Casabona.

Sumario: 1. Introducción.—2. Tratamiento de materiales biológicos con fines diagnósticos. 2.1. La relevancia de los materiales biológicos con fines diagnósticos. 2.2. Una cuestión previa: la distinción entre el consentimiento para la obtención y el consentimiento para el uso posterior del material biológico. 2.3. La obtención de materiales biológicos con fines diagnósticos. 2.4. La utilización de materiales biológicos con fines diagnósticos. 2.5. El almacenamiento de materiales biológicos con fines diagnósticos.—3. El tratamiento de materiales biológicos con fines terapéuticos. 3.1. La relevancia de los materiales biológicos con fines terapéuticos. 3.2. La obtención de materiales biológicos con fines terapéuticos. 3.2.1. Fines terapéuticos para el sujeto fuente. 3.2.2. Fines terapéuticos para terceros. 3.2.2.1. La donación de órganos. 3.2.2.2. La donación de células y tejidos. 3.2.2.3. La donación de sangre. 3.2.2.4. La donación de material fetal. 3.3. Utilización de materiales biológicos con fines terapéuticos. Requisitos respecto al receptor. 3.4. El almacenamiento de materiales biológicos con fines terapéuticos (I): bancos de sangre y tejidos. 3.5. El almacenamiento de materiales biológicos con fines terapéuticos (II): los bancos de cordón umbilical.

1. INTRODUCCIÓN

Aunque en la actualidad se está prestando una especial atención a la utilización de materiales biológicos con fines de investigación biomédica, lo cierto es que sus potenciales usos son extremadamente variados¹.

Por material biológico puede entenderse cualquier sustancia biológica que contenga ácidos nucleicos de origen humano. De esta forma, el concepto de material biológico abarca realidades tan variadas como las células, los tejidos («todas las partes constituyentes del cuerpo humano formado por células»)² o los órganos («parte diferenciada y vital del cuerpo humano formada por diferentes tejidos, que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un nivel de autonomía importante»)³. También se incluirían los gametos humanos.

Sin embargo, quedan excluidos del concepto de material biológico, y por lo tanto del ámbito de estudio de este trabajo, los individuos humanos, pues los materiales biológicos son sustancias separadas del cuerpo humano. A

¹ Vid. una exposición general sobre esta cuestión, IRISH COUNCIL FOR BIOETHICS, *Recommendations on the collection, use and storage of human biological material in research* (2005), Capítulo I.

² Cfr. art. 3.b) de la Directiva 2004/23/CE 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.

³ Cfr. art. 3.e) Directiva 2004/23/CE.

este respecto, por individuo humano se entiende tanto al ser humano nacido (la persona), como al embrión y al feto. Sí entran dentro del estudio, sin embargo, las células o tejidos que puedan extraerse de ellos.

Muchos de los usos potenciales de dichos materiales, como es el caso de los trasplantes, tienen beneficios incuestionables, pero el uso diverso de materiales biológicos humanos también plantea nuevos dilemas éticos y nuevas cuestiones jurídicas. En cualquier caso, los principales problemas de carácter ético y jurídico son comunes a todos los usos, aunque puedan plantearse ciertas cuestiones específicas en relación con alguno de ellos. Además, en muchas ocasiones, diferentes usos pueden estar interrelacionados.

El tipo de materiales biológicos requeridos variará dependiendo del uso que se les asigne. A veces será necesario un órgano completo, o parte de él, o una cierta cantidad de sangre. En lugar de eso, podría bastar con una pequeña cantidad de tejido, unas pocas células o incluso componentes subcelulares.

Probablemente, el uso más común y extendido de los materiales biológicos es el de diagnóstico y tratamiento de enfermedades. Por ejemplo, sangre o tejidos procedentes de una biopsia obtenidos de pacientes para poder realizar el oportuno examen diagnóstico. O líquido amniótico obtenido durante el embarazo para realizar un análisis genético prenatal. Ello plantea interesantes cuestiones éticas y jurídicas, como las relativas a la posible comercialización de tales materiales o a la confidencialidad sobre la identidad de los donantes y la información obtenida de los resultados de los análisis, etc., lo cual requiere provisiones específicas en la obtención, identificación y acceso a los materiales biológicos obtenidas tanto *ante mortem* como *post mortem*.

Es indudable que la sociedad demanda con carácter general un cierto respeto al cuerpo humano y sus partes. Por ello, los materiales biológicos no deberían usarse de cualquier forma. No obstante, hay situaciones en las que la gran mayoría de las personas están dispuestas a aceptar la utilización de materiales biológicos humanos, siempre que se respeten algunos requisitos. Para ello, es necesario establecer ciertos principios éticos y ciertas reglas jurídicas que determinen cuándo, y con qué propósitos, el cuerpo humano y sus partes pueden ser utilizados.

En cualquier caso, no es posible aquí hacer un estudio detallado en extremo, por lo que únicamente haré alusión a los principales textos legales aplicables a cada caso, haciendo referencia a las cuestiones jurídicas más relevantes que se suscitan en relación con el tratamiento de materiales biológicos⁴, esto es, su obtención, utilización y almacenamiento, dependiendo de

⁴ Utilizamos aquí el término «tratamiento» en el sentido previsto en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (LIB) para los materiales biológicos. En el art. 3.w) LIB se define *tratamiento de muestras biológica* como aquellas «operaciones y procedimientos que permitan la obtención, conservación, utilización y cesión de (...) materiales biológicos».

cuál sea el fin pretendido. En concreto, me ocuparé de los requisitos, tanto personales (esencialmente, los relativos a la capacidad del sujeto fuente)⁵ como formales (contenido de la información requerida, intervención de terceros, plazos, etc.), exigidos por la ley para dicho tratamiento.

2. TRATAMIENTO DE MATERIALES BIOLÓGICOS CON FINES DIAGNÓSTICOS

2.1. La relevancia de los materiales biológicos con fines diagnósticos

El uso de materiales biológicos *con fines diagnósticos* es muy común en la asistencia sanitaria cotidiana, y puede producirse en varios momentos y con diversas finalidades: detectar una enfermedad, comprobar su evolución o respuesta al tratamiento, así como su posible remisión, etc. De igual manera, pueden ser empleadas tanto para detectar enfermedades cuyos efectos son actuales, como para realizar prognosis sobre la salud del paciente, especialmente cuando se realizan análisis genéticos que permiten valorar la mayor o menor probabilidad de un sujeto de llegar a padecer una enfermedad determinada, o si se encuentra en grupo de riesgo. Por ejemplo, mujeres portadoras de los genes BRCA 1 y BRCA 2, genes de enfermedades monogénicas (Huntington, fibrosis quística, talasemia, etc.), cromosomopatías (síndrome de Down). De esta forma, puede comenzarse un tratamiento (preventivo o paliativo), de ser ello posible, o asesorar al paciente sobre las formas de prevenir riesgos que puedan hacer aparecer la enfermedad, hacer un seguimiento de su salud para detectar los primeros síntomas y poder comenzar un tratamiento a tiempo, o incluso permitir a los sujetos afectados tomar decisiones sobre su futura descendencia, u otro tipo de decisiones.

Los materiales biológicos empleados con este fin pueden ser muy variadas. Probablemente el más común sea la muestra de sangre, pero en otros casos puede ser necesario obtener tejidos. Así sucede con las biopsias, en las que pueden obtener grandes cantidades de tejidos o, incluso, secciones de órganos.

2.2. Una cuestión previa: la distinción entre el consentimiento para la obtención y el consentimiento para el uso posterior del material biológico

Antes de destinar un material biológico al uso pretendido hay que obtenerlo. Para ello el sujeto fuente debe, con carácter general, dar su consenti-

⁵ Por *sujeto fuente* se entiende, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.v) LIB, el «individuo vivo, cualquiera que sea su estado de salud, o fallecido del que proviene la muestra biológica».

miento, y tiene que ser informado de ciertos elementos. De este modo, como dice ROMEO CASABONA, «el consentimiento debe abarcar entonces una doble vertiente: el acto principal (participar en un ensayo, someterse a una intervención quirúrgica) y el seguro o posible uso de la muestra biológica»⁶.

Por supuesto, en la mayoría de los casos la obtención de la muestra no puede desligarse, de su uso posterior. La muestra se obtiene para algo en concreto. Y el sujeto fuente debe conocer también esa finalidad. Pero, sin embargo, ello no elimina el hecho de que el acto de obtención y los actos de utilización posterior son dos realidades diferentes que conviene distinguir, pues también son dos los consentimientos que se prestan y dos las informaciones que el sujeto fuente debe recibir, y ello aunque ambos consentimientos se presten conjuntamente y la información se reciba de forma completa en un mismo acto.

Además, también hay que tener en cuenta que, en muchas ocasiones, la muestra se obtiene con una finalidad directa, pero se plantea la posibilidad de usos secundarios. En tales casos, el consentimiento para dichos usos está desligado de la obtención de la muestra y se prestará de forma independiente aunque, de nuevo, si tales usos son ya conocidos en el momento de la obtención, el consentimiento para un uso posterior o secundario pueda prestarse conjuntamente con el del fin principal⁷.

En realidad, como se verá a lo largo de este trabajo, el fin principal al cual desea destinarse el material biológico en cuestión es esencial para el otorgamiento del consentimiento, hasta el punto de que de ello dependerá su validez, y que la muestra pueda o no obtenerse. Por ello, cuando hagamos referencia a los requisitos para la obtención de la muestra, nos referimos a los requisitos personales y formales para poder consentir su obtención. Por su parte, la cuestión relativa a la información sobre los usos posteriores a la obtención se trata en el apartado correspondiente relativo al uso de los materiales biológicos.

⁶ Carlos María ROMEO CASABONA, «Utilización de materiales biológicos y bancos para la investigación biomédica», *IV Congreso Mundial de Bioética. Ponencias y comunicaciones*, Sociedad Internacional de Bioética, Gijón, 2005, p. 89.

⁷ Según el art. 58.2 LIB «el consentimiento del sujeto fuente será siempre necesario cuando se pretendan utilizar con fines de investigación biomédica materiales biológicos que hayan sido obtenidas con una finalidad distinta, se proceda o no a su anonimización». Y el art. 60.1 LIB dispone que dicho consentimiento deberá otorgarse bien en el acto de obtención de la muestra (si el uso secundario era ya conocido en ese momento), bien con posterioridad, de forma específica para una investigación concreta (cuando el nuevo destino de la muestra es sobrevenido). En ambos casos, el art. 59 recoge la información previa que hay que comunicar al sujeto fuente antes de la utilización del material biológico.

2.3. La obtención de materiales biológicos con fines diagnósticos

En principio, la obtención de materiales biológicos con fines de diagnóstico médico se regirá por lo dispuesto en la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP), la cual recoge con carácter general su art. 2.2 que «toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios». Por su parte, el art. 3 LAP define *intervención en el ámbito de la sanidad* como «toda actuación realizada con fines preventivos, *diagnósticos*, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación».

En definitiva, no existe ninguna duda acerca de la aplicabilidad de la LAP a los actos de obtención de materiales biológicos con fines diagnósticos. De este modo, de acuerdo con lo establecido en el mencionado art. 2.2, con anterioridad a la extracción del material biológico que sirve para realizar el diagnóstico, el sujeto fuente deberá consentirlo, tras recibir una información «adecuada» sobre el alcance del procedimiento empleado, información que deberá ser más rigurosa, evidentemente, cuando se trate de un procedimiento invasivo (por ejemplo, la extracción de sangre o la práctica de una biopsia).

Dos son las principales cuestiones que regula esta Ley y que deben ser ahora referidas: el *consentimiento* del sujeto fuente y la *información* requerida previa a dicho consentimiento.

Por lo que respecta al consentimiento, el art. 8 LAP establece que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente (por lo tanto, como hemos dicho, también con fines diagnósticos) necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información necesaria, haya valorado las opciones propias del caso.

Como regla general, el consentimiento será otorgado de forma verbal. Sin embargo, deberá prestarse por escrito cuando se trate de un procedimiento diagnóstico invasivo y, en general, cuando se apliquen procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (art. 8.2 LAP). Ahora bien, esta disposición no puede entenderse en el sentido de que toda obtención de materiales biológicos aplicando técnicas invasivas requerirá siempre y en todo caso un consentimiento escrito, sino únicamente cuando ello suponga «riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente». Así, por ejemplo, no será necesario que un paciente consienta por escrito para que se le extraiga una muestra de sangre, de igual modo que no debe consignarse por escrito la autorización para llevar a cabo un procedimiento terapéutico invasivo como es una inyección. El paciente podrá revocar libremente su consentimiento en cualquier momento (art. 8.5 LAP). Cuando éste haya sido consignado por escrito, también la revocación debería constar por escrito.

Por lo que respecta a la información previa al consentimiento para la obtención de la muestra, el art. 4 LAP establece, con carácter general, que

«los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma».

La información podrá proporcionarse verbalmente, pero debe dejarse constancia de ello en la historia clínica, y debe comprender, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4 *in fine* LAP). Ahora bien, cuando el consentimiento deba otorgarse por escrito, la información también debería quedar recogida de igual manera, sin perjuicio de que ésta se ofrezca también oralmente, incluso con datos adicionales a los recogidos en el documento oportuno.

Por supuesto, «la información (...) será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad» (art. 4.2 LAP). Será el médico responsable del paciente quien deberá garantizar el cumplimiento del derecho a la información. No obstante, también los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto serán responsables de informarle, por ejemplo el sanitario que realiza la extracción de sangre (art. 4.3 LAP).

El art. 10 LAP recoge la información básica que hay que proporcionar al paciente antes de recabar su consentimiento escrito⁸. Sería la siguiente: a) las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y d) las contraindicaciones.

Por lo que respecta al sujeto a quien debe comunicarse dicha información, de acuerdo con el art. 5.1 LAP, «el titular del derecho a la información es el paciente». No obstante, también podrá informarse a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (art. 5.3 LAP). No obstante, incluso en tales casos, el paciente deberá ser informado de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal (cfr. arts. 5.2 y 9.5 LAP).

Así pues, en el mejor de los escenarios posibles, el sujeto fuente será quien consienta la extracción de la muestra, pero ello no será siempre posible. En ciertas circunstancias será necesario que la información se transmita

⁸ Aunque este precepto se refiere a la información previa al consentimiento por escrito, el contenido de la información no debería ser muy diferente cuando se trate del consentimiento verbal.

a una tercera persona y que sea ésta quien otorgue su consentimiento. Así sucederá en los siguientes casos, contenidos en el art. 9.3 LAP:

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 199 y ss. del Código civil. Según este texto legal, «incapaz» es quien no tiene posibilidad de autogobierno, debido a una enfermedad o a una deficiencia. Incapacitar a una persona es privarla de la capacidad de obrar. La incapacitación se produce por decisión judicial motivada en la correspondiente sentencia, la cual determinará su extensión y límites. Esta situación puede modificarse por una nueva sentencia, si cambian las circunstancias.
- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Así pues, interpretando este artículo *a sensu contrario*, el paciente menor de edad que sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención podrá consentir ésta por sí mismo. Además, según este mismo art. 9.3.c) LAP, en el caso de menores «*emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación*». Esto es, existe una presunción general de madurez para prestar un consentimiento válido en los menores emancipados⁹ y, en todo caso, en los mayores de dieciséis años.

Finalmente, en otros casos y de forma extraordinaria, la obtención de la muestra para su ulterior análisis diagnóstico podría llevarse a cabo incluso sin la autorización del sujeto fuente o de un tercero que lo sustituya. Así sucederá en los casos previsto en el art. 9.2 LAP: «Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986,

⁹ La emancipación puede producirse, en determinados casos, con catorce años (arts. 48 y 316 del Código civil). Cfr. Sergio ROMEO MALANDA, «El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario», *La Ley*, 2000-7 p. 1455; Carlos María ROMEO CASABONA, «Consentimiento informado y teoría general del Derecho», en *Responsabilidad médica y sanitaria*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2003, p. 83.

se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas; b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él».

2.4. La utilización de materiales biológicos con fines diagnósticos

Cuando se obtienen materiales biológicos con fines diagnósticos, ya se conocerá el tipo de análisis al que van a ser sometidas, por lo que en ese momento, el sujeto fuente, además de consentir la extracción, también deberá ser informado sobre su uso diagnóstico. Por supuesto, si el diagnóstico desea realizarse sobre una muestra obtenida originariamente con otra finalidad, también deberá informarse de ello al sujeto fuente antes de llevar a cabo dicho análisis, el cual deberá ser consentido por éste.

En principio, será de aplicación la LAP, pues se trata de una actuación con fines diagnósticos en el ámbito de la sanidad¹⁰. Así pues, las mismas reglas referidas en el apartado anterior respecto a la obtención de la muestras serán igualmente aplicables al análisis clínico practicado sobre ellas. Esto es, el sujeto fuente (o su representante legal) deberá consentir la práctica del análisis clínico una vez que haya sido informado de su finalidad y objetivo.

Sin embargo, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (LIB) regula de forma específica el tema de los diagnósticos genéticos (no así el resto de diagnósticos realizados sobre materiales biológicos, que seguirán rigiéndose por la LAP). Así, el Capítulo II del Título V de la LIB se ocupa de los «análisis genéticos y tratamiento de datos genéticos de carácter personal»¹¹. Según el art. 46 LIB, «(...) los análisis genéticos se realizarán para la identificación del estado de afectado, de no afectado o de portador de una variante genética que pueda predisponer al desarrollo de una enfermedad específica de un individuo, o condicionar su respuesta a un tratamiento concreto».

Por lo que respecta a la información que debe transmitirse al sujeto fuente antes de que éste emita su consentimiento, el art. 47 establece que «(...) antes de que el sujeto preste el consentimiento (...), deberá recibir la siguiente información por escrito: 1.º Finalidad del análisis genético para el cual consiente; 2.º Lugar de realización del análisis y destino de la muestra bio-

¹⁰ Cfr. arts 2.2 y 3 LAP.

¹¹ Por análisis genético se entiende todo «procedimiento destinado a detectar la presencia, ausencia o variantes de uno o varios segmentos de material genético, lo cual incluye las pruebas indirectas para detectar un producto génico o un metabolito específico que sea indicativo ante todo de un cambio genético determinado» [art. 3.a) LIB].

lógica al término del mismo, sea aquél la disociación de los datos de identificación de la muestra, su destrucción, u otros destinos, para lo cual se solicitará el consentimiento del sujeto fuente en los términos previstos en esta Ley; 3.º Personas que tendrán acceso a los resultados de los análisis cuando aquéllos no vayan a ser sometidos a procedimientos de disociación o de anonimización; 4.º Advertencia sobre la posibilidad de descubrimientos inesperados y su posible trascendencia para el sujeto, así como sobre la facultad de éste de tomar una posición en relación con recibir su comunicación; 5.º Advertencia de la implicación que puede tener para sus familiares la información que se llegue a obtener y la conveniencia de que él mismo, en su caso, transmita dicha información a aquellos; 6.º Compromiso de suministrar consejo genético, una vez obtenidos y evaluados los resultados del análisis».

El consentimiento deberá ser expreso y específico para la realización de un análisis genético concreto (art. 48.1 LIB). Evidentemente, también «para acceder a un cribado genético será preciso el consentimiento explícito y por escrito del interesado» (art. 48.3 PLIB), si bien en este caso, continúa diciendo este precepto, «el Comité de Ética de la Investigación determinará los supuestos en los que el consentimiento podrá expresarse verbalmente. En todo caso, cuando el cribado incluya enfermedades no tratables o los beneficios sean escasos o inciertos, el consentimiento se obtendrá siempre por escrito».

En relación con sujetos fallecidos, la LIB establece que «[I] (...) se podrán obtener y analizar muestras de personas fallecidas siempre que pueda resultar de interés para la protección de la salud, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente en vida y así se acredite. A tal fin serán consultados los documentos de instrucciones previas y, en su defecto, el criterio de los familiares más próximos del fallecido. [II] El acceso de los familiares biológicos a la información derivada del análisis genético del fallecido se limitará a los datos genéticos pertinentes para la protección de la salud de aquéllos» (art. 48.2 LIB).

Además, «la realización de análisis genéticos diagnósticos sobre preembriones in vivo y sobre embriones y fetos en el útero requerirá el consentimiento escrito de la mujer gestante» (art. 48.4 LIB). Pero este mismo precepto remite a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en lo concerniente a los análisis genéticos de un preembrión in vitro no transferido al útero materno (art. 48.4 *in fine* LIB). En tales casos será de aplicación el art. 12 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, relativo al diagnóstico preimplantacional¹².

¹² Según este precepto: «1. [I] Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para: a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia; b) La detección de otras alteraciones

Por otra parte, el sujeto fuente puede querer recuperar un material biológico obtenido con fines diagnósticos (y que consta en su Historia Clínica) para realizar un segundo diagnóstico en otro centro. Antes de la aprobación de la LIB, los tribunales han emitido sentencias en diversos sentidos. En un caso conocido por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sentencia de 21 de julio de 2003), unos padres de un menor fallecido demandaron al especialista en oncología pediátrica y al especialista en anatomía patológica del hospital de Basurto por, primero, conducta negligente en el diagnóstico y posterior tratamiento erróneo de sarcoma osteogénico de célula pequeña cuando la enfermedad era un sarcoma de Ewing y, segundo, por ocultación de los bloques de parafina y falta de colaboración con la clínica privada que los solicitó para realizar un análisis. Aunque la AP considera que no existió una actuación médica negligente en relación con el diagnóstico y consiguiente tratamiento del paciente menor fallecido, sin embargo, sí estima el motivo referente al anormal funcionamiento del Servicio de Anatomía Patológica, el cual denegó, en un principio, la entrega de la muestra de parafina de la biopsia del tumor cerebral extraída en una intervención quirúrgica y solicitada por los padres para realizar nuevos estudios anatomopatológicos en otro centro, alegando que sólo le quedaban preparaciones únicas (finalmente se comprobó la existencia de bloques de parafina, y se entregó uno a los padres del menor). La estimación de este motivo se fundamenta en la «denegación del derecho de información por la obstrucción en la obtención de la muestra» de parafina de la biopsia del tumor cerebral del hijo. Se condena solidariamente al especialista en anatomía patológica y al Servicio Vasco de Salud a abonar 500.000 pesetas.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sentencia de 16 de mayo de 2003) aprueba la decisión de no entregar al paciente las preparaciones histológicas para las biopsias, anulando así la decisión del tribunal de instancia. El juzgado de lo contencioso de Santander había mantenido que del derecho de información clínica del paciente se deriva el derecho a conocer y a estar informado de su historia clínica, y ello abarcaría la entrega de las pruebas histológicas que pueda conservarse en el hospital donde se conservaron. Sin embargo el TSJC opina que el derecho de acceso a la HC

que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. [II] La aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional en estos casos deberá comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ella a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. 2. La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso».

no fundamenta la solicitud de entrega de las preparaciones histológicas para las biopsias, puesto que son realidades completamente distintas. El derecho de información se refiere, en opinión del TSJC, al informe anatomopatológico que recoge la conclusión diagnóstica del examen de los tejidos.

No cabe duda de que el TSJC tiene razón cuando afirma que el derecho a la información sobre la salud únicamente abarca los datos obtenidos en un proceso asistencial, lo cual se satisface con la entrega del informe del análisis¹³. Ahora bien, puede que el principal error de ambas resoluciones haya sido analizar la cuestión desde la perspectiva del acceso a la información sanitaria y no, como debería haberse hecho, desde la existencia de un posible derecho a la propiedad de la muestra. Como afirma Nicolás Jiménez, de ambas sentencias parece deducirse que los tribunales atribuyen la propiedad del material biológico al centro donde ésta se encuentra almacenada y no al sujeto fuente (éste la habría abandonado y el hospital se habría apropiado de ella)¹⁴. Si como debiera haberse hecho, los tribunales hubieran partido de la afirmación de condición de propietario de la muestra del sujeto fuente (el ahora reclamante de ésta), no habría existido ningún problema para haber exigido su restitución una vez que ésta fue requerida.

Para evitar estas controversias, alguna Comunidad Autónoma, como es el caso de Castilla-León, ha incluido en su Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, una disposición específica relativa a los «derechos sobre los tejidos o materiales biológicos». Así, el art. 36.1 de la mencionada norma establece lo siguiente: «Las personas a quienes se practique una biopsia o extracción en los centros, servicios o establecimientos sometidos a la presente Ley tienen derecho a disponer de preparaciones de tejidos o materiales biológicos provenientes de aquéllas, con el fin de recabar la opinión de un segundo profesional o para garantizar la continuidad de la asistencia en un centro, servicio o establecimiento diferente». De la misma manera, según el art. 39.2 de Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (ley posterior a la sentencia mencionada), «el paciente tiene derecho a disponer de aquellas preparaciones de tejidos o materiales biológicos que provengan de una biopsia o extracción, con la finalidad de recabar la opinión de un segundo profesional o para la continuidad de la asistencia en un centro diferente». De forma muy similar se manifiesta la Ley riojana 2/2002, de 17 de abril, de Salud: «El paciente tiene el derecho a disponer de aquellas preparaciones de tejidos

¹³ Así también, Pilar NICOLÁS JIMÉNEZ, «Los derechos del paciente sobre su muestra biológica: distintas opiniones jurisprudenciales», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 19 (2003), p. 224. Como dice esta autora, ello «coincide con el régimen previsto para la historia clínica: el derecho a la información faculta para el acceso a los datos que en ella consten, que se puede satisfacer por una copia, pero no al soporte material».

¹⁴ NICOLÁS JIMÉNEZ, «Los derechos del paciente sobre su muestra biológica: distintas opiniones jurisprudenciales», p. 223.

o materiales biológicos que provengan de una biopsia o extracción, con la finalidad de recabar la opinión de un segundo profesional o para la continuidad de la asistencia en un centro diferente».

La LIB no contiene ninguna disposición análoga a la recogida en la legislación autonómica referida. Únicamente se pronuncia expresamente, manteniendo una postura similar, en relación con los materiales biológicos obtenidas con fines de investigación (art. 58.4 LIB). Según este precepto, «cuando, por razones de salud, el sujeto fuente o su familia lo necesiten podrán hacer uso de las muestras, siempre que estén disponibles y no se encuentren anonimizadas».

En otro orden de cosas, la jurisprudencia ha tenido también la ocasión de pronunciarse sobre los efectos del extravío de material biológico obtenido con fines diagnósticos, lo que impide la realización del correspondiente análisis. Así, la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 29 de septiembre de 2004 (ponente: Pedro Pozuelo Pérez), ha condenado a una clínica privada a pagar a un paciente dos millones de pesetas (12.000 euros) en concepto de daños morales por la pérdida de una muestra destinada a una biopsia debido a un error humano. La sentencia confirma el fallo del juzgado de primera instancia en el caso de una paciente que se sometió a una operación quirúrgica para la extirpación de un pólipo endometrial. Sin embargo, la muestra no llegó al laboratorio de patología debido, según la declaración del jefe del laboratorio, «a una negligencia o descuido de los empleados de la clínica, que son los encargados de su transporte hasta el laboratorio sin que al mismo llegaron las muestras (sic)». La resolución judicial aclara que el daño moral está representado por el «impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extra-patrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de una persona allegada, *destrucción de objetos muy estimados por el propietario*, etc.)» (énfasis añadido). Aplicando estos criterios al caso estudiado, los magistrados consideran que «el extravío de la muestra extirpada a la paciente le ha producido un importante trastorno de orden psicológico; en efecto extraviada la muestra no se han podido hacer las pruebas necesarias a fin de determinar si lo extraído era de componente benigno o maligno, ello lleva directamente una situación de desazón manifestada por la posibilidad de padecer una peligrosa enfermedad sin saberlo; pero es que a mayor abundamiento no habiéndose podido practicar las pruebas de anatomía patológica y sin poder establecerse un diagnóstico preciso podría haberse dado la circunstancia, al final no producida que la demandante padeciera una enfermedad de carácter grave y durante un periodo de tiempo no se haya podido tratar de la misma por lo que la existencia de los daños morales evidenciados por ese sufrir psicológico del paciente que se produce aunque cuando no se tenga una personalidad hipocondríaca se han producido». Esta sentencia no se ocupa, sin

embargo, de una eventual responsabilidad por la pérdida del material biológico en sí misma, como bien material propiedad de los demandantes (lo cual plantea, indudablemente, el problema de su valoración económica).

Finalmente, es necesario dejar constancia del Real Decreto 65/2006, de 30 de enero, por el que se establecen requisitos para la importación y exportación de materiales biológicos. Esta norma establece las condiciones para la importación y exportación de muestras de sustancias biológicas destinadas al diagnóstico o investigación en seres humanos (art. 1)¹⁵, y establece un sistema de registro voluntario que permite su importación y exportación continua.

2.5. El almacenamiento de materiales biológicos con fines diagnósticos

Tradicionalmente, los archivos de material biológico se han ido desarrollando con la acumulación de muestras provenientes de procedimientos diagnósticos, y depositadas en los departamentos de patología. Los archivos se componen de materiales obtenidos de intervenciones quirúrgicas, de diversos tipos de biopsias, muestras de fluidos corporales u obtenidas por frotis.

Al finalizarse las investigaciones patológicas, el material biológico es normalmente almacenado como parte del historial médico del paciente. Hay protocolos que establecen periodos mínimos de almacenamiento para las diversas clases de especímenes y, en la práctica, gran parte del material archivado es conservado durante décadas, de tal forma que sea posible una segunda opinión, un seguimiento clínico a largo plazo, incluyendo la comparación con enfermedades posteriores y la posibilidad de volver a analizar el caso clínico de acuerdo con los nuevos avances científicos y los más recientes desarrollos técnicos, con el fin de perfeccionar el diagnóstico inicial. Esta práctica supone, evidentemente, una gran acumulación de material biológico en los hospitales, gran parte del cual podría ser de mucha utilidad en algunas investigaciones biomédicas.

El Comité de Bioética de Cataluña ha señalado que «en el caso de biopsias y autopsias se necesita el CI para hacerlas. Los servicios de anatomía patológica tienen la obligación de conservar el material para posteriores revisiones o pruebas adicionales en beneficio del enfermo. Por lo tanto, no se necesita un CI específico de almacenaje: es imperativo hacerlo así. Para una utilización posterior es conveniente que los documentos de CI que se utili-

¹⁵ Esta norma se refiere a la «importación y exportación», lo cual plantea la duda de si su ámbito de aplicación se extiende a las muestras que provienen de un Estado Miembro de la Unión Europea. A este respecto, hay que tener presente que la entrada en territorio español de cualquier bien proveniente de un Estado Miembro, no es stricto sensu una «importación», término que, jurídicamente, tiene un sentido fiscal, esto es, se trata de la circulación de mercancías sujeta a un régimen aduanero y tributario. Así pues, desde la implantación del mercado único, entre los Estados Miembros no se producen importaciones de mercancías, sino «adquisiciones intracomunitarias de bienes».

zan para intervenciones quirúrgicas incluyan un apartado donde se prevea la aprobación del paciente para que el tejido sobrante del que se haya utilizado para el diagnóstico histopatológico correcto se pueda utilizar para investigación o docencia»¹⁶.

Igualmente, a lo largo de los años también se han estado acumulando fichas que contenían manchas de sangre provenientes de niños recién nacidos (normalmente conocidas como fichas Guthrie). Las muestras se obtienen a los tres días del nacimiento y se analiza la sangre para detectar un cierto número de enfermedades tratables, tras lo cual se han almacenado por tiempo indefinido y con la identificación del sujeto fuente.

El almacenamiento de materiales biológicos con fines diagnósticos no está regulado actualmente en ningún texto normativo. La LIB regula por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico los «biobancos», entendiéndose como tales todo «establecimiento público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una colección de materiales biológicos concebida con fines diagnósticos o de investigación biomédica y organizada como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino» (art. 3 d). Posteriormente, el Capítulo IV del Título V de la Ley se ocupa más detenidamente de los biobancos, tratando, entre otras cuestiones, los requisitos exigidos para su constitución, su organización, el registro de biobancos, o los derechos del sujeto fuente respecto a la obtención y utilización de las muestras que van a componer dicho establecimiento.

Esta definición aparentemente comprende los biobancos con fines exclusivamente diagnósticos. Por lo tanto, las reglas contenidas en la Ley deberían ser de aplicación a éstos. Sin embargo, de la lectura de la LIB resulta evidente que el legislador, cuando elaboró esta norma (especialmente el Capítulo dedicado a los biobancos), lo que tenía en mente eran aquellas colecciones constituidas con fines de investigación biomédica que sirvan de depósito organizado de muestras de muy diversa tipología representativas de la población de referencia, que puedan ser utilizadas en un futuro en proyectos de investigación de interés científico aún no concreta-

¹⁶ COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA, *Problemas éticos en el almacenamiento y la utilización de materiales biológicos*, Barcelona, 2004, p. 78

¹⁷ Para el GRUPO PARA EL USO DE MATERIALES BIOLÓGICOS PARA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, *Guía práctica para la utilización de materiales biológicos en investigación biomédica*, Instituto Roche, Madrid, 2006, pp. 15 y s., «lo que diferencia a un biobanco de una colección “inerte” es que el primero intercambia con otras instituciones científicas el material que posee, que debe aumentar y mejorar constantemente, y el segundo se limita a ser un reservorio de muestras» (cfr. también, Anne CAMBON-THOMSEN/Pascal DUCOURNAU/Pierre-Antoine GOURRAUD/David PONTILLE, «Biobanks for genomics and genomics for biobanks», *Comparative and Functional Genomics*, n.º 4 [2003], p. 629). Como decía, ésta es también la idea que tiene el legislador en mente cuando ha redactado el Capítulo IV del Título V de la LIB. Sin embargo, ello no se corresponde con la definición de biobanco que el propio legislador ofrece en dicha Ley.

dos¹⁷. Esto puede generar algunas dudas sobre la aplicabilidad de todas las disposiciones contenidas en la LIB a todo tipo de biobancos, tanto los creados con fines de investigación, como aquellos constituidos con una finalidad diagnóstica, especialmente si tenemos en cuenta que la LIB prevé remisiones al capítulo relativo al tratamiento de materiales biológicos con fines de investigación biomédica a fin de completar su contenido. Y tales disposiciones no son aplicables al tratamiento de materiales biológicos con fines diagnósticos.

Las reglas de constitución, inspección y clausura contenidas en los arts. 63, 64 y 71 LIB únicamente son aplicables a algunos biobancos, entre los que no se encuentran los biobancos con fines diagnósticos, sin perjuicio de que la Administración Pública pueda establecer también en estos casos las oportunas medidas de inspección y control. Lo mismo cabe decir en relación con el art. 66 LIB, relativo a la organización del biobanco. No parece viable que cada vez que un centro hospitalario requiera almacenar materiales biológicos durante un procedimiento asistencial tenga, por ejemplo, que nombrar un director científico y constituir dos comités externos, uno científico y otro de ética¹⁸.

Además, según dispone el art. 67.4 LIB, «no estarán sometidas a la indicada inscripción [en el Registro Nacional de Biobancos para Investigación Biomédica] las colecciones mantenidas por personas físicas para usos exclusivamente personales, *ni las muestras, aunque estén ordenadas como colección, que se hayan obtenido para la realización de los análisis pertinentes con fines diagnósticos y, en su caso, de tratamiento del sujeto fuente, y que no se mantengan almacenados durante un período de tiempo superior al*

Evidentemente, los biobancos no son colecciones «inertes» ya que éstos deben cumplir ciertos criterios de destino, esto es, son colecciones que sirven a un fin preestablecido, pero ese destino es más variado que el mero intercambio de muestras para investigación biomédica, tal y como correctamente apunta el COMITÉ DE ÉTICA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE ENFERMEDADES RARAS, «Recomendaciones sobre los aspectos éticos de las colecciones de muestras y bancos de materiales humanos con fines de investigación biomédica», *Revista Española de Salud Pública*, n.º 2 (2007), p. 97.

A este mismo respecto, Bernice S. ELGER/Arthur L. CAPLAN, «Consent and anonymization in research involving biobanks», *EMBO Reports*, n.º 7 (2006), p. 661, señalan que si bien el término «biobanco» actualmente sirve para describir una variada tipología de archivos de materiales biológicos, sin embargo originariamente se refería a grandes bancos poblacionales de materiales biológicos con información asociada a ellos. Sobre la amplitud de significados del término biobanco, *vid.* Jane KAYE, «Do we need a uniform regulatory system for biobanks across Europe?», *European Journal of Human Genetics*, n.º 14 (2006), pp. 245 y s.; Don CHALMERS, «Ethical Principles for Research Governance of Biobanks», *Journal of International Biotechnology Law*, n.º 3 (2006), p. 222.

¹⁸ *Vid.* en este mismo sentido, GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, *Biobanks for Research*, 2004, pp. 63 y s.

cumplimiento de estos objetivos» (énfasis añadido)¹⁹. No queda claro en la Ley si estos «biobancos» deben ser inscritos en la Agencia Española de Protección de Datos. Sin embargo, parece que ello será necesario siempre que éstos contengan bases de datos asociadas a muestras relativas a personas identificadas o identificables.

El Comité de Bioética de Cataluña explica como «(...) los servicios de anatomía patológica tienen la obligación de conservar el material para posteriores revisiones o pruebas adicionales en beneficio del enfermo. Por lo tanto, no se necesita un CI específico de almacenaje: es imperativo hacerlo así. Para una utilización posterior es conveniente que los documentos de CI que se utilizan para intervenciones quirúrgicas incluyan un apartado donde se prevea la aprobación del paciente para que el tejido sobrante del que se haya utilizado para el diagnóstico histopatológico correcto se pueda utilizar para investigación o docencia»²⁰. Para un sector de la doctrina, ello es debido a la conveniencia de aplicar el régimen de la historia clínica a los materiales biológicos almacenados²¹. De acuerdo con esta postura, los servicios de anatomía patológica tendrían la obligación de conservar las muestras obtenidas en el proceso diagnóstico, del mismo modo que existe la obligación de mantener los datos de la historia clínica. Y ante esta obligación legal no cabe derecho de oposición por parte del paciente²². Es decir, las muestras se almacenarán por el periodo mínimo fijado en la legislación aplicable (estatal y autonómica) para la conservación de la documentación clínica. Así pues, el almacenamiento de materiales biológicos obtenidos con fines diagnósticos en biobancos se producirá incluso si el sujeto fuente no es consciente de ello y no ha prestado su consentimiento. Sin embargo, cuando el análisis al que van a ser sometidas las muestras tengan un carácter genéti-

¹⁹ Por lo tanto, si existe la intención de almacenar los materiales biológicos obtenidos originariamente con fines diagnósticos por largos periodos de tiempo (pues se considera que dichas muestras pueden ser de gran utilidad en un futuro para el desarrollo de ciertos proyectos de investigación), entonces habrá que aplicar todas las reglas de la LIB relativas a los biobancos con fines de investigación biomédica, incluida la inscripción en el Registro Nacional de Biobancos para Investigación Biomédica.

²⁰ COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA, *Problemas éticos en el almacenamiento y la utilización de materiales biológicos*, Barcelona, 2004, p. 78. En el mismo sentido, Francesc ABEL/Victoria CUSÍ, «Bancos de información genética. Problemas éticos y jurídicos» en Xavier ABEL LLUCH (dir.), *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, Vol. X, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 445 y 461.

²¹ Pilar NICOLÁS JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2006, pp. 348 y 364.

²² Cfr. arts. 15 LAP y 6.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. *Vid.* asimismo, NICOLÁS JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, pp. 192 y ss.

co²³, la LIB sí que prevé una regla específica al respecto. Así, el art. 47 LIB establece que «(...) antes de que el sujeto preste el consentimiento [para la realización de un análisis genético] (...), deberá recibir la siguiente información por escrito: (...) 2.º Lugar de realización del análisis y *destino de la muestra biológica al término del mismo, sea aquél la disociación de los datos de identificación de la muestra, su destrucción, u otros destinos, para lo cual se solicitará el consentimiento del sujeto fuente en los términos previstos en esta Ley (...)*» (énfasis añadido).

De esta forma, se ofrece al sujeto fuente la posibilidad de ejercer un mayor control sobre su material biológico, a la vez que se permite conseguir un valor añadido en relación con el material biológico si se acuerda destinar el material excedente a un biobanco con fines de investigación biomédica; debe cumplirse, en tal circunstancia, las reglas establecidas en la LIB más arriba expuestas. Si en este momento no se prevé este uso secundario para investigación biomédica de las muestras obtenidas, entonces cualquier uso posterior del material biológico con dicho fin requerirá la obtención del consentimiento del sujeto fuente, tal y como prevé el art. 58.2 LIB.

En sentido similar al anterior, respecto a los materiales biológicos obtenidos y almacenados con fines diagnósticos, del art. 67.4 LIB se desprende que éstos no podrán conservarse durante un periodo de tiempo superior al necesario para el cumplimiento de sus objetivos. Si se desea mantener almacenados los materiales biológicos con otros fines (normalmente de investigación) una vez que éstos hayan cumplido su finalidad originaria, entonces habrá que solicitar el consentimiento del sujeto fuente²⁴. Lo anterior viene a confirmar algo que la doctrina venía ya defendiendo, esto es, que los materiales biológicos, siempre que correspondan a personas identificadas o identificables, no podrán ser almacenados de forma rutinaria (y menos aún por tiempo indefinido) tras extracciones quirúrgicas o análisis de sangre, sin una finalidad o necesidad concreta²⁵.

Por lo que respecta al tiempo requerido para el cumplimiento de los objetivos, y de acuerdo con lo expuesto más arriba, podría tomarse como referencia la legislación relativa a la historia clínica (salvo que exista una norma expresa relativa al almacenamiento de materiales biológicos con fines diagnósticos). El art. 17.1 LAP establece que «los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que

²³ Según el art. 46 LIB, «(...) los análisis genéticos se realizarán para la identificación del estado de afectado, de no afectado o de portador de una variante genética que pueda predisponer al desarrollo de una enfermedad específica de un individuo, o condicionar su respuesta a un tratamiento concreto».

²⁴ Cfr. AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, *Essentially Yours: The Protection of Human Genetic Information in Australia*, Vol. I, 2003, pp. 513 y s.

²⁵ Vid. NICOLÁS JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, pp. 348 y 364.

garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial». Sin embargo, algunas normas autonómicas existentes en este ámbito establecen periodos mínimos más amplios²⁶. En definitiva, en tanto pueda ser útil para la salud del paciente o de terceros, el almacenamiento de la muestra está justificado, si bien no es obligatorio más allá de los periodos mínimos establecidos.

3. EL TRATAMIENTO DE MATERIALES BIOLÓGICOS CON FINES TERAPÉUTICOS

3.1. La relevancia de los materiales biológicos con fines terapéuticos

Los materiales biológicos pueden obtenerse *con fines terapéuticos* con un doble propósito:

Por un lado, pueden ser necesarias intervenciones quirúrgicas con la finalidad directa de tratar una determinada afección. Tales intervenciones pueden llevar aparejada la retirada de cierta cantidad de tejidos, porciones de órganos o, incluso, órganos completos con una funcionalidad muy reducida o nula. Una vez obtenidos, su destino puede ser muy variado: diagnóstico (análisis histológicos), investigación, fines educativos, etc. También es posible su destrucción (normalmente, incineración). Una técnica usual es preservarlos en una solución fijadora especial, empleando cera de parafina, dando lugar a un bloque de cera, con todas las propiedades biológicas del tejido, de tal forma que pueden obtenerse láminas muy finas de dicho elemento y llevar a cabo los análisis pertinentes. Estas muestras pueden almacenarse en los hospitales durante largos periodos de tiempo, y ser utilizadas con fines muy variados, incluidos nuevos análisis diagnósticos según vayan desarrollándose nuevas formas de terapia. Otra técnica de almacenamiento de estas muestras es la congelación, lo cual también permite su mantenimiento durante largos periodos de tiempo.

Por otro lado, también es posible la obtención de materiales biológicos sanos para utilizar con fines terapéuticos en el propio sujeto del cual han sido obtenidas (autotrasplante) o en terceros (heterotrasplante). Lo más común es la donación de cierto tipo de materiales para su posible uso terapéutico por terceras personas: si la donación se hace en vida del donante/sujeto fuente, generalmente se tratará de sangre, médula ósea u otros tejidos, o incluso algunos órganos (como el riñón), o parte de ellos

²⁶ Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 474 y ss.

(como sucede con el hígado). La transfusión de sangre es probablemente el uso de material biológico más familiar para el público, y la donación de sangre para su incorporación a bancos de sangre está establecida desde hace largo tiempo. La sangre está formada por tres elementos, principalmente: plasma, plaquetas y células rojas. El uso más normal es el de la utilización de células rojas con plasma para reemplazar la sangre que se ha perdido (transfusión). Pero, además, el plasma en sí mismo tiene gran valor en varios procedimientos terapéuticos (por su riqueza de proteínas, anticuerpos y otros factores biológicos), tales como el tratamiento de la hemofilia o la prevención de enfermedades infecciosas. Su utilización también ha hecho posible las operaciones cardiacas y vasculares. Si la donación se produce *post-mortem*, ésta podrá comprender también el resto de órganos.

Por su parte, el trasplante de médula ósea se utiliza fundamentalmente para tratar la leucemia y ciertas dolencias hereditarias. La médula ósea es una sustancia que se encuentra en los huesos huecos de la cadera, piernas y brazos. Células troncales hematopoyéticas, que se encuentran en la médula ósea, producen toda la sangre del sistema circulatorio, incluyendo las células rojas, que transportan el oxígeno; las células blancas, que dan origen al sistema inmunológico del cuerpo; y las plaquetas, que permiten la coagulación sanguínea. Los donantes deben ser estrictamente seleccionados para asegurar la compatibilidad.

Pero como decíamos, también pueden obtenerse materiales biológicos para su uso terapéutico en el propio sujeto del cual proceden (por ejemplo, autotrasplantes de piel o de grasa). E incluso la obtención de la muestra puede hacerse con la finalidad de su almacenamiento para posibles usos terapéuticos futuros, tanto del sujeto fuente como de terceros. Para ello, se pueden utilizar células provenientes del cordón umbilical, cuyo almacenamiento está aumentando en tiempos recientes. La sangre del cordón umbilical es muy rica en células troncales y se utiliza para tratar un importante número de desórdenes sanguíneos, especialmente en niños.

3.2. La obtención de materiales biológicos con fines terapéuticos

Las reglas son diferentes si se trata de fines terapéuticos para el propio donante, por ejemplo autotrasplante de algún tejido, o si se trata de obtención de materiales biológicos para cesión a un tercero.

3.2.1. Fines terapéuticos para el sujeto fuente

Cuando el material biológico se obtiene en el curso de un procedimiento terapéutico para el propio sujeto fuente, serán de aplicación las mismas reglas a las que nos referíamos más arriba en relación con los fines diagnósticos. Habrá que atenderse, pues, a lo establecido en la LAP. Esto sirve tanto

cuando el material obtenido tiene una finalidad terapéutica directa y se va a reutilizar en el propio paciente (por ejemplo, trasplante de piel en el caso de quemados), como cuando la terapia precisamente consiste en la extirpación del material biológico en cuestión.

Estas mismas reglas se aplicarán cuando no se trate de un procedimiento terapéutico en sentido estricto, pero sí nos encontremos, sin embargo, ante una intervención médico-quirúrgica en sentido amplio y que tenga como finalidad, o al menos de ella se derive, la obtención de material biológico del paciente. Así sucede, por ejemplo, en los casos de cirugía estética (por ejemplo, en una liposucción).

Además de dicha Ley, en ciertas intervenciones deberá tenerse en cuenta, adicionalmente, lo establecido en la normativa específica. Por ejemplo, en los casos de donaciones autólogas y las autotransfusiones de sangre habrá que acudir también al Capítulo V del Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión.

Por donación autóloga se entiende la sangre y componentes sanguíneos extraídos de una persona y dedicados exclusivamente a su transfusión posterior u otra aplicación terapéutica a la misma persona. Por su parte, se entiende por autotransfusión la transfusión en la que el donante y receptor son la misma persona y en la que se emplea sangre y componentes sanguíneos depositados previamente (art. 21.1 y 2 Real Decreto 1088/2005). La autotransfusión sólo podrá realizarse por prescripción médica (art. 21.3 Real Decreto 1088/2005).

Antes de autorizar la extracción de sangre, el donante deberá ser informado de una serie de cuestiones contenidas en la referida normativa, en concreto en su anexo I.A.²⁷ Como mínimo, se le facilitará información: a) sobre la posibilidad de exclusión y las razones por las que el procedimiento no se llevará a cabo si existe riesgo para su salud tanto como donante como receptor (apartado 2); b) sobre la naturaleza de los procedimientos que se siguen en el proceso de donación, y sobre los riesgos asociados, en concreto, la posibilidad de que la sangre autóloga o sus componentes no resulten suficientes para las necesidades previstas (apartado 5); c) sobre la posibilidad que tiene el donante de realizar las preguntas que considere oportunas (apartado 10). Además, de acuerdo con el art. 23 Real Decreto 1088/2005 y el Anexo II apartados C.1 y C.2, existen ciertos criterios de exclusión para donaciones autólogas y autotransfusiones, tales como la enfermedad cardíaca grave, o la existencia, en ciertos casos, de antecedentes de hepatitis B, entre otros.

²⁷ Cfr. art. 22 Real Decreto 1088/2005.

Los componentes autólogos que no hayan sido trasfundidos no deberán utilizarse para transfusión homóloga ni para fraccionamiento²⁸ (art. 27 Real Decreto 1088/2005). De acuerdo con esto, la sangre obtenida para autotransfusión no podrá destinarse a heterotransfusión.

Por su parte, en relación con las células y tejidos humanos, el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, expresamente excluye de su ámbito de aplicación «las células y tejidos utilizados como injertos autólogos dentro del mismo proceso quirúrgico»²⁹ (art. 1.3.a). En tales casos, será de aplicación lo establecido en la LAP. Sin embargo, esta norma sí que es de aplicación a los casos de obtención de células y tejidos de una persona viva para su procesamiento y posterior uso autólogo³⁰. Además, como veremos posteriormente, también prevé la posibilidad de que existan establecimientos entre cuyas actividades figure la preservación de células y/o tejidos para un eventual uso autólogo³¹.

3.2.2. *Fines terapéuticos para terceros*

Cuando la obtención del material biológico se realiza con fines de donación para el tratamiento de otros (donación homóloga), los requisitos deberán ser más estrictos, ya que no existe un beneficio terapéutico para el donante.

Siempre que se requiera un acto médico, será de aplicación la LAP, pero además pueden existir otras normas que establezcan algunos requisitos específicos, como de hecho sucede en los casos de donación de órganos, tejidos y sangre.

²⁸ El fraccionamiento de la sangre permite administrar de forma adecuada a cada paciente el componente de la sangre que realmente le hace falta. Así, se pueden realizar transfusiones de hematíes (glóbulos rojos), transfusiones de plaquetas, transfusiones de plasma o componentes del plasma, etc.

²⁹ El art. 2.2.b) de este Real Decreto define *uso autólogo* como el «proceso mediante el cual las células o los tejidos son extraídos y aplicados a la misma persona».

³⁰ *Vid.* art. 7.2 Real Decreto 1301/2006.

³¹ De acuerdo con el art. 2.2.b) del Real Decreto, por *uso autólogo eventual* debe entenderse la obtención de células y/o tejidos «con la finalidad de ser preservados para su aplicación hipotética futura en la misma persona, sin que exista una indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación».

3.2.2.1. LA DONACIÓN DE ÓRGANOS

La regulación relativa a la obtención de órganos con fines terapéuticos para terceros, esto es, para heterotrasplante, está recogida fundamentalmente en los siguientes textos normativos: Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, y Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos

La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá hacerse previa comprobación de la muerte siempre que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición (arts. 5.1 y 2 Ley 30/1979, y 10.2 y Anexo I Real Decreto 2070/1999)^{32,33}. En el mismo sentido, el art. 10.1 Real Decreto 2070/1999 señala que la obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos podrá realizarse si la persona fallecida, de la que se pretende extraer órganos, no ha dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos, y será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado. En el caso de que se trate de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran tenido en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.

Según este mismo art. 10.1 Real Decreto 2070/1999, siempre que se pretenda proceder a la extracción de órganos de donantes fallecidos, la persona a quien corresponda dar la conformidad para la extracción o en quien delegue deberá realizar las siguientes comprobaciones pertinentes: 1. información sobre si el interesado hizo patente su voluntad a alguno de sus fami-

³² «Cuando dicha comprobación se base en la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida, el certificado de defunción será suscrito por tres médicos, entre los que deberán figurar un neurólogo o neurocirujano y el jefe del servicio de la unidad médica correspondiente, o su sustituto; ninguno de estos facultativos podrá formar parte del equipo que vaya a proceder a la obtención del órgano a efectuar el trasplante» (art. 5.1 Ley 30/1979). En el mismo sentido, según el 10.2 Real Decreto 2070/1999, «los citados profesionales deberán ser médicos con cualificación o especialización adecuadas para esta finalidad, distintos de aquellos médicos que hayan de intervenir en la extracción o el trasplante y no estarán sujetos a las instrucciones de éstos. La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o del cese irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte».

³³ Según la Disposición Adicional Segunda Ley 30/1979, «(...) las extracciones anatómicas efectuadas para la práctica de trasplantes de córnea y de otros tejidos que reglamentariamente se determinen podrán ser realizadas sin demora y en los propios lugares del fallecimiento».

lieros o de los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que éstos hayan podido realizar en el Libro de Registro de Declaraciones de Voluntad o en la historia clínica; y 2. examen de la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo. Además, siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la extracción, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria.

No obstante lo anterior, esto es, aunque la legislación española claramente ha optado por un modelo de consentimiento presunto, de tal manera que se presume que el sujeto fallecido consiente la donación salvo que expresa o tácitamente haya manifestado lo contrario, en la práctica se procede a solicitar el consentimiento expreso y escrito de la familia del donante³⁴.

Las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido. A tales efectos debe constar la autorización del juez al que corresponda el conocimiento de la causa, el cual deberá concederla en aquellos casos en que la obtención de los órganos no obstaculizara la instrucción del sumario por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte (art. 5.3 Ley 30/1979)³⁵.

Sin embargo, la insuficiencia de órganos provenientes de personas fallecidas ha puesto de manifiesto la necesidad de utilizar órganos procedentes de *personas vivas*, lo cual se ha hecho factible gracias, en gran medida, a la notable mejora de los inmunosupresores. Su modalidad más sencilla y frecuente es el trasplante de riñón, pero también es común el trasplante de hígado. En el futuro esta posibilidad puede extenderse al pulmón y al páncreas. Pero el trasplante *inter vivos* plantea dilemas éticos y jurídicos diferentes a los trasplantes de fallecidos.

La obtención de un órgano (sano) procedente de un sujeto vivo supone una disminución de su integridad corporal, lo cual, trasladado al ámbito jurídico-penal supondría la comisión de un delito de lesiones³⁶, contenidos en

³⁴ *Vid.* más ampliamente al respecto, Asier URRUELA MORA, «Trasplante de órganos y tejidos: aspectos jurídicos y sociológicos ligados al consentimiento familiar», en Carlos María Romeo Casabona (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Comares, Granada, 2005, pp. 335 y ss.

³⁵ En el mismo sentido, el art. 10. 5 Real Decreto 2070/1999, señala que «en los casos de muerte accidental, así como cuando medie una investigación judicial, antes de efectuarse la extracción de órganos deberá recabarse la autorización del juez que corresponda, el cual, previo informe del médico forense, deberá concederla siempre que no se obstaculice el resultado de la instrucción de las diligencias penales».

³⁶ *Vid.* a este respecto, Carlos María ROMEO CASABONA, «Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos», en Carlos María ROMEO CASABONA (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Comares, Granada, 2005, pp. 16 y ss.

los arts. 147 y ss. del Código penal español de 1995 (CP), aunque se cuente con el consentimiento del donante, pues de acuerdo con el art. 155 CP, «en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados». Es decir, la pena únicamente se vería atenuada. Para eliminar este obstáculo, el art. 156 CP establece una regla especial, aplicable al caso que nos ocupa. Así, según este precepto, «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley (...)».

De acuerdo con esta regulación, esencialmente los arts. 4 Ley 30/1979 y 9 Real Decreto 2070/1999, la obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, sólo podrá realizarse si el donante es mayor de edad y goza de plenas facultades mentales, una vez que éste ha sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. De esta forma, no podrá obtenerse ningún tipo de órgano de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente. Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aunque se cuente con su consentimiento o el de su representante legal³⁷. Para ROMEO CASABONA, «si bien es cierto que con este criterio se impide atender casos vitales para el receptor, la experiencia conocida en algunos países, de claro abuso del menor por parte de sus padres, aunque actúen movidos por el deseo de salvar la vida de otro hijo, aconseja mantener una protección especial de estas personas»³⁸. Ahora bien, en la práctica judicial se ha admitido en algún caso excepcional, por medio de un expediente de jurisdicción voluntaria, que un menor de edad con suficiente capacidad de juicio pueda ser donante de un órgano regenerable (parte del hígado), si se trata de la única opción posible para salvar la vida de una tercera persona con la que tenga una estrecha relación (por ejemplo, un hijo)³⁹, decisión que, independientemente de su bondad, resulta muy dudosa desde un punto de vista de estricta legalidad.

La información deberá hacer referencia a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera que haya de conseguir el receptor. En ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de

³⁷ Cfr. art. 9.3 Ley 41/2002.

³⁸ ROMEO CASABONA, «Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos», p. 23.

³⁹ *Diario El Mundo*, 23 de octubre de 2007.

donantes vivos cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico o de otro tipo, social o psicológico.

El consentimiento para extraer un órgano de un donante vivo es un «acto complejo sucesivo y continuo»⁴⁰. Por un lado, se requiere que la persona muestre su voluntad de ser donante en dos momentos diferentes: a) se necesita un primer consentimiento para ser evaluado como potencial donante (capacidad y requisitos médicos), esta fase puede dilatarse en el tiempo durante semanas; y b) se exige un segundo consentimiento, dirigido ya en particular a la extracción del órgano, una vez superados los exámenes médicos y pruebas complementarias, y de ser considerado como donante idóneo. Por otro lado, se exige una ratificación (expresa o tácita) en el momento inmediatamente previo a la intervención.

El estado de salud física y mental del donante deberá ser acreditado por un *médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante*. Se garantiza, de esta forma, la transparencia del proceso y puede valorarse objetivamente la libertad o no del donante para consentir la donación.

Es precisamente la cuestión de la libertad uno de los puntos más importantes y, a la vez, más difíciles de valorar. Así, a la hora de prestar el consentimiento por parte del donante vivo habrá que asegurarse de que éste no está viciado debido a la presión del entorno que se suele producir en tales casos. Igualmente, en el marco de la donación de órganos de vivo (ámbito en el que normalmente existe una relación familiar o genética entre donante y receptor) la libertad no suele ser absoluta, al menos en la esfera psicológica o emocional, pues el sufrimiento del ser querido estará condicionando fuertemente en el plano interno la decisión a adoptar. Y es que una persona puede sentirse libre aun existiendo una coacción moral que vicia su consentimiento, cuando alguien se siente culpable si no hace lo que los demás esperan de él.

En cualquier caso, este supuesto condicionamiento interno no puede viciar por sí mismo el consentimiento del donante. Para que se pueda afirmar que el consentimiento no es libre, habrá que acreditar la existencia de un vicio real que elimine la voluntad del sujeto (presión externa, amenaza, información insuficiente o manipulada, precio, etc.).

El potencial donante, tras expresar su voluntad de donar un órgano en vida, será sometido a unos exhaustivos exámenes médicos, para comprobar su idoneidad como posible donante. Igualmente, éste será informado de forma rigurosa sobre distintas cuestiones relativas al trasplante. Así, por ejemplo, el donante será previamente informado, como mínimo, de a) los riesgos

⁴⁰ VÍCTOR ANGOITIA GOROSTIAGA, «El régimen reglamentario de la extracción y trasplante de órganos», en Carlos María ROMEO CASABONA (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Comares, Granada, 2005, p. 198.

inherentes a la intervención; b) las consecuencias previsibles de orden somático o psicológico; c) las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional (por ejemplo, disminución de ingresos por no poder trabajar); y d) los beneficios que con el trasplante se espera que conseguirá el receptor (art. 10 LAP).

La información no debe limitarse a un acto puntual, sino que debe constituir un proceso de una duración suficiente para favorecer su asimilación, la reflexión, la consulta a terceros y, en definitiva, una decisión sosegada y madura. Hay que contestar a todas las preguntas que se haga el potencial donante e, incluso, hay que sugerirlas y estimular al donante a plantearlas.

Por otro lado, debe tratarse de un órgano (o de parte de él), cuya extracción sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura. Normalmente se tratará de órganos dobles y no vitales (riñón, pulmón) o partes de él, cuando ello no impida la funcionalidad del resto. Preferentemente se trata de órganos de carácter regenerable (como el hígado).

El destino del órgano extraído será su trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida, garantizándose el anonimato del receptor. Así pues, a diferencia de lo que sucede con las donaciones de fallecidos, en el caso de donaciones de vivos se cuenta ya con el paciente-receptor del órgano, y a partir de ahí se busca al donante más indicado. Al contrario de lo que sucede en otros países, en España el receptor del órgano puede ser cualquier persona⁴¹.

Debido precisamente a los perjuicios que la extracción del órgano puede suponer para el donante vivo, ésta únicamente se justifica cuando no exista un órgano o tejido idóneo o disponible de una persona fallecida, ni tampoco ningún otro método alternativo que presente una eficacia comparable. Además, la extracción sólo podrá realizarse para el beneficio terapéutico del destinatario, es decir, con el propósito de favorecer la salud o las condiciones de vida de su receptor, y no será posible llevarla a cabo si existe un alto riesgo para la salud y la vida del donante⁴². Además, la extracción de órganos de donantes vivos se limitará a situaciones en las que puedan esperarse grandes posibilidades de éxito del trasplante.

⁴¹ En otros países está más limitado el ámbito de posibles receptores (familia biológica u otras personas pertenecientes al círculo íntimo del donante). Con ello se trata de evitar motivaciones ocultas (pagos encubiertos, etc.). Cfr. ROMEO CASABONA, «Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos», pp. 22 y s.

⁴² A este respecto, cfr. art. 19.1 CDHB («La extracción de órganos o de tejidos para trasplantes sólo podrá efectuarse de un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiados de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable»).

Para proceder a la extracción de órganos de donante vivo será necesario un segundo consentimiento, que deberá emitirse de un modo mucho más formal. Así, el interesado deberá otorgar por escrito su consentimiento expreso ante el juez encargado del registro civil de la localidad de que se trate. Se requiere, pues, la intervención judicial, que valora la capacidad del donante para consentir, así como sus circunstancias personales, para asegurarse de que la decisión es realmente libre.

Además del donante y el juez, también deberán estar presentes en ese momento el médico que ha de efectuar la extracción, el médico que haya acreditado el estado de salud física y mental del donante, el médico responsable del trasplante y la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención, según figure en el documento de autorización del centro.

El documento de cesión donde se manifiesta la conformidad del donante será firmado por el interesado, el médico que ha de ejecutar la extracción y los demás asistentes. Cualquiera de ellos podrá oponerse eficazmente a la donación si albergan duda sobre que el consentimiento del donante se ha manifestado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada.

Por otro lado, será necesario un informe obligatorio del Comité de Ética del hospital trasplantador. Este informe hará referencia a las posibilidades de éxito del trasplante y al libre consentimiento del donante, en cuanto a su forma de expresión, voluntariedad, motivación o libre determinación. También podrá valorar si el donante ha recibido una información adecuada para poder tomar una decisión y si esa información se ha transmitido de una forma entendible por éste.

Entre la firma del documento de cesión del órgano y su extracción, deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Por lo tanto, como apuntaba más arriba, transcurrido dicho plazo y antes de dar comienzo al acto de extracción, el donante deberá ratificar su consentimiento, si bien puede tratarse de un consentimiento tácito, por ejemplo, presentándose en el hospital para someterse a la intervención.

3.2.2.2. LA DONACIÓN DE CÉLULAS Y TEJIDOS

Aunque la donación de órganos o de sus partes y la donación de tejidos y células se basan en los mismos principios, existen ciertos elementos que los diferencian, y de hecho se regulan en normas diferentes. La donación de tejidos humanos se rige por lo dispuesto en el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se

aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos⁴³.

Este Real Decreto se aplica a todos los tejidos y células humanas, incluyendo las células progenitoras hematopoyéticas de sangre periférica, cordón umbilical o médula ósea; las células reproductoras, excepto en los aspectos regulados en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; las células y tejidos fetales, y las células troncales adultas y embrionarias cuando su finalidad sea el uso terapéutico o la aplicación clínica. Quedan excluidos la sangre y los productos sanguíneos, a excepción de las células progenitoras hematopoyéticas y los órganos humanos, los cuales se rigen por su normativa específica.

Al igual que sucede con la donación de órganos, es necesario diferenciar entre los tejidos provenientes de un donante fallecido o de un donante vivo. Del primero de los casos se ocupa el art. 8 Real Decreto 1301/2006, según el cual, «la obtención de tejidos y células de personas fallecidas podrá realizarse en el caso de que no hubieran dejado constancia expresa de su oposición, según lo dispuesto en el artículo 11 LAP. En el caso de que se trate de menores o personas incapaces de consentir, la oposición a la donación podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal»⁴⁴ (art. 8.1).

La obtención de células y tejidos se realizará tras la correspondiente certificación de la muerte y la práctica de las diligencias policiales y judiciales si las hubiera (art. 8.4). Además, se deberá facilitar a los familiares y allegados información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención, especificando qué procedimientos de restauración y conservación del cadáver y prácticas de sanidad mortuoria se llevarán a cabo (art. 8.3).

Por su parte, el art. 7 Real Decreto 1301/2006 dispone que la obtención de tejidos humanos de un *donante vivo* mayor de edad y plenamente capaz requiere que éste haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión y otorgue su consentimiento. La información que recibirá el donante del médico que vaya a realizar la extracción o sea responsable de ésta debe cubrir el objetivo y la naturaleza de la obtención de las células y

⁴³ Mediante este Real Decreto se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/23/CE, así como la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE.

Por otro lado, esta norma deroga el Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos.

⁴⁴ El art. 11 LAP se ocupa de las instrucciones previas. Según su apartado primero, «por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo (...)».

tejidos; sus consecuencias y riesgos; las pruebas analíticas que se han de realizar; el registro y protección de los datos; y los fines terapéuticos. Asimismo se informará de las medidas de protección aplicables al donante y de los beneficios que con el uso del tejido o grupo celular extraído se espera que haya de conseguir el receptor.

Resulta igualmente de interés prestar una especial atención a la cuestión de la obtención de células y tejidos de menores de edad e incapaces, si bien aquí no es posible más que apuntar algunas cuestiones, las cuales requieren indudablemente un análisis más detenido del que ahora se puede ofrecer. Según el Real Decreto 1301/2006, no podrán obtenerse tejidos humanos de personas menores de edad o personas que, por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento (art. 7.1.IV). Ello se debe a que el acto de donación de un tejido para su extracción en vida, a diferencia de lo que ocurre en los actos médicos, constituye una conducta de la que ningún beneficio directo deriva para el disponente a la vez que le causa un daño a su salud, por mínimo que éste sea, y a su integridad física, daño especialmente grave si tenemos en cuenta que estamos ante personas (en el caso de los menores de edad) que aún se encuentran en fase de desarrollo biológico y ello podría entrañar mayores riesgos para su desarrollo fisiológico y psíquico⁴⁵.

No obstante, esta norma permite obtener materiales biológicos de tales sujetos «cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal» (art. 7.1.IV *in fine*). En todo lo no dispuesto en el art. 7, la obtención de células y tejidos de un donante vivo se registrará por lo dispuesto en la LAP.

Como ha manifestado la doctrina, la posibilidad de que los menores de edad⁴⁶ e incapacitados sean objeto de extracción de órganos o tejidos, incluso cuando se trata de situaciones extremas en las que éstos serían los únicos donantes válidos para llevar a cabo un trasplante en beneficio de un tercero (con el que estarían estrechamente vinculados), constituye una de las cuestiones más delicadas y complejas que la cirugía sustitutiva ha suscitado, y sobre la cual en la actualidad aún no existe una solución válida que merezca

⁴⁵ Carlos María ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplante de órganos*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 163.

⁴⁶ El término menor de edad debe entenderse como persona de edad inferior a 18 años, por lo que no es posible, a nuestro juicio, extender la capacidad de consentir una extracción de tejidos a menores de edad emancipados. *Vid.* a este respecto, en el mismo sentido, Víctor ANGOITIA GOROSTIAGA, «Los tejidos y los bancos de tejidos», en Carlos María ROMEO CASABONA (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Comares, Granada, 2005, pp. 263 y ss.

un incondicional apoyo desde una perspectiva ética y jurídica⁴⁷. Si bien tradicionalmente se ha aceptado que se prohíba de forma absoluta la extracción de órganos de menores e incapacitados, la tendencia ha sido mucho más permisiva en lo que respecta a la obtención de cierto tipo de tejidos (debe tratarse de tejidos regenerables)⁴⁸, y siempre que se cumplan una serie de condiciones (por ejemplo, que exista un vínculo genético entre donante y receptor)⁴⁹.

La primera cuestión que habría que analizar es el acomodo de esta previsión del Real Decreto con lo dispuesto en la Ley 30/1979, así como su compatibilidad con lo establecido en los arts. 155 y 156 CP, anteriormente mencionados. No debemos olvidar que el RD 1301/2006 es un mero reglamento, por lo que debe adecuarse a lo dispuesto en la Ley de referencia, en este caso la Ley 30/1979⁵⁰. Y la Ley 30/1979 se muestra tajante cuando en

⁴⁷ Vid. al respecto, Víctor ANGOITIA GOROSTIAGA, «El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina: Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina y el protocolo adicional sobre trasplante de órganos y tejidos de origen humano», en Carlos María ROMEO CASABONA (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Comares, Granada, 2005, pp. 105 y ss.

⁴⁸ Según el Informe Explicativo al CDHB, por tejido regenerable se entiende «aquél capaz de reconstituir su masa y sus funciones tras una extracción parcial» (punto 123).

⁴⁹ Según el punto 125 del Informe Explicativo del CDHB, «el principio de ayuda mutua entre parientes de primer grado, sujeto a ciertas condiciones, puede justificar una excepción a la prohibición de extracción, encaminada a proteger a las personas incapaces de otorgar su consentimiento. Esta excepción a la regla general está cualificada por una serie de condiciones estipuladas en el artículo 20 para proteger a la persona incapaz de otorgar su consentimiento, que pueden ser completadas por la legislación nacional».

⁵⁰ Aunque esta Ley se refiere a la extracción y trasplante de órganos, se ha venido entendiendo por la doctrina de forma pacífica que lo establecido en ella es igualmente aplicable a la extracción y trasplante de otros tejidos. O lo que es lo mismo, el término órgano debe entenderse aquí de forma amplia. De hecho, la disposición adicional segunda de esta Ley únicamente excluye de su ámbito de aplicación a la sangre humana y sus derivados, a la vez que establece una previsión particular para la córnea y «otros tejidos».

Cfr. a este respecto, ROMEO CASABONA, «Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos», p. 67; Víctor ANGOITIA GOROSTIAGA, «Los tejidos y los bancos de tejidos», pp. 251 y s., Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, «De vuelta con las células madre: el marco europeo de la clonación humana y los bancos de cordones umbilicales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 24 (2006), p. 486, nota 13; David LARIOS RISCO, «Donación y uso privativo de la sangre del cordón umbilical: aspectos jurídicos», *Derecho y Salud*, n.º 2 (2007), p. 187.

Además, el propio Real Decreto 1301/2006 expresamente reconoce en su exposición de motivos que para su elaboración se ha tenido en cuenta la Ley 30/1979, y así lo entiende también la LIB cuando en su art. 1.4 dispone que quedan excluidas de su ámbito de aplicación las implantaciones de órganos, tejidos y células de cualquier origen que se regirán por lo establecido en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; y en la Disposición adicional primera, según la cual «la utilización con fines terapéuticos de cualquier material biológico de origen humano a los que hace referencia esta Ley, se regirá, según corresponda por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos».

su art. 4 establece el requisito (sin excepciones) de la mayoría de edad del donante, a la vez que afirma con rotundidad que «no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente»⁵¹. No obstante, esta Ley debe aplicarse de conformidad con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa, de 4 de abril de 1997, sobre Derechos Humanos y Biomedicina (CDHB), cuya aprobación es posterior, y expresamente admite esta posibilidad, en los términos en los que me referiré posteriormente.

En efecto, los tratados internacionales (como es el caso del CDHB) se configuran como derecho interno y podrán ser directamente aplicados (al menos, aquellas disposiciones de éstos con eficacia directa)⁵² una vez que éstos han sido publicados en el BOE⁵³. De esta forma, si un tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico español a través del correspondiente instrumento de ratificación fuera contrario a una disposición normativa existente sobre esa misma materia, se plantea la duda acerca de la disposición aplicable. Tal y como señala la doctrina de forma mayoritaria, los tratados internacionales suscritos por España son normas legales jerárquicamente inferiores a la Constitución, pero superiores a las leyes⁵⁴. De esta manera, en caso de conflicto entre tratado y ley a la hora de su potencial apli-

⁵¹ Antes de la aprobación y entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español del CDHB, la doctrina ya había manifestado tener serias dudas sobre la legalidad de algunos preceptos del Real Decreto 411/1996 relativos a esta misma cuestión. Cfr. Víctor ANGOITIA GOROSTIAGA, «Los tejidos y los bancos de tejidos», p. 251, nota 9.

⁵² Las disposiciones de un tratado con *eficacia directa (self-executive)* son directamente aplicables por los poderes públicos de los Estados Parte sin que sea necesaria realizar ningún tipo de actuación previa. Se trata de aquellas disposiciones que son lo suficientemente claras como para poder pasar a formar parte del ordenamiento jurídico interno de forma automática. Vid. Sergio ROMEO MALANDA, «Relación del presente Convenio con otras disposiciones (Capítulo IX)», en Carlos María ROMEO CASABONA (ed.), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2002, pp. 415 y ss; Thomas BUERGENTHAL, «Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 235 (1992), pp. 313-400.

La calificación de una disposición de un tratado internacional como de eficacia directa o no es competencia, en nuestro ordenamiento jurídico, de los tribunales ordinarios. Cfr. Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 151, con nota 256.

⁵³ El instrumento de ratificación del CDHB se publicó en el BOE de 20 de octubre de 1999, y en él se fija como fecha de entrada en vigor en España el 1 de enero de 2000, momento en el cual pasa a formar parte del ordenamiento jurídico español.

⁵⁴ Vid. Javier ROLDÁN BARBERO, *Las relaciones exteriores de España*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 252.

cación en un supuesto concreto, debe prevalecer el texto del tratado⁵⁵. Un tratado internacional aprobado de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 94.1 CE⁵⁶, posee *fuera activa* frente a la ley (esto es, puede modificarla o derogarla), así como *fuera pasiva* (en ningún caso podrá ser éste derogado por una ley)⁵⁷.

De acuerdo con ello, en caso de conflicto entre el CDHB y la Ley 30/1979 en lo referido a la donación de células y tejidos regenerables por parte de menores e incapaces, aquél será de aplicación preferente⁵⁸. Este conflicto ha de ser dirimido por la jurisdicción ordinaria mediante la búsqueda, en primer término, de una interpretación de la Ley acorde con el tratado y, de resultar esto imposible, mediante la inaplicación de la Ley⁵⁹.

⁵⁵ Remedio SÁNCHEZ FERRIZ, *El estado constitucional y su sistema de fuentes*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 402. En cualquier caso, estos tratados constituyen un estándar mínimo susceptible de ser mejorado o concretado por el derecho interno, de tal manera que la regla de prevalencia de los tratados cederá para aplicar preferentemente la ley interna más favorable. En el caso del CDHB, dada su naturaleza y objetivos, la ley interna más favorable será aquella que resulte más protectora de los derechos de las personas.

⁵⁶ Según el art. 94.1 CE, «La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de Tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: (...) e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna Ley o exijan medidas legislativas para su ejecución». Cfr. Instrumento de ratificación del CDHB.

⁵⁷ Vid. SÁNCHEZ FERRIZ, *El estado constitucional y su sistema de fuentes*, p. 403; ROLDÁN BARBERO, *Las relaciones exteriores de España*, p. 253. Esto se debe a que las disposiciones de un tratado «sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional» (art. 96.1 CE). Del mismo modo, el art. 96.2 CE establece que «para la denuncia de los Tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94». Por el contrario, un tratado sí puede conllevar «modificación o derogación de alguna Ley» (art. 94.1.e CE).

La modificación del CDHB exige, pues, el cumplimiento de las normas de derecho internacional aplicables al efecto, bien acudiendo al procedimiento de enmiendas al mismo recogido en su art. 32, bien a través de su denuncia (art. 37 CDHB), bien introduciendo alguna reserva (art. 36 CDHB), tal y como han hecho, por cierto, algunos estados. Por ejemplo, Dinamarca ha presentado una reserva al CDHB, oponiéndose a la limitación del receptor a la condición de hermano o hermana del donante, por excluirse de ese modo la posibilidad de que la médula del menor o incapacitado sea trasplantada a su padre o a su madre.

⁵⁸ Para mantener la prohibición de utilizar a personas incapaces de prestar consentimiento válido como fuente de tejidos tras la ratificación del CDHB, un país debe formular una reserva, en los términos establecidos en el art. 36 de éste. Así lo hizo, por ejemplo, la República de Turquía, tal y como consta en el Instrumento de ratificación del mencionado tratado por parte del estado español: «Conforme al artículo 36 del Convenio, la República de Turquía se reserva el derecho a no aplicar lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 20 del Convenio, que autoriza, en ciertas condiciones, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para dar su consentimiento, ya que esta disposición es contraria a la prohibición establecida en el artículo 5 de la Ley número 2238, sobre extracción, preservación y trasplante de órganos y tejidos».

⁵⁹ ROLDÁN BARBERO, *Las relaciones exteriores de España*, p. 254.

Las consideraciones anteriores son igualmente válidas en relación con normas jurídicas de rango inferior a la Ley. Así, si alguna disposición del Real Decreto 1301/2006 resultara contraria a lo dispuesto en el CDHB, las disposiciones controvertidas de dicho Real Decreto no serían aplicadas. Además, en este caso el Tribunal Supremo ha avalado el poder anulatorio que puede ejercer el juez ordinario en caso de contradicción de un Real Decreto con las disposiciones de un tratado⁶⁰. No obstante, como decíamos anteriormente, esta decisión únicamente deberá adoptarse siempre que no resulte posible una interpretación de la norma interna conforme al tratado internacional.

Por otro lado, también hacíamos referencia a una posible incompatibilidad entre la regulación prevista en el art. 7 Real Decreto 1301/2006 y lo dispuesto en el Código penal en los arts. 155 y 156, relativos al consentimiento en el delito de lesiones. En efecto, en los arts. 147 y siguientes del Código penal se castiga a quien «causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental». En principio, parece indudable que los actos dirigidos a obtener ciertos tejidos de una persona a través de procedimientos invasivos, especialmente cuando éstos no tienen una finalidad terapéutica directa para ella, supone una afectación a la integridad corporal, por lo que se integraría en el tipo del delito mencionado. Además, el Código penal se manifiesta claramente restrictivo en relación con el consentimiento en las lesiones, lo cual se traduce en una limitación de la autonomía de la voluntad, pues en su art. 155 establece que «en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados». Es decir, que la aceptación del acto que genera las lesiones por parte del sujeto pasivo no evita el castigo del autor de éstas, aunque la pena impuesta será menor. Además, añade que «no será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz». Esto es, cuando el sujeto pasivo sea menor de edad, la pena imponible no se verá atenuada.

Es cierto que el art. 156 CP establece una regla especial. Así, dispone que «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley (...) *salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales*» (la cursiva es nuestra). En definitiva, la extracción de órganos en vida con fines de donación no se castigará si ésta se produce de acuerdo con la legislación vigente. Ahora bien, se exige que el donante no sea menor de edad o incapaz, pues en tal caso, la extracción no puede ser

⁶⁰ STS (Sala 3.ª) de 24 de febrero de 1994.

consentida ni por éstos ni por sus representantes legales. Ello supondría la comisión de un delito de lesiones por parte del facultativo que extrae el órgano o tejido (así como de quien autorizó dicha extracción en calidad de autor, bien como inductor, bien como cooperador necesario).

La primera cuestión que cabe plantearse es si esta regla excepcional del art. 156 CP comprende también los trasplantes de células y tejidos, pues su tenor literal únicamente hace referencia al trasplante de órganos. Aplicar esta disposición al trasplante de materiales distintos de los órganos podría suponer la aplicación analógica de una disposición penal, lo cual resulta contrario al principio de legalidad penal⁶¹. Por el contrario, podría defenderse que el término «órgano» se emplea en el CP en un sentido amplio, incluyendo también los tejidos, de forma similar a como lo hace la Ley 30/1979 (interpretación lógico-sistemática). En cualquier caso, ello resulta intrascendente a nuestros efectos, pues en ambos casos el resultado es el mismo, la responsabilidad penal de quien procede a realizar una extracción de órganos de un menor de edad. En definitiva, se nos plantea la duda de cómo conjugar esta previsión legal con la norma que avala dicha extracción, esto es, el Real Decreto 1301/2006.

No es posible hacer un detallado análisis de esta cuestión ahora, pues ello excede el propósito de este trabajo. No obstante, sí es posible dejar planteadas algunas hipótesis. En principio, podrían ser de aplicación diversas instituciones jurídico-penales. Por ejemplo, la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP), al existir una norma permisiva de la conducta (el Real Decreto 1301/2006, en relación con el referido art. 20.7 CP), frente a la norma prohibitiva del art. 155 CP. O la también causa de justificación de estado de necesidad (art. 20.5 CP), por la cual sería lícita la causación de un mal ajeno siempre que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Sin embargo, esta última posibilidad presenta ciertos inconvenientes, pues la doctrina viene entendiendo que, además de los requisitos exigidos en el Código penal, el acto causante del daño no puede ser contrario a la dignidad de la persona, la cual se afectaría cuando ésta es sometida sin su consentimiento a una intervención quirúrgica con el fin de extraer un órgano o tejido⁶². También podría mantenerse que la con-

⁶¹ Cfr. Sergio ROMEO MALANDA, «Las eximentes por analogía en el Código penal español de 1995. Especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16 (2005), pp. 169 y ss.

⁶² La doctrina entiende de forma mayoritaria que el estado de necesidad será una causa de justificación siempre que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar. En nuestro ordenamiento jurídico es indudable, en relación con el supuesto planteado, que la vida humana es un bien superior al de la integridad corporal y al de libertad. Detener el análisis en este punto nos llevaría a entender que la conducta descrita está justificada. Ahora bien, como propone José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del Delito*, 6.ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 268 y ss, no es posible considerar lícitas, aquellas conductas que supongan un grave atentado a la dignidad de la persona

ducta de obtención de un tejido de un sujeto menor de edad o incapaz no sería sancionable si se realiza de acuerdo con las previsiones legales por tratarse de una conducta atípica, esto es, dicho comportamiento no supondría la comisión de un delito de lesiones al no ser la conducta objetivamente imputable a quien la realiza, pues nos encontraríamos ante un comportamiento socialmente adecuado⁶³. Por una parte, la posibilidad de extraer cierto tipo de tejidos de sujetos menores o incapaces, cuando ello pueda servir para salvar la vida de otra persona, es una práctica admitida socialmente (por supuesto, siempre que se respeten ciertas garantías, concretadas en los requisitos legalmente establecidos), no sólo dentro de nuestro país sino también en el ámbito internacional. Por otro lado, la lesión que se causa al donante resultaría tan mínima que permitiría mantener la atipicidad de la conducta con fundamento en el principio de insignificancia⁶⁴. Así pues, la exclusión de la tipicidad penal se produciría en estos casos, no porque no exista una relación causal entre una lesión penalmente relevante y la conducta de su autor, sino por la irrelevancia penal de la lesividad del hecho, al ser éste socialmente admitido o insignificante, atendido el contexto en que se produce⁶⁵. Sin embargo, un importante sector doctrinal entiende que el criterio de la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad de la conducta, así como el denominado principio de insignificancia, son sumamente imprecisos y afectarían, por ello, gravemente a la seguridad jurídica⁶⁶.

humana. En el supuesto mencionado se está utilizando al ser humano como un simple instrumento para la consecución de otros fines y ello implica un grave atentado contra su dignidad. Por ello, introduce el citado autor una restricción en el criterio de la opinión dominante: «el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana». Cfr. igualmente, ANGOITIA GOROSTIAGA, «Los tejidos y los bancos de tejidos», p. 262.

A la misma conclusión llegan, pero por considerar que el mal causado es mayor que el que se evita, Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, PPU, Barcelona, 1998, pp. 471 y ss.; Fermín MORALES PRATS, «Artículo 20.5», en Gonzalo Quintero Olivares (ed.)/Fermín Morales Prats (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 180 y ss.

⁶³ Cfr. ANGOITIA GOROSTIAGA, «Los tejidos y los bancos de tejidos», p. 262.

⁶⁴ La médula ósea puede ser obtenida a través de diferentes métodos ambulatorios y no requieren de hospitalización. ANGOITIA GOROSTIAGA, «Los tejidos y los bancos de tejidos», p. 260, reconoce que la extracción de médula ósea es una intervención sin riesgos reseñables y de la que ningún perjuicio puede derivarse para la salud presente o futura del menor.

⁶⁵ Cfr. Santiago MIR PUIG, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2003, núm. 05-05, p. 05:1-05:19. Disponible *on line*: <<http://criminet.ugr.es/recpc/repc05-05.pdf>>, p. 16; Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Editorial Universitat, Madrid, 1996, pp. 561 y s., y 565 y s.

⁶⁶ *Vid.* José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del Delito*, 6.ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 98 y s.

Por otra parte, la nueva regulación contenida en el Real Decreto 1301/2006 conlleva una modificación sustancial de la normativa precedente (art. 7 Real Decreto 411/1996), pues allí únicamente se preveía esta excepción en relación con los menores de edad (no con los adultos sin capacidad de obrar), y exclusivamente para las situaciones en que existiera relación genética entre donante y receptor. Además, la nueva regulación no recoge ciertas garantías previstas en la normativa derogada, como por ejemplo, la autorización judicial.

De este modo, esta nueva regulación presenta serias dudas por lo que respecta a su acomodo al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, que vincula al legislador español desde su entrada en vigor en nuestro ordenamiento jurídico en enero de 2000. De acuerdo con el art. 20 CDHB,

«1. No podrá procederse a ninguna extracción de órganos o de tejidos de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento conforme al artículo 5.

2. De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes:

- i. si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento,
- ii. si el receptor es hermano o hermana del donante,
- iii. si la donación es para preservar la vida del receptor,
- iv. si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente,
- v. si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma.»

Así pues, si bien el CDHB no supone impedimento alguno para extender la excepción de donar tejidos humanos a los incapaces, además de a los menores de edad, sí que exige el cumplimiento de ciertos requisitos, los cuales son claramente obviados por la nueva legislación que estamos analizando. En concreto:

- a) el Real Decreto 1301/2006 no requiere la falta de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento, sino únicamente que el tejido que va a donarse tenga una utilidad terapéutica de carácter vital para el receptor (de forma coincidente, aquí sí, con lo establecido en el punto iii del art. 20.2 CDHB);
- b) el Real Decreto 1301/2006 no impone la restricción prevista en el CDHB de que el receptor del tejido sea hermano o hermana del donante, como hemos dicho que sí hacía el derogado Real Decreto 411/1996 (si bien es cierto que no limitado a los hermanos sino a

- quienes tuvieran una relación genética, por lo tanto, extensible a toda la familia biológica)⁶⁷;
- c) el Real Decreto 1301/2006 no exige la autorización por parte de una autoridad, además de la del representante legal del menor o incapaz⁶⁸. Dicha autoridad debería ser el juez encargado del registro civil, por coherencia con lo establecido en relación con la donación de órganos, a la que expresamente se remitía el Real Decreto 411/1996, en su art. 7.3⁶⁹;
- d) finalmente, el Real Decreto 1301/2006 no establece previsión alguna respecto a la voluntad del donante, pues no puede olvidarse que el menor puede tener suficiente capacidad de juicio, o el sujeto incapacitado puede estar atravesando un periodo de lucidez, o simplemente, su grado de incapacidad no le impide entender la naturaleza de la intervención a la que se le quiere someter. De hecho, en relación con los menores de edad, el Real Decreto 411/1996 establecía de forma expresa la obligación de oír al menor antes de tomar la decisión, obligación que, por otro lado, viene impuesta con carácter general en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Se plantea, en consecuencia, la cuestión de cómo hay que valorar esta falta de conexión o concordancia entre dos textos legales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, el CDHB y el Real Decreto 1301/2006. Tal y como señalamos al respecto más arriba, en caso de conflicto será de aplicación el

⁶⁷ En relación con la exigencia de que el beneficiario sea hermana o hermano, el punto 128 del Informe Explicativo del CDHB señala que «esta restricción pretende impedir que tanto la familia como los médicos se excedan en la búsqueda de un donante a cualquier precio, aun cuando el grado de parentesco sea lejano y las probabilidades de éxito en el trasplante no sean muy altas por incompatibilidad de tejidos».

Sin embargo, algún autor entiende que este precepto resulta demasiado restrictivo, pues impediría la donación de médula ósea de un menor incapacitado cuando el destinatario fuera su padre o su madre; y al mismo tiempo, al permitir la nueva regulación la obtención de tejidos procedentes de sujetos incapacitados, podría igualmente suceder que éstos tuvieran descendencia que pudiera beneficiarse de una donación de su médula ósea. Cfr. ANGOITIA GOROSTIAGA, «El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina: Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina y el protocolo adicional sobre trasplante de órganos y tejidos de origen humano», pp. 123 y s.

⁶⁸ Según el Informe Explicativo del CDHB, «la intervención de esta institución (que puede ser un tribunal, un organismo cualificado profesionalmente, un comité de ética, etcétera) pretende garantizar que la decisión que se adopte sea imparcial» (punto 129).

⁶⁹ Este precepto exige autorización judicial para la extracción del tejido de un donante vivo (por remisión a la normativa sobre donación de órganos) «en el supuesto de que sea precisa una intervención quirúrgica» específicamente destinada a la obtención de dicho tejido.

Sobre la relevancia de la intervención judicial cuando están involucrados menores de edad, *vid.* ANGOITIA GOROSTIAGA, «Los tejidos y los bancos de tejidos», pp. 269 y ss.

CDHB, pues éste goza de un rango normativo superior al Real Decreto. Ahora bien, también hay que tener en cuenta que el Real Decreto 1301/2006 no es incompatible con lo establecido en el CDHB, sino que simplemente no incluye ciertas disposiciones previstas en éste. Esto hace posible, a nuestro juicio, una interpretación y aplicación del Real Decreto 1301/2006 conforme al CDHB.

Así pues, puesto que ambos textos legales no entran en confrontación directa, la solución pasa por realizar un estudio integrado y coordinado de éstos, de tal forma que la regulación de la donación de células y tejidos con fines terapéuticos por parte de menores de edad e incapaces no se contiene únicamente en el citado art. 7 Real Decreto 1301/2006, sino en éste en conjunción con el art. 20 CDHB. Además, habrá que tener igualmente en cuenta el resto del ordenamiento jurídico, el cual puede imponer ciertas actuaciones independientemente de que expresamente lo establezca o no el Real Decreto 1301/2006, por ejemplo respecto a la autonomía de los menores de edad⁷⁰.

Aún cabe hacer alguna consideración adicional por lo que respecta al requisito de la intervención de la «autoridad competente». El art. 7.3 Real Decreto 411/1996 exigía autorización judicial para la extracción del tejido de un donante vivo (por remisión a la normativa sobre donación de órganos) «en el supuesto de que sea precisa una intervención quirúrgica» específicamente destinada a la obtención de dicho tejido. Pero este precepto no se refería únicamente a los menores, sino a todos los donantes de tejidos. Este requisito, como decimos, ha sido obviado en el Real Decreto 1301/2006.

El CDHB señala en su art. 19.2 que el consentimiento «deberá ser expresa y específicamente otorgado, bien por escrito o ante una autoridad». Esto es, el CDHB no impone la intervención de la autoridad competente, sino que deja libertad a los Estados para decidir entre dicha intervención, o la consignación del consentimiento por escrito. En el caso que nos ocupa, el legislador parece haber optado por la consignación del consentimiento por escrito⁷¹.

⁷⁰ Resulta evidente que la normativa sobre trasplantes no puede interpretarse al margen de las reglas generales sobre capacidad. Así, no dejan de ser de aplicación, por ejemplo, los arts. 154 y 162 Cc o la referida Ley Orgánica 1/1996. De este modo, en todo aquello que afecta a la propia personalidad del menor, aunque en él no exista la capacidad para realizar (con plena validez) los actos de que se trate, el representante legal ha de contar inexcusablemente con su consentimiento siempre que éste tenga suficiente capacidad natural de juicio, y en todo caso, si es mayor de 12 años. *Vid.* al respecto, ANGOITIA GOROSTIAGA, «Los tejidos y los bancos de tejidos», pp. 256 y ss., y 268.

⁷¹ Art. 7.1.1 Real Decreto 1301/2006: «La obtención de células y tejidos de una persona viva para su ulterior aplicación alogénica en seres humanos podrá realizarse si el donante es mayor de edad, cuenta con plena capacidad de obrar y estado de salud adecuado y *ha prescrito* su consentimiento informado» (la cursiva es nuestra).

No obstante, aunque el requisito de la intervención de la autoridad judicial no se haya previsto en relación con los adultos capaces, decisión que resulta acorde con el CDHB, tal requisito sí que sería obligatorio cuando se trate de menores o incapaces. No es admisible, pues, la falta de concreción del legislador acerca de quién debe ser dicha autoridad, lo cual podría haber hecho, bien de forma expresa, bien por remisión a la legislación sobre trasplante de órganos, como hacía la norma derogada. En todo caso, por coherencia con lo establecido en la regulación sobre trasplante de órganos, dicha autoridad debería ser el juez encargado del registro civil⁷². Sin embargo, al no existir previsión legal alguna al respecto (al margen de la disposición general contenida en el CDHB), este requisito no puede ser exigido en la práctica, de tal modo que el estado español estaría contraviniendo una de las disposiciones del CDHB⁷³.

Por otro lado, también cabe hacer alguna reflexión adicional sobre alguno de los requisitos recogidos en el Convenio (no así en el Real Decreto 1301/2006). Así, el art. 20.2.i requiere que no se disponga «de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento». Para Angoitia Gorostiaga, «la indisponibilidad de un donante compatible con capacidad para consentir apunta, tanto al hecho de que, a pesar de todos los medios y recursos utilizados, familiares, amigos y donantes voluntarios sometidos a pruebas previas de compatibilidad, etc., sólo el menor o incapacitado se manifiesten como donantes válidos por razones de histocompatibilidad del preciado tejido que puede salvar la vida de su hermano o hermana, como, más penosamente, al supuesto de que existiendo otros donantes compatibles con capacidad para consentir, sin embargo no accedan, por las razones que fuere, a donar una porción de su médula ósea»⁷⁴.

La importancia de este requisito se ve claramente en el punto 2.2 del Anexo V Real Decreto 1301/2006 («Procedimientos de donación, extracción de células y tejidos y su recepción en el establecimiento de tejidos»), establece que «los datos que se deben registrar en el establecimiento de tejidos (excepto en el caso de la donación de células reproductoras entre miembros de la pareja) serán, al menos, los siguientes: a) Consentimiento o autorización para la extracción, donde se consigne el propósito de utilización (uso terapéutico o investigación o ambos) y cualquier instrucción específica para su destrucción cuando no se utilicen para el propósito con el que se obtuvieron (...)».

⁷² En este punto, el CDHB contiene una disposición de eficacia diferida, que requiere una concreción legislativa por parte de los estados.

⁷³ Sobre los efectos jurídicos del incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del CDHB por un estado parte, *vid.* ROMEO MALANDA, «Relación del presente Convenio con otras disposiciones (Capítulo IX)», pp. 418 y ss.

⁷⁴ ANGOITIA GOROSTIAGA, «El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina: Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina y el protocolo adicional sobre trasplante de órganos y tejidos de origen humano», p. 115.

Por último, la obtención de los materiales biológicos oportunos deberá llevarse a cabo de forma que se garantice que la evaluación y selección de los donantes se realiza de acuerdo con los (exhaustivos) requisitos especificados en los anexos II (requerimientos clínicos para la evaluación de los donantes de células y tejidos), III (tests de laboratorio requeridos en la evaluación de los donantes), IV (selección y evaluación del donante de células reproductoras) y V (procedimientos de donación, extracción de células y tejidos y su recepción en el establecimiento de tejidos) del Real Decreto 1301/2006.

3.2.2.3. LA DONACIÓN DE SANGRE

Según el art. 6 Real Decreto 1088/2005, «los candidatos a donantes de sangre recibirán información previa por escrito y en lenguaje comprensible, como mínimo, acerca de las condiciones y actividades que excluyen de la donación y de la importancia de no dar sangre si le son aplicables algunas de ellas. La información mínima que se deberá proporcionar es la recogida en el anexo I.A.».

Además, los donantes deberán cumplir los requisitos contenidos en el Anexo II.A Real Decreto 1088/2005 para poder consentir la extracción de sangre y su donación. En concreto, deben tener una edad comprendida entre los 18 y 65 años y el peso corporal debe ser mayor de 50 kg. Igualmente, deben cumplirse ciertos requerimientos de carácter médico (en relación con el pulso y la tensión arterial, o el nivel de hemoglobina, proteínas o de plaquetas en sangre). Al referirse exclusivamente a los mayores de dieciocho años, ninguna persona de edad inferior puede ser donante. La exigencia de dicha edad se debe a la necesidad de que el donante posea ciertas condiciones físicas, no a que se requiera una plena capacidad de obrar⁷⁵.

El intervalo mínimo entre dos extracciones consecutivas de sangre total, salvo circunstancias excepcionales, no podrá ser inferior a dos meses. El número máximo de extracciones anuales no podrá superar el número de cuatro para los hombres y de tres para las mujeres. Además, la cantidad de sangre extraída en cada ocasión deberá tener en cuenta el peso del donante, y no deberá superar el 13% del volumen sanguíneo teórico del donante.

Por ello, este mismo autor afirma en otro lugar del mismo trabajo que «incluso en el supuesto de que tal posibilidad [la obtención de ciertos tejidos de menores e incapaces] se acoja sólo excepcionalmente y rodeada de toda clase de garantías (...), será imposible dejar de reconocer la hipocresía de una sociedad que permite en menores e incapacitados lo que en ningún caso autoriza respecto a los adultos plenamente capaces».

⁷⁵ María José SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 106.

3.2.2.4. LA DONACIÓN DE MATERIAL FETAL

La LIB, en la misma línea que la derogada Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, a la cual sustituye, permite la obtención y utilización de materiales biológicos de embriones y fetos humanos con fines terapéuticos⁷⁶ (por ejemplo, ciertos órganos o tejidos pueden servir para trasplante o cirugía reparadora).

La donación de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas para las finalidades previstas en esta Ley (en la que se incluye, como decíamos, la finalidad terapéutica) deberá cumplir los siguientes requisitos (art. 29.1 LIB):

- a) Que el donante o donantes de los embriones o los fetos hayan otorgado previamente su consentimiento de forma expresa y por escrito. Si alguno de aquéllos fuera menor no emancipado o estuviera incapacitado, será necesario además el consentimiento de sus representantes legales.
- b) Que el donante o los donantes o, en su caso, sus representantes legales hayan sido informados, previamente a que otorguen su consentimiento, de los fines a que puede servir la donación, de sus consecuencias, así como de las intervenciones que se vayan a realizar para extraer células o estructuras embriológicas o fetales, de la placenta o las envolturas y de los riesgos que pueden derivarse de dichas intervenciones.
- c) Que se haya producido la expulsión, espontánea o inducida, en la mujer gestante de dichos embriones o fetos, y no haya sido posible mantener su autonomía vital.

En el caso de que hubieren fallecido las personas de las que provienen los embriones o los fetos, será necesario que no conste su oposición expresa. Si el fallecido fuera menor de edad no emancipado o una persona incapacitada, será precisa la autorización de quienes ejercieran, en vida de aquéllos, su representación legal (art. 29.2 LIB).

⁷⁶ Cfr. art. 28.1 LIB. En relación con esta cuestión, el art. 28.2 LIB dispone que «la interrupción del embarazo nunca tendrá como finalidad la donación y la utilización posterior de los embriones o fetos o de sus estructuras biológicas. El procedimiento y modo de la práctica de la interrupción del embarazo estarán únicamente supeditados a las exigencias y limitaciones legales y a las características y circunstancias que presente aquél. Los profesionales integrantes del equipo médico que realice la interrupción del embarazo no intervendrán en la utilización de los embriones o de los fetos abortados ni de sus estructuras biológicas (...)».

3.3. Utilización de materiales biológicos con fines terapéuticos. Requisitos respecto al receptor

Al analizar la cuestión del destino de materiales biológicos con fines terapéuticos, hay que tener en cuenta una doble perspectiva: por una parte, la autorización del sujeto fuente de la muestra y las condiciones para que una muestra proveniente de un sujeto pueda emplearse con fines terapéuticos (en el propio individuo o en un tercero); y por otro lado, el consentimiento del receptor de las muestras para que éstas puedan ser utilizadas.

Por lo que respecta al sujeto fuente, la decisión relativa al uso del material en cuestión está directamente vinculada a su obtención, por lo que en el momento de obtenerse la muestra y prestar su consentimiento, está autorizando su uso terapéutico posterior.

Por su parte, en relación con el sujeto receptor del material biológico, serán de aplicación las reglas generales contenidas en la LAP, especialmente aquellas referentes a la información y al consentimiento previo a todo acto médico. No obstante, leyes especiales pueden recoger alguna provisión específica, tal y como sucede en relación con la donación de sangre, tejidos u órganos para trasplante.

En relación con el *trasplante de órganos*, el art. 6 Ley 30/1979 únicamente ofrece unas previsiones muy generales, que no alteran la regla establecida en la LAP. Tan sólo la aclaran en relación con la información que debe transmitirse al paciente que va a recibir el órgano. En el mencionado precepto se dice que el receptor debe ser plenamente consciente del tipo de intervención que va a efectuarse, conociendo los posibles riesgos y las previsible ventajas que, tanto física como psíquicamente, puedan derivarse del trasplante. Además, se añade que el consentimiento para la realización del trasplante deberá expresarse por escrito cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores, en caso de pacientes con déficit mental o menores de edad (lo cual tampoco resulta novedoso). Como único elemento específico, la letra b del art. 6, establece que el receptor del órgano debe ser «informado de que se han efectuado en los casos precisos los necesarios estudios inmunológicos de histocompatibilidad u otros que sean procedentes, entre donante y futuro receptor, efectuados por un laboratorio acreditativo por el Ministerio de Sanidad y Consumo».

Esta regulación se completa con el art. 15 Real Decreto 2070/1999, que en la línea de la Ley 30/1979 establece que «el trasplante de órganos humanos sólo se podrá efectuar en centros autorizados para ello, con el consentimiento previo y escrito del receptor o sus representantes legales (...)» (apartado 1). «El documento en el que se haga constar el consentimiento informado del receptor comprenderá: nombre del centro sanitario, fecha de su autorización para hacer trasplantes y nombre del receptor y, en su caso, el de los representantes que autorizan el trasplante. El documento tendrá que ser firmado por el médico que informó al receptor y por éste mismo o sus repre-

sentantes. El documento quedará archivado en la historia clínica del paciente y se facilitará copia del mismo al interesado» (apartado 2).

Además, de acuerdo con el art. 15.4 Real Decreto 2070/1999, el trasplante únicamente se realizará «si existen perspectivas fundadas de mejorar sustancialmente el pronóstico vital o las condiciones de vida del receptor, y de que se han realizado entre donante y receptor los estudios que sean técnicamente apropiados al tipo de trasplante que en cada caso se trate».

Por lo que respecta a la utilización de células y tejidos humanos, de acuerdo con el art. 26.5 Real Decreto 1301/2006, «para la aplicación de células y tejidos humanos se requerirá el consentimiento del receptor o de sus representantes legales según lo dispuesto en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre»⁷⁷. Igualmente, debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 46.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, referido a los medicamentos de origen humano, según el cual, «los derivados de la sangre, del plasma y el resto de sustancias de origen humano (fluidos, glándulas, excreciones, secreciones, tejidos y cualesquiera otras sustancias), así como sus correspondientes derivados, cuando se utilicen con finalidad terapéutica, se considerarán medicamentos y estarán sujetos al régimen previsto en esta Ley, con las particularidades que se establezcan reglamentariamente según su naturaleza y características».

Por su parte, el art. 15 Real Decreto 1088/2005, exige siempre prescripción médica para la administración de sangre y sus componentes y añade que «siempre que sea posible, el médico que establezca la indicación recabará, después de explicarle los riesgos y beneficios de esta terapéutica, así como sus posibles alternativas, la conformidad del paciente, conforme a lo dispuesto en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (...)».

Además, tal y como recoge el art. 18.1 Real Decreto 1088/2005, antes de la administración de cualquier componente eritrocitario homólogo, al receptor se le realizarán pruebas de compatibilidad, excepto en los casos de requerimiento urgente, entendiéndose por tales aquellos en los que un retraso en el suministro de la sangre o componentes sanguíneos pueda comprometer la vida del paciente. El médico responsable del enfermo deberá en tal caso justificar la urgencia de la transfusión por escrito.

⁷⁷ Por «aplicación» se entiende «cualquier actividad que implique el uso de células o tejidos en un receptor humano y/o en aplicaciones extracorporales (se engloban las actividades de implantar, infundir, injertar, aplicar o trasplantar)» [art. 2.1.b) Real Decreto 1301/2006].

3.4. El almacenamiento de materiales biológicos con fines terapéuticos (I): bancos de sangre y tejidos

Es normal que los materiales biológicos que se obtienen con fines terapéuticos no vayan a utilizarse de forma inmediata tras su obtención. Esto no sucede en relación con los órganos, cuyo trasplante al receptor debe realizarse en un plazo de tiempo muy corto desde su extracción⁷⁸, pero sí acontece con otros materiales biológicos como los tejidos o la sangre, los cuales pueden almacenarse tras su obtención por largos periodos de tiempo, con la intención de ser utilizados en el propio sujeto fuente (autotrasplante) o para ser utilizados por un tercero (heterotrasplante). Estos almacenes de materiales biológicos están regulados de una forma muy minuciosa en cada una de las normas específicas.

El Real Decreto 1301/2006 regula todo lo relativo al almacenamiento de células y tejidos humanos, así como de los productos elaborados derivados de ellos, cuando están destinados a ser aplicados en el ser humano. Así, esta norma recoge en su art. 2.1.n lo que debe entenderse por «establecimiento de tejidos», que queda definido en los siguientes términos: «banco de tejidos, unidad de un hospital o cualquier otro centro donde se lleven a cabo actividades de procesamiento, preservación, almacenamiento o distribución de células y tejidos humanos después de su obtención y hasta su utilización o aplicación en humanos. El establecimiento de tejidos también puede estar encargado de la obtención y evaluación de tejidos y células»⁷⁹.

A este respecto, el Capítulo II se ocupa del «procesamiento, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos». En concreto, afirma que el almacenamiento sólo podrá realizarse en aquellos centros o unidades sanitarias debidamente autorizados por la autoridad sanitaria competente siguiendo las bases generales de autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios que establece el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de cen-

⁷⁸ El tiempo que puede transcurrir entre la extracción de un órgano del cuerpo del donante y su implantación en el receptor varía dependiendo de las condiciones del donante y del tipo de órgano. Para el riñón lo normal son 24 horas, aunque es posible que funcionen tras conservación en frío hasta 48 horas. Corazón y pulmones sólo pueden mantenerse durante unas seis horas. Hígado y páncreas hasta 12 horas. Los tejidos, sin embargo, tienen un mantenimiento diferente y algunos se pueden congelar y mantener viables durante años; tal es el caso del hueso, ligamentos, cartilago y piel. Las córneas son válidas para trasplante hasta siete días de mantenimiento a 4 °C.

⁷⁹ Esta norma ha preferido utilizar el término «establecimiento de tejidos» en vez de «biobanco», denominación que parece querer reservarse para aquel «establecimiento público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una colección de materiales biológicos concebida con *fines diagnósticos o de investigación biomédica* y organizada como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino» tal y como se recoge en el art. 3.d del PLIB (la cursiva es nuestra).

tros, servicios y establecimientos sanitarios, y siempre que se cumpla con los requisitos y condiciones mínimas recogidos en el anexo I.2 de este Real Decreto (art. 14.1 Real Decreto 1301/2006). Por su parte, el art. 17 obliga a designar un responsable técnico para cada establecimiento de tejidos, y enumera sus funciones y responsabilidades.

Por lo que respecta a la sangre, el Real Decreto 1088/2005 también es aplicable al almacenamiento de la sangre humana o sus componentes cuando el destino sea la transfusión (art. 2.b). Además de diversas disposiciones contenidas a lo largo de su articulado, el Anexo VI se ocupa en detalle de las «condiciones de almacenamiento, transporte y distribución de la sangre y los componentes sanguíneos», que obvió enumerar aquí dado su carácter eminentemente técnico.

3.5. El almacenamiento de materiales biológicos con fines terapéuticos (II): los bancos de cordón umbilical

En tiempos recientes se ha suscitado un acalorado debate acerca de los beneficios de almacenar sangre proveniente del cordón umbilical con una finalidad terapéutica, en especial cuando dicho material desea conservarse con el propósito de ser utilizado para un eventual trasplante futuro en el sujeto fuente, en el caso de que éste llegara a necesitarlo⁸⁰.

La sangre de cordón umbilical (sangre fetal contenida en la placenta y el cordón umbilical) contiene células troncales que pueden utilizarse para realizar trasplantes a pacientes con una enfermedad congénita o adquirida de la médula ósea, como leucemia aguda, las leucemias crónicas, las inmunodeficiencias (niños burbuja), las aplasias neurales y defectos metabólicos congénitos⁸¹. Además, estas células pueden conservarse durante largos periodos de tiempo⁸².

A pesar de que el número de progenitores hematopoyéticos contenidos en una unidad de sangre de cordón umbilical es de 7 a 10 veces inferior al

⁸⁰ Vid. un completo análisis de esta cuestión, LARIOS RISCO, «Donación y uso privativo de la sangre del cordón umbilical: aspectos jurídicos», pp. 181 y ss.

⁸¹ Vid. B. Anthony ARMSON *et al.*, «Umbilical Cord Blood Banking: Implications for Perinatal Care Providers», *Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada*, n.º 3 (2005), pp. 264 y ss.

⁸² Según algunos estudios, la sangre del cordón umbilical podría criopreservarse durante un periodo de unos diez o quince años manteniendo todo su potencial terapéutico. No obstante, la mayor parte de las muestras que son utilizadas clínicamente no han superado los seis años de criopreservación. Vid. Jennifer GUNNING, «Umbilical Cord Blood: Banking and Clinical Application», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 20 (2004), pp. 219 y s.; ARMSON *et al.*, «Umbilical Cord Blood Banking: Implications for Perinatal Care Providers», p. 271; Catherine WALSBY, «Umbilical Cord Blood: From Social Gift to Venture Capital», *BioSocieties*, n.º 1 (2006), p. 60.

obtenido de una aspiración de médula ósea, su gran capacidad proliferativa y de implante las hace suficientes para tratar a niños y adultos de bajo peso (en torno a los 50 kg), si bien el uso de factores de crecimiento hematopoyético⁸³ permite que cada vez un mayor número de adultos pueda someterse a este tratamiento⁸⁴.

Los progenitores de sangre de cordón umbilical presentan ciertas ventajas respecto a los de médula ósea o sangre periférica. En primer lugar, destaca su rápida disponibilidad, al tratarse de unidades fácilmente localizables y transportables. La segunda ventaja es su menor riesgo de rechazo en comparación con el que presenta el trasplante de médula ósea o de sangre periférica⁸⁵. Sin embargo, la menor celularidad hematopoyética a la que hacía referencia anteriormente es también su principal inconveniente, ya que ello supone una recuperación hematopoyética e inmunológica más lenta, así como un mayor riesgo de fallo de implante y la imposibilidad de una segunda donación⁸⁶.

El caso es que en los últimos años han ido apareciendo en diversos países (Alemania, Holanda, Bélgica, Reino Unido, EE. UU., Canadá, entre otros)⁸⁷ bancos de sangre de cordón umbilical de carácter privado que ofrecen a los padres la posibilidad de conservar durante períodos de tiempo indefinidos la sangre de cordón umbilical de los recién nacidos para un hipotético uso personal o familiar si fuese necesario en un futuro.

Estos bancos privados surgen frente a los bancos públicos de sangre de cordón umbilical, existentes en prácticamente todos los países más desarrollados. El banco público se asimila a un banco de donación altruista, es decir, de un donante que pone a disposición de cualquier paciente que lo necesite en todo el mundo su unidad de sangre de cordón. El banco privado, por el

⁸³ Grupo de proteínas que hacen crecer y madurar las células sanguíneas.

⁸⁴ Vid. ARMSON *et al.*, «Umbilical Cord Blood Banking: Implications for Perinatal Care Providers», pp. 267 y 269.

⁸⁵ Para mejorar las probabilidades de éxito de este tipo de trasplantes, es importante realizar un esfuerzo adicional por obtener muestras selectivas procedentes de pacientes pertenecientes a minorías éticas emergentes en España, para poder atender a toda la población. Vid. Cfr. AA.VV., «Cord Blood Banking for Potential Future Transplantation», *Pediatrics*, n.º 1 (2007), p. 168.

Rafael Matesanz, director de la Organización Nacional de Trasplantes, afirmaba en una entrevista que hacen falta determinados fenotipos de grupos del Norte de África o de la América Latina.

⁸⁶ Cfr. ARMSON *et al.*, «Umbilical Cord Blood Banking: Implications for Perinatal Care Providers», p. 269; WALSBY, «Umbilical Cord Blood: From Social Gift to Venture Capital», p. 60.

⁸⁷ Cfr. Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, «De vuelta con las células madre: el marco europeo de la clonación humana y los bancos de cordones umbilicales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 24 (2006), p. 503, con nota 52; ARMSON *et al.*, «Umbilical Cord Blood Banking: Implications for Perinatal Care Providers», p. 268.

contrario, se asimila a los bancos autólogos o autogénicos en los que las unidades se guardan para su uso potencial de manera exclusiva para el propio donante o para su entorno familiar. La mayor parte de bancos privados tiene un interés lucrativo, mientras que los bancos públicos no tienen ningún ánimo de lucro.

El principal argumento a favor de los bancos privados es que éstos ofrecen al recién nacido una garantía de tratamiento frente a ciertas enfermedades que éste pueda desarrollar durante la infancia o en la edad adulta. Sin embargo, también existen argumentos en contra. Los más relevantes serían los siguientes⁸⁸:

- a) Aún se desconocen las expectativas reales y futuras del uso de estos progenitores, por lo que las promesas que se hacen a los padres para que utilicen estos bancos están, en muchos casos, alejadas de la realidad.
- b) Existen alternativas reales al trasplante autogénico. No existe ninguna necesidad conocida de conservar la sangre de cordón umbilical para uso propio. Las diferencias entre la utilización de una unidad totalmente compatible de una unidad de donante y una de uso propio todavía no están establecidas. Además, hay que tener en cuenta que, si se dona ese material a un banco público, muy probablemente esta unidad se mantendrá en el banco durante un largo periodo de tiempo, por lo que existe una alta probabilidad de que ésta todavía esté almacenada si llega a necesitarse.
- c) Cabe la posibilidad de que la unidad almacenada no fuera la mejor para tratar al propio donante. Un ejemplo es que unidades de otros donantes tuvieran un número de células mayor que aseguraran una mejor respuesta en el receptor. Por otro lado, respecto de ciertas patologías (como la leucemia o enfermedades congénitas), el uso del material proveniente del propio cordón umbilical podría estar contraindicado, por lo que habría que recurrir en todo caso a la búsqueda de otro cordón diferente del propio. Ello se debe a que las células del cordón almacenado podrían ser portadoras del mismo defecto genético responsable de la enfermedad.

Es decir, que, llegado el caso de que el niño que ha reservado su cordón finalmente precisa de un trasplante de progenitores hematopoyé-

⁸⁸ Vid. a este respecto, NATIONAL CONSULTATIVE ETHICS COMMITTEE FOR HEALTH AND LIFE SCIENCES (France), *Opinion n.º 74 on Umbilical Cord Blood Banks for Autologous Use or for Research*, 12 December 2002; THE EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES TO THE EUROPEAN COMMISSION, *Opinion on the Ethical Aspects of Umbilical Cord Blood Banking*, 16 March 2004; AA.VV., «Cord Blood Banking for Potential Future Transplantation», *Pediatrics*, n.º 1 (2007), pp. 166 y ss.

- ticos por sobrevenirle una enfermedad, muy probablemente encontrará otras unidades en el conjunto de los cordones almacenados en los bancos públicos (trasplantes alogénicos) con características mucho más ventajosas para el trasplante que las de su propio cordón.
- d) Finalmente, se advierte del riesgo de que la generalización de esta práctica pueda afectar a la donación altruista de unidades para uso no personal o familiar.

Teniendo en cuenta todos estos elementos, el legislador español se ha ocupado de los bancos de cordón umbilical por primera vez de forma expresa en Real Decreto 1301/2006. Esta norma prevé la posibilidad de que existan establecimientos (de carácter privado) entre cuyas actividades figure la preservación de células y/o tejidos para un eventual uso autólogo, esto es, cuando las células y/o tejidos son obtenidos con la finalidad de ser preservados para su aplicación hipotética futura en la misma persona, sin que exista una indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación (art. 2.2.c Real Decreto 1301/2006).

En su exposición de motivos, el Real Decreto reconoce que no existe una base científica actual ni respaldo de las instituciones europeas a dicha práctica. Sin embargo, se ha considerado necesario regularla dada la presencia y progresiva implantación de este tipo de establecimientos en los países de nuestro entorno. Este Real Decreto establece las condiciones que deben cumplir tales establecimientos.

Así pues, la ley autoriza la creación de bancos privados de cordón umbilical⁸⁹. No obstante, impone una condición de gran relevancia, a fin de hacer compatible la libertad de empresa y de prestación de servicios con el principio de altruismo que ha imperado tradicionalmente en nuestro país en relación con la donación y trasplante de órganos y tejidos. De acuerdo con el art. 7.2.II Real Decreto 1301/2006, «en el supuesto de uso autólogo eventual, el contenido de la información facilitada con anterioridad a la obtención deberá incluir (...) la indicación de que las células y tejidos así obtenidos estarán a disposición para su uso alogénico en otros pacientes en el caso de existir indicación terapéutica; la información actual, veraz y completa sobre

⁸⁹ Si bien éstos tienen importantes restricciones, pues, de acuerdo con lo establecido en el art. 3.5 Real Decreto 1301/2006, sus actividades no tendrán carácter lucrativo y exclusivamente podrán repercutirse los costes efectivos de los servicios prestados por el desarrollo de las actividades autorizadas. Cfr. LARIOS RISCO, «Donación y uso privativo de la sangre del cordón umbilical: aspectos jurídicos», pp. 206 y s.

A raíz de esta normativa, las Autoridades Sanitarias españolas ya han autorizado la puesta en marcha en nuestro país de algún banco privado de sangre de cordón umbilical (Vida-Cord, Secuvita). El coste total del servicio es de unos 2000 €, lo cual incluye el almacenamiento del material biológico por un periodo de veinte años. Si la muestra fuera requerida antes de dicho término, se restituye a las familias el coste proporcional correspondiente a los años restantes de contrato.

el estado de los conocimientos científicos respecto de los usos terapéuticos o de investigación; las condiciones de procesamiento y almacenamiento en los establecimientos autorizados; y cualquier otra cuestión relacionada con la utilidad terapéutica de la obtención de células y tejidos sin indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación». Igualmente, según el art. 27.2 *in fine* Real Decreto 1301/2006, «en el caso de que se realicen actividades de procesamiento para usos autólogos eventuales de los que no hay indicación médica establecida actual, las células y tejidos así procesados estarán disponibles para su aplicación alogénica (...)».

De esta manera, esta norma prevé que los materiales biológicos que se han depositado en un banco privado puedan ser empleadas, en cualquier caso, para realizar un trasplante alogénico, siempre que ello sea necesario por razones terapéuticas. Por esta razón, «los establecimientos de tejidos que preserven células y tejidos para usos autólogos eventuales vienen obligados además a suscribir un seguro que cubra los costes de procesamiento, preservación y almacenamiento para el supuesto de que se produzca la cesión o el envío de esas células y tejidos a otro establecimiento, centro o unidad sanitaria para usos alogénicos en procedimientos terapéuticos con indicaciones médicas establecidas en receptores adecuados (...)» (art. 15.4 Real Decreto 1301/2006).

No obstante lo anterior, en casos excepcionales médicamente indicados, sí que es posible la conservación de sangre de cordón umbilical (u otro tipo de células o tejidos) para su uso posterior por parte del sujeto fuente o un miembro de la familia biológica⁹⁰, de tal forma que tales muestras no estarían disponibles para un eventual trasplante alogénico. Esta posibilidad está condicionada, tal y como se señala en el art. 27.2 Real Decreto 1301/2006, a que la aplicación autóloga esté encuadrada en el marco de un procedimiento terapéutico de eficacia demostrada en indicaciones médicas establecidas. Este almacenamiento podrá llevarse a cabo en cualquier banco público sin ningún coste económico para la familia.

Por lo que respecta a la información y el consentimiento necesarios para proceder a la recogida y almacenamiento de esta tipología de materiales biológicos, cabe hacer una serie de consideraciones⁹¹:

- a) La información debe ser especialmente rigurosa y completa, a fin de evitar ofrecimientos de servicios engañosos. En concreto, habrá que informar a los potenciales clientes de estos bancos de cordón umbilical, de la incertidumbre científica existente sobre su utilidad real, así como del resto de eventualidades a las que hacíamos referencia más arriba (por ejemplo, que el cordón umbilical propio puede no ser el más adecuado en el caso de que fuera necesario un trasplante).

⁹⁰ Cfr. AA.VV., «Cord Blood Banking for Potential Future Transplantation», p. 167.

⁹¹ Cfr. AA.VV., «Cord Blood Banking for Potential Future Transplantation», pp. 166 y ss.; ARMSON *et al.*, «Umbilical Cord Blood Banking: Implications for Perinatal Care Providers», pp. 272 y s.

- A este respecto, el legislador se ha ocupado expresamente de la publicidad en relación con la donación u obtención de tejidos y células humanos. Así, en su art. 4.3. dispone que «la existencia y/o persistencia de publicidad y promoción falsa, engañosa o tendenciosa será incompatible con la autorización de actividades de obtención, preservación, procesamiento, distribución o aplicación de células y tejidos en España por parte del centro, institución, unidad o establecimiento de tejidos que haya emitido dicha publicidad o tenga relaciones contractuales con la institución que haya emitido la publicidad. En particular, se entenderá que existe publicidad engañosa en el caso de los establecimientos, centros, unidades e instituciones cuya publicidad induzca a error sobre la utilidad real de la obtención, procesamiento y preservación de células y tejidos humanos para usos autólogos eventuales, de acuerdo con los conocimientos y experiencia disponibles».
- b) La sangre procedente del cordón umbilical será sometida a determinados análisis antes de ser incorporadas al banco de sangre del cordón umbilical, tal y como sucede con otro tipo de materiales biológicos. Por ello, la información que se ofrece a los padres del recién nacido debe abarcar también a dicho extremo, comunicando la tipología de análisis que van a realizarse, así como el hecho que éstos serán informados de los resultados, si fueran anormales.
 - c) Si se ha recogido sangre del cordón umbilical de un niño recién nacido que posteriormente desarrolla una neoplasia maligna, o una enfermedad de carácter genético o inmunológico, los padres deberían comunicarlo al banco de cordón umbilical, de tal modo que dicha unidad no sea utilizada para trasplante. En todo caso, habría que establecer un sistema eficaz de notificación de tales eventualidades.
 - d) El consentimiento debería obtenerse por escrito antes de dar comienzo a las labores del parto y a la recogida del material biológico. Algunos autores añaden, además, que el consentimiento debería ser confirmado tras el parto⁹². Además, habrá que tener en cuenta la especial vulnerabilidad emocional de la madre en tales momentos. Esto hace que la información deba transmitirse de forma especialmente clara y objetiva. También se informará de que la recogida del material biológico no se realizará si ello pudiera poner en peligro la integridad de la mujer o del bebé⁹³.

⁹² ARMSON *et al.*, «Umbilical Cord Blood Banking: Implications for Perinatal Care Providers», p. 272.

⁹³ A este respecto, el punto 2.2.I *in fine* del Anexo II del Real Decreto 1301/2006, establece que «en el caso de la donación de sangre de cordón umbilical o membrana amniótica, no deberá haber interferencia ni compromiso con el cuidado y la seguridad de la madre o el recién nacido».

e) Puede suceder que exista un conflicto de intereses cuando la persona o personas (personal sanitario o no) que informa sobre el posible destino de las células del cordón umbilical, tengan un interés en captar pacientes dado que con ello obtendrían un beneficio económico (por ejemplo, si tienen una participación económica en los beneficios del banco de células de cordón umbilical, o si recibe una comisión por cada paciente)⁹⁴. Por ello, debería exigirse que en el documento de consentimiento, además de constar la información general sobre la utilidad del material biológico en cuestión, se haga constar expresamente el nombre de los sujetos que participan en la transmisión de la información, obtención del consentimiento y gestión de las muestras, declarando si van a obtener un beneficio económico con dicha actuación, o si existiera cualquier otro tipo de conflicto de intereses.

Además, hay que tener en cuenta que en aquellos casos en los que se desee obtener sangre del cordón umbilical para destinarla a bancos privados, el parto deberá producirse en un centro sanitario privado que haya firmado un convenio con el banco privado correspondiente, pues la normativa vigente no autoriza a los centros sanitarios públicos a recoger el mencionado material biológico y remitirlo al banco privado, incluso si los padres estuvieran dispuestos abonar el coste de la operación⁹⁵.

Por último, cabe señalar que la Comunidad de Madrid ha presentado ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto 1301/2006 por entender que éste regula materias que son competencia suya⁹⁶, en concreto lo relativo a los requisitos para la autorización y acreditación de los bancos de sangre de cordón umbilical. La Comunidad de Madrid había aprobado con anterioridad a este Real Decreto, el Decreto 28/2006, de 23 de marzo, por el que se regula la constitución y régimen de funcionamiento de los depósitos de sangre procedentes de cordón umbilical, y la subsiguiente Orden 837/2006, de 6 de abril, de la Consejería de Sanidad y Consumo, por la que se regulan los requisitos necesarios para la autorización y acreditación de los depósitos de sangre procedente de cordón umbilical en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, cuyo objeto es, según dispone su art. 1, «(...) regular los requisitos específicos que deben reunir los depósitos de sangre procedente de cordón umbilical para la obtención de la correspondiente autorización y acreditación sanitaria, en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid». Sin embargo, este Decreto ha sido suspendido.

⁹⁴ Cfr. Jennifer GUNNING, «Umbilical Cord Blood: Banking and Clinical Application», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 20 (2004), p. 219.

⁹⁵ Cfr. LARIOS RISCO, «Donación y uso privativo de la sangre del cordón umbilical: aspectos jurídicos», pp. 199 y s.

⁹⁶ BOE de 15 de marzo de 2007.

do cautelarmente por la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a instancias de un recurso presentado por la Abogacía del Estado en representación del Ministerio de Sanidad⁹⁷.

En cualquier caso, una vez aprobado el Real Decreto, la decisión sobre el fondo del asunto pierde su importancia, ya que al ser este posterior a la norma autonómica madrileña y tener carácter de legislación básica, desplazaría a la Orden de la Comunidad de Madrid y será de aplicación preferente⁹⁸, a expensas de lo que resuelva el Tribunal Constitucional en relación con el conflicto positivo de competencias referido.

⁹⁷ *Vid.* más detalladamente, sobre el conflicto surgido entre el gobierno central y la Comunidad de Madrid, LARIOS RISCO, «Donación y uso privativo de la sangre del cordón umbilical: aspectos jurídicos», pp. 203 y ss.

⁹⁸ Cfr. Sergio ROMEO MALANDA, «Efectos jurídicos de la contravención por parte de las Comunidades autónomas de la legislación básica estatal en materia de derechos de los pacientes», en José María VIDAL BELTRÁN/Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (coords.), *El Estado Autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, Volumen II, Colex-INAP, Madrid, 2005, pp. 367 y ss.

NOTA

El control jurisdiccional de la actuación de los órganos forales de los Territorios Históricos del País Vasco. Últimos criterios jurisprudenciales en la materia

Carlos Romero Rey
Letrado del Tribunal Supremo

Recibido: 05.10.07
Aceptado: 04.12.07

Resumen: Las controversias suscitadas en torno a la naturaleza jurídica, caracterización y régimen competencial de los Territorios Históricos del País Vasco ha trascendido el puro debate doctrinal para trasladarse a instancias jurisdiccionales. El presente estudio analizará el complejo reparto competencial que se opera entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de los Territorios Históricos, la función de la Comisión Arbitral para dirimir conflictos y la naturaleza jurídica de las normas dictadas por las Juntas Generales de los Territorios Históricos y si éstas gozan o no del valor de ley. Finalmente, se hará especial énfasis en la competencia objetiva de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los recursos que se deduzcan contra actuaciones de los órganos forales de los Territorios Históricos.

Palabras clave: Territorios Históricos, Comisión Arbitral, Norma foral, Reparto de competencias.

Abstract: *The controversy about the legal nature, characteristics and competences of the Territorios Históricos of the Basque Country has moved from the pure doctrinal debate towards the Courts arena. This study will deal with the complex division of competences inside the Basque Country government framework and the legal nature of the law enacted by the Juntas Generales. Finally, it will focus on the mandatory jurisdiction of the administrative courts to solve the disputes dealing with the legal acts of the Territorios Históricos.*

Key words: Territorios Históricos, *Arbitral Commission*, Norma foral, *Division of competences*.

Sumario: I. Introducción.—II. La compleja naturaleza jurídica de los Territorios Históricos.—III. La Comisión Arbitral.—IV. Órganos Forales. 1. Juntas Generales. Naturaleza jurídica de las normas dictadas por las Juntas Generales. 2. Diputaciones Forales.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, las controversias suscitadas en torno a la naturaleza jurídica, caracterización y régimen competencial de los Territorios His-

tóricos del País Vasco ha trascendido el puro debate doctrinal para trasladarse a instancias jurisdiccionales.

Trataremos de suscitar en este estudio algunas de las cuestiones más polémicas en la materia, en cuanto puedan afectar a la forma en que ha de ejercitarse la fiscalización jurisdiccional de la actuación de los órganos forales de los Territorios Históricos del País Vasco, e igualmente trataremos de poner de manifiesto los últimos criterios jurisprudenciales elaborados al respecto.

Varios son los aspectos sobre los que nos vamos a detener, entre otros, el complejo reparto competencial que se opera entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de los Territorios Históricos y la propia arquitectura competencial de estos últimos con la previsión de una Comisión Arbitral para dirimir conflictos, o la naturaleza jurídica de las normas dictadas por las Juntas Generales de los Territorios Históricos y si éstas gozan o no del valor de ley.

Ahora bien, centraremos nuestra atención especialmente en la competencia objetiva de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los recursos que se deduzcan contra actuaciones de los órganos forales de los Territorios Históricos.

Para entender la complejidad jurídica de esta última cuestión, hemos de partir de la disposición adicional primera, apartado primero, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que señala lo siguiente:

«En la Comunidad Autónoma del País Vasco, la referencia del apartado 2 del artículo 1 de esta Ley incluye las Diputaciones Forales y la Administración Institucional de ellas dependiente. Asimismo, la referencia del apartado 3, letra a) del artículo 1 incluye los actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes de las Juntas Generales de los Territorios Históricos».

El artículo 1 de la Ley Jurisdiccional se refiere al ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo; el apartado segundo, al que se refiere la disposición adicional antes aludida, dispone que se entenderá, a estos efectos, por Administraciones públicas:

- a) la Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración local.
- d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

La cuestión de a cuál o a cuáles de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde la fiscalización de los actos y disposicio-

nes emanados por los órganos de los Territorios Forales se complica porque ni la disposición adicional primera aclara en cuál de los apartados del artículo 1.2 habrían de entenderse por analogía incluidos los órganos de los Territorios Históricos ni, por otra parte, los artículos de la Ley procesal que llevan a cabo la delimitación de competencias entre los distintos órganos, a saber, artículo 8, relativo a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; artículo 9, relativo a los Juzgados Centrales; artículo 10, Salas correspondientes de los Tribunales Superiores de Justicia; artículo 11, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y artículo 12, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, tampoco se refieren en ninguno de sus apartados a los actos y disposiciones emanados de los Territorios Históricos.

Por ello, la determinación de la competencia objetiva para el conocimiento de la actuación de los órganos forales de los Territorios Históricos del País Vasco requiere, ante la falta de una regla de atribución en la Ley Jurisdiccional, realizar una aproximación a la naturaleza jurídica de éstos.

II. LA COMPLEJA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TERRITORIOS HISTÓRICOS

La Constitución Española de 1978 señala en su disposición adicional primera¹ que «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales», al tiempo que dispone seguidamente que «La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

Respecto de tal previsión, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 140/1990, de 20 de septiembre, señaló que los dos párrafos de dicha disposición adicional primera requieren una lectura conjunta, de la que se deduce que la garantía institucional del régimen foral que se establece en el primer párrafo se vincula a la actualización de los derechos históricos que se efectúa por el Estatuto de Autonomía en el marco de la Constitución.

Por consiguiente, va a ser el Estatuto el elemento decisivo de la actualización de los derechos históricos. La citada Sentencia asimismo acepta que la disposición adicional primera antes citada constituye un título autónomo de asunción de competencias.

A la garantía institucional de la foralidad se refiere, por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1993, de 6 de mayo, que señala que «la garantía institucional de los territorios forales, si bien no especifica exhaustivamente las competencias históricas que protege (esto es, un haz

¹ El Título VIII de la Constitución («De la Organización Territorial del Estado») no hace referencia alguna a los Territorios Históricos.

determinado de competencias concretas), sí alcanza, como mínimo irreductible, a proteger un régimen de autogobierno territorial con el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos territorios históricos. (...) Dentro de estos límites, es al proceso de actualización previsto en la disposición adicional primera de la Constitución al que corresponde precisar cuál es el contenido concreto que, en el nuevo marco constitucional y estatutario, se da al régimen foral de cada uno de los citados territorios».

Si bien en un primer momento la doctrina consideró a los Territorios Históricos como meros entes locales, con las consecuencias que dicha consideración tenía desde la perspectiva de la naturaleza de sus normas jurídicas, progresivamente se fue planteando la «doble naturaleza jurídica de los Territorios Históricos»². En cualquier caso, la doctrina ha mostrado un eclecticismo en cuanto a sus posiciones que da buena cuenta de la «peculiaridad» del régimen foral³.

Se ha considerado que las consecuencias de esa «naturaleza jurídica dual» de los Territorios Históricos tienen reflejo en las materias que regulan y en la naturaleza jurídica de las normas forales. Por su parte, la organización de los Territorios Históricos también se beneficia de su naturaleza jurídica foral al superar las formas de organización corporativa, estructurándose como regímenes parlamentarios, con un órgano representativo elegido directamente, las Juntas Generales, titulares de la potestad normativa y de la competencia para elegir al Diputado general, aprobar los presupuestos y controlar la acción de la Diputación Foral, y un órgano ejecutivo, la Diputación Foral, emanación de esas Juntas Generales, órgano colegiado que asume el gobierno y la administración, correspondiéndole la función ejecutiva, la potestad reglamentaria y la iniciativa normativa. La Diputación Foral, cuyos órganos cabecera son el Consejo de Diputados, el Diputado General y los Diputados Forales, es una administración burocrática totalmente parangonable a sus homónimas autonómica y estatal⁴.

² I. LASAGABASTER HERRARTE, «Los Consejos Insulares y los Territorios Históricos: un análisis comparado», *Revista Vasca de Administración Pública*, número 66, 2003, págs. 214 y ss.

³ Como ya hemos dicho, la variedad de posicionamientos en cuanto a la naturaleza jurídica de los Territorios Históricos resulta difícilmente reconducible a la unidad. Resulta significativa, en este sentido, la posición de L. ELÍCEGUL, «Las Instituciones Forales», en *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, 1991, pág. 1471, quien considera los Territorios Históricos no como meras provincias, pero tampoco como Comunidades Autónomas uniprovinciales, aunque los sitúa más cerca de éstas que de aquéllas «por su contenido competencial y como poderes políticos de la Comunidad Autónoma del País Vasco», optando por considerarlos como «Instituciones peculiares y cualquier esfuerzo de reducirlos a una cosa u otra llevará, a mi entender, a un resultado confuso, sin capacidad para resolver las múltiples cuestiones que se plantean».

⁴ I. LASAGABASTER HERRARTE, «Los Consejos Insulares y los Territorios Históricos...», ob. cit., págs. 222 y ss.

En este contexto, el Estatuto de Autonomía del País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre), dentro del Título II «De los poderes del País Vasco», va a dedicar su Capítulo IV a las Instituciones de los Territorios Históricos.

También se refiere a los Territorios Históricos la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en concreto su artículo 39 señala esto:

«Los órganos forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya conservan su régimen peculiar en el marco del Estatuto de Autonomía del País Vasco. No obstante, las disposiciones de la presente Ley les serán de aplicación con carácter supletorio».

Asimismo resulta de importancia lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la citada Ley de Bases, que, además de otras previsiones de interés, señala lo siguiente en su apartado segundo:

«Los territorios históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya ejercerán las competencias que les atribuyen el Estatuto Vasco y la legislación interna de la comunidad autónoma que se dicte en su desarrollo y aplicación, así como las que la presente ley asigna con carácter general a las Diputaciones provinciales».

La dualidad de los Territorios Históricos tiene un claro reflejo en este precepto, que nos aclara que los Territorios Históricos van a ejercer dos tipos de competencias, por un lado, las que se atribuyen con carácter general a las Diputaciones Provinciales, que podríamos denominar competencias de régimen común; y, por otro lado, las competencias atribuidas por el Estatuto de Autonomía Vasco y la legislación interna de la Comunidad Autónoma que se dicte en su desarrollo y aplicación, que podríamos denominar competencias de régimen foral.

El Estatuto de Autonomía del País Vasco se limita a señalar una serie de materias que necesariamente habrán de constituir competencias exclusivas de los Territorios Históricos, de tal manera que el resto habrá de determinarse por la legislación autonómica vasca.

Esta legislación viene constituida, fundamentalmente, por la Ley del Parlamento Vasco de 25 de noviembre de 1983, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma del País Vasco y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, que al tiempo que establece una cláusula residual de competencias a favor de las instituciones comunes (artículo 6.1), establece un cuadro competencial (artículo 7) a favor de los Territorios Históricos que distingue entre competencias exclusivas, competencias de desarrollo y ejecución y competencias de ejecución.

Por su parte, la citada Ley aclara que, en las materias que sean de la competencia exclusiva de los Territorios Históricos, les corresponde a éstos las siguientes potestades: a) normativa, aplicándose las normas emanadas de sus

Órganos Forales con preferencia a cualesquiera otras; b) reglamentaria; c) administrativa, incluida la inspección y d) revisora en la vía administrativa. En las materias en las que les corresponda el desarrollo normativo y la ejecución tendrán las siguientes potestades: a) de desarrollo normativo de las normas emanadas de las Instituciones Comunes, al no poder ir en contra de lo dispuesto en ellas las normas emanadas de los Órganos forales; b) reglamentaria; c) administrativa, incluida la inspección y d) revisora en la vía administrativa. Finalmente, en las materias en que correspondan la ejecución, les corresponden las siguientes potestades: a) reglamentaria, para la organización de sus propios servicios; b) administrativa, incluida la inspección y c) revisora en la vía administrativa.

III. LA COMISIÓN ARBITRAL

Como puede apreciarse, resulta evidente la complejidad del proceso de actualización de los derechos históricos legitimado por la Constitución, llevado a cabo por el Estatuto de Autonomía y completado por la Ley del Parlamento Vasco antes aludida; como igualmente complejo resulta el reparto competencial que se opera entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de los Territorios Históricos y la propia arquitectura competencial de estos últimos, lo que motiva la previsión contenida en el artículo 39 del Estatuto, que dispone la existencia de una Comisión Arbitral que resolverá los conflictos de competencia que se puedan suscitar entre las Instituciones de la Comunidad Autónoma y las de cada uno de sus Territorios Históricos; Comisión que va a estar formada por un número igual de representantes designados libremente por el Gobierno Vasco y por la Diputación Foral del Territorio interesado y presidida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Debe ponerse de manifiesto asimismo la inexistencia de control jurisdiccional sobre las decisiones y resoluciones de dicha Comisión⁵ (disposición adicional primera, apartado segundo, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

⁵ Obviamente nos referimos a sus decisiones y resoluciones en el ejercicio de su función delimitadora o, mejor dicho, clarificadora de competencias, sin perjuicio del control jurisdiccional de su actuación como órgano puramente administrativo (actos relativos a su personal, contratación, etc.).

IV. ÓRGANOS FORALES

1. Juntas Generales. Naturaleza jurídica de las normas dictadas por las Juntas Generales

Las Juntas Generales de los Territorios Históricos constituyen un órgano representativo elegido directamente, son titulares de la potestad normativa y de la competencia para elegir al Diputado general, aprobar los presupuestos y controlar la acción de la Diputación Foral.

Uno de los problemas centrales que ha planteado el enjuiciamiento de la actividad de los Territorios Históricos ha sido el intentar determinar la naturaleza jurídica de las normas dictadas por sus Juntas Generales y si éstas gozan del valor de ley. El problema se ha planteado por diversas razones; la primera de ellas ha sido la percepción de las Juntas Generales como unos órganos que resultan idénticos en su composición, estructura y funcionamiento a cualquier asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma o incluso al Parlamento Central⁶, configurándose así como el «Parlamento peculiar de un Territorio Histórico».

En segundo lugar, hemos de recordar que el artículo 8.1 de la Ley de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma del País Vasco y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, señala que en las materias que sean de la competencia exclusiva de éstos, las normas emanadas de sus órganos forales se aplicarán con preferencia a cualesquiera otras. Si bien, junto con lo anterior, se atribuye exclusivamente al Parlamento Vasco (artículo 6.2 de la citada Ley) la facultad de dictar normas con rango de ley.

Por su parte, la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, incorpora una disposición adicional decimosexta que dispone que «En la Comunidad Autónoma del País Vasco, a efectos de lo dispuesto en el artículo segundo, se entenderá por Administraciones públicas las Diputaciones Forales y las Administraciones institucionales de ellas dependientes, así como las Juntas Generales de los Territorios Históricos en cuanto dicten actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público».

Al mismo tiempo, la disposición adicional primera, apartado primero, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, por lo que ahora nos interesa, señala que «En la Comunidad Autónoma del País Vasco (...) la referencia del apartado 3, letra a), del ar-

⁶ Vid. una amplia explicación de la controversia en J. M. CASTELL ARTECHE, «La problemática jurídica actual de los Territorios Históricos vascos», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número 291, 2003, págs. 236 y ss.

título 1 incluye los actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes de las Juntas Generales de los Territorios Históricos».

Es evidente que estas normas dibujan una cierta asimilación de las actuaciones de las Juntas Generales a las asambleas legislativas. Ahora bien, la enmienda que pretendía que las normas forales estuvieran sometidas únicamente al control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional y que dicho Tribunal fuera el competente para resolver los conflictos que se plantearan entre la Administración del Estado y los Territorios Históricos, no vio finalmente la luz; de tal manera que los intentos de explicar la naturaleza de tales normas como disposiciones materialmente legislativas o como reglamentos autónomos derivados directamente del Estatuto de Autonomía que define las competencias exclusivas de los Territorios Históricos estableciendo una especie de reserva reglamentaria a favor de éstos, no pueden evitar el control de tales normas por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como ha señalado la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Segunda) en su Sentencia de 20 de diciembre de 2004 (recurso de casación n.º 6745/1999).

En consecuencia, la fiscalización de las normas forales emanadas de las Juntas Generales no corresponderá al Tribunal Constitucional, sino a la jurisdicción contencioso-administrativa y, en concreto, *ex* artículo 10.1.b) de la Ley Jurisdiccional, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

2. Diputaciones Forales

Las Diputaciones Forales son el órgano ejecutivo de los Territorios Históricos, órgano colegiado que asume el gobierno y la administración, correspondiéndole la función ejecutiva, la potestad reglamentaria y la iniciativa normativa. La Diputación Foral tiene como órganos cabecera el Consejo de Diputados, el Diputado General y los Diputados Forales.

En un primer momento, la Sala Tercera del Tribunal Supremo tuvo ocasión de abordar la cuestión de la competencia objetiva para el enjuiciamiento de las actuaciones de las Diputaciones Forales e indirectamente analizar su naturaleza jurídica en su Sentencia de 18 de mayo de 2004 (recurso de casación n.º 6289/2000) con ocasión del análisis de la admisibilidad de un recurso de casación interpuesto contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que enjuició un recurso deducido frente a una actuación de la Diputación Foral de Guipúzcoa –en concreto, se impugnaba una Orden Foral del Departamento de Transportes y Carreteras de la Diputación Foral de Guipúzcoa, desestimatoria del recurso ordinario interpuesto frente a una Resolución del Director de Transportes por la que se denegaba la autorización para la prestación de un servicio regular de transporte de uso especial–.

En aquella ocasión se partía de la «peculiar naturaleza sustantiva y procesal de las Diputaciones Forales», señalando que «No cabe duda de que las Diputaciones Forales, como órganos ejecutivos de los Territorios Históricos, exceden el carácter de la Administración Local a que se refiere la letra c), ya que no pueden ser equiparadas a las Diputaciones provinciales comunes por cuanto sus competencias superan a las de éstas, ostentando algunas –de las que se predica su naturaleza foral– que en otras Comunidades Autónomas corresponden a las Administraciones autonómicas. Por contra, tampoco pueden ser asimiladas a las Administraciones de las Comunidades Autónomas aludidas en la letra b), cuyo correlato es la propia Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco».

Desde dicho planteamiento, la Sala centró su esfuerzo interpretativo en buscar un acomodo para las Diputaciones Forales dentro del listado de Administraciones a que se refiere el artículo 1.2 de la Ley Jurisdiccional, pues resultaba necesario, a los meros efectos de determinar qué órgano jurisdiccional debería conocer de los recursos deducidos frente a los actos o disposiciones emanadas de aquéllas, asimilarlas a alguno de los tipos de Administración Pública que contempla el último precepto señalado, optando por aquella que fuera más acorde con su naturaleza, argumentando lo siguiente:

«Siendo así que, en virtud de la referida Disposición Adicional Primera, apartado 1, primer inciso, de la Ley de la Jurisdicción, las Diputaciones Forales constituyen una Administración incluida en el listado del artículo 1.2 de la propia Ley procesal, debe dárseles a efectos competenciales el tratamiento que sea más acorde con su naturaleza, y éste es sin duda, habida cuenta de la imposibilidad de su equiparación con la Administración Local por ostentar competencias que exceden las propias de las Diputaciones Comunes, el que la Ley atribuye a las Administraciones de las Comunidades Autónomas mencionadas en la letra b) de citado artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción.

La equiparación de las Diputaciones Forales en cuanto al régimen de recursos a las Administraciones autonómicas obliga a considerar de aplicación al supuesto de autos lo prevenido en el artículo 8.3 de la Ley Jurisdiccional».

Es decir, en tal sentencia se equiparó, a efectos de fiscalización jurisdiccional, a las Diputaciones Forales con la Administración de las Comunidades Autónomas, si bien se remitía para su enjuiciamiento al artículo 8.3 de la Ley procesal, razonando a tal efecto que «responde a la realidad de las Diputaciones Forales y resulta obligada para evitar la contradicción que supondría que los actos de éstas –de ámbito territorial inferior al de la Comunidad Autónoma–, tuviesen un sistema de recursos que otorgase menos competencias a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que los actos de las propias Administraciones Autonómicas». En definitiva, se producía una

equiparación de las Diputaciones Forales con la Administración periférica de la Comunidad Autónoma del País Vasco a efectos de su control jurisdiccional contencioso-administrativo.

Este criterio tuvo continuidad, entre otras, en la Sentencia de 11 de octubre de 2004 (recurso de casación n.º 3385/2001) así como en los Autos de 9 de junio de 2005 (recurso de casación n.º 3859/2001) y de 22 de septiembre de 2005 (recurso de casación n.º 3125/2004), resoluciones que equiparaban a las Diputaciones Forales, siempre a efectos procesales, con la Administración descentralizada de la Comunidad Autónoma, y así entienden aplicable el artículo 8.3 de la Ley Jurisdiccional, de tal manera que la competencia para el enjuiciamiento de los concretos actos administrativos a que se referían tales recursos correspondía a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, con la consiguiente inadmisión del recurso de casación, de conformidad con la interpretación realizada por el Tribunal Supremo de la disposición transitoria primera de la Ley Jurisdiccional.

Ahora bien, tal criterio mostraba una serie de insuficiencias claras y no ofrecía una respuesta satisfactoria en todos los casos, no sólo desde el punto de vista procesal, sino desde el punto de vista ontológico. Ha de tenerse en cuenta que el mencionado criterio de la Sala Tercera que equipara a efectos de fiscalización jurisdiccional a las Diputaciones Forales con la Administración de las Comunidades Autónomas y remite para la determinación concreta del órgano jurisdiccional competente al artículo 8.3 de la Ley Jurisdiccional, no resultaba plenamente acorde con la «peculiar naturaleza» de las Diputaciones Forales, como órganos propios de los Territorios Históricos que asumen la responsabilidad del gobierno y la administración del respectivo Territorio Histórico, dentro del marco competencial atribuido por el Estatuto de Autonomía del País Vasco y por la Ley del Parlamento Vasco de 25 de noviembre de 1983, de Relaciones entre las Instituciones Comunes del País Vasco y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, cuya naturaleza jurídica se caracteriza por una dualidad derivada de la asunción de competencias de régimen común y de régimen foral.

Ello es así porque, tal y como dijimos con anterioridad, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, los Territorios Históricos y, en consecuencia, sus órganos forales, van a ejercer las competencias que se atribuyen con carácter general a las Diputaciones Provinciales (competencias de régimen común); y, por otro lado, van a ejercer las competencias que les atribuyen el Estatuto Vasco y la legislación interna de la Comunidad Autónoma que se dicte en su desarrollo y aplicación (competencias de régimen foral); lo que explica la denominada dualidad de los Territorios Históricos de la que la doctrina se ha hecho eco y que, necesariamente, ha de afectar, no sólo a su naturaleza jurídica, sino también al control jurisdiccional de sus actos y disposiciones ante la falta de una determinación concreta sobre el órgano u

órganos de la jurisdicción al que sea encomendada dicha tarea en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

De ahí que el Tribunal Supremo haya rectificado su anterior doctrina y haya alumbrado una nueva, cuyo primer pronunciamiento se contiene en el Auto de 15 de junio de 2006 (recurso de casación n.º 9184/2003) que señala, en su fundamento jurídico quinto, lo siguiente:

«(...) habrá de atenderse a la naturaleza jurídica dual de los órganos forales o, lo que es lo mismo, a la naturaleza de las competencias ejercitadas en cada caso por tales órganos –de régimen común o foral– para asimilarlas, según el caso, a las Entidades locales o a las Comunidades Autónomas, a los efectos de proceder a la aplicación de los artículos 8 y 10 de la LRJCA.

Ante lo expuesto, cuando las Diputaciones Forales ejerzan competencias de «régimen común», esto es, las que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen local, atribuye con carácter general a las Diputaciones Provinciales (disposición adicional segunda, apartado segundo, de dicha Ley), habrá de tomarse en consideración el artículo 8.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las Entidades locales, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico (estas últimas se atribuirían a la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia), así como el artículo 10.1.b) que atribuye a dicha Sala el conocimiento de los recursos que se deduzcan contra las disposiciones generales de las Entidades locales.

Finalmente, cuando ejerzan competencias de «régimen foral», esto es, las que exceden de las propias de una Diputación Provincial y que en un territorio no foral corresponderían a las Comunidades Autónomas, habrán de tomarse en consideración los apartados segundo y tercero del artículo 8 de la Ley Jurisdiccional sin que puedan equipararse, no obstante, las Diputaciones Forales a la Administración periférica de las Comunidades Autónomas (...).

No obstante, no siempre va a ser fácil la tarea de aislar la naturaleza común o foral de la competencia ejercitada en cada caso, razón por la cual se impone un análisis individualizado de cada supuesto. En el asunto al que se refiere el Auto de 15 de junio de 2006 al que nos acabamos de referir, habiéndose impugnado un instrumento de planeamiento urbanístico, se concluye, por lo que a nosotros nos interesa, con que la competencia corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, razonándose de la siguiente manera:

«(...) versando el recurso contencioso-administrativo sobre la denegación de la aprobación definitiva de un instrumento de

planeamiento, en concreto, de un plan especial, es evidente que se está ejercitando una competencia que excede de las propias de una Diputación Provincial y que la misma correspondería, en un territorio no foral, a la correspondiente Comunidad Autónoma. Por lo tanto, el enjuiciamiento de la misma, teniendo en cuenta la naturaleza de disposición de carácter general que conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala cabe predicar de los instrumentos de planeamiento, corresponde, en única instancia, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia con arreglo al artículo 10.1.b) de la LRJCA, sin perjuicio del ulterior recurso de casación que, tal y como se infiere de lo dicho hasta ahora, ha de admitirse en el presente caso».

Por su parte, en el Auto de 21 de diciembre de 2006 (recurso de casación n.º 7210/2004) en que la actuación impugnada era la recuperación de oficio de un determinado bien por parte de la Diputación Foral de Guipúzcoa, se concluye que la competencia corresponde al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, razonándose en el siguiente sentido:

«(...) versando el recurso contencioso-administrativo sobre la recuperación de oficio de un determinado bien (extremo este que no resulta controvertido por la Diputación Foral recurrente), resulta claro que en el presente supuesto la Administración está ejercitando una competencia que podemos catalogar claramente como de “régimen común” pues la potestad de recuperación de oficio de sus bienes constituye una potestad atribuida con carácter general a las Entidades locales territoriales *ex* artículo 4.1.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en relación con el artículo 82 de la citada Ley, sin que pueda considerarse, en consecuencia, que en este caso se exceden las competencias propias de una Diputación Provincial.

No cabe duda, por lo tanto, que el concreto acto administrativo recurrido en la instancia constituye una manifestación de tal potestad de recuperación de oficio de sus bienes, que encuentra perfecto acomodo en el ámbito al que se refiere el artículo 8.1 de la Ley Jurisdiccional».

Se añade además, en el presente caso, lo siguiente:

«(...) la representación procesal de la Diputación Foral confunde la competencia exclusiva que el artículo 37.3.d) del Estatuto de Autonomía del País Vasco atribuye a las instituciones de los Territorios Históricos en materia de regulación del régimen de los bienes provinciales y municipales, tanto de dominio público como patrimoniales o de propios y comunales (competencia que ha sido ejercitada por las Juntas Generales de Guipúzcoa mediante la aproba-

ción de la Norma Foral 8/1996, de 9 de julio, reguladora del Régimen Jurídico del Patrimonio del Territorio Histórico, competencia normativa que sí cabría conceptuar como “foral”, al exceder las competencias propias de una Diputación Provincial), con la potestad de las que goza toda Entidad local territorial, Diputaciones Provinciales incluidas, para dictar actos administrativos a través de los cuales llevar a cabo la recuperación de oficio de sus bienes; potestad que cabe predicar de todas las Entidades locales territoriales, tal y como dijimos con anterioridad, en aplicación del artículo 4.1.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

Por lo tanto, lo determinante en el presente caso no es la naturaleza foral de la normativa que haya de aplicar la Administración para ejercer la potestad de recuperación de oficio, sino si dicha potestad puede predicarse con carácter general de toda Diputación Provincial, como sucede en el presente caso, o si, por el contrario, excede del ámbito propio de actuación de una Diputación de “régimen común”».

Otros supuestos que con los que ha tenido que enfrentarse la Sala Tercera del Tribunal Supremo y que contribuyen a clarificar criterios en la materia han sido los siguientes:

- Autos de 13 de julio y de 19 de octubre de 2006 (recursos de casación n.º 3130/2004 y 2725/2004), de los que se deduce que la competencia para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por los Tribunales Económico-Administrativo Forales corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Ha de señalarse que a los Organismos Jurídico-Administrativo Forales les corresponde como órganos colegiados o Tribunales Económico-Administrativo Forales la revisión en vía económico-administrativa de los actos de esa naturaleza de las Diputaciones Forales y de sus Organismos Autónomos. Aunque es evidente que tales Organismos no constituyen un órgano económico-administrativo de la Hacienda estatal, sino de la foral, las peculiaridades de esta última y la ausencia de una previsión de atribución competencial expresa obligó al Tribunal Supremo a buscar el mejor encuadramiento que se acomodara a la compleja naturaleza jurídica de la Administración autora del acto y ese encuadramiento, en opinión de la Sala Tercera, es la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia por la vía del artículo 10.1.d) de la Ley Jurisdiccional.
- Auto de 29 de marzo de 2007 (recurso de casación n.º 625/2006) que califica como competencia de régimen común y, en consecuencia, considera de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Adminis-

trativo, la aprobación de la certificación final de obras de un Proyecto de Abastecimiento de Aguas, señalándose al respecto lo siguiente: «(...) con independencia de la potestad para la contratación que puede predicarse de las Entidades locales conforme al artículo 88 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, ha de significarse igualmente que la materia objeto del contrato administrativo (abastecimiento de agua) constituye una de las materias típicas de competencia municipal (artículos 25.2.1) y 26.1.a) de la Ley de Bases de Régimen Local), constituyendo, además un servicio municipal obligatorio. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta la competencia de las Diputaciones Provinciales para la cooperación a las obras y servicios de competencia municipal (artículo 36 de la Ley de Bases) que, además, según especifica el artículo 26.3 de la citada norma, habrá de dirigirse preferentemente al establecimiento y adecuada prestación de los servicios municipales obligatorios, entre los que se encuentra, como ya se ha dicho, el abastecimiento de agua, debiendo asegurar, asimismo, el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal». En parecidos términos y respecto de la contratación administrativa se pronuncia el Auto de 26 de abril de 2007 (recurso de casación n.º 4624/2005).

- Auto de 29 de marzo de 2007 (recurso de casación n.º 7222/2005) que califica igualmente como competencia de régimen común y, en consecuencia, considera de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, el proceso selectivo llevado a cabo por la Diputación Foral de Guipúzcoa para la cobertura de tres plazas de Técnico Medio Forestal. Se razona por parte del Tribunal Supremo en el siguiente sentido: «(...) versando el recurso contencioso-administrativo sobre la resolución de un proceso selectivo para la cobertura de tres plazas de Técnico Medio Forestal, resulta claro que en el presente supuesto la Administración está ejercitando una competencia que podemos catalogar claramente como de «régimen común» pues la selección del personal de la correspondiente Corporación, ya sea funcionario o laboral, constituye una facultad atribuida con carácter general a todas las Entidades locales *ex* artículo 91 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, derivada de su propia potestad de autoorganización (artículo 4.1.a) de la citada Ley), sin que pueda considerarse, en consecuencia, que en este caso se exceden las competencias propias de una Diputación Provincial (...) por otro lado, pese a los esfuerzos dialécticos desplegados por la citada representación procesal por encontrar un acomodo “foral” en los cometidos desarrollados por un Técnico Medio Forestal, lo cierto es que el artículo 84 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local atribuye, sin ningún género de dudas, competencias a los Entes locales para la conservación y mejora

de los montes, competencias a las que igualmente hace mención la Sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2001 (recurso de casación n.º 1977/1995), de tal manera que no puede sostenerse que la provisión de tres plazas de Técnico Medio Forestal excedan de las propias de una Diputación Provincial».

- Auto de 28 de junio de 2007 (recurso de casación n.º 727/2006) que subraya la posible afectación de intereses de índole foral para considerar que la competencia para conocer de la desatención por parte de la Diputación Foral de Vizcaya al requerimiento formulado por la Administración General del Estado para que diera cumplimiento a la legislación sobre banderas, corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
- Auto de 27 de septiembre de 2007 (recurso de casación n.º 630/2006) que califica como competencia de régimen común y, en consecuencia, considera de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, el Acuerdo del Consejo de Diputados de la Diputación Foral de Guipúzcoa por el que se acuerda el ejercicio de acciones judiciales en reclamación de los daños y perjuicios derivados de la catástrofe del buque «Prestige».

En definitiva, como puede observarse la complejidad del proceso de actualización de los derechos históricos ha dado lugar a entidades que quedan imbuidas de dicha complejidad en su propia naturaleza jurídica y que si bien participan de la consideración de entidades locales y en cuanto tal ejercitan competencias de «régimen común», también ejercitan otras de «régimen foral» que las singularizan; lo que va a afectar incluso a su régimen de fiscalización jurisdiccional, tal y como hemos pretendido reflejar, si bien de forma esquemática, en este estudio.

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: 17.12.07

Aceptado: 21.12.07

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 cumulativo 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. Ententes. Caso N.º 43. Peróxidos Orgánicos (As. T-120/04, STPI 16.11.2006). Caso N.º 44. Asnef-Equifax/Ausbanc (As. C-238/05, STJCE 23.11.2006). Caso N.º 45. Brünsteiner (Ass. C-376/05 y C-377/05, STJCE 30.11.2006). Caso N.º 46. FNCBV/Comisión (Ass. T-217/03 y T-245/03, STPI 13.12.2006). Caso N.º 47. Westfalen Gassen (As. T-303/02, STPI 5.12.2006). Caso N.º 48. Cipolla (As. C-94/04 y C-202/04, STJCE 6.12.2006). Caso N.º 49. CEE-ES/CEPSA (As. C-217/05, STJCE 14.12.2006). Caso N.º 50. Raiffeisen Zentralbank (Ass. T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, STPI 14.12.2006). Caso N.º 51. City Motors (As. C-421/05, STJCE 18.01.2007). Caso N.º 52. Auto Peter Petschenig (As. C- 273/06, STJCE 26.01.2007). Caso N.º 53. Danone/Comisión (As. C-3/06 P, STJCE 8.02.2007).—III. Abuso

de posición dominante. Caso N.º 54. France Telecom. (As. T-340/03, STPI 30.01.2007). Caso N.º 55. British Airways (As. C-95/04 P, STJCE 15.03.2007).—IV. Concentraciones. Caso N.º 56. Cementbouw (As. C-202/06 P, STJCE 18.12.2007).

I. Introducción

Tal como se anunció en el Número 54/1 Enero-Junio de 2006, y en reflejo de la creciente importancia en los mercados nacionales del Derecho Europeo de la Competencia, los coordinadores de esta sección, en colaboración con el equipo de investigación de la Universidad de Deusto «Diversas implicaciones del Derecho Transnacional» y otros expertos profesores de diversas Universidades españolas, presentan la entrega anual de comentarios sobre casos escogidos de *Derecho antitrust europeo*.

Todos los casos comentados en este número se han resuelto o han sido publicados entre finales del año 2006 y durante el año 2007. Los temas que se abordan son ententes, abuso de posición dominante y concentraciones. En cada epígrafe se ha seguido un orden cronológico en la presentación de los casos. Existe un índice acumulativo de los casos tratados en esta sección disponible en <<http://www.transnational.deusto.es/publications>>.

Los profesores que participan en estos comentarios son Alfonso-Luis Calvo Caravaca (Universidad Carlos III de Madrid), María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto), Marta Casado Abarquero (Universidad de Deusto), Manuela Eslava Rodríguez (Universidad de Extremadura), Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra), Carmen Herrero Suárez (Universidad de Valladolid), Juliana Rodríguez Rodrigo (Universidad Carlos III de Madrid) y Mercedes Sabido Rodríguez (Universidad de Extremadura).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y María Pilar Canedo Arrillaga

II. Ententes

Caso N.º 43. Ententes: STPI 16 noviembre 2006, As. T-120/04, Peróxidos Orgánicos, S. A./Comisión

NOTA

1. La presente resolución tiene base en la Decisión 2005/349/CE de la Comisión, de 10 de diciembre de 2003, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE (Asunto COMP/E-2/37.857 – Peróxidos Orgánicos) (DO 2005, L 110, p. 44). La Decisión se refiere a un cártel acordado y puesto en práctica en el mercado europeo de los peróxidos orgánicos, pro-

ductos químicos utilizados en la industria del plástico y del caucho, en particular, por el grupo AKZO, y las sociedades Atofina SA, sucesora de Atochem, y Peroxid Chemie GmbH & Co. KG, sociedad controlada por Laporte plc., posteriormente transformada en Degussa UK Holdings Ltd. Este cártel se aplicó en España bajo la forma de un subacuerdo, en el que participaron la demandante y, directa o indirectamente, las sociedades mencionadas.

El cártel empezó en 1971 mediante la celebración de un acuerdo escrito, modificado en 1975, entre AKZO, Luperox GmbH, posteriormente transformada en Atochem/Atofina, y Peroxid Chemie. Inicialmente, consistía en varios subacuerdos relativos a diversos productos químicos. El cártel se dividía igualmente en subacuerdos regionales, entre ellos el referido a España, que obedecían las normas esenciales del acuerdo principal. El cártel tenía por objeto, en particular, mantener las cuotas de mercado de las empresas participantes y coordinar sus subidas de precios. Para alcanzar este objetivo, una sociedad consultora establecida en Suiza se encargaba, entre otras cosas, de recabar y procesar los datos detallados de las ventas de las empresas participantes, así como de comunicar a éstas tales datos. Se celebraban con regularidad reuniones para garantizar el buen funcionamiento del acuerdo principal y de los subacuerdos.

La demandante, sociedad española que opera en el sector de la industria química controlada conjuntamente por las sociedades FMC Foret SA y Degussa UK, participó únicamente en el subacuerdo español. El período estimado en la Decisión impugnada para esta participación se extiende desde el 31 de diciembre de 1975 hasta el 31 de diciembre de 1999.

La Comisión comenzó a investigar el cártel a raíz de una reunión mantenida en abril de 2000 con representantes de AKZO, en la que éstos le informaron de una infracción de las normas comunitarias sobre la competencia, con el fin de beneficiarse de la inmunidad derivada de la Comunicación de la Comisión de cooperación (Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas, DO 1996, C 207, p. 4). Atochem/Atofina decidió cooperar igualmente con la Comisión, y le transmitió información adicional. En 2002, la Comisión envió solicitudes de información a los principales participantes en la infracción, entre ellos Laporte, AKZO y Atochem/Atofina, en virtud del artículo 11 del Reglamento n.º 17 (Reglamento 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado [DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22]). Sin embargo, la Comisión no dirigió una solicitud de esta índole a la demandante hasta el 29 de noviembre de 2002.

En marzo de 2003, la Comisión inició el procedimiento de investigación formal y elaboró un pliego de cargos, que notificó seguidamente a la demandante. La demandante envió sus observaciones sobre el pliego de cargos el 17 de junio de 2003 y participó en la audiencia celebrada el 26 de junio de

2003. La Comisión adoptó finalmente, el 10 de diciembre de 2003, la Decisión impugnada, notificada a la demandante el 13 de enero de 2004, por la que se le imponía una multa de medio millón de euros.

2. La primera alegación de las partes se refiere a la cuestión misma de la admisibilidad de la demanda presentada. Sostiene en este sentido la Comisión que, dado que el único motivo invocado por la demandante atañe a la prescripción y no a la declaración de la infracción, las alegaciones formuladas en este contexto son inoperantes e inadmisibles.

Afirma el Tribunal de Primera Instancia que una decisión por la que se declare la existencia de una infracción no constituye una sanción en el sentido del artículo 1, apartado 1, del Reglamento de prescripción y, por lo tanto, no se le aplica la prescripción establecida en dicha disposición. Por consiguiente, la prescripción de la facultad de la Comisión para imponer multas no afecta a su posibilidad implícita para declarar la existencia de la infracción. No obstante, el ejercicio de esta potestad implícita para adoptar una decisión por la que se declara la existencia de una infracción tras la expiración del plazo de prescripción está sujeto al requisito de que la Comisión demuestre la existencia de un interés legítimo para proceder a tal declaración, en el sentido de la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 1983, GVL/Comisión (7/82, Rec. p. 483, apartado 24).

3. Tal como ya se ha apuntado, la cuestión que fundamentalmente se aborda en la resolución hace referencia a la apreciación de las normas de prescripción.

Invoca la demandante un motivo de anulación basado en que la Comisión le impuso equivocadamente una multa a pesar de que, transcurridos más de cinco años entre su supuesta última participación en el subacuerdo español y las primeras diligencias de investigación de la Comisión, el procedimiento había prescrito en virtud de las normas sobre prescripción. A este respecto, la demandante sostiene que la Comisión erró al desestimar su alegación de prescripción debido, por un lado, a que la demandante desconocía el acuerdo principal y, por otro, a la falta de claridad en cuanto al momento preciso en que concluyó su participación en el subacuerdo español.

Por lo que respecta a la prescripción en virtud del artículo 1, apartados 1, letra b), y 2, del Reglamento de prescripción, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que, en el caso de una infracción continua o continuada, es preciso que transcurran cinco años desde el día en que haya finalizado la infracción para que prescriba la facultad de la Comisión para imponer multas (Reglamento [CEE] n.º 2988/74 del Consejo, de 26 de noviembre de 1974, relativo a la prescripción en materia de actuaciones y de ejecución en los ámbitos del derecho de transportes y de la competencia de la Comunidad Económica Europea [DO L 319, p. 1; EE 08/02, p. 41]). Ahora bien, en virtud del artículo 2, apartado 1, de dicho Reglamento, este plazo puede quedar interrumpido por cualquier acto de la Comisión encaminado a la instrucción de la infracción, en particular, por las solicitudes de información

escritas. La interrupción surte efecto el día en que dicha solicitud se notifique al destinatario y su consecuencia, a tenor del artículo 2, apartado 3, de dicho Reglamento, es que la prescripción se cuenta de nuevo a partir de esta fecha.

Para determinar la efectiva aplicación de la prescripción, resulta necesario abordar la cuestión de la prueba y el reparto de su carga.

A este respecto se destaca que incumbe a la parte o autoridad que alegue una infracción de las normas sobre competencia aportar las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de hechos constitutivos de una infracción, y, por otro lado, incumbe a la empresa que invoque el amparo de una excepción frente a la constatación de una infracción probar que se reúnen las condiciones necesarias para acogerse a dicha defensa, de modo que la citada autoridad deba recurrir entonces a otros elementos de prueba (STJCE de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 58, y de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 78).

La duración de la infracción es un elemento constitutivo del concepto de infracción a efectos del artículo 81 CE, apartado 1, elemento cuya prueba incumbe, con carácter principal, a la Comisión. A este respecto, la jurisprudencia establece que, si no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe invocar al menos pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas (STPI de 7 de julio de 1994, *Dunlop Slazenger/Comisión*, T-43/92, Rec. p. II-441, apartado 79).

En el presente caso, el principio general según el cual la Comisión debe probar todos los elementos constitutivos de la infracción, incluida su duración, que puedan tener una incidencia sobre las conclusiones definitivas en cuanto a la gravedad de la infracción, no queda menoscabado por el hecho de que la demandante haya formulado en su defensa un motivo basado en la prescripción, cuya prueba incumbe, en principio, a esta última. En efecto, aparte del hecho de que este motivo no está relacionado con la constatación de la infracción, es evidente que la invocación de tal motivo implica necesariamente que la duración de la infracción, así como la fecha en la que ésta finalizó, estén acreditadas. Pues bien, estas circunstancias no pueden justificar, por sí mismas, un traslado de la carga de la prueba a este respecto en detrimento de la demandante. Por un lado, la duración de la infracción, que implica que se conozca la fecha de terminación de ésta, constituye uno de los elementos esenciales de la infracción, cuya prueba incumbe a la Comisión, independientemente de que la impugnación de estos elementos forme parte igualmente del motivo basado en la prescripción. Por otro lado, esta conclusión está justificada habida cuenta de que la inexistencia de prescripción de la actuación de la Comisión, a efectos del Reglamento de prescripción, cons-

tituye un criterio legal objetivo, derivado del principio de seguridad jurídica, confirmado por el segundo considerando de dicho Reglamento, y, por tanto, un requisito de la validez de toda decisión sancionadora. En efecto, la Comisión está obligada a respetarlo aun cuando la empresa no formule en su defensa un motivo a este respecto.

Este reparto de la carga de la prueba puede variar, no obstante, en la medida en que los elementos de hecho que invoca una parte pueden obligar a la otra a dar una explicación o una justificación sin la cual es posible concluir que se ha aportado la prueba.

El Tribunal de Primera Instancia valora la existencia de indicios favorables a las alegaciones de la Comisión y analiza a este respecto si la demandante en este caso aporta alegaciones o elementos de hecho que sirvan para refutar tales indicios o disminuir su valor probatorio. Se basa para ello en las alegaciones de las partes, en las afirmaciones de terceros y, fundamentalmente, en el comportamiento de las empresas en el mercado analizando en este punto si resultan acordes a la lógica los comportamientos de la demandante y sus competidoras en relación con los supuestos acuerdos. Emplea para alcanzar sus conclusiones la existencia de «indicios concordantes».

Se refiere también la demandante a la jurisprudencia según la cual el hecho de no distanciarse públicamente de una infracción en la que haya participado la empresa de que se trate o de no denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra, de manera que esta aprobación tácita puede calificarse de complicidad o de un modo pasivo de participar en la infracción. Recuerda en este punto el Tribunal que para beneficiarse de esta jurisprudencia resulta necesario para la demandante demostrar el eventual distanciamiento público de su comportamiento infractor tras su supuesta retirada de la infracción sin que en este caso se llevara a cabo esa muestra y ni siquiera alegó haber informado a los demás participantes a este respecto, ni ofreció una explicación convincente en cuanto a las razones de que continuaran los intercambios de datos sensibles a través de Peroxid Chemie y de AC Treuhand.

La demandante alega igualmente que sus competidoras tenían un claro interés en declarar en contra de los intereses de la demandante tratando de beneficiarse de la Comunicación sobre cooperación, por lo que habría que desconfiar de las alegaciones realizadas por ellas.

En este sentido afirma el Tribunal que efectivamente puede resultar oportuno albergar cierta desconfianza respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito, dada la posibilidad de que tales participantes tiendan a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de los demás. Sin embargo subraya que el hecho de solicitar la aplicación de ésta para obtener una reducción de la multa no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado,

teniendo además en cuenta que toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación del solicitante y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación.

Todo ello considerado y habida cuenta de la importancia y del número de indicios concordantes que apoyan la pertinencia de las declaraciones de AKZO y de Atochem/Atofina, no cabe acoger la alegación de la demandante.

4. La última alegación realizada por la demandante se refiere a la supuesta discriminación de esta empresa frente a algunas otras empresas que fueron objeto del procedimiento principal.

La alegación se basa en el hecho de que la demandante habría sido objeto de una sanción mayor que alguna de las otras empresas objeto del procedimiento, razón por la cual se alega la ilegalidad de la Decisión recurrida.

El Tribunal considera que el respeto del principio de igualdad de trato debe conciliarse con el respeto del principio de legalidad, lo que implica que nadie puede invocar en su provecho una ilegalidad cometida en favor de otro (STJCE de 4 de julio de 1985, Williams/Tribunal de Cuentas, 134/84, Rec. p. 2225, apartado 14; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, SCA Holding/Comisión, T-327/94, Rec. p. II-1373, apartado 160, y de 20 de marzo de 2002, LR AF 1998/Comisión, T-23/99, Rec. p. II-1705, apartado 367). Una eventual ilegalidad cometida respecto a una empresa que no es parte en el presente procedimiento no puede llevar al Tribunal de Primera Instancia a apreciar una discriminación y, por tanto, una ilegalidad en relación con la demandante. Semejante postura equivaldría a consagrar el principio de «igualdad de trato en la ilegalidad» y a imponer a la Comisión, en el presente caso, la obligación de ignorar los elementos de prueba de que dispone para sancionar a la empresa que ha cometido una infracción punible, por el único motivo de que otra empresa que eventualmente se halla en una situación comparable ha escapado ilegalmente a tal sanción. Además, según se desprende claramente de la jurisprudencia relativa al principio de igualdad de trato, si una empresa ha infringido con su comportamiento el artículo 81 CE, apartado 1, no puede eludir toda sanción alegando que no se ha impuesto multa alguna a otros operadores económicos, cuando el juez comunitario no ha sido llamado a conocer de la situación de estos últimos, como ocurre en el presente asunto (STJCE de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 197, y STPI de 16 de diciembre de 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging loor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie/Comisión, T-5/00 y T-6/00, Rec. p. II-5761, apartado 430).

El principio de igualdad de trato sólo se viola cuando se tratan de manera diferente situaciones que son comparables o cuando situaciones dife-

rentes se tratan de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado, situación que, en consideración del Tribunal, no se verifica en este caso.

María Pilar Canedo Arrillaga

Caso N.º 44. Ententes: STJCE 23 noviembre 2006, As. C-238/05, Asnef-Equifax/Ausbanc

NOTA

1. En 1998, Asnef-Equifax, de la que es socia la Asociación Nacional de Entidades Financieras, presentó, al amparo del art. 4 LDC, una solicitud de autorización del Registro, cuya gestión debía garantizar la propia Asnef-Equifax, y cuyo objeto sería la prestación de servicios de información sobre solvencia y crédito mediante el tratamiento automatizado de datos relativos a los riesgos contraídos por las entidades participantes en el desarrollo de las actividades de préstamo y crédito. Los datos recogidos en el Registro tienen un contenido análogo al previsto en la circular n.º 3/1995, que regula la Central de Información de Riesgos (CIR), gestionada por el Banco de España, accesible a las entidades financieras en España. Los datos se refieren a la identificación y a la actividad económica de los deudores, así como a situaciones especiales como la quiebra o la insolvencia.

El TDC, en aplicación de los criterios de exención previstos en el art. 3 LDC, autorizó dicho Registro, con una duración de cinco años, y con sujeción a los siguientes requisitos: a) ser accesible a todas las entidades financieras previo pago de la correspondiente cuota en condiciones no discriminatorias; b) no desvelar la información sobre los acreedores que almacena. La AN estimó el recurso contencioso interpuesto por AUSBANC contra esa resolución del TDC, al considerar que el Registro incurría en la prohibición del art. 1 LDC, no pudiendo ser autorizada en virtud del art. 3 LDC al no concurrir los presupuestos exigidos para su aplicación.

Al resolver el recurso de casación interpuesto por Asnef-Equifax y la Administración del Estado, el TS considera que existe una duda razonable sobre si, en el escenario de un mercado atomizado, los acuerdos celebrados con vistas a la constitución de registros de información sobre el crédito resultan potencialmente restrictivos para la competencia, en la medida en que puedan promover o facilitar la colusión, y, en su caso, sobre si pueden, no obstante, ser autorizados, por concurrir los presupuestos de exención establecidos en el art. 81.3 CE. El TS decidió suspender el procedimiento y plantear al TJ las cuestiones prejudiciales mediante las que solicita que se dilucide si un sistema de intercambio de información sobre el crédito, como el Registro, incurre en la prohibición del art. 81.1 CE, y, en caso afirmativo, si tal sistema puede acogerse a la exención prevista en el art. 81.3, debido a la

eventual obtención por los usuarios de un beneficio como resultado de la aplicación de ese sistema.

Según AUSBANC, el Registro restringe la competencia, en la medida en que un intercambio de información entre competidores de datos considerados normalmente como secreto de negocios elimina los factores de riesgo que implica toda decisión empresarial y facilita una respuesta homogénea de las entidades financieras frente al solicitante de crédito. No lo consideran así Asnef-Equifax, el Gobierno Polaco y la Comisión.

2. El TJ, con carácter liminar, señala que la Asociación Nacional de Entidades Financieras forma parte, como socio, de Asnef-Equifax, a la que se encomendó la gestión del Registro, y, por otra parte, que la necesaria participación de las entidades de crédito en dicho Registro implica cierta cooperación entre competidores en la forma de un intercambio indirecto de información sobre el crédito, por lo que el art. 81.1 CE podría resultar aplicable a la concepción y al funcionamiento del Registro, sin que sea necesario calificar con precisión qué forma reviste la cooperación entre las referidas entidades, puesto que el art. 81 distingue el concepto de «práctica concertada» del de «acuerdos entre empresas» o del de «decisiones de asociaciones de empresas» con objeto de someter a las prohibiciones de esta disposición diferentes formas de coordinación y de colusión entre empresas (STJCE 8.7.1999, Comisión/Anic Partecipazioni).

A) *Sobre la incidencia en el comercio entre los Estados miembros*

3. Para verificar si una práctica colusoria afecta sensiblemente al comercio entre los Estados miembros, recuerda el TJ, es preciso examinarla dentro de su contexto económico y jurídico (S. 27.4.1994, Almelo). Recuerda asimismo que el hecho de que entre los participantes en una práctica colusoria nacional figuren también empresas de otros Estados miembros constituye un elemento importante para su valoración, pero en sí mismo no resulta decisivo para concluir que se ha cumplido el requisito relativo a los efectos sobre el comercio entre los Estados miembros; y que el hecho de que una práctica colusoria sólo afecte a la comercialización de los productos en un único Estado miembro no basta para excluir que pueda verse afectado el comercio entre los Estados miembros (S. 11.7.1989, Belasco y otros/Comisión). Por su propia naturaleza, una práctica colusoria que se extienda a todo el territorio de un Estado miembro tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional, y obstaculiza de este modo la interpenetración económica perseguida por el TCE (S. 17.10.1972, Vereeniging van Cementhandelaren/Comisión).

Es el órgano jurisdiccional nacional quien debe verificar si, habida cuenta de las características del mercado de que se trata, existe un grado de probabilidad suficiente de que el funcionamiento del Registro ejerza una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre la oferta de crédito en

España por operadores de otros Estados miembros y de que tal influencia no resulte insignificante. Pero ello no es obstáculo para que el TJ, en el marco de una remisión prejudicial, pueda aportar precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su interpretación (S. 17.10.2002, Payroll y otros). Considera el TJ que, en principio, el Registro está abierto a toda entidad que opere en el sector de las actividades de préstamo y de crédito (un amplio abanico de empresas con los perfiles más diversos). A diferencia del CIR, gestionado por el Banco de España, el Registro no ha previsto umbrales mínimos, de manera que la información sobre el crédito que figura en él versa sobre un número de operaciones de crédito mayor que el de las operaciones contenidas en el CIR. Además, la información que emana del Registro se transmite por vía informática, es decir, de una manera más eficaz que la información que facilita el CIR. La posibilidad de tener acceso al Registro y las condiciones exigidas al respecto pueden revestir una importancia nada desdeñable para la opción de las empresas establecidas en Estados miembros distintos de España de ejercer o no sus actividades en este último Estado.

El art. 81.1 CE no exige que las prácticas colusorias contempladas en dicha disposición hayan afectado de manera sensible a los intercambios comerciales intracomunitarios, pero sí requiere que se demuestre que dichas prácticas pueden tener tal efecto. También incumbe al órgano jurisdiccional remitente tomar en consideración, el eventual desarrollo de actividades transfronterizas y la previsible incidencia de eventuales iniciativas políticas o legislativas destinadas a reducir los obstáculos jurídicos o técnicos al comercio. Si considera que el Registro puede afectar al comercio entre los Estados miembros, deberá examinar si tiene por objeto o efecto restringir la competencia en el sentido del art. 81.1 CE

B) *Sobre la existencia de restricción de la competencia*

4. La finalidad esencial de los sistemas de intercambio de información sobre el crédito es poner a disposición de quienes conceden créditos información pertinente acerca de los prestatarios existentes o potenciales, especialmente en lo que atañe al modo en que estos últimos han satisfecho sus deudas con anterioridad. La naturaleza de la información disponible puede variar según el tipo de sistema que se implante. El Registro contiene datos negativos, como la falta de pago, y datos positivos, como saldos acreedores, avales, fianzas y garantías, operaciones de leasing o disposición temporal de activos.

Los registros de ese tipo incrementan la cantidad de información disponible para las entidades de crédito acerca de los prestatarios potenciales, atenuando la disparidad existente entre el acreedor y el deudor en lo que atañe a la posesión de información y facilitando de este modo una mayor previsión de la probabilidad de devolución de los créditos. De esta manera, tales regis-

tros pueden reducir, en principio, el porcentaje de incumplimiento de los prestatarios y, por lo tanto, mejorar el funcionamiento de la oferta de crédito.

Si un registro, como el controvertido, no tiene por objeto, por su propia naturaleza, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común en el sentido del art. 81.1 CE, corresponderá al órgano jurisdiccional comprobar si no producen tal efecto. Según la 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 (S. 2.10.2003, Thyssen Stahl/Comisión). Es inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado que todo operador económico determine 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. No obstante, la referida exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores.

Por ello, la compatibilidad de un sistema de intercambio de información con las normas comunitarias sobre la competencia no puede apreciarse de manera abstracta. Depende de las condiciones económicas en los mercados pertinentes y de las características propias del sistema de que se trate, tales como, entre otras, su finalidad, las condiciones de acceso y de participación en el intercambio de información, así como la naturaleza de los datos intercambiados, su periodicidad y su importancia para la fijación de los precios, los volúmenes o las condiciones de la prestación. Registros como el controvertido, al reducir el porcentaje de incumplimiento de los prestatarios, pueden, en principio, mejorar el funcionamiento de la oferta de crédito. Si las entidades financieras, debido a la falta de información sobre el riesgo de incumplimiento de los prestatarios, no pueden distinguir, dentro del conjunto de éstos, aquellos cuya probabilidad de incumplimiento es mayor, el riesgo que por esta razón soportan las entidades financieras se verá incrementado y tales entidades tenderán a integrarlo en el cálculo del coste del crédito para todos los prestatarios, incluidos aquellos que presentan el menor riesgo de incumplimiento, con lo que estos últimos habrán de soportar entonces un coste más elevado que si las referidas entidades estuvieran en condiciones de

evaluar con mayor precisión la probabilidad de devolución de los créditos. En principio, estos registros pueden atenuar tal tendencia, y, por otro lado, al disminuir la importancia de la información que las entidades financieras poseen sobre sus propios clientes, pueden incrementar, en principio, la movilidad de los consumidores de crédito. Además, son idóneos para facilitar la entrada de nuevos competidores en el mercado.

Por tanto, el que en el supuesto enjuiciado exista o no una restricción de la competencia en el sentido del art. 81.1 CE depende del contexto económico y jurídico en el que se inscribe el Registro y, en particular, de las condiciones económicas del mercado, así como de las características propias de dicho Registro. A este respecto, el TJ aporta algunas precisiones de interés: 1.º) Cuando la oferta en un mercado se encuentra fuertemente concentrada, el intercambio de determinada información puede permitir, en función sobre todo del tipo de información intercambiada, que las empresas conozcan la posición y la estrategia comercial de sus competidores en el mercado, falseando así la rivalidad dentro de ese mercado e incrementando la probabilidad de una colusión, o incluso facilitándola. En cambio, cuando la oferta se encuentra atomizada (el TS indicaba la existencia de «un escenario de mercado atomizado»), la difusión y el intercambio de información entre competidores pueden ser neutros, o incluso positivos, para el carácter competitivo del mercado. 2.º) Para que los registros no puedan desvelar la posición en el mercado ni la estrategia comercial de los competidores, es importante que no se revele la identidad de los acreedores, ni directa ni indirectamente (del auto de remisión se desprende que el TDC impuso a Asnef-Equifax, y ésta aceptó, la condición de que la información relativa a los acreedores contenida en el Registro no pudiera divulgarse). 3.º) También es importante que tales registros sean accesibles a todos los agentes económicos activos en el sector de un modo que no resulte discriminatorio. En caso de no garantizarse tal accesibilidad, algunos operadores se verían desfavorecidos, puesto que dispondrían de menos información para evaluar el riesgo asumido, lo que tampoco facilitaría la entrada de nuevos agentes económicos en el mercado.

Según lo expuesto, por tanto, siempre que el mercado o mercados pertinentes no se encuentren fuertemente concentrados, que el sistema no permita identificar a los acreedores y que las condiciones de acceso y de utilización para las entidades financieras no sean discriminatorias, un sistema de intercambio de información como el Registro no tendrá por efecto, en principio, una restricción de la competencia en el sentido del artículo 81.1 CE. Aunque en las mencionadas condiciones tales sistemas puedan reducir la incertidumbre en cuanto al riesgo de incumplimiento por parte de los solicitantes de créditos, no pueden disminuir la incertidumbre en cuanto a los riesgos en relación con la competencia. Así, cada agente económico normalmente actuará de manera independiente y autónoma a la hora de adoptar un determinado comportamiento, teniendo en cuenta los riesgos que presenten dichos solicitantes. Contrariamente a lo alegado por AUSBANC, de la mera

existencia de tal intercambio de información no puede inferirse automáticamente que éste conducirá a un eventual comportamiento colectivo contrario a la competencia, como, por ejemplo, el boicoteo de determinados prestarios potenciales.

C) *Sobre la aplicabilidad del art. 81.3*

5. Únicamente en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente constatará la existencia de una restricción de la competencia, resultará necesario, para resolver el litigio principal, que el TS efectúe un análisis con arreglo al art. 81.3 CE. El órgano jurisdiccional remitente pretendía obtener una respuesta del TJ en relación con la exigencia de reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante del acuerdo, decisión o práctica. Interroga el TS, si, en el supuesto de que no todos los usuarios se beneficien del Registro, podría resultar aplicable a éste la exención del art. 81.3 CE.

El TJ considera que esos registros pueden contribuir a evitar situaciones de endeudamiento excesivo de los consumidores de crédito y a generar globalmente una mayor disponibilidad de crédito. Estas ventajas económicas objetivas podrían compensar los inconvenientes de tal restricción eventual del art. 81 TCE, extremo que incumbiría verificar, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente. Aunque, como sugiere AUSBANC, no cabe excluir que, debido a la existencia de tales registros, determinados solicitantes de crédito se vean obligados a soportar tipos de interés más elevados o se encuentren, incluso, con que se les deniegue el crédito, con respecto al art. 81.3 CE, lo que debe tenerse en cuenta es el carácter favorable de la incidencia sobre el conjunto de los consumidores en los mercados pertinentes, y no la incidencia sobre cada miembro de esa categoría de consumidores.

Manuela Eslava Rodríguez

Caso N.º 45. Ententes: STJCE 30 noviembre 2006, Ass. C-376/05 y C-377/05, A. Brünsteiner GmbH y Autohaus Hilgert GmbH/Bayerische Motorenwerke AG (BMW)

NOTA

1. *Hechos*

A. Brünsteiner GmbH y Autohaus Hilgert GmbH, demandantes en el litigio principal, celebraron con la demandada, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW)*, contratos para la distribución de automóviles en Alemania. En sus contratos, a partir de las previsiones recogidas en el artículo 5.3 del Reglamento 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo (81) del Tratado CE a determinadas categorías de acuer-

dos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles, se integraba una cláusula en cuya virtud se permitía su resolución con un plazo de preaviso de un año cuando fuera necesario para la reorganización de la red de distribución o cuando cambiaran en ámbitos esenciales las condiciones-marco jurídicas en las que se basa el contrato.

En el año 2002 BMW resuelve, con un preaviso de un año, los contratos de distribución que tenía concertados basándose en las necesidades que se derivan del nuevo Reglamento 1400/02 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor, que sustituye al Reglamento 1475/95, ya citado. Posteriormente, a partir del 1 de octubre de 2003 celebra nuevos contratos de distribución, los contratos de distribución con sus anteriores concesionarios excepto con *A. Brünsteiner GmbH* y *Autohaus Hilgert GmbH*, quienes impugnan la resolución exigiendo que el plazo de preaviso sea de 2 años, siguiendo las consideraciones efectuadas por la Comisión en la guía explicativa del nuevo Reglamento. En apelación se desestiman los recursos planteados considerando que las modificaciones para adaptarse al nuevo Reglamento 1400/02 implicaban, necesariamente, una reorganización de la red de distribución de BMW. Contra esta decisión se interpone recurso de casación ante el *Bundesgerichtshof* que plantea al Tribunal de Justicia varias cuestiones de las que trae causa la sentencia que analizamos.

Las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia se refieren a varios aspectos. En primer lugar se plantea si la entrada en vigor del nuevo Reglamento 1400/02 puede hacer necesario reorganizar una parte sustancial o la totalidad de la red de distribución de un proveedor en el sentido del artículo 5.3 del citado Reglamento 1475/95 y, por tanto, justificar que se aplique el derecho de resolución con el preaviso de un año previsto en dicho precepto. En segundo lugar, siendo negativa la respuesta a la primera cuestión, se plantea si a un contrato de concesión que reúna los requisitos del R. 1475/95 pero que contenga restricciones prohibidas por el nuevo Reglamento pasado el periodo transitorio, la exención por categorías prevista en este último resulta inaplicable a todas las restricciones de la competencia contenidas en dicho contrato. En particular, se cuestiona esta posibilidad cuando la nulidad de la estipulación, restrictiva conforme al Derecho comunitario, implica nulidad de todo el contrato conforme al Derecho nacional.

A la vista de cuanto antecede, la sentencia que comentamos tiene por objeto analizar los problemas relativos a las consecuencias que se derivan para los contratos existentes de la extinción de una exención por categorías, concretamente en el sector del automóvil, y de la entrada en vigor de una nueva exención, cuando una de las cláusulas de resolución de éstos se justifica en la necesidad de una reorganización de una parte o de la totalidad de la red o en la existencia de cambios esenciales del marco jurídico en el que se basa la relación contractual.

2. *La necesidad de reorganización de una parte o de la totalidad de la red en el artículo 5.3 del reglamento 1475/95*

Por lo que se refiere a la primera cuestión, relativa a determinar si los cambios que se deben introducir para adaptar las relaciones contractuales al nuevo Reglamento implican la necesidad de «reorganización de una parte sustancial o la totalidad de la red» en el sentido del artículo 5.3 del Reglamento 1475/95, el TJCE, siguiendo su jurisprudencia anterior, delimita el concepto de reorganización de una parte sustancial o la totalidad de la red. Como afirmó en la sentencia Vulcan Silkeborg (sentencia de 7 de septiembre de 2006, Vulcan Silkeborg. As. C-125/05) la «reorganización de una parte sustancial o la totalidad de la red (...) exige una modificación significativa, tanto material como geográfica de las estructuras de distribución del proveedor de que se trata, la cual puede afectar, en particular, a la naturaleza o forma de estas estructuras, a su objeto, al reparto de las tareas internas en el seno de tales estructuras, a las modalidades de suministro de los productos y servicios en cuestión, al número o a la calidad de los participantes en dichas estructuras y a su cobertura geográfica (...). A partir de este concepto, en él pueden estar incluidas las modificaciones de las cláusulas de los contratos de distribución derivadas de la entrada en vigor del nuevo Reglamento 1400/2002 ya que éste introdujo modificaciones sustanciales con respecto al régimen de exención por categorías.

Ahora bien, en cuanto a la necesidad de esta reorganización, requisito exigido en el artículo 5.3 del Reglamento 1475/95, entiende el Tribunal que procede cuando ésta «pueda justificarse de modo plausible por motivos de eficacia económica basados en circunstancias objetivas internas o externas a la empresa del proveedor que, a falta de una rápida reorganización de la red de distribución y habida cuenta del entorno competitivo en el que opera este proveedor, podrían perjudicar a la eficacia de las estructuras existentes de dicha red». No basta que el proveedor considere que resulta necesaria la reorganización, sino que es necesario demostrar la necesidad de tal reorganización. Para ello, será oportuno o eficaz verificar las consecuencias económicas desfavorables que puede sufrir el proveedor si resuelve el contrato de concesión con un preaviso de dos años. En esta línea, corresponde al juez valorar, atendiendo a los elementos del litigio, si la reorganización resulta o no necesaria.

Siguiendo las manifestaciones del Tribunal, la entrada en vigor del nuevo Reglamento 1400/02 no produce por sí misma la necesidad de reorganizar la red de distribución. No obstante, atendiendo a la organización específica de la red de distribución de cada distribuidor, puede resultar necesaria la introducción de cambios que sean calificados como una verdadera reorganización de la totalidad o de una parte sustancial de la red de distribución en el sentido del artículo 5.3 del Reglamento 1475/95. Será el órgano que conoce del litigio principal el que deberá apreciar, a partir de los datos que resulten acreditados, las circunstancias concretas que permitan calificar o no el supuesto como reorganización en el sentido expuesto.

3. Restricciones especialmente graves del artículo 4 del reglamento 1400/02

La segunda cuestión planteada se concreta en decidir si el contrato de distribución que, reuniendo los requisitos previstos en el Reglamento 1475/95, contiene restricciones prohibidas por el nuevo Reglamento después del período transitorio, implica que la exención por categorías que establece este último no es aplicable a él. Especialmente, si en virtud del Derecho nacional esta circunstancia supone la nulidad del contrato.

El problema que se plantea se suscita en el supuesto en el que se considere que la rescisión del contrato con un preaviso de un año realizada por la demandada en el litigio principal es contraria al artículo 5.3 del Reglamento 1475/95. En tal caso el contrato litigioso estaría vigente pero, si éste se mantuviera y fuera contrario al Reglamento 1400/02, según las previsiones del Derecho nacional dicho contrato no podría ejecutarse por ser considerado nulo. En consecuencia, ante esta posibilidad el órgano judicial se cuestiona si excepcionalmente puede interpretarse que el artículo 4 del nuevo reglamento, que impide la aplicación de la exención prevista a contratos que contengan restricciones consideradas especialmente graves, no supone la inaplicación de la exención a contratos como el que ha dado lugar al presente litigio.

El Tribunal responde negativamente interpretando conjuntamente el citado artículo 4 del Reglamento 1400/02 y el artículo 10 del mismo texto legal. En virtud de este último precepto, artículo 10 R. 1400/02, el nuevo Reglamento prevé un período transitorio de un año para adoptar los contratos de distribución existentes a la nueva regulación. Dicho período transcurre desde el 1 de octubre de 2002 hasta el 30 de septiembre de 2003, de tal modo que a partir del 1 de octubre de 2003 los contratos que no se adapten, cumpliendo los requisitos de la exención prevista, serán prohibidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 81.1 TCE. En este marco, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 4 del Reglamento 1400/02. De acuerdo con este precepto, la exención prevista en el Reglamento no se aplicará a aquellos acuerdos que tienen por objeto restricciones de las consideradas especialmente graves.

De una lectura conjunta de ambos preceptos se desprende que, una vez transcurrido el período transitorio de adaptación, los contratos que tienen por objeto algunas de las restricciones calificadas como especialmente graves por el artículo 4 no se les aplica la exención prevista en el nuevo Reglamento. De este modo, las cláusulas contenidas en dichos acuerdos están sometidas a la prohibición del artículo 81.1 TCE salvo que se cumplan los requisitos previstos en el párrafo tercero del último precepto citado.

Para finalizar, y en íntima conexión con la cuestión que analizamos, también se plantean al Tribunal algunas dudas sobre la adecuación al Derecho comunitario de algunas de las consecuencias previstas en el Derecho nacional para aquellos supuestos de incompatibilidad de cláusulas contractuales con el artículo 81.1 TCE. Siguiendo una reiterada jurisprudencia, el Tribunal afirma que no estando comprendidas en el ámbito comunitario, corresponde

al órgano judicial que conoce del litigio principal determinar, conforme al Derecho nacional aplicable, las consecuencias derivadas de la incompatibilidad con el Derecho comunitario de las cláusulas contractuales. El hecho de que las disposiciones estatales prevean la nulidad total del contrato por incluir en él cláusulas restrictivas de la competencia conforme al Derecho comunitario, no resulta contrario a este último ordenamiento jurídico.

Mercedes Sabido Rodríguez

Caso N.º 46. Ententes: STPI 13 diciembre 2006, Ass. T-217/03 y T-245/03, FNCBV/Comisión

NOTA

1. Hechos

El Tribunal de Primera Instancia resuelve las demandas interpuesta por *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV)* y *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA)*, *Fédération nationale bovine (FNB)*, *Fédération nationale des producteurs de lait (FNPL)* y *Jeunes agriculteurs (JA)* contra la Comisión de las Comunidades Europeas, en las que las demandantes reclaman la anulación de la Decisión 2003/600/CE de la Comisión, de 2 de abril de 2003, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE, asunto COMP/C.38.279/F3-Carnes de vacuno francesas (DO L 209, p. 12 y ss.) y, con carácter subsidiario, la reducción del importe de dicha multa.

La Decisión impugnada declaró contrario a las normas comunitarias de la competencia el acuerdo escrito que habían celebrado el 24 de octubre de 2001 las federaciones representantes de criadores de ganado vacuno y las federaciones representantes de los mataderos que tenía por objeto fijar un precio mínimo de compra de determinadas categorías de ganado vacuno y suspender provisionalmente las importaciones de carne de vacuno en Francia. Asimismo, también resulta contrario el acuerdo verbal celebrado con el mismo objeto y aplicable cuando se produjera el vencimiento del acuerdo escrito.

Frente a esta Decisión, las demandantes fundamentan su pretensión de anulación en varios motivos que, en líneas generales se pueden agrupar en tres. En primer lugar, en la existencia de errores de apreciación y de Derecho en la aplicación del artículo 81 TCE así como en orden a determinar el alcance y duración, y de la infracción. En segundo lugar, en la vulneración del ejercicio de la libertad sindical y en la no aplicación al acuerdo controvertido de la excepción prevista en el Reglamento núm. 26. Y, por último, en la vulneración del derecho de defensa y en el incumplimiento de la obligación de motivación. Por razones de espacio, nuestro análisis se limitará a algunos de los aspectos centrales y más relevantes de la sentencia.

2. Concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 81.1 TCE

Respecto al primer motivo, las partes consideran que la Comisión erró al apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos para la aplicación del artículo 81 TCE, porque ni el supuesto es subsumible en el ámbito de aplicación subjetivo de esta última disposición ni el acuerdo afecta al comercio intracomunitario ni tiene por objeto restringir la competencia en los términos del precepto citado.

Alega *FNCBV*, demandante en el asunto T-245/03, como primer error, el hecho de que constituyan asociaciones de empresas en el sentido del artículo 81.1 TCE, pues ni sus miembros son empresas ni los miembros de los sindicatos locales pueden asimilarse al concepto de empresa dado que el criterio de afiliación no es la condición de jefe de explotación ni representante de la persona jurídica. La Comisión, en cambio, para decidir si son o no asociación de empresa determinó quiénes eran sus miembros y, siendo éstos explotadores agrícolas consideró a las demandantes asociaciones de empresa en el sentido del artículo 81 TCE.

El Tribunal de primera instancia considera que, a partir de la finalidad del precepto citado, el concepto de asociación de empresa debe interpretarse en el sentido de comprender también asociaciones constituidas a su vez por asociaciones de empresa. Habría, entonces, que decidir si son acertadas la consideraciones efectuadas por la Comisión al afirmar que los explotadores agrícolas, miembros de base o indirectos de las demandantes, podían ser considerados empresas a los efectos de las normas de la competencia. Para ello, debe tenerse en cuenta el concepto de empresa en este contexto. Un concepto que comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación, y entendiendo por tal actividad la consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. Por tanto, dado que la actividad de los explotadores agrícolas tiene carácter económico, al producir bienes que ponen en venta a cambio de una remuneración, éstos constituyen empresas en el sentido del artículo 81 y, los sindicatos que los agrupan y representan, así como las federaciones que agrupan a estos últimos, pueden calificarse como asociaciones de empresas, sin que el hecho de incluir a personas o entidades que no puedan ser calificadas como empresas en los términos expuestos pueda servir para no incluirla en el concepto referido. Lo determinante a efectos de delimitar el ámbito de aplicación subjetivo del artículo 81 TCE no es el régimen jurídico ni la forma de explotación, sino la actividad explotadora y la de quienes participan en ella.

En segundo lugar, se alega por las demandantes que el acuerdo celebrado no afectó al comercio entre los Estados miembros en los términos del artículo 81 TCE tanto por la corta duración del compromiso de suspensión de las importaciones como por su escasa intervención en las importaciones de ganado vacuno. El Tribunal, siguiendo reiterada jurisprudencia afirma que, para que un acuerdo entre empresas pueda afectar al comercio intracomuni-

tario, debe poderse presumir con un grado de probabilidad suficiente, atendiendo a elementos objetivos de hecho o de Derecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, en un sentido que pueda perjudicar a la realización de los objetivos de un mercado único entre Estados. Teniendo en cuenta que el acuerdo de 24 de octubre de 2001 incluía un compromiso de suspensión provisional de importaciones de carne de vacuno en Francia, uno de los principales importadores de carne de vacuno de la Comunidad, y que la mayor parte de las importaciones proceden de otros Estados miembros, el acuerdo podía afectar, de forma ineludible, al comercio entre Estados miembros.

De este modo, a partir de estas consideraciones, el acuerdo referido está comprendido en el ámbito del artículo 81.1 TCE y la Comisión no está obligada a demostrar que la participación individual de la demandante afectase a los intercambios intracomunitarios. Además, en cuanto al acuerdo sobre precios, se trata de una práctica restrictiva que se extiende al territorio nacional y, por su propia naturaleza, compartimenta el mercado sin que sea necesario demostrar que tenga efectos sensibles, al bastar que los acuerdos puedan afectar al comercio entre Estados miembros.

En tercer lugar, niegan los demandantes que el acuerdo pudiera restringir la competencia en los términos del artículo 81.1 TCE. En su opinión, pudiéndosele imputar únicamente la eventual restricción de la competencia relativa a los precios y no el capítulo de importaciones, el establecimiento de precios mínimos no suponía una restricción porque, de un lado, se había fijado atendiendo a los precios de intervención establecidos por la propia Comisión en el marco de la organización común de mercado y sus efectos fueron temporalmente limitados y no afectaron a los precios al consumo pues, además de su corta duración, se trataba de un precio mínimo recomendado que, al tratarse de un acuerdo vertical, no podía ser impuesto a sus miembros. De otro, debe valorarse el acuerdo en el contexto jurídico y económico existentes y, en este sentido, debe considerarse como un acto de regulación que responde a la necesidad de evitar a los productores de carne de vacuno un «desastre económico» que podía producir importantes consecuencias en el sector e incluso graves alteraciones del orden público.

El Tribunal considera que el acuerdo tiene por objeto restringir el libre juego de la competencia en los mercados afectados limitando de forma artificial el margen de negociación de los ganaderos y los mataderos y falseando la formación de los precios en dichos mercados. Se trata de un acuerdo en virtud del cual se suspenden provisionalmente las importaciones de carne de vacuno en Francia y se comprometen a aplicar una escala de precios mínimos de compra a la entrada al matadero de las carnes de desecho. De este modo, su objeto era impedir la entrada en Francia de carne de vacuno a precios inferiores a los de la escala establecida para garantizar la comercialización de la producción de ganaderos franceses, por lo que se restringe el jue-

go de la competencia en el mercado comunitario. Y, en cuanto al establecimiento de precios mínimos, constituye una restricción expresamente prohibida por el artículo 81.1 a) TCE. Aunque el sector presente particularidades y sea por ello objeto de una regulación detallada e incluso intervencionista, ello no excluye la aplicación de las normas comunitarias de la competencia aunque se contemplen excepciones que atienden a la situación particular de tales mercados.

3. *Vulneración de la libertad sindical*

Alegan también los demandantes limitación del ejercicio de la libertad sindical por la Comisión al no tener en cuenta, esta última, las competencias de gestión propias de los sindicatos agrícolas y exigirles abstenerse de realizar acuerdos con efectos similares al del acuerdo celebrado el 24 de octubre de 2001 teniendo en cuenta que entre las funciones de los sindicatos se encuentra la de organizar, entre sus miembros, acciones concertadas para la defensa de sus intereses colectivos.

La relación entre las normas de política social y las de Derecho de la competencia no es siempre fácil. En el caso enjuiciado, el Tribunal de primera instancia considera, atendiendo a la naturaleza y objeto del acuerdo controvertido, que éste no está excluido del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE. En primer lugar, el acuerdo referido no es un convenio colectivo celebrado entre trabajadores y empresarios, sino un acuerdo interprofesional celebrado entre dos eslabones de la cadena de producción del sector de la carne de vacuno; y, en segundo lugar, el objeto del acuerdo no es mejorar las condiciones de empleo y trabajo, sino suspender las importaciones y fijar precios mínimos para determinadas categorías de carne de vacuno.

A partir de estas consideraciones, la libertad sindical y la defensa de los intereses de los miembros de las federaciones nacionales no pueden justificar acciones concretas contrarias a las normas de la competencia.

4. *Política agrícola común y normas de la competencia: aplicabilidad de la excepción recogida en el Reglamento 26*

La necesidad del acuerdo controvertido para alcanzar los objetivos de la política agrícola común justifica, en opinión de las demandantes, la aplicabilidad de la excepción al artículo 81 TCE prevista en el Reglamento 26 a favor de determinadas actividades relacionadas con la producción y la comercialización de productos agrícolas. Se trata de un acuerdo que tenía como objetivos garantizar un nivel de vida mínimo a los criadores de ganado vacuno y la estabilización de los mercados para hacer frente a la crisis que se había producido. De este modo, entienden las demandantes que ante esta situación de crisis la Comisión debió, ponderando los objetivos del artículo 33.1 TCE, concluir la aplicabilidad de la excepción prevista en el Reglamento 26 sin

que pueda admitirse que las medidas adoptadas no estuvieran previstas en el Reglamento 1254/1999 y, por tanto, excluidas de la excepción del artículo 2 del Reglamento 26.

La Comisión, por su parte, considerando que el acuerdo controvertido únicamente respondía a uno de los objetivos fijados en el artículo 33 TCE y que rebasaba el marco de la OCM, lo consideró desproporcionado para alcanzar los objetivos perseguidos y, dado el carácter restrictivo de la excepción, dicho acuerdo no podía beneficiarse de ella.

El artículo 2 del Reglamento 26 prevé que el artículo 81.1 TCE es inaplicable a los acuerdos, decisiones y prácticas que sean necesarios para la realización de los objetivos de política agrícola común. De acuerdo con una reiterada jurisprudencia, el precepto citado debe ser interpretado restrictivamente (Comunicación de la Comisión-Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, [DO C 101, de 27 de abril de 2004] y, entre otras, la STJCE 8 de julio de 1999, as. C-49/92P, *Comisión c. Anic Partecipazioni*, Rec. I-4125). Además, su aplicación exige la concurrencia de varios requisitos: en primer lugar, que el acuerdo que se pretende excepcionar trate de favorecer todos los objetivos del artículo 33.1 TCE; si bien, en algunos casos, la Comisión puede intentar conciliar los objetivos cuando éstos entren en conflicto. Y, en segundo lugar, se exige que el acuerdo celebrado sea necesario.

Partiendo de estas consideraciones el Tribunal analiza la posibilidad de subsumir el acuerdo controvertido en dicho precepto. Sus consideraciones difieren de la posición mantenida por las demandantes. En opinión de las federaciones demandantes, el acuerdo controvertido era necesario para la realización de algunos de los objetivos comprendidos en el artículo 33, en concreto los relativos a garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola y a estabilizar los mercados, y neutro respecto de los otros tres objetivos relacionados en el precepto citado. Sin embargo, para el Tribunal, mientras que ante la situación de crisis que atravesaba el sector de la carne de vacuno puede considerarse que la finalidad del acuerdo era ayudar a los ganaderos del sector en Francia y, de este modo, el acuerdo podría considerarse necesario a los efectos de garantizar un nivel de vida equitativo de la población agrícola en los términos del objetivo consagrado en la letra b) del artículo 33.1 TCE, no ocurre lo propio respecto del objetivo relativo a la estabilización de los mercados.

Este objetivo sólo se hubiera alcanzado mediante un acuerdo a través del cual se adoptaran medidas tendentes a reducir el volumen de la oferta, de un lado, y, de otro, fomentar el consumo de carne, aspectos no contemplados en el acuerdo controvertido. Al contrario, como apunta el Tribunal, las medidas adoptadas en orden al establecimiento de precios mínimos no sólo no contribuyen a lograr el objetivo previsto en la letra c) del precepto citado (estabilización de mercados) sino que puede resultar contraria a éste en la medida en que puede conllevar un aumento de precio. Asimismo, la medida relativa

a la limitación de las importaciones provocaba una distorsión en los intercambios intracomunitarios que perjudica la estabilidad del mercado. Tampoco estima el Tribunal la neutralidad del acuerdo controvertido respecto de otros objetivos de la política agrícola común, considerando que las medidas adoptadas podían repercutir sobre los consumidores negativamente al derivarse, de la limitación de las importaciones, un aumento de los precios en los suministros al consumidor.

Siendo únicamente necesario el acuerdo controvertido respecto del objetivo relativo a asegurar un nivel de vida equitativo a la población agrícola, el Tribunal valora seguidamente la proporcionalidad de las medidas adoptadas en éste en orden a decidir la aplicación de la excepción recogida en el artículo 2 del Reglamento 26. El Tribunal, confirmando la posición adoptada por la Comisión y desestimando las alegaciones efectuadas por las demandantes, considera que la limitación de las importaciones y la fijación de precios no pueden considerarse medidas proporcionadas a los objetivos perseguidos dada su naturaleza de infracciones graves del Derecho de la competencia.

Mercedes Sabido Rodríguez

Caso N.º 47. Ententes: STPI 5 diciembre 2006, As. T-303/02, Westfalen Gassen Nederland/Comisión

NOTA

1. Hechos

El Tribunal de Primera Instancia resuelve la demanda interpuesta por *Wetsfalen Gassen Nederland BV* (en adelante *Wetsfalen*) contra la Comisión de las Comunidades Europeas, en la que la demandante reclama la anulación parcial de la Decisión 2003/207/CE de la Comisión, de 24 de julio de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE, asunto COMP/E-3/36700-Gases médicos e industriales (DO 2003 L 84, p. 1 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 demandante es una empresa activa en el mercado neerlandés de los gases industriales y médicos desde 1989. Tras investigaciones realizadas por la Comisión en locales de varias empresas del sector, les remitió un pliego de cargos, adoptando finalmente la Decisión ahora impugnada. En virtud de esta Decisión, la Comisión declaró que *Westfalen* había participado en acuerdos o prácticas concertadas relativas a la fijación de incrementos de los precios, a la fijación de períodos de moratoria y a la fijación de precios mínimos. Acuerdos adoptados en distintas reuniones,

celebradas el 14 de octubre y el 18 de noviembre de 1994, de la asociación Vereniging van Fabrikaten van Industriële Gassen (VFIG) que agrupa a las empresas que fabrican y venden gases industriales en los Países Bajos. Según se desprende de la prueba documental (notas manuscritas y expediente encontrado en el local de la demandante, entre otras) 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 (aspecto este último que modifica de la Decisión impugnada mediante la Decisión 2002/355/CE, de 9 de abril de 2003) y teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes que concurren en la actuación de la demandante justificó una reducción del 15% que dio lugar a la multa finalmente impuesta.

Frente a esta Decisión la demandante fundamenta su pretensión de anulación en varios motivos. En primer lugar, alega que la Comisión no demostró suficientemente su participación en los acuerdos o prácticas concertadas ni cumplió la obligación de motivación en los términos del artículo 253 TCE. Y, en segundo lugar, en la vulneración del principio de igualdad de trato. En cuanto a la pretensión de reducción del importe de la multa, ésta se fundamenta en la vulneración de los principios de proporcionalidad y de igualdad de trato que lleva a cabo la Comisión al fijar la multa impuesta. El Tribunal, tras analizar los motivos alegados, resuelve desestimando el recurso interpuesto por Wetsfalen.

2. Participación en prácticas concertadas

Respecto al primer motivo, la demandante considera que la Comisión no demostró suficientemente su participación en los acuerdos o prácticas concertadas. En ningún momento niega haber participado en las reuniones de la VFIG; no obstante, sostiene que el comportamiento que mantuvo en las reuniones debe ser calificado como un distanciamiento público del contenido de dichas reuniones. Invocando la jurisprudencia anterior (STJCE de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartados 94-96; y la Sentencia del Tribunal de Primera instancia de 20 de marzo de 2002, HFB y otros/Comisión, T-9/99, Rec. p. II-1487, apartado 223) afirma que la participación en reuniones en las que se discute sobre la coordinación de los comportamientos en el mercado no constituye una vulneración de la prohibición prevista en el artículo 81 TCE. Además, teniendo en cuenta la actitud que ella mantuvo, que se justifica por la posición que ella tiene en el mercado, su participación en la reunión no puede servir para imputarle un comportamiento colusorio. La Comisión, por su parte, siguiendo una reiterada jurisprudencia, admite que el hecho de que una empresa participe en una reunión de los miembros de una práctica colusoria, aun sin tomar parte activa en el debate, implica su responsabilidad en la infracción, a menos que se distancie públicamente del contenido de dicha reunión.

La prueba de este último aspecto, el distanciamiento público, corresponde a quien lo invoca.

En esta línea el TPI afirma que a efectos de la aplicación del artículo 81 TCE, apartado 1, basta con que un acuerdo tenga por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, independientemente de sus efectos concretos. En consecuencia, en el supuesto de acuerdos que se ponen de manifiesto con ocasión de reuniones de empresas competidoras, se produce una infracción de la referida disposición cuando las reuniones tienen dicho objeto y pretenden, de este modo, organizar artificialmente el funcionamiento del mercado (sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, Dansk Rorindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p.5425, apartado 145). 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, incumbe a esta 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, probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas (véase, en particular, la sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p.1-123, apartado 81, y la jurisprudencia allí citada).

En sus alegaciones, la demandante no niega su participación ni que éstas fueran contrarias a la competencia limitándose a afirmar que por el comportamiento que tuvo en dichas reuniones se puede considerar que se distanció públicamente de su contenido contrario a las normas de la competencia. Sin embargo, tras analizar sus alegaciones, el Tribunal considera que no ha quedado probado su distanciamiento público por varias razones. En primer lugar, no adoptó una posición clara respecto del incremento de los precios sino que su comportamiento, calificado de vago por la demandante, es una aprobación tácita que produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra. Se trata de una complicidad que constituye un modo pasivo de participar en la infracción y, por tanto, del que se deriva su responsabilidad. En segundo lugar, respecto de la moratoria, la demandante no presenta ningún indicio concreto y objetivo que pruebe su distanciamiento público contrario a la competencia. Es más, su participación en una segunda reunión colusoria desvirtúa toda alegación de distanciamiento público, un concepto que, en tanto que exención de la responsabilidad, debe interpretarse restrictivamente. En tercer lugar, sobre la medida relativa a la fijación de precios mínimos para los compradores, el hecho de guardar silencio en la reunión no puede ser asimilado a una desaprobación firme y clara sino a una aprobación tácita de una iniciativa ilícita y esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción del que se deriva su

responsabilidad. Asimismo, tampoco las protestas efectuadas con anterioridad a la discusión pueden ser consideradas un distanciamiento público pues no supone una manifestación clara y firme de un desacuerdo como exige este último concepto.

La participación en una práctica concertada requiere, además de la concertación de empresas, un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y una relación causa a efecto entre ambos elementos. Permaneciendo activa en el mercado y participando en la concertación, salvo prueba en contrario, se presume que las empresas actúan tomando en consideración la información intercambiada con sus competidores. Corresponde a las empresas aportar la prueba para decaer la presunción. A este respecto, mientras que la demandante no ha aportado prueba alguna, la Comisión ha acreditado su participación y la ausencia de un distanciamiento público del comportamiento colusorio, con lo que queda pues acreditada la participación de la Westfalen en la práctica concertada que le fue imputada.

3. *Principio de igualdad de trato*

Alega la demandante que la Comisión vulneró el principio de igualdad de trato al no apreciar la participación de otras empresas, concretamente, NTG e Hydrogas, que también habían asistido a varias reuniones en las que se trataron los acuerdos contrarios a la competencia.

Respecto a este punto, el Tribunal, siguiendo una reiterada jurisprudencia, considera que tal alegación no elude la sanción que le ha sido impuesta. De otra parte, el principio alegado implica que, salvo excepción objetivamente justificada, el tratamiento igual a situaciones comparables y el tratamiento diferente a situaciones diferentes. En el supuesto no se ha vulnerado pues, como expone la Comisión, la situación de las empresas a las que se ha hecho referencia es muy diferente a la de la demandante. NTG, de un lado, demostró en su respuesta al pliego de cargos su ausencia de responsabilidad. Y, de otro, Hydrogas ni siquiera recibió pliego de cargos por falta de indicios de comportamientos ilícitos. Se trata de situaciones que no son comparables a la situación de la demandante ya que, en la relación con estas empresas, la Comisión no disponía de pruebas que acreditaran la participación de éstas en los acuerdos colusorios.

4. *Reducción del importe de la multa. Vulneración de los principios de proporcionalidad y de igualdad de trato al fijar el importe de la multa*

Con carácter subsidiario, la demandante solicita la reducción de la cuantía de la multa impuesta, alegando la brevedad de la duración de la infracción y la vulneración por la Comisión de los principios de proporcionalidad y de igualdad de trato al fijar el importe de la multa impuesta. Teniendo en cuenta su situación particular, en su opinión, la sanción que le ha sido impuesta es, proporcionalmente, más severa que la impuesta a otras empresas. La

situación de Westfalen es particular, a diferencia de estas últimas, por varias razones: se incorporó tardíamente a la asociación VFIG, sólo participó en dos reuniones colusorias, se opuso a los acuerdos, goza de una pequeña cuota de mercado y temporalmente su implicación en los acuerdos colusorios fue muy breve.

El principio de igualdad de trato implica, siguiendo una reiterada jurisprudencia, que, salvo excepción objetivamente justificada, debe ofrecerse un tratamiento igual a situaciones comparables y un tratamiento diferente a situaciones diferentes. Este principio debe ser respetado por la Comisión cuando, con arreglo al método general impuesto en sus Directrices, determina el importe de la multa. En el caso que se analiza, para determinar si dicho principio ha sido respetado, el Tribunal valora la actuación de la demandada en orden a determinar la sanción.

En esta línea, 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 de la proporcionalidad como alega la demandante. Resultado de la aplicación de estos criterios, la Comisión, tras la rectificación de 9 de abril de 2003 a la que con anterioridad hicimos referencia, califica la infracción cometida por la demandante como de mediana duración, por prolongarse algo más de un año, con lo que le corresponde un incremento del 10% respecto de la cuantía de base. En cuanto a la valoración de la gravedad, aunque fue cometida por varias empresas, la infracción fue calificada como grave atendiendo al alcance geográfico limitado del mercado y al sector afectado, que desde un punto de vista económico tenía una importancia mediana. Ahora bien, siendo varias empresas, para determinar el peso específico de cada una de ellas y su impacto real sobre la competencia, la Comisión calificó a las empresas implicadas en función de su importancia en el mercado a partir del volumen de negocios obtenido en 1996, y resultaron cuatro grupos o categorías; la demandante figuraba en la cuarta categoría. A partir de estas actuaciones, fijó la Comisión un importe de base, 0,45 millones para la demandante, y le añadió el tanto por ciento correspondiente por la duración de la infracción, en su caso el 10%.

Asimismo, teniendo en cuenta que la demandante había desempeñado un papel meramente pasivo en las infracciones y no había participado en todos los aspectos de éstas, valoró estas circunstancias atenuantes que implicaron la disminución del 15% del importe básico, con lo que resultó así la cantidad de 0,41 millones de euros como importe definitivo de la multa impuesta.

El Tribunal, del análisis expuesto, deduce que la Comisión tuvo en cuenta plenamente las particularidades de la situación de la demandante, que la diferencian de otras empresas implicadas. Ahora bien, aplicando los criterios de duración y gravedad exigidos, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, la Comisión no está obligada a garantizar que los importes de las multas impuestas a las empresas reflejen cualquier diferencia entre ellas en cuanto a su volu-

men de negocios. Además, tampoco el artículo 15.2 de las Directrices exige que el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña no sea superior, en porcentaje del volumen de negocios, al de las impuestas a empresas grandes. En definitiva, al estar el importe de partida de la multa objetivamente diferenciado por las peculiaridades de la situación de la demandante y al no revelar las relaciones entre los volúmenes de negocios y los importes de partida de las multas ningún trato desproporcionado hacia la demandante, al estar justificado en el criterio objetivo que aplica la Comisión para apreciar la importancia de cada una de las empresas implicadas en el mercado en cuestión, el Tribunal desestima las alegaciones invocadas por la demandante.

Mercedes Sabido Rodríguez

Caso N.º 48. Ententes: STJCE 6 diciembre 2006, As. C-94/04 y C-202/04, Frederico Cipolla/Rosaria Portolese, Stefano/Macrina y Claudia Capodarte/Roberto Meloni

NOTA

1. En la sentencia objeto de estudio se analizan dos asuntos acumulados, el C-94/04 y el C-202/04.

2. En el primero de ellos, la Corte de Apelación de Turín planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para intentar dar respuesta a cinco preguntas:

«1) El principio comunitario de competencia regulado en los artículos 10 CE, 81 CE y 82 CE, ¿se aplica también a la oferta de servicios legales?»

2) ¿Implica dicho principio la posibilidad de que las partes acuerden entre sí la retribución del abogado con efectos vinculantes?»

3) En cualquier caso, ¿se opone dicho principio a la aplicación obligatoria de los honorarios regulados para los abogados?»

4) El principio de libre prestación de servicios, regulado en los artículos 10 CE y 49 CE, ¿se aplica también a la oferta de servicios legales?»

5) En caso de respuesta afirmativa, ¿es compatible con dicho principio la aplicación obligatoria de los honorarios regulados para los abogados?»

3. En el segundo, el C-202/04, el Tribunal de Roma, mediante una cuestión prejudicial, preguntó al TJCE si «¿se oponen los artículos 5 y 85 del Tratado CE (actualmente artículos 10 y 81 CE) a que un Estado miembro adopte una medida legislativa o reglamentaria que, partiendo de un proyecto elaborado por un consejo de colegios de abogados, apruebe un baremo que fija los límites mínimos y máximos de los honorarios de los miembros de la profesión, por lo que se refiere a las prestaciones que tienen por objeto actividades (denominadas «extrajudiciales») que no están reservadas a los miembros del colegio profesional de abogados sino que pueden ser realizadas por cualquier persona?».

4. El objeto de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Luxemburgo ya ha sido tratado en otras sentencias dictadas por el tribunal comunitario. En concreto, el asunto *Arduino* es su antecedente más próximo (STJCE 19 febrero 2002, *Arduino*, C-35/99, *Rec.* 2002, p. I-1529). Ambos son casos similares y tienen, como se verá a continuación, iguales respuestas.

5. Son varios los puntos clave que trataremos en este análisis. En primer lugar, abordaremos dos cuestiones generales que actúan, como presupuesto, para que pueda ser aplicado el art. 81 del Tratado de Roma. Se trata de la calificación del *abogado* como empresa y de la de un *Colegio de Abogados nacional* como asociación de empresas. En segundo lugar, centrándonos ya en el concreto comportamiento que se estudia en la sentencia –la fijación por parte del Colegio de Abogados italiano de un baremo de honorarios para los servicios prestados por los abogados en este país–, analizaremos el concepto de *afectación de una parte sustancial del mercado intracomunitario* y nos ocuparemos del aspecto fundamental del caso, la calificación de la *normativa pública o regulación privada* de dicho baremo.

6. *Ejercicio de la abogacía y Derecho europeo de la competencia: Cuestiones generales*

Antes de entrar a analizar la aplicación del Derecho europeo de la competencia a la decisión del Colegio de Abogados italiano, deberíamos determinar si es posible tal aplicación, esto es, si el ejercicio de la abogacía debe estar sometido a las reglas de competencia del Derecho europeo (*Vid., ad ex.*, M. BÉNICHOU, «L'Europe, les avocats et la concurrence», *Gazette du Palais*, 127, 66 a 67, 2007, pp. 2-14 y 68 a 69, 2007, pp. 7-18; R. BERTIN, «L'avocat ne doit pas devenir un agent de la puissance publique! note», *Petites affiches*, 396, 22, 2007, pp. 10-14; M.-J. BICHO, «Professions libérales: aspects essentiels de l'action de la Commission en matière d'application des règles de concurrence», *Competition Policy Newsletter*, n.º 2, june, 1999, pp. 24-26; L. DEFALQUE, «L'application des règles de concurrence aux réglementations des ordres professionnels», *J.Trib.[Brux.]*, année 121, n.º 6059, 15 juin 2002, pp. 457-461; *Id.*, «La tarification des honoraires et le droit de la concurrence», en *La protection du consommateur*, 2006, pp. 183-206; C. D. EHLERMANN, «Concurrence et professions libérales: antagonisme ou compatibilité?», *Rev.MC et de l'Union européenne*, n.º 365, 1993, pp. 136-144; W. EICHELE, *Auswirkungen des Europarechts, insbesondere des Wettbewerbsrechts- und Kartellrechts auf das deutsche Anwaltsberufsrecht*, Frankfurt am Main, 2005; M. FONTAINE CAMPOS, «Da natureza jurídica das ordens profissionais: associações públicas ou associações de empresas?: a propósito de dois acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», *Direito e justiça*, XVIII, 2, 2004, pp. 297-321; I.S. FORRESTER, «Where law meets competition: is Wouters like Cassis de Dijon or a platypus?», en C.-D. EHLERMANN/I. ATANASIU [Eds.], *European Competition Law Annual 2004: the relationship between competition Law and the [liberal] professions*,

Oxford, 2006, pp. 271-294; L. IDOT, «Avocats et droit de la concurrence: la rencontre a eu lieu...», *Europe*, année 12, n.º 5, mai 2002, pp. 5-8; M. LAO, «Comment: the rule of reason and horizontal restraints involving professionals», *Antitrust Law Journal*, vol. 68, n.º 2, 2000, pp. 499-526; I. LUC, «Ordres professionnels et concurrence», *Petites affiches*, vol. 393, n.º 192, 24 septembre 2004, pp. 5-13; K.-P. MAILÄNDER, «Anwaltliches Gebührenrecht im europarechtlichen Aufwind», *NJW*, 60, 13, 2007, pp. 883-886; R. MARTIN, «Tarification des honoraires et Communauté européenne: l'exemple italien», *La semaine juridique. Édition générale*, n.º 6, 2007, pp. 3-4; H. NYSENS, «Concurrence et ordres professionnels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?», *Revue de Droit commercial belge*, 1999, pp. 475-489; R. O'LOUGHLIN, «EC competition rules and free movement rules: an examination of the parallels and their furtherance by the ECJ Wouters decision», *Eur.Compet.L.Rev.*, 24, 2, 2003, pp. 62-69; C. PERLAT-LOPES, «Honoraires d'avocats: la réglementation des tarifs en Italie: à propos de l'arrêt Cipolla et Macrino [CJCE, 5 décembre 2006]», *Gazette du Palais*, 126, 351-353, pp. 2-8; F. PERTEK, «Die italienische Gebührenordnung für Rechtsanwälte im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten [Cipolla/Macrino, Capodarte, Urteil des EuGH vom 5. Dezember 2006, verbundene Rechtssachen C-94/04, C-202/04]», *European Law Reporter*, n.º 2, 2007, pp. 50-54; D. DEL PRETE, «Ordres professionnels et droit communautaire de la concurrence», *Petites affiches*, 393, 101, 20 mai 2004, pp. 5-12; C. PRIETO, «Les professions libérales sous le joug de la politique européenne de la concurrence?», *La semaine juridique. Édition générale*, 78, 15, 7 avril 2004, pp. 665-671; A. RENETTE, «Les professions libérales face à la 'libre concurrence'», *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 114, 1, 2007, pp. 12-18; B. RENTMESTER/C. PERLAT-LOPES, «Competition law and the legal profession: an overview of EC law and national reforms», *Concurrences*, n.º 1, 2007, pp. 197-200; V. RÖRMERMANN/K. WELLIGE, «Rechtsanwaltskartelle – oder Anwaltliches Berufsrecht nach den EuGH-Entscheidungen Wouters und Arduino», *BB*, 57, 13, 2002, pp. 633-638; P. SCHLOSSER, «From freedom of establishment for lawyers to European competition law», *The European Legal Forum*, n.º 2, 2002, pp. 94-101; A.J. VOSSESTEIN, «Case C-35/99, Arduino, judgment of 19 February 2000, Full Court; Case C-309/99, Wouters et al. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, judgment of 19 February 2002, Full Court; not yet reported», *C.M.L.Rev.*, 39, 4, 2002, pp. 841-863).

Para realizar un tratamiento más preciso de la cuestión, vamos a centrar el estudio en el ámbito de aplicación del art. 81 TCE. El precepto comunitario mencionado regula la figura de las *ententes*, esto es, acuerdos de empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas, que tienen por objeto o efecto restringir o falsear la competencia en el mercado intracomunitario. Para que esta disposición pudiese aplicarse a esta práctica del Colegio de Abogados italiano, sería necesario que dicho órgano fuese

una asociación de empresas y que, por ende, los abogados fuesen considerados empresas.

7. *Los abogados son empresas*

Las destinatarias del art. 81 TCE son las empresas y las asociaciones de empresas (*Vid., ad ex.*, L. ARCELIN, «tre ou [et?] ne pas être une entreprise, c'est la question», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 11, 2007, pp. 21-24; S. BELHAJ/J.W. VAN DE GRONDEN, «Some room for competition does not make a sickness fund an undertaking: is EC competition law applicable to the health care sector? [Joined cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 AOK]», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 11, 2004, pp. 682-687; G. CHAVRIER, «Établissement public de santé: logique économique et droit de la concurrence», *Revue de droit sanitaire et social*, n.º 2, 2006, pp. 274-287; C. CICORIA, *Nonprofit organizations facing competition: the application of United States, European and German competition law to not-for-profit entities*, Frankfurt am Main, 2006; J.-L. CLERGERIE, «Droit communautaire et monopole de la sécurité sociale», *Recueil Le Dalloz*, 1e cahier [rouge], 182, 39, 2006, pp. 2684-2685; E. DEARDS, «Close shop versus one stop shop: the battle goes on», *Eur.L.Rev.*, 27, 5, 2002, pp. 618-627; M. DE DOMINICIS, *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2005; B.-J. DRUIJBER, «Joined cases C-264/01, C-306/01, C-453/01 and C-355/01, 'AOK Bundesverband a.o.', judgment of the Full Court of 16 March 2004», *C.M.L.Rev.*, 42, 2, 2005, pp. 523-533; L. FABIANO, «Il diritto disciplinare sportivo e la tutela della concorrenza: qualche riflessione sul rapporto fra il diritto comunitario ed il fenomeno del doping», *DPCE*, IV, 2006, pp. 1867-1873; N. GAVIANO, «La decisione comunitaria sulle fondazioni bancarie: diritto della concorrenza ed enti non-profit», *Il diritto dell'Unione Europea*, 8, 1, 2003, pp. 89-114; C. GOLINO, «Enti non profit, attività di impresa e concorrenza», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2006, pp. 799-841; J. W. VAN DE GRONDEN, «Purchasing Care: Economic Activity or Service of General [Economic] Interest?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 2, 2004, pp. 87-94; A. HAFFNER, «'United States Postal Service v Flamingo Industries [USA] Ltd': does the USA have the answer to the 'undertaking problem' in Europe?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 26, 7, 2005, pp. 397-402; P.W. HEERMANN, «Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11. Oktober 2004, Rs. T-313/02, Meca-Medina und Majcen», *GPR*, 2, 3, 2005, pp. 118-119; S. HENNION, «Services sociaux et concurrence», *Revue de droit sanitaire et social*, n.º 5, 2006, pp. 801-810; S. HORSCH, *Die Handelsvertretung im EG-Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999 und der Leitlinien für vertikale Beschränkungen*, Münster, 2005; B. KARL, *Auswirkungen des europäischen Wettbewerbsrechts und des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs auf die Leistungserbringung in der Krankenversicherung*, vol. 1 [*Allgemeines*], Wien, 2005; J. KESSLER, «Die gesetzliche Krankenversicherung als Ausnahmereich im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht im Lichte der neueren Rechtsprechung»,

WRP, 52, 11, 2006, pp. 1283-1287; M. KLEIS/P. NICOLAIDES, «The concept of undertaking in education and public health systems», *European State Aid Law Quarterly*, 5, 3, 2006, pp. 505-508; C. KOENIG/J. KÜHLING/C. MÜLLER, «Marktfähigkeit, Arbeitsgemeinschaften und das Kartellverbot», *WuW*, 2005, pp. 126-136; G. KORDEL, *Arbeitsmarkt und europäischen Kartellrecht: zur Anwendbarkeit der Art. 81, 82 EGV und der Fusionskontrollverordnung auf das Verhalten von Arbeitnehmern, Arbeitgebern und ihre Verbände*, Köln, 2004; R. KOVAR, «Quand la Cour de justice invite à s'intéresser à nouveau aux notions d'entreprise et activité économique», *D.*, 2e cahier [bleu], 182e année, n.º 13, 2006, pp. 919-924; M. KRAJEWSKI, «Festbetragsregelung, Krankenkassen und europäisches Wettbewerbsrecht», *EWS*, 15, 6, 2004, pp. 256-265; M. KRAJEWSKI/M. FARLEY, «Limited competition in national health systems and the application of competition law: the 'AOK Bundesverband' case», *Eur.L.Rev.*, 29, 6, 2004, pp. 842-851; M. KRAJEWSKI/M. FARLEY, «Non-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law after FENIN», *Eur.L.Rev.*, 32, 1, 2007, pp. 111-124; K. W. LANGE, «Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff und staatliches Wirtschaftshandeln in Europa», *WuW*, 52, 10, 2002, pp. 953-961; K.P.E. LASOK, «When is an Undertaking not an Undertaking?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 7, 2004, pp. 383-385; V. LOURI, «The FENIN Judgment: The Notion of Undertaking and Purchasing Activity; Case T-319/99, Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental v. Commission», *Leg.Iss.Eur.Integr.*, 2005, 32, 1, pp. 87-98; A. LOTZE, «Kartellrechtliche Restriktionen der Verbandstätigkeit», en FORSCHUNGSINSTITUT FÜR WIRTSCHAFTSVERFASSUNG UND WETTBEWERB E.V., *Enforcement: die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts: Referate des XXXVII. FIW-Symposiums erweitert durch Referate des XXXI. FIW-Seminars*, Köln, 2005, pp. 117-147; G. MANGEAT/F. AEPLI, «Anti-doping and competition law [David Meca-Medina, Igor Majcen vs. Commission, judgment of the ECJ of 18 July 2006, C-519/04]», *European Law Reporter*, n.º 9, 2006, pp. 365-368; M. MENDES PEREIRA, «From discothèques to websites, a new approach to music copyright licensing: the *Simulcasting* decision», *Competition Policy Newsletter*, 2003, 1, pp. 44-49; M. MENZ, *Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot*, Berlín, 2004; C. MIÈGE, «Contrôle d'une réglementation antidopage au regard des règles communautaires de concurrence», *La semaine juridique. Édition générale*, n.º 48, 2006, pp. 2227-2229; E.-J. MESTMÄCKER, «Performing rights organisations in the Common Market: comparative observations», en KARL RIESENHUBER [Hrsg.], *Ernst-Joachim Mestmäcker: Beiträge zum Urheberrecht*, Berlín, 2006, pp. 227-237; ID., «Zur Anwendung von Kartellaufsicht und Fachaufsicht auf urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften und ihre Mitglieder», en K. RIESENHUBER (Hrsg.), *Ernst-Joachim Mestmäcker: Beiträge zum Urheberrecht*, Berlín, 2006, pp. 239-257; R. MÖLLER, «Die Unternehmenseigenschaft deutscher Sozialversicherungsträger in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes»

fes», *ZESAR*, 5-6, 2006, pp. 200-209; F. MONTAG, «Völkerrechtliche Immunität internationaler Organisationen und europäisches Kartellrecht», en *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat / Common values in international law*, 2006, pp. 389-408; F. MULLER, «Les mutuelles dans la tourmente de la concurrence», *Revue de droit sanitaire et social*, n.º 5, 2006, pp. 828-841; A. NATZ, *Marktregulierung durch Arzneimittelfestbeträge – Gesetzliche Krankenkassen im Lichte des Wettbewerbsrechts der EU und der USA*, Frankfurt am Main, 2005; O. ODUDU, «The meaning of undertaking within 81 EC», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 7, 2004-2005, pp. 211-241; C. PESCE, «Gli enti di gestione del Sistema nacional de salud spagnolo non agiscono come imprese nella gestione del sistema sanitario», *DPCE*, IV, 2006, pp. 2003-2008; S. VAN RAEPENBUSCH, «Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social», en *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, pp. 99-161; S. REIFEGERSTE, «Le droit communautaire de la concurrence ne s'applique pas à la réglementation antidopage [TPICE, 30 septembre 2004]: note», *Petites affiches*, 395, 157, 2006, pp. 27-29; M. REYSEN/G. BAUER, «Health Insurance and European Competition Law. Anmerkung zu EuGH Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01 [AOK Bundesverband u.a.]», *ZWeR*, 2004, pp. 568-591; A. RINKEN/O. KELLMER, «Kommunale Krankenhäuser als Instrumente sozial-staatlich-kommunaler Daseinsvorsorge im europäischen Verfassungsverbund», *Die Verwaltung*, 39, 1, 2006, pp. 1-28; W.-H. ROTH, «Zum Unternehmensbegriff im europäischen Kartellrecht», en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, 2006, pp. 393-408; R. P. SCHENKE, «Die Wettbewerbsposition der gesetzlichen Krankenversicherung im Spiegel des Europarechts», en *Steuerungsinstrumente im Recht der Gesundheitswesens*, vol. 1, *Wettbewerb*, 2005, pp. 77-108; Id., «Der Wettbewerbsgedanke im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung aus Sicht des Verfassungs- und Europarechts – Eine Rechtsprechungsanalyse», *WiVerw*, 2006, pp. 34-72; U. SOLTÉSZ/J.-C. PUFFER-MARIETTE, «Krankenhäuser im Fokus des europäischen Wettbewerbsrechts», *EWS*, 17, 10, 2006, pp. 438-445; J. E. SORIANO GARCÍA, «Uniones Temporales de Empresas ¿un caso especial en Derecho de la competencia?», *Gac.Jur.UE*, n.º 230, 2004, pp. 45-62; T. DI TANNO, «La Corte di giustizia e la vexata quaestio della natura delle fondazioni bancarie», *Rassegna tributaria*, XLIX, 4, 2006, pp. 1093-1117; M. TICOZZI, «Il compenso del professionista intellettuale: autonomia contrattuale tra tariffe inderogabili e disciplina comunitaria antitrust», en *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, 2005, pp. 35-83; S. DE WAELE, «Liberal professions and recommended prices: the Belgian architects case», *Competition Policy Newsletter*, 2004, 3, pp. 44-46; N. WALDHORST, *Die Kammern zwischen Kartell- und Verwaltungsorganisationsrecht: dargestellt am Beispiel der Bundesrechtsanwaltskammer und der Industrie- und Han-*

delskammern, Baden-Baden, 2005; W. R. WALZ, *Non-Profit-Organisationen im europäischen Zugwind: Referat im Rahmen der Vortragsreihe 'Rechtsfragen der europäischen Integration'*, Bonn, den 30.01.2006, Bonn, 2006 [también en *Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa*, 2007, pp. 653-675]; M. WATHELET, «L'arrêt Meca-Medina et Majcen: plus qu'un coup dans l'eau», *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 113, 41, 2006, pp. 1799-1809; S. WEATHERILL, «Anti-doping rules and EC law», *Eur.Compet.L.Rev.*, 26, 7, 2005, pp. 416-421; ID., «Anti-doping revisited: the demise of the rule of 'purely sporting interest'», *Eur.Compet.L.Rev.*, 27, 12, 2006, pp. 645-657). El comportamiento enjuiciado podría calificarse de decisión de asociación de empresas; pero, para ello, el Colegio de Abogados debería ser considerado una de ellas.

8. Las asociaciones de empresas son agrupaciones de empresas. Por lo tanto, para que el Colegio de Abogados sea considerado una asociación de empresas, los abogados colegiados deberían ser las empresas que componen la asociación. Efectivamente lo son. Esta cuestión quedó resuelta en el asunto *Wouters* (STJCE de 19 febrero 2002, *Wouters*, C-309/99, *Rec.* 2002, p. I-1577). En esta sentencia el Tribunal de Justicia afirmó lo siguiente:

«46. Según reiterada jurisprudencia, el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (véanse, en particular, las sentencias de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, C-41/90, *Rec. p. I-1979*, apartado 21; de 16 de noviembre de 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance* y otros, C-244/94, *Rec. p. I-4013*, apartado 14, y de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, «*Job Centre II*», C-55/96, *Rec. p. I-7119*, apartado 21).

47. En este sentido, también es reiterada jurisprudencia que constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (véanse, en particular, las sentencias de 16 de junio de 1987, *Comisión/Italia*, I18/85, *Rec. p. 2599*, apartado 7, y de 18 de junio de 1998, *Comisión/Italia*, C-35/96, *Rec. p. I-3851*, apartado 36).

48. Los abogados ofrecen, a cambio de una retribución, servicios de asistencia jurídica consistentes en la elaboración de informes, redacción de contratos o de otros actos así como la representación y la defensa ante los órganos jurisdiccionales. Además, asumen los riesgos económicos derivados del ejercicio de dichas actividades, ya que, en caso de desequilibrio entre gastos e ingresos, son los propios abogados quienes han de soportar las pérdidas.

49. Por consiguiente, los abogados colegiados en los Países Bajos ejercen una actividad económica y constituyen por tanto empresas en el sentido de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado, sin que esta conclusión quede desvirtuada por la complejidad y el carácter técnico de los servicios que prestan ni por el hecho de que el ejercicio de su profesión esté regulado (en este

sentido véase, en relación con los médicos, la sentencia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451, apartado 77)».

9. Como vemos, los abogados son empresas; porque, tal como dispone el Tribunal de Justicia, por empresa hay que entender cualquier entidad que realice una actividad económica. Se considera, a estos efectos, como actividad económica, cualquier actividad relacionada con la producción de bienes o con la prestación de servicios (*vid., ad ex., C. JENNERT, «Wirtschaftliche Tätigkeit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts», WuW, 54, 1, 2004, pp. 37-46*). Los abogados son prestadores de servicios jurídicos y, por ello, son empresas a los fines del Derecho comunitario de la competencia.

10. *Los Colegios de Abogados son asociaciones de empresas.* El concepto de *asociación de empresas* recogido en el art. 81 TCE no ha sido definido por la jurisprudencia comunitaria; si bien, los rasgos caracterizadores de esta figura sí pueden extraerse de ella. Por asociación de empresas podemos entender, en el marco de la aplicación del Derecho europeo de la competencia, cualquier agrupación de empresas, con independencia de la forma jurídica que tenga. Ahora bien, para que el comportamiento llevado a cabo por esta asociación de empresas pueda calificarse de *entente* es necesario que la entidad tenga un mínimo de organización, de forma que pueda adoptar decisiones que representen la voluntad común de los asociados (*vid., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea, Madrid, 2003, pp. 846-848*).

11. La jurisprudencia comunitaria mantiene que los Colegios de Abogados son asociaciones de empresas, por cuanto están formados por abogados (STJCE 19 febrero 2002, *Wouters*, C-309/99, *Rec. 2002, p. I-1577, apartado 50*).

12. *Ejercicio de la abogacía y Derecho europeo de la competencia: cuestiones particulares*

El comportamiento concreto que se analiza en esta sentencia es la fijación de honorarios para los abogados que prestan servicios en Italia: el baremo mencionado es establecido por el Colegio de Abogados de Italia y tiene un ámbito de aplicación nacional, esto es, todos los profesionales que ejerzan la abogacía en este país deberían ajustarse a dichos honorarios. Se trata de una cuestión que, al menos, ya en los años noventa suscitó serias reservas desde el punto de vista del Derecho europeo de la competencia (*vid., ad ex., L. MISSON/F. BAERT, «Les baremes d'honoraires des avocats sont-ils illicites?», J.T., n.º 5765, 1995, pp. 485-492 y TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones, junio 1992*).

13. *Afectación de la totalidad de un Estado miembro*

Ahora bien, para que la práctica controvertida pueda ser considerada una *entente*, es necesario que afecte a una parte sustancial del mercado intracomunitario (*vid., ad ex., L. BERENGUER-FUSTER, «¿Se debe mantener la exi-*

gencia de la afectación al comercio entre los Estados miembros en los arts. 81 y 82 del Tratado?», en S. MARTÍNEZ LAGE/A. PETITBÓ-JUAN [Dir.], *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, 2005, pp. 189-208; P. BRIDGELAND, «Court of Firts Instance upholds three Commission decisions relating to beer ties», *Competition Policy Newsletter*, n.º 2, June 2002, pp. 45-47; R. BURNLEY, «Interstate trade revisited: the jurisdictional criterion for Articles 81 and 82 EC», *Eur.Compet.L.Rev.*, 23, 5, May 2002, pp. 217-226; S. DEGEN, *Die Zwischenstaatlichkeitsklausel des europäischen und deutschen Kartellrechts*, Frankfurt am Main, 2004; J. KOCH, «Kartellrechtsentscheidung des EuGH in Fällen ohne zwischenstaatlichen Bezug?», *WuW*, 56, 7-8, 2006, pp. 710-719; M. LORENZO ALONSO, *Die Neuausrichtung der Zwischenstaatlichkeitsklausel der Art. 81, 82 EG. Folgen der neuesten Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts für die Zwischenstaatlichkeitsklausel – unter besonderer Berücksichtigung des Bankenbereichs*, Frankfurt am Main, 2003; F. PERTEK, «Geheime Kartelle auf dem belgischen Biermarkt: [Brouwerij Haacht vs. Kommission, T-48/02, EuG vom 6. Dezember 2005]», *European Law Reporter*, n.º 12, 2005, pp. 484-487; S. POILLOT-PERUZZETTO, «Affectation du commerce entre États membres», en G. CANIVET [Dir.], *La modernisation du droit de la concurrence*, París, 2006, pp. 51-83; U. SOLTÉSZ, «Die Zwischenstaatlichkeitsklausel(n) im europäischen Kartell- und Beihilferecht: Parallelen, Gegensätze und Perspektiven», en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN [Hrsg.], *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, 2006, pp. 501-513; J.-P. VIENNOIS, «Clarification du champ d'application du droit communautaire de la concurrence [Brèves observations sur la communication de la Commission européenne relative à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité]», *Petites affiches*, vol. 393, n.º 190, 22 septembre 2004, pp. 9-12; S. WIMMER-LEONHARDT, «Zur zwischenstaatlichen Bedeutung von Mittelstandskartellen», *WuW*, 56, 5, 2006, pp. 486-492). En realidad, el Tratado de Roma no exige que la afectación sea sustancial, sin embargo, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia así lo han determinado.

14. La Comisión, a través de sus Comunicaciones sobre los acuerdos de menor importancia, ha venido estipulando que los acuerdos de empresas que deben ser objeto de la aplicación del art. 81 TCE deben ser aquellos que tengan una determinada relevancia económica. En este sentido, el órgano comunitario ha definido los llamados *acuerdos de minimis*, entendiéndolo por éstos los que afectan a una pequeña cuota de mercado. Precisamente por ello, por la mínima cuota de mercado, la Comisión presume que dichos acuerdos no afectan a una parte sustancial del mercado intracomunitario y, por tanto, no pueden ser analizados bajo la óptica del Derecho europeo de la competencia.

La última Comunicación al respecto es del año 2001. En ella, se fija en un 10%, para los acuerdos horizontales, y en un 15%, para los verticales, la

máxima cuota de mercado afectada que permite definir el comportamiento como *de minimis* –con las excepciones recogidas en el art. 11 (DO C 368 de 22 diciembre 2001)–. La Comisión considera que son menos dañinos para la competencia los acuerdos verticales. De ahí que la cuota de mercado afectada pueda ser mayor que la que se establece para los horizontales.

15. El Tribunal de Justicia, por su parte, en numerosas sentencias exige, también, que la afectación sea de una parte sustancial del mercado intracomunitario. En concreto, y en relación con la sentencia objeto de estudio, el Tribunal de Luxemburgo considera que cuando el comportamiento litigioso afecta a la totalidad de un Estado miembro, debemos entender que se trata de una afectación de una parte sustancial del mercado comunitario. En el caso C-35/96, el órgano judicial ya se pronunció en este mismo sentido con estas palabras: «*Por lo que se refiere a la afectación de los intercambios intracomunitarios, basta con recordar que, por su propia naturaleza, una práctica colusoria que se extienda a todo el territorio de un Estado miembro tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional, que obstaculizan de este modo la interpenetración económica perseguida por el Tratado (sentencias de 17 de octubre de 1972, Vereeniging van Cementhandelaren/Comisión, 8/72, Rec. p. 977, apartado 29, y de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 22)*» (STJCE de 18 junio 1998, *Agentes de aduanas*, C-35/96, Rec. 1998, p. I-3857, apartado 48).

16. *¿Normativa estatal o privada?* El art. 81 TCE está destinado a las empresas. Estas entidades son las únicas que pueden llevar a cabo los comportamientos colusorios regulados en el precepto mencionado. Sin embargo, en virtud al artículo 10 TCE, en relación con el artículo 3.g) del mismo texto comunitario, «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 puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado» –para alcanzar los fines del Tratado las acciones de la Comunidad implicarán, entre otros objetivos, «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior» (art. 3.g)–.

17. Tal como dispone el Abogado General, el Sr. M. POIARES MADURO, en las Conclusiones presentadas al caso *Cipolla*, el 1 de febrero de 2006, el artículo 10 del Tratado de Roma, en relación con el 81, sólo se considerará infringido en dos supuestos: «si un Estado miembro impone, favorece o refuerza los efectos de prácticas colusorias prohibidas por el artículo 81 CE, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica» (apartado 31). Ambas actuaciones se distinguen, porque la primera supone una omisión de intervención del poder público –permitien-

do, por tanto, la conclusión de acuerdos anticoncurren- ciales– y porque la segunda consiste en delegar formalmente en los operadores privados la toma de decisiones de interés público (*vid.*, *ad ex.*, T. BALLARINO/L. BELLODI, «Contraintes étatiques en matière de concurrence», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2003, 3, pp. 555-588; F. CASTILLO DE LA TORRE, «Conductas anticompetitivas impuestas o fomentadas por los Estados Miembros: deberes de los órganos que aplican el Derecho de la competencia y responsabilidad de las empresas [Comentario a la sentencia Consorzio Industrie Fiammiferi, de 9 de septiembre de 2003]», *Rev.Der.Com.Eur.*, 8, 17, 2004, pp. 161-192; ID., «State action defence in EC competition law», *World Compet.*, 28, 4, 2005, pp. 407-431; ID., «Reglamentaciones públicas anticompetitivas», en *Tratado de Derecho de la competencia*, t. 2, 2005, pp. 1301-1391; N. CHARBIT, «L'entente 'automatique'», *Concurrences*, n.º 2, 2006, pp. 44-60; W. COONEY, «Competition and the Noerr-Pennington doctrine: when should political activity barred under European community competition law», *The George Washington International Law Review*, 34, 4, 2003, pp. 871-894; W. EICHELE, «Anmerkung zu EuGH Rs. C-250/03 [Zugang zum Beruf des Rechtsanwalts in Italien; Zusammensetzung des Prüfungsausschusses]», *EuZW*, 2005, pp. 274-276; M. FROMONT, «Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Marktfreiheit und staatlicher Inpflichtnahme aus französischer Sicht», *EuR*, 39, 2, 2004, pp. 41-49; M.S. GAL/I. FAIBISH, «Six principles for limiting government-facilitated restraints on competition», *C.M.L.Rev.*, 44, 1, 2007, pp. 69-100; F. GUJER, «Wettbewerbsverhinderung durch Investitionsschutz?», *AJP*, 15, 5, 2006, pp. 561-573; L. GYSELEN, «Anti-competitive State action in the area of liberal professions: an EU/US comparative law perspective», *European Competition Law Annual 2004*, 2006, pp. 353-395; T. HASSEL, *Hoheitliches Handeln als Vertoss gegen EU-Kartellrecht*, Hamburgo, 2006; M. KLASSE, *Gemeinschaftsrechtliche Grenzen für staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen: dargestellt anhand von Entscheidungen des EuGH unter besonderer Berücksichtigung von Preisregelungen im Energierecht*, Baden-Baden, 2006; R. LAUDA, «Allgemeininteresse und Berufszugang. Anmerkung zu EuGH Rs. C-250/03 [Mauri/Ministero della Giustizia]», *NJW*, 2005, pp. 1526-1527; L. LEZZI, «Regolazioni anticoncorrenziali: criteri di responsabilità per Stato, associazioni d'impres e impres private», *Mercato concorrenza regole*, VIII, 1, 2006, pp. 61-94; P. NEBBIA, «Case C-198/01, 'Consorzio Industrie Fiammiferi [CIF] v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato', Judgement of the Full Court of 9 September 2003», *C.M.L.Rev.*, 41, 3, 2004, pp. 839-849; A. B. PÉREZ DEL SOL, «Comentarios a la Sentencia del TJCE, de 9 de septiembre de 2003, en el asunto Consorzio Industrie Fiammiferi [CIF] Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», *Gac.Jur.U.E.*, n.º 228, 2003, pp. 85-96; C. M. VON QUITZOW, *State measures distorting free competition in the EC: a study of the need for a new Community policy towards anti-competitive State measures in the EMU perspective*, The Hague, 2002; C. RIZZA,

«The Duty of National Competition Authorities to Disapply Anti-Competitive Domestic Legislation and the Resulting Limitations on the Availability of the State Action Defence [Case C-198/01 CIF]», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 2, 2004, pp. 126-131; V. RÖMERMANN/KR. WELLIGE, «Rechtsanwaltskartelle – oder Anwaltliches Berufsrecht nach den EuGH-Entscheidungen Wouters und Arduino», *BB*, 57, 13, 2002, pp. 633-638; H. SCHEPEL, «Delegation of regulatory powers to private parties under EC competition law: towards a procedural public interest test», *C.M.L.Rev.*, 39, 1, February 2002, pp. 31-51; R. SENIGAGLIA, «Diritto antitrust e potere di autodeterminazione tariffaria nel mercato delle professioni intellettuali», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXII, 4, 2006, parte II, pp. 200-214; C. STUMPF, «Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Marktfreiheit und staatlicher Inpflichtnahme: die europarechtliche Perspektive», *EuR*, 39, 2, 2004, pp. 7-27; J. SZOBOSZLAI, «Delegation of State regulatory powers to private parties: towards an active supervision test», *World Compet.*, 29, 1, 2006, pp. 73-87; J. TEMPLE LANG, «National measures restricting competition, and national authorities under Article 10 EC», *Eur.L.Rev.*, 29, 3, 2004, pp. 397-406; L. VIOLINI, «Grundzüge der aktuellen italienischen Wirtschaftsverfassung im Lichte der Europäischen Integration», *EuR*, 39, 2, 2004, pp. 29-40; A. J. VOSSESTEIN, «Case C-35/99, Arduino, judgment of 19 February 2000, Full Court; Case C-309/99, Wouters et al. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, judgment of 19 February 2002, Full Court; not yet reported», *C.M.L.Rev.*, 39, 4, 2002, pp. 841-863; F. H. WAGNER, «Die Verantwortlichkeit des Staates für Wettbewerbsbeschränkungen durch Gesetz in föderalen Systemen», *WuW*, 53, 5, 2003, pp. 454-472; R. WAINWRIGHT/A. BOUQUET, «State intervention and action in EC competition law», *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2003*, 2004, pp. 539-579).

El asunto objeto de estudio es un ejemplo que quedaría englobado en el segundo supuesto enunciado. En el caso *Cipolla*, los órganos judiciales que plantean la cuestión prejudicial lo hacen para que el Tribunal de Justicia resuelva, entre otras cuestiones, si el baremo de honorarios es una decisión del Colegio de Abogados de Italia –una decisión privada, por tanto, y sometida al Derecho europeo de competencia– o si se trata de una normativa pública –y, por ello, exenta de la aplicación de las normas de competencia–.

18. El Tribunal de Luxemburgo resalta, como dato determinante, la aprobación final de dichos honorarios por parte de la autoridad pública: «*En efecto, el baremo del Colegio de Abogados nacional de Italia es un proyecto que debe ser aprobado por el Ministro de Justicia para que tenga fuerza obligatoria. La necesaria intervención final del poder público lleva a considerar al Tribunal de Justicia que no estamos ante una decisión de una asociación de empresas, sino que se trata de una medida de carácter público*» (apartado 49). A esta misma conclusión llegó el Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Arduino*, antes mencionado.

19. Reafirmando el carácter estatal de una medida elaborada de esta forma, el Abogado General observó que, con respecto a las prestaciones extrajudiciales, el baremo permitía que los jueces que lo aplicaran pudieran fijar los honorarios de forma discrecional, sin motivación alguna, dentro de la horquilla marcada por los límites mínimo y máximo, y que, incluso, pudieran ignorar tales límites si motivase. Por consiguiente, los órganos jurisdiccionales están obligados a actuar en este marco, respetando, en la medida de lo posible, las reglas de competencia del Derecho comunitario (apartado 45 de las Conclusiones). Dicho con otros términos, los jueces deberían utilizar ese margen de maniobrabilidad que permite la regulación para dañar la competencia en la menor medida posible.

20. El asunto *Cipolla* plantea una cuestión más que no fue analizada en el caso *Arduino*: la Corte d'appello di Torino preguntó al Tribunal si la normativa litigiosa es contraria al art. 49 TCE (*vid.* F. PERTEK, «Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die italienische Gebührenordnung für Rechtsanwälte [Schlussanträge des Generalanwalts Miguel Poiars Maduro vom 1. Februar 2006 in den Rechtssachen C-94/04 *Cipolla* und C-202/04 *Macrino*], *European Law Reporter*, n.º 3, 2006, pp. 108-112). Dicho con otras palabras, el órgano judicial italiano dudaba sobre la compatibilidad del baremo de honorarios en relación con el ejercicio de la *libre prestación de servicios* (sobre la libertad de establecimiento/libre prestación de servicios de las profesiones jurídicas, *vid., ad ex.*, G. ALPA, «La versione definitiva della direttiva sui servizi e il suo ambito di operatività per l'avvocatura», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXIII, 2, 2007, parte II, pp. 59-60; F. BACHELIN, *Die Zusammenarbeit von Rechtsanwälten in Europa: eine Gegenüberstellung von losen Kooperationsformen und integrierten Berufsausübungsgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung europarechtlicher, berufsrechtlicher und haftungsrechtlicher Aspekte*, Bonn, 2002; A. BARONE/P. PICCOLI, «I notai», en L. NOGLER [Dir.], *Le attività autonome*, Turín, 2006, pp. 277-311; M. D. BLÁZQUEZ PEINADO, «El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios de los abogados: algunos apuntes y últimos desarrollos jurisprudenciales», *Gac.Jur.U.E.*, n.º 217, 2002, pp. 39-58; P. CABRAL, «Case C-168/98 'Grand-Duchy of Luxembourg v. European Parliament and Council of the European Union': judgment of 7 November 2000», *C.M.L.Rev.*, 39, 1, February 2002, pp. 129-150; S. M. CARBONE, «Il notaio tra regole nazionali ed europee: diritto societario e professioni regolamentate alla prova delle libertà comunitarie», *Il diritto dell'Unione Europea*, 8, 4, 2003, pp. 689-710; S. M. CARBONE/A. TARAMASSO, «Libera prestazione di servizi, tariffe professionali e professione di avvocato», *Dir. comm. int.*, 19, 2, 2005, pp. 231-243; W. EICHELE, *Auswirkungen des Europarechts, insbesondere des Wettbewerbsrechts- und Kartellrechts auf das deutsche Anwaltsberufsrecht*, Frankfurt am Main, 2005; F. FERRARO, *L'avvocato comunitario: contributo allo studio delle libertà di circolazione e di concorrenza dei professionisti*, Napoli, 2005; S. HAEDER,

«Das deutsche Notariat als Bereichsausnahme von der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit?», *ZEUS*, 10, 1, 2007, pp. 117-150; H.-J. HELLWIG, «Perspektiven der deutschen Anwaltschaft ex Europa», *NJW*, 2005, pp. 1217-1226; M. HENSSLER, «Die Zulassung ausländischer Anwaltsgeellschaften in Deutschland», *Rechtspolitik und Berufspolitik: Felix Busse zum 65. Geburtstag*, 2005, pp. 127-153; D. KOLONOVITS [Hrsg.], *Anwaltsrecht in EU-Beitrittsländern. Berufsrecht der Rechtsanwälte in ausgewählten EU-Beitrittsländern im Lichte des Gemeinschaftsrechts*, Wien, 2003; N. PREUSS, «Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung», *ZEuP*, 2005, pp. 291-321; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Régimen jurídico de la abogacía internacional*, Granada, 2003; V. SANGIOVANNI, «L'avvocato italiano in Germania: la prova attitudinale per il conseguimento del titolo di 'Rechtsanwalt'», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LIX, 4, 2005, pp. 1247-1266; P.F. SCHLOSSER, «From freedom of establishment for lawyers to European competition law», *Eur. Legal Forum*, 2002, 2, 2, pp. 94-101; J. SCHÜTZEBERG, *Der Notar in Europa: eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, französischen, niederländischen und englischen notariellen Berufsrechts*, Bonn, 2005; C. TUO, «La 'professione' del praticante avvocato secondo la Corte di giustizia: alcuni rilievi sul caso Morgenbesser», *Dir. comm. int.*, 18, 2, 2004, pp. 435-455; G. VICICONTE, «La libera circolazione degli avvocati», en L. NOGLER [Dir.], *Le attività autonome*, Torino, 2006, pp. 353-421; M.^a T. VIÑUELAS ZAHÍNOS, *La libre circulación del abogado en la Unión Europea*, Pamplona, 2004; J.-C. ZARKA, «Modalités d'inscription des avocats citoyens communautaires à un barreau d'un État membre: note», *La semaine juridique. Édition générale*, n.º 49, 2006, pp. 2285-2286).

El Tribunal de Luxemburgo centró su análisis en el límite mínimo de los honorarios. Explicó el órgano judicial comunitario que la imposición de unos precios mínimos obstaculiza el ejercicio de la libre prestación de servicios, ya que, de esta forma, los abogados establecidos en otro Estado miembro encuentran trabas a la posibilidad de prestar asesoramiento en Italia, al no poder competir en precios. En efecto, los profesionales que no ejercen de forma habitual en Italia no tendrían por qué ser conocidos en ese mercado, con lo cual, los potenciales clientes podrían no conocer la calidad de su trabajo. Con este panorama, la única forma en la que dichos letrados podrían hacerse un hueco en el mercado italiano sería compitiendo en precios, posibilidad que les está vedada por la existencia del baremo de honorarios. Así descrita la situación, la imposición de precios constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios de estos profesionales.

El Tribunal de Justicia contestó a la cuestión con estas palabras: «*En efecto, dicha prohibición priva a los abogados establecidos en un Estado miembro distinto de la República Italiana de la posibilidad de competir más eficazmente, pidiendo unos honorarios más reducidos que los fijados por el baremo, con los abogados instalados de forma estable en el Estado miembro*

de que se trate y que disponen por tanto de mayores facilidades que los abogados establecidos en el extranjero para captar clientela (...)». «Del mismo modo, la prohibición así prevista limita la elección de los destinatarios de los servicios en Italia, ya que éstos no pueden recurrir a los servicios de abogados establecidos en otros Estados miembros que en Italia ofrecerían sus servicios a un precio por debajo de los honorarios mínimos fijados en el baremo» (apartados 59 y 60).

21. Una vez que se ha determinado que el baremo de honorarios obstaculiza el ejercicio de la libre prestación de servicios, el Tribunal acaba su análisis considerando la posibilidad de que, por razón de *interés general*, la normativa controvertida deba considerarse lícita. Para ello, el órgano judicial recuerda los dos requisitos que deben concurrir en la citada regulación, a saber, que la medida «*sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue, y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo*» (apartado 64). Es el órgano judicial remitente el que debe valorar ambos aspectos para decidir si la normativa debe ser aplicada o no.

En relación con el primer factor, la fijación de honorarios persigue el objetivo de garantizar la protección de los consumidores y la buena administración de justicia. Los defensores del baremo alegan que permitir que los abogados puedan cobrar por sus servicios unos precios bajos podría conllevar un detrimento de su calidad. Respecto del segundo, el órgano judicial de Turín debe comprobar si las «normas profesionales para los abogados, en particular, las normas de organización, de calificación, de deontología, de control y de responsabilidad, son por sí solas suficientes para alcanzar los objetivos de protección de los consumidores y de buena administración de justicia» (apartado 69).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo

Caso N.º 49. Ententes: STJCE 14 diciembre 2006, As. C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos, S. A. (CEPSA)

NOTA

1. En el asunto que enfrentó a la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios (en lo sucesivo, «La Confederación») con la Compañía Española de Petróleos, S. A. (en lo sucesivo, «CEPSA»), el TJCE debió resolver una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español en la que, básicamente, se cuestionaba la interpretación que debían darse a los artículos 10 a 13 del Reglamento (CEE) 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del actual artículo 81 TCE (Reglamento (CEE) n.º 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85

del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, *DOUE* n.º L 173, de 30 de junio de 1983).

Los antecedentes fácticos del asunto se remontan al 4 de mayo de 1995, fecha en la que la Confederación presentó una denuncia ante el Ministerio de Economía y Hacienda contra determinadas empresas del sector petrolero. En concreto, se denunciaba la práctica contraria a la competencia que, en su opinión, suponían los contratos de comisión y agencia celebrados entre CEPSA y las empresas titulares de las estaciones de servicio a las que aquella suministraba sus productos. Las líneas básicas de todos los contratos eran las siguientes: a) el titular de la estación de servicios se comprometía a vender exclusivamente carburantes y combustibles del suministrador de acuerdo con las condiciones, técnicas de venta y explotación y precio de venta al público fijados por éste; b) el titular asumía el riesgo de los productos de la exclusiva desde el momento en que los recibía de CEPSA y traspasaban la brida de conexión de los depósitos o tanques de almacenamiento existentes en la estación de servicios; c) el titular debía abonar a CEPSA el importe de los carburantes o combustibles a los nueve días desde la fecha de su entrega en la estación de servicios; d) el titular percibía de CEPSA las comisiones de mercado existentes en cada momento, debiendo ser abonadas por el suministrador a los nueve días del suministro.

2. Dos son las cuestiones que principalmente debe resolver el TJCE al abordar este asunto: la competencia del TJCE para pronunciarse sobre unos hechos puramente internos que deben resolverse aplicando exclusivamente el Derecho nacional y el concepto de empresa a los efectos de determinar si constituye un «acuerdo entre empresa» de los sancionados por el artículo 81 TCE.

3. En relación con la *competencia del TJCE*, en la fase de observaciones orales y escritas del procedimiento tanto CEPSA como la Comisión de las Comunidades Europeas manifestaron sus dudas sobre la admisibilidad de una cuestión prejudicial como la planteada por el tribunal español. Esto es, una cuestión de aparente carácter doméstico en la que, al no verse afectados los intercambios comerciales entre los Estados miembros, los hechos denunciados agotaban sus efectos en el mercado español, debiendo ser enjuiciados conforme a una normativa estatal. Tanto CEPSA como la Comisión, consideraban que el tribunal comunitario sólo estaba obligado a pronunciarse sobre las cuestiones remitidas por los órganos jurisdiccionales estatales cuando éstas versasen sobre la interpretación de disposiciones de Derecho comunitario. Sin embargo, en el asunto remitido lo que se pretendía era la interpretación de una norma estatal que efectúa una remisión genérica al Derecho Comunitario. Concretamente, la cuestión controvertida estaba relacionada con la interpretación del artículo 1 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia (*Boletín Oficial del Estado*,

29 de febrero de 1992, n.º 52/1992). Este precepto en su artículo 1 establece que «De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 apartado 1, letra a), de la Ley 16/1989, quedan autorizados los acuerdos en que participen únicamente dos empresas y que, perteneciendo a alguna de las siguientes categorías afecten únicamente al mercado nacional y cumplan las condiciones que para cada una de ellas a continuación se establece: (...) b) Acuerdos de compra exclusiva, en los que una parte se comprometa con la otra a comprar para su reventa determinados productos únicamente a ella o a terceras personas distribuidoras suyas, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE n.º 1984/83 (...)» (en el ínterin, este Real Decreto fue derogado y sustituido por el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, *Boletín Oficial del Estado*, 15 de abril de 2003, n.º 90/2003).

El TJCE no compartió este punto de vista. Defendiendo un concepto amplio de «Derecho Comunitario», entendió que su competencia interpretativa no sólo comprende las disposiciones de Derecho originario y de Derecho derivado que, de alguna manera, emanan de los órganos comunitarios, sino que se extiende a supuestos en los que las normas comunitarias son aplicables a través de una remisión realizada por el Derecho nacional (es la denominada en el ámbito convencional, «incorporación por referencia» o *Hinweismethode* –CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, Granada, 1997, pág. 80–. Para profundizar al respecto, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.ª P., «La incorporación por referencia en el Derecho de los Tratados», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1985, págs. 7-40). La razón, según él, es evidente. Como la Abogada General reconoce, en la jurisprudencia del TJCE ya ha quedado de manifiesto que existe un interés comunitario patente en que toda disposición de Derecho comunitario reciba una interpretación uniforme, con independencia de las condiciones en que tenga que aplicarse (conclusiones de la Abogada General Sra. JULIANE KOKOTT, ap. 20). Pero este interés es, si cabe, mayor en el ámbito del Derecho de la competencia. En esta materia, el interés por una interpretación y aplicación lo más uniforme posible de las disposiciones comunitarias es especialmente acentuado, máxime si tenemos en cuenta que el Derecho nacional de muchos Estados en materia de competencia está directamente inspirado por las correspondientes disposiciones de Derecho comunitario. Éste es el caso de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, *Boletín Oficial del Estado*, 18 de julio de 1989, n.º 170/1989), cuyo artículo 1 se inspiraba directamente en el artículo 81.1 TCE (esta ley ha sido derogada a partir del 1 de septiembre de 2007, por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 15/2007, de 3 de julio de 2007, de Defensa de la Competencia, *Boletín Oficial del Estado*, 4 de julio de 2007, n.º 159/2007). Además, no debe olvidarse que el Derecho de la competencia se caracteriza por el hecho de que frecuentemente unos mismos hechos pueden ser dirimidos de forma paralela, tanto por normas nacio-

nales, como comunitarias (STJCE de 13 de febrero de 1969, as. 14/68, *Walt Wilhem contra Bundeskartellamt*, Rec. 1969, ap. 3. En el mismo sentido, STJCE de 16 de julio de 1992, as. C-67/91, *Asociación Española de Banca Privada y otros contra Dirección General de Defensa de la Competencia*, Rec. 1991, p. I-4785 y ss., ap. 11 y STJCE de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/97, *Bronner contra Mediaprint*, Rec. 1998, p. I-7791, ap. 19). Por lo tanto, se impone una interpretación uniforme que evite interpretaciones divergentes de una misma disposición comunitaria en función de si ésta es aplicable de manera directa o de forma indirecta (a través de la remisión efectuada por un Derecho nacional).

4. La segunda cuestión de interés que suscita la resolución objeto de análisis es la definición del concepto de empresa a la hora de determinar si estamos ante un «acuerdo entre empresas» de los que restringen el juego de la competencia y son considerados incompatibles con el mercado común por parte del artículo 81.1 TCE.

Recordemos que en este supuesto el TJCE debía determinar si los contratos de distribución en exclusiva entre CEPSA y los titulares de las estaciones de servicio constituían o no un acuerdo de empresa de los contemplados por el artículo 81 TCE o de los que, pese a poseer tal consideración, pueden beneficiarse de un acuerdo de exención por categorías. Se trataría, en todo caso, de un acuerdo vertical puesto que ambas partes son operadores situados en distinta fase del proceso económico.

Básicamente, la cuestión se resumiría en dilucidar si un intermediario es o no un operador independiente de la empresa comitente. La respuesta viene determinada por la nota de independencia. El TJCE entendió que la personalidad jurídica distinta de los agentes económicos no es determinante, sino que lo decisivo es la unidad de comportamiento en el mercado. Y estableció que los intermediarios únicamente pierden su condición de operadores económicos independientes en los supuestos en que no soportan ningún riesgo con los contratos negociados (este criterio ya había seguido por el TJCE en su sentencia de 3 de julio de 1966, as. 56/64, *Grundig contra Comisión Europea*, Rec. 1966, págs. 429 y ss.; en este asunto distinguió el acuerdo celebrado entre un productor y un distribuidor de aquél en que un productor integra en su empresa la distribución de sus propios productos por cualquier método). Por lo tanto, cuando, pese a tener una personalidad jurídica diferenciada, el comportamiento del titular de la estación de servicios depende completamente de su proveedor de carburantes, no es aplicable el artículo 81.1 TCE: no nos encontraríamos ante un acuerdo de empresas, sino ante una práctica unilateral de una empresa que tiene descentralizada alguna o varias de sus fases de la cadena de producción (ya el 24 de diciembre de 1962 la Comisión emitió una Comunicación relativa a los contratos de representación exclusiva celebrados con agentes y comisionistas; el criterio de la Comisión era que, puesto que los agentes y comisionistas desarrollan su actuación por cuenta de su principal y de acuerdo a las instrucciones impar-

tidas por éste, los acuerdos celebrados entre principal y agente relativos al desempeño por éste de su función de tal en el mercado no quedan sujetos a la prohibición del actual art. 81 TCE, ya que en este ámbito el agente carece de autonomía y es un mero ejecutor de la voluntad de su principal, es decir, no hay dos voluntades independientes, *JOCE* n.º 2.961, de 24 de diciembre de 1962).

En cualquier caso, las claves para conocer el grado de independencia del intermediario están en el contrato celebrado entre éste y su comitente. Son, en definitiva, las circunstancias fácticas de cada caso las que condicionan la respuesta que deba darse a la cuestión. Pues bien, en un intento por facilitar la labor del juzgador, el TJCE proporcionó una serie de pautas interpretativas o criterios que pueden servir para arrojar algo de luz a una casuística muy variada, a saber, quién asume los riesgos vinculados a la venta del producto y quién soporta los riesgos vinculados a las inversiones específicas que son necesarias para entrar en el mercado (estos criterios deben resultar familiares a nuestros órganos internos puesto que el TDC a la hora de delimitar la figura del agente, sustentándose en el criterio seguido en el ámbito comunitario, ha puesto el énfasis en la asunción de riesgos por parte del agente; así por ejemplo, en el asunto CEPSA –resolución de 20 de mayo de 2001– o REPSOL –resolución de 11 de julio de 2001–).

En relación con los primeros, se asume el riesgo inherente a la venta del producto cuando el titular de la estación de servicio asume, directa o indirectamente, los costes derivados de la distribución del producto (I), los costes de su conservación (II), la responsabilidad por daño, pérdida o deterioro del producto (III) o el riesgo financiero (IV) (el riesgo financiero es que supone el pago del precio del producto a su suministrador en el caso de que el titular de la estación de servicios no encontrara un comprador).

En relación con los segundos, el intermediario asumiría el riesgo vinculado a las inversiones específicas del mercado en los supuestos en que compra, alquilo o de cualquier otra manera asume el coste de los locales o equipos necesarios para el ejercicio de su actividad económica (tanques o depósitos de carburantes, en el supuesto que nos ocupa).

Analizando estos aspectos, el juzgador nacional será el que deba determinar si el intermediario es una empresa en el sentido empleado por el artículo 81 TCE o no. Si éste no asumiera los riesgos derivados de su actividad, la obligación impuesta a los titulares de las estaciones de servicio de vender el carburante a un precio determinado formaría parte de la capacidad de CEPSA para delimitar el campo de actuación de sus agentes. Por el contrario, si los intermediarios asumieran los riesgos, estaríamos ante un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 81 y, sólo entonces, se plantearía la cuestión de si puede beneficiarse de una exención por categorías de las previstas por la legislación aplicable.

Marta Casado Abarquero

Caso N.º 50. Ententes: STPI 14 diciembre 2006, Ass. T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y otros/Comisión

NOTA

1. La presente resolución tiene base en la Decisión 2004/138/CE de la Comisión, de 11 de junio de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (Asunto COMP/36.571/D-1 –Bancos austriacos– «Club Lombard») (D.O. 2004, L 56, p. 1). En ella la Comisión declaró la participación de diversas empresas en una serie de acuerdos y prácticas concertadas en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

La Comisión reprocha a los destinatarios de la Decisión impugnada que hayan creado lo que ella denomina la «red Lombard», es decir, un conjunto de reuniones periódicas, tan exhaustivas en cuanto al fondo como estrechamente vinculadas en cuanto a la forma, en el marco de las cuales concertaban a intervalos regulares sus comportamientos en relación con los principales parámetros que afectan a la competencia en el mercado de los productos y servicios bancarios en Austria. Por todo ello, la Comisión impone sanciones a las participantes.

Las empresas demandantes no discuten los hechos recogidos en la Decisión, pero cuestionan varios aspectos sustantivos y fundamentalmente procesales de ésta. A continuación, recogemos las principales conclusiones alcanzadas por el Tribunal en ambos ámbitos y nos centramos especialmente en las procesales.

2. Dentro de las cuestiones sustantivas no resulta novedosa la afirmación en virtud de la cual una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado. Resulta relevante sin embargo aclarar que esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado también puedan constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto. Por ello puede calificarse de práctica colusoria general única a un sistema de mesas redondas empleado por los bancos para concertar a intervalos regulares sus comportamientos en relación con los principales parámetros que afectan a la competencia en el mercado de los productos y servicios bancarios en un Estado miembro cuando una de ellas, como instancia suprema de todas las demás, trata cuestiones correspondientes a numerosas mesas redondas específicas, adopta las decisiones fundamentales, ejerce una función arbitral entre los diferentes grupos en caso de problemas de disciplina relativos al respeto de los acuerdos y cuando existe una estrecha vinculación de las mesas redondas y de su proce-

diminuto de toma de decisiones, de modo que las mesas redondas celebran a menudo reuniones conjuntas, las competencias de los grupos se superponen y las diferentes mesas redondas se mantienen recíprocamente informadas de sus actividades.

Respecto del efecto en el mercado, cabe aclarar que no es necesario que éste sea efectivo y cabe que sea potencial, pero es necesario que el efecto potencial de la práctica colusoria sobre el comercio interestatal sea sensible o, en otros términos, que no sea insignificante.

Resulta igualmente relevante la precisión sobre la definición del mercado de referencia aclarando que es diferente según se trate de aplicar el artículo 81 CE o el artículo 82 CE. En el marco de la aplicación del artículo 81 CE, es necesario definir el mercado de referencia para determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trate puede afectar al comercio entre Estados miembros y tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Por esta razón, en el marco de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, las críticas formuladas contra la definición del mercado efectuada por la Comisión no poseen una dimensión autónoma con respecto a las relativas a la distorsión de la competencia. Por tanto, la crítica de la definición del mercado relevante es inoperante si la Comisión declaró acertadamente que el acuerdo en cuestión falsea la competencia y puede afectar sensiblemente al comercio entre Estados miembros.

En materia de competencia, el mercado que debe tomarse en consideración agrupa al conjunto de productos que, en razón de sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades permanentes y escasamente sustituibles por otros productos. De modo que, si las diferentes prestaciones bancarias a que se refieren los acuerdos entre bancos no son sustituibles entre sí, la mayor parte de los clientes de los bancos generalistas demandan, no obstante, un conjunto de servicios bancarios, como depósitos, créditos y operaciones de pago, y una competencia entre estos bancos puede afectar al conjunto de esos servicios, sería artificial una definición estricta del mercado de referencia en este sector de actividad. Además, un examen por separado no permitiría aprehender en su totalidad los efectos de acuerdos que, si bien conciernen a productos o servicios y a clientes diferentes (particulares o empresas), pertenecen al mismo sector de actividad. En efecto, la afectación del comercio entre Estados miembros puede ser indirecta y el mercado en el que ésta puede producirse no es necesariamente idéntico al mercado de los productos o servicios cuyos precios se fijan mediante la práctica colusoria. Pues bien, la fijación de precios para una amplia gama de servicios bancarios que se ofrecen a particulares y empresas puede tener, en su conjunto, repercusiones sobre otros mercados. Por consiguiente, en tal caso, la Comisión no está obligada a examinar por separado los mercados de los diferentes productos bancarios afectados por los mencionados acuerdos para apreciar los efectos sobre el comercio entre Estados miembros.

El hecho de que ciertas cláusulas de un acuerdo no tengan por objeto o por efecto limitar la competencia no se opone al examen conjunto de aquél. Con mayor motivo esto es así si determinados acuerdos en el seno de una práctica colusoria única pueden beneficiarse de una exención. De esto se deduce que, en su examen de un sistema de mesas redondas puesto en práctica por los bancos para concertar sus comportamientos en relación con los principales parámetros que afectan a la competencia en el mercado de los productos y servicios bancarios en un Estado miembro, la Comisión puede tener en cuenta el efecto potencial acumulado del conjunto de las mesas redondas a la hora de determinar si la práctica colusoria conjunta puede afectar al comercio entre Estados miembros. En cambio, carece de relevancia, a este respecto, saber si cada una de las mesas redondas considerada aisladamente puede afectar al comercio entre Estados miembros. También se deduce que no es necesario determinar que una u otra de las diferentes mesas redondas, considerada aisladamente, es capaz de afectar al comercio entre Estados miembros para poder declarar que el conjunto de la práctica colusoria posee esta capacidad. Por tanto, la capacidad de las mesas redondas para afectar al comercio interestatal no presupone que cada una de las concertaciones tenga por objeto prestaciones de carácter transfronterizo.

Una práctica colusoria que se extiende a todo el territorio de un Estado miembro, por su propia naturaleza, tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional, que obstaculizan de este modo la interpenetración económica perseguida por el Tratado. De ello resulta que existe, al menos, una fuerte presunción de que una práctica restrictiva de la competencia aplicada a todo el territorio de un Estado miembro puede contribuir a la compartimentación de los mercados y afectar a los intercambios intracomunitarios. Esta presunción sólo desaparece si el análisis de las características del acuerdo y de su contexto económico demuestra lo contrario. A este respecto, en lo que se refiere al sector bancario, pueden existir acuerdos que se extiendan a todo el territorio de un Estado miembro y que no produzcan efectos sensibles sobre el comercio entre Estados miembros. Sin embargo, eso no ocurre en el caso de una infracción compleja que consiste en concertaciones en el seno de una mesa redonda que implican no solamente a casi todas las entidades de crédito en el Estado miembro en cuestión, sino también a una amplia gama de productos y servicios bancarios, en particular, los créditos y depósitos y, por ende, pueden modificar las condiciones de la competencia en todo este Estado miembro. En ese supuesto, el hecho de que los miembros de la práctica colusoria no hubieran adoptado medidas con el objeto de excluir a los competidores del mercado no permite deducir que no exista efecto transfronterizo. Una infracción de ese tipo puede haber contribuido al mantenimiento de los obstáculos de acceso al mercado, al haber permitido la conservación de las estructuras del mercado bancario del Estado de que se trata—cuya ineficacia fue reconocida, por otra parte, por uno de los propios participantes— así como los correspondientes hábitos de los consumidores.

3. Pasando a analizar las cuestiones de procedimiento, quizá una de las más relevantes sea la afirmación realizada por el Tribunal según la cual, en materia de competencia, si bien determinadas irregularidades de procedimiento durante el procedimiento administrativo pueden justificar, en ocasiones, una reducción de la multa, aunque no puedan conducir a la anulación de la Decisión impugnada, sólo las irregularidades de procedimiento que pueden lesionar seriamente los intereses de la parte que las invoca pueden justificar dicha reducción. Tal puede ser el caso, en particular, de las irregularidades que constituyen una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para el **reconocimiento de la condición de denunciante**, no resulta necesario que la solicitud planteada sea la que origine el procedimiento de infracción y que la investigación sobre la infracción no esté abierta, dado que, de ser así, se impediría a personas que pudieran tener interés legítimo ejercer durante el desarrollo del procedimiento los derechos procesales asociados a su condición de solicitante o de denunciante.

Un partido político puede invocar válidamente su condición de cliente de servicios bancarios y el hecho de haber resultado perjudicado en sus intereses económicos por prácticas contrarias a la competencia para acreditar un interés legítimo para presentar una solicitud con objeto de que la Comisión constatare que dichas prácticas constituyen una infracción de los artículos 81 CE y 82 CE.

En efecto, nada se opone a que un cliente final comprador de bienes o servicios pueda acogerse al concepto de interés legítimo en el sentido del artículo 3 del Reglamento n.º 17. Un cliente final que acredita que se ha visto perjudicado o que puede verse perjudicado en sus intereses económicos debido a la restricción de la competencia en cuestión tiene un interés legítimo en el sentido del artículo 3 del Reglamento n.º 17 para presentar una solicitud o una denuncia con objeto de que la Comisión declare una infracción de los artículos 81 CE y 82 CE.

Carece de relevancia, en este sentido, que, en un primer momento, dicho cliente final comprador invocara un interés general que decía defender como partido político de la oposición y que posteriormente sostuviera que había resultado perjudicado económicamente, como cliente final de los servicios en cuestión, por la práctica colusoria denunciada. En efecto, esta primera toma de posición no podía privarle de la posibilidad de invocar posteriormente, con el fin de justificar un interés legítimo en el sentido del Reglamento n.º 17, su condición de cliente de los bancos contra los que se había iniciado el procedimiento, así como el perjuicio económico que supuestamente había sufrido a causa de los acuerdos en cuestión.

La admisión de una parte interesada como denunciante y el envío a ésta del pliego de cargos no puede supeditarse, además, al requisito de que sea anterior a toda audiencia ante la Comisión. En efecto, los Reglamentos n.º 17 y n.º 2842/98 no establecen un plazo específico para que un tercero

solicitante o denunciante que demuestre un interés legítimo ejerza su derecho a recibir el pliego de cargos y a ser oído en el marco de un procedimiento de infracción. Así, los artículos 7 y 8 del Reglamento n.º 2842/98 se limitan a establecer que la Comisión transmitirá los pliegos de cargos al solicitante o denunciante y fijará un plazo para que éste pueda expresar sus puntos de vista por escrito. De ello se deduce que el derecho de un solicitante o de un denunciante a que se le transmitan los pliegos de cargos y a ser oído en el procedimiento administrativo dirigido a la comprobación de una infracción de los artículos 81 CE y 82 CE puede ser ejercido mientras el procedimiento esté en curso.

Para que una infracción de las normas sobre la competencia pueda considerarse **deliberada**, no es necesario que la empresa tuviera conciencia de infringir estas normas. Es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia en el mercado común. A este respecto no es decisivo si la empresa en cuestión conocía la interpretación del criterio del carácter transfronterizo de la Comisión o de la jurisprudencia, sino que lo que importa es si conocía las circunstancias de las que se deriva concretamente la capacidad de la práctica colusoria para afectar al comercio entre Estados miembros o, por lo menos, que no pudiese ignorarlas. Así ocurre cuando, en el marco de un sistema de mesas redondas puesto en práctica por los bancos para concertar a intervalos regulares sus comportamientos en relación con los principales parámetros que afectan a la competencia en el mercado de los productos y servicios bancarios en un Estado miembro, dichos bancos sabían, debido a su participación en las principales mesas redondas, que la red se extendía a todo el territorio del Estado miembro y a una amplia gama de importantes productos bancarios, en particular, los créditos y los depósitos, y conocían, pues, los hechos esenciales de los que resulta la afectación del comercio entre Estados miembros. A este respecto, no es pertinente saber en qué medida dichos bancos conocían la incompatibilidad de su comportamiento con el artículo 81 CE.

Asimismo, el hecho de que en **Derecho nacional** determinadas prácticas colusorias no estén prohibidas de pleno Derecho pero puedan ser prohibidas, previa demanda, por el órgano jurisdiccional competente no tiene incidencia alguna sobre el carácter intencional de la infracción al artículo 81 CE.

Pasamos a continuación a analizar la aplicación de las **Directrices para el cálculo de las multas** impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n.º 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA.

La primera cuestión que se plantea es si cabe aplicarlas a unas infracciones cometidas antes de su publicación. Considera el Tribunal que en la medida en que resultaban razonablemente previsibles para la empresa en la época, anterior a su adopción, en que cometió una infracción, ésta no puede impugnar el método utilizado para el cálculo de las multas porque la Comisión, al aplicar las Directrices adoptadas después del cese de la infracción y

al endurecer de nuevo su práctica posteriormente, infringió el **principio de no retroactividad** consagrado en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Respecto de la naturaleza de la citada norma, debe aclararse que las Directrices son un instrumento para establecer, respetando el Derecho de rango superior, los criterios que aplicará la Comisión al ejercer la facultad de apreciación al fijar las multas que le confiere el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n.º 17. Al anunciar en sus Directrices el método que tenía la intención de aplicar para calcular el importe de las multas impuestas con arreglo al artículo 15, apartado 2, del Reglamento n.º 17, la Comisión respetó el marco jurídico impuesto por dicha disposición y no sobrepasó en absoluto los límites de la facultad discrecional que le confirió el legislador. Si bien estas reglas que pretenden producir efectos externos **no pueden calificarse de norma jurídica** a cuya observancia está obligada en cualquier caso la Administración, establecen sin embargo reglas de conducta indicativas de la práctica que debe seguirse y de la cual la Administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato. Al adoptar estas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los casos contemplados en ellas, la institución en cuestión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima. Si bien dichas Directrices no constituyen, pues, el fundamento jurídico de la Decisión que sanciona a una empresa que haya infringido las normas comunitarias en materia de competencia, la cual se basa en los artículos 3 y 15, apartado 2, del Reglamento n.º 17, sí determinan sin embargo, de un modo general y abstracto, la metodología que la Comisión se obligó a seguir para determinar el importe de las multas impuestas mediante aquella Decisión y garantizan, por consiguiente, la seguridad jurídica de las empresas. La autolimitación de la facultad de apreciación de la Comisión que resulta de la adopción de las Directrices no es incompatible con que la Comisión conserve un margen sustancial de apreciación. En efecto, las mencionadas Directrices contienen varios rasgos de flexibilidad que permiten que la Comisión ejerza su facultad discrecional respetando las disposiciones del artículo 15 del Reglamento n.º 17, tal como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia. Al igual que las Directrices, la Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas creó expectativas legítimas a las empresas, de modo que la Comisión tiene la obligación de atenerse a ella al apreciar, en el marco de la determinación del importe de la multa impuesta, la cooperación de dichas empresas. Corresponde, pues, al Tribunal de Primera Instancia, en el marco del control de la legalidad de la Decisión impugnada, comprobar si

la Comisión ejerció su facultad de apreciación de acuerdo con el método que se expone en las Directrices y en la Comunicación sobre la cooperación y, en la medida en que deba declarar que esta institución se separó de dicho método, comprobar si esta desviación está legalmente justificada y motivada. No obstante, el margen de apreciación de la Comisión y los límites que le impuso no prejuzgan que el juez comunitario ejerza su competencia jurisdiccional plena.

Las Directrices para el cálculo de las multas recogen una serie de criterios para determinar la **gravedad** de una infracción. Sin embargo, la Comisión puede analizar la gravedad de manera global en función de todas las circunstancias pertinentes del caso de autos, **incluidos elementos que no se mencionan expresamente** en las directrices. La gravedad de las infracciones debe determinarse en función de un gran número de factores, como las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente.

Continuando con el análisis de las directrices y su interpretación, debe concluirse que la naturaleza de la infracción desempeña un papel primordial, en particular, para caracterizar las infracciones «muy graves». Los acuerdos o prácticas concertadas que persiguen, en particular, fijar los precios pueden ser calificados como «muy graves» basándose únicamente en su propia naturaleza, sin que sea necesario que tales comportamientos estén caracterizados por una repercusión o una dimensión geográfica determinados. Esta conclusión queda confirmada por el hecho de que, si bien la descripción de las infracciones graves menciona expresamente las repercusiones sobre el mercado y que puedan surtir sus efectos en amplias zonas del mercado común, la de las infracciones muy graves, en cambio, no menciona ninguna exigencia de repercusión concreta sobre el mercado ni de producción de efectos en una zona geográfica determinada. Parece claro que existe una interdependencia entre los tres criterios en el sentido de que una gravedad elevada respecto de uno u otro puede compensar la menor gravedad de la infracción en otros aspectos, la extensión del mercado geográfico no es, sin embargo, más que un criterio entre los tres que son pertinentes para la valoración global de la gravedad de la infracción y, entre esos criterios interdependientes, no es un criterio autónomo en el sentido de que sólo pueden recibir la calificación de «muy graves» las infracciones que afectan a la mayoría de los Estados miembros. En efecto, ni el Tratado, ni el Reglamento n.º 17, ni las Directrices, ni la jurisprudencia permiten considerar que sólo las restricciones geográficamente muy extensas pueden ser calificadas como tales. Por tanto, la calificación de infracción muy grave conforme a las mencionadas Directrices no puede quedar reservada únicamente a las infracciones en las que participa la práctica totalidad de las empresas del mercado europeo.

Los acuerdos colusorios sobre precios se encuentran entre las infracciones **muy graves** con arreglo a las Directrices aunque no existan otras limita-

ciones de la competencia como una compartimentación de los mercados. El carácter «muy grave» de tales infracciones se acentúa cuando se cometen en un sector, como el sector bancario, esencial para el conjunto de la economía y cuando los acuerdos en cuestión son de gran amplitud, extendiéndose a una amplia gama de productos importantes y englobando a la mayor parte de los operadores económicos del mercado afectado, incluidas las empresas más importantes. En efecto, la gravedad de una infracción por su naturaleza depende sobre todo del peligro que representa para una competencia no falseada. A este respecto, la amplitud de un acuerdo colusorio sobre precios, tanto en lo que atañe a los productos afectados como a las empresas que participan, desempeña un papel decisivo y un acuerdo horizontal sobre precios de gran amplitud, referido a un sector económico tan importante, no escapa, por lo general, a la calificación de infracción muy grave, con independencia de su contexto. No pueden oponerse contra la valoración de la gravedad intrínseca de una infracción el que la práctica colusoria no tuviera carácter secreto, el hecho de que ésta se creara y mantuviera con apoyo del Estado miembro de que se trate, el que se tengan en cuenta consideraciones ligadas al carácter disuasorio de la multa, el hecho de que la infracción consista en una práctica concertada, la aprobación o tolerancia del comportamiento ilícito por las autoridades públicas, el hecho de que se abordaran también otros temas, neutros desde el punto de vista del Derecho de la competencia, o de que la adhesión a la Unión del Estado miembro de que se trata se hubiera producido en un momento muy reciente a aquel en que se cometieron los hechos.

Para **valorar las repercusiones concretas** de una infracción en el mercado, la Comisión está obligada a tomar como referencia la competencia que habría existido normalmente si no se hubiera producido la infracción. En lo que atañe a una práctica colusoria sobre precios, es legítimo que la Comisión deduzca que la infracción produjo efectos del hecho de que los miembros del cártel adoptaron medidas para aplicar los precios convenidos, por ejemplo, al anunciarlos a los clientes, al dar instrucciones a sus empleados de utilizarlos como base de negociación y al vigilar su aplicación por sus competidores y sus propios servicios comerciales. En efecto, para declarar que existen repercusiones sobre el mercado, es suficiente que los precios convenidos hayan servido de base para fijar los precios de transacciones individuales, limitando así el margen de negociación de los clientes. En cambio, no se puede exigir a la Comisión, cuando se demuestra que la práctica colusoria se aplicó, que demuestre sistemáticamente que los acuerdos permitieron efectivamente a las empresas afectadas alcanzar un nivel de precios de transacción superior al que habría existido sin la práctica colusoria. A este respecto, no se puede acoger la tesis de que sólo puede tomarse en consideración para determinar la gravedad de la infracción el hecho de que los precios de transacción habrían sido diferentes de no existir la colusión. Para valorar la gravedad de la infracción, es decisivo saber que los miembros del cártel hicieron

todo lo que estaba en sus manos para dar un efecto concreto a sus intenciones. Lo que ocurrió posteriormente, respecto a los precios de mercado efectivamente practicados, pudo haberse visto influido por otros factores, fuera del control de los miembros del cártel. Éstos no pueden apuntarse en beneficio propio factores externos que entorpecieron sus esfuerzos, invocándolos como elementos que justifiquen una reducción de la multa.

Para la **clasificación en categorías de empresas**, de conformidad con el punto 1 A, párrafo sexto, de las Directrices para el cálculo de las multas, se deben tener en cuenta las circunstancias objetivas o estructurales de las empresas así como la situación en el mercado afectado. Entre esos factores objetivos figuran no solamente el tamaño y la potencia de una empresa en el mercado tal como éstos se reflejan en su propia cuota de mercado o en su propio volumen de negocios, sino también los vínculos que mantiene con otras empresas cuando éstos pueden influenciar la estructura del mercado. En efecto, la capacidad efectiva de una empresa para crear un daño importante y la repercusión real de la infracción que cometió deben evaluarse teniendo en cuenta la realidad económica. Por tanto, es legítimo que la Comisión, a la vista de las Directrices, tome en consideración dichas relaciones para determinar la capacidad económica efectiva para causar daño que tienen los participantes en una práctica colusoria, así como el peso específico de su infracción. A ese respecto, la estructura del mercado puede verse influenciada no solamente cuando los vínculos entre las empresas confieren a una de ellas un poder de dirección o el control completo del comportamiento competitivo de otros operadores, como en el caso de las unidades económicas. La potencia de una empresa en el mercado también puede aumentar, más allá de su propia cuota de mercado, cuando mantiene relaciones estables con otras empresas en el marco de las cuales puede ejercer, de modo informal, una influencia de hecho sobre su comportamiento. Así ocurre igualmente cuando los vínculos existentes entre empresas producen el efecto de reducir o eliminar la competencia entre ellas. El hecho de que tales vínculos no puedan justificar la declaración de que las empresas afectadas forman parte de una misma entidad económica no significa que la Comisión pueda ignorarlo y valorar la situación en el mercado como si esos vínculos no existieran. Por el contrario, el comportamiento concreto de los diferentes miembros de un cártel o el grado de su culpabilidad individual no es determinante, en sí mismo, para la clasificación en categorías. El comportamiento de una empresa puede constituir un indicio de la naturaleza de las relaciones que ésta mantiene con otras empresas. La existencia de comportamientos específicos, como la organización de intercambios de información con éstas o las tomas de postura explícitas durante las reuniones del cártel para defender sus intereses o para comprometerlas en el respeto de los acuerdos contrarios a la competencia no es, sin embargo, ni indispensable ni suficiente por sí misma para justificar que se tome en consideración la cuota de mercado de estas últimas empresas para evaluar la potencia de la primera empresa en

el mercado. En efecto, a falta de relaciones estables con las empresas con las que se intercambia la información o cuyos intereses se representan, dichos comportamientos no son determinantes a los efectos de la clasificación en categorías, si bien pueden, en su caso, tenerse en cuenta para apreciar las circunstancias agravantes y atenuantes al amparo de los puntos 2 y 3 de las Directrices. De ello se sigue que, en el marco de un sistema de mesas redondas puesto en práctica por los bancos para concertar a intervalos regulares sus comportamientos en relación con los principales parámetros que afectan a la competencia en el mercado de los productos y servicios bancarios en un Estado miembro, dado que las relaciones entre las sociedades de cabecera y los bancos descentralizados y sus grupos dieron a las sociedades de cabecera una potencia económica mucho mayor que la que resulta de sus cuotas de mercado como bancos comerciales, y que corresponde a la cuota de mercado del conjunto del grupo respectivo, una correcta valoración de la capacidad efectiva de las sociedades de cabecera para producir un perjuicio importante y del peso específico de su comportamiento ilícito necesita que se tomen en consideración no solamente sus propias cuotas de mercado como bancos comerciales sino también las cuotas de mercado de los bancos descentralizados y justifica, por tanto, la imputación a las entidades centrales de las cuotas de mercado de los grupos descentralizados.

Otra de las cuestiones que se ponen en tela de juicio es el modo de proceder de la Comisión al **clasificar a los participantes en la práctica colusoria en varias categorías** para fijar el importe de las multas fijando un importe de partida idéntico para las empresas pertenecientes a una misma categoría aunque para ello ignore las diferencias de tamaño entre empresas de una misma categoría. En efecto, la Comisión no está obligada a garantizar, al fijar el importe de las multas, que, en el caso de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, los importes definitivos de las multas reflejen cualquier diferencia existente entre las empresas de que se trate en cuanto a su volumen de negocios global. Dicha clasificación en categorías debe respetar el principio de igualdad de trato y que la determinación de los umbrales para cada una de las categorías así definidas debe ser coherente y estar objetivamente justificada.

Para determinar el importe de las sanciones debe también tenerse en cuenta la **duración** de ésta. Cuando un acuerdo contrario a la competencia no se ha puesto en práctica, debe, no obstante, tenerse en cuenta el período durante el cual dicho acuerdo existió, es decir, el período transcurrido entre la fecha de la celebración del acuerdo y la fecha en la que se le pone fin. Por lo tanto, el incremento equivalente al 10% del importe básico por año no puede reservarse a casos excepcionales. Las Directrices para el cálculo de las multas sólo establecen dicho límite para las infracciones de larga duración, mientras que, para las de duración media (en general, de uno a cinco años) el límite superior único se fijó en el 50% del importe básico, de modo que no excluye que se supere una tasa de incremento del 10% por año. Por otra

parte, un incremento de la multa en función de la duración no se limita a la hipótesis de que exista una relación directa entre la duración y un mayor perjuicio causado a los objetivos comunitarios que contemplan las normas sobre la competencia.

Se cuestiona también la apreciación de varias atenuantes en el cálculo de la sanción. En las Directrices se recogen una serie de circunstancias atenuantes pero **no se indica que la Comisión deba siempre tomar en consideración por separado cada una de las circunstancias atenuantes** enumeradas. Determina el Tribunal que dicha institución no está obligada a otorgar automáticamente una reducción adicional ya que la procedencia de una eventual reducción de la multa en atención a las circunstancias atenuantes. Debe valorarse con un enfoque global, teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias pertinentes. En efecto, la adopción de dichas Directrices no ha privado de pertinencia a la jurisprudencia según la cual la Comisión dispone de una facultad de apreciación que le permite tomar o no en consideración determinados factores al decidir el importe de las multas que piensa imponer, en función sobre todo de las circunstancias del asunto. Así, a falta de indicaciones imperativas en las Directrices en lo que atañe a las circunstancias atenuantes que pueden tenerse en cuenta, la Comisión conservó un cierto margen para valorar globalmente la importancia de una posible reducción del importe de las multas en atención a circunstancias atenuantes.

Según el punto 3, primer guión, de las Directrices para el cálculo de las multas, la **«función exclusivamente pasiva o subordinada»** de una empresa en la comisión de la infracción puede constituir, si se demuestra, una circunstancia atenuante. A este respecto, entre las circunstancias que pueden revelar el papel pasivo de una empresa en una práctica colusoria cabe mencionar el hecho de que su participación en las reuniones sea mucho más esporádica que la de los participantes ordinarios en la práctica colusoria. Sin embargo, cuando una empresa participa, incluso sin desempeñar un papel activo, en una o varias reuniones que tienen un objetivo contrario a la competencia, debe considerarse que participa en la práctica colusoria salvo que demuestre que se distanció abiertamente de la concertación ilícita. En efecto, con su presencia en las reuniones, la empresa se adhirió o al menos hizo creer a los demás participantes que se adhería, en principio, al contenido de los acuerdos contrarios a la competencia que en ellas se celebraban. A este respecto, para valorar el papel pasivo o subordinado de una empresa, no es relevante si ésta se benefició de los acuerdos. Por un lado, una empresa subordinada puede también beneficiarse de los efectos de una práctica colusoria. Por otro lado, el hecho de no haberse beneficiado de una infracción no puede constituir una circunstancia atenuante, so pena de privar a la multa impuesta de su carácter disuasorio.

El punto 3, segundo guión, de las Directrices hace referencia a la **«no aplicación efectiva de los acuerdos o prácticas ilícitos»** como circunstancia atenuante. No obstante, el hecho de que una empresa cuya participación

en una concertación con sus competidores ha quedado acreditada no haya ajustado su conducta en el mercado a la convenida con sus competidores no constituye necesariamente un elemento que deba tenerse en cuenta, como circunstancia atenuante, para la determinación del importe de la multa correspondiente. En efecto, una empresa que, pese a la concertación con sus competidores, sigue una política más o menos independiente en el mercado puede limitarse a intentar utilizar la práctica colusoria en su provecho, y una empresa que no se distancia de los resultados de una reunión a la que asiste mantiene, en principio, su plena responsabilidad derivada de su participación en la práctica colusoria. Por tanto, la Comisión sólo está obligada a reconocer la existencia de una circunstancia atenuante por la falta de aplicación de una concertación en el caso de que la empresa que la invoque pueda demostrar que incumplió de forma clara y sustancial las obligaciones derivadas de dicha concertación, hasta el punto de alterar su funcionamiento, y que no dio la impresión de adherirse al acuerdo, incitando así a otras empresas a aplicar la concertación en cuestión. En efecto, sería demasiado fácil para las empresas minimizar el riesgo de tener que pagar una fuerte multa si pudiesen beneficiarse de una práctica colusoria ilícita y a continuación conseguir una reducción de la multa alegando que sólo desempeñaron un papel limitado en la aplicación de la infracción, a pesar de que su actitud incitó a otras empresas a comportarse de una forma más perjudicial para la competencia.

Continuando con el punto 3, tercer guión, de las Directrices para el cálculo de las multas la «**interrupción de las infracciones desde las primeras intervenciones de la Comisión (en particular, inspecciones)**» se encuentra entre las circunstancias **atenuantes**. No obstante, una reducción de la multa a causa de la interrupción de una infracción desde las primeras intervenciones de la Comisión no puede ser automática, sino que depende de una valoración de las circunstancias del caso de autos por la Comisión, en el marco de su facultad de apreciación. A este respecto, la aplicación de esta disposición de las Directrices en favor de una empresa será particularmente oportuna en el supuesto de que el carácter contrario a la competencia de la conducta en cuestión no resulte evidente. Por el contrario, su aplicación será menos oportuna, en principio, en el supuesto de que el comportamiento sea claramente contrario a la competencia, suponiendo que haya sido probado. En efecto, aunque en el pasado la Comisión ha considerado la interrupción voluntaria de una infracción como una circunstancia atenuante, puede tener en cuenta, al aplicar sus Directrices, el hecho de que infracciones manifiestas muy graves siguen siendo relativamente frecuentes, a pesar de haber sido declaradas ilegales desde los inicios de la política comunitaria de la competencia y, por tanto, estimar que se debe abandonar esta práctica generosa y dejar de recompensar la interrupción de dicha infracción mediante una reducción de la multa. En estas circunstancias, el carácter apropiado de una reducción de la multa a causa de la interrupción de la infracción puede

depender de la cuestión de si las empresas en cuestión podían dudar razonablemente del carácter ilícito de su comportamiento y la referencia a la notoriedad pública de la infracción constituye una motivación suficiente de la elección de la Comisión de no aplicar una reducción de la multa por dicho motivo.

Al sancionar una infracción de las normas comunitarias en materia de competencia, la Comisión no está obligada a considerar como circunstancia atenuante la mala salud financiera del sector del que se trata y el que la Comisión haya tenido en cuenta, en asuntos anteriores, **la situación económica del sector como circunstancia atenuante** no implica que deba necesariamente continuar observando esta práctica. En efecto, por lo general las prácticas colusorias surgen en el momento en que un sector atraviesa dificultades.

En el contexto de la ampliación de la Unión Europea, **la posible licitud de los acuerdos contrarios a la competencia en el Derecho nacional** no es suficiente por sí misma para dar lugar a una duda razonable acerca del carácter ilícito del comportamiento de las empresas que participaron en ellos a la luz del Derecho comunitario. Máxime cuando las empresas en cuestión disponen de medios considerables. Corresponde a esas empresas prepararse frente a las consecuencias jurídicas de la adhesión a la Unión Europea del Estado miembro en el que están ubicadas y, en particular, informarse en tiempo útil del contenido de las normas sobre la competencia del Derecho comunitario (incluso del Derecho del Espacio Económico Europeo) que van a serle aplicables, así como de las novedades que dichas normas aportarán al Derecho nacional. Efectivamente, aunque no se excluye que, en ciertas circunstancias, el marco jurídico nacional o el comportamiento de las autoridades nacionales puedan constituir circunstancias atenuantes, la aprobación o la tolerancia de la infracción por parte de las autoridades nacionales no puede tenerse en consideración a tal efecto cuando las empresas en cuestión disponen de los medios necesarios para obtener información jurídica precisa y correcta.

En materia de competencia, una **cooperación en 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 no justifica una reducción de la multa. En cambio, dicha reducción está justificada cuando la empresa facilite una información que supere ampliamente a la que la Comisión puede exigir que se le aporte en virtud del artículo 11 del Reglamento n.º 17. Para justificar que se reduzca la multa en atención a la cooperación, el comportamiento de la empresa debe haber facilitado la labor de la Comisión consistente en comprobar y reprimir las infracciones a las normas comunitarias en materia de competencia y demostrar un auténtico espíritu de colaboración. Por una parte, incumbe pues al Tribunal de Primera Instancia examinar si la Comisión ignoró la medida en que la cooperación de las empresas en cuestión superó lo que les era exigible de acuerdo

con el artículo 11 del Reglamento n.º 17. A este respecto, ejerce un control pleno, atinente, en particular, a los límites que el derecho de defensa de las empresas impone a su obligación de responder a las solicitudes de información. Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia debe comprobar si la Comisión apreció correctamente, a la luz de la Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas, la utilidad de la cooperación para la determinación de la infracción. Dentro de los límites que marca dicha Comunicación, la Comisión goza de una facultad de apreciación para valorar si la información o los documentos, voluntariamente aportados por las empresas, facilitaron su labor y si procede conceder una reducción a una empresa al amparo de esta Comunicación. Esta valoración es objeto de un control jurisdiccional limitado. No obstante, al ejercer su facultad de apreciación, la Comisión no puede hacer caso omiso del principio de igualdad de trato, que se viola cuando se tratan de manera diferente situaciones comparables o cuando situaciones diferentes se tratan de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado. Este principio se opone a que la Comisión trate de modo diferente la cooperación de las empresas afectadas por una misma decisión. En cambio, el mero hecho de que la Comisión haya concedido cierto porcentaje de reducción por un determinado comportamiento en la práctica seguida en sus anteriores decisiones no implica que esté obligada a conceder la misma reducción proporcional al valorar un comportamiento similar en un procedimiento administrativo posterior. En el supuesto de que una solicitud de información al amparo del artículo 11, apartados 1 y 2, del Reglamento n.º 17 tenga por objeto obtener información cuya divulgación puede exigir la Comisión mediante una decisión con arreglo al apartado 5 de dicho artículo, sólo puede calificarse de voluntaria la celeridad en la respuesta de la empresa afectada. Incumbe a la Comisión valorar si esta celeridad ha facilitado su trabajo de modo que justifique una reducción de la multa y la Comunicación sobre la cooperación no obliga a reducir sistemáticamente la multa por esta razón. Por otra parte, si bien el hecho de reconocer la existencia de una práctica colusoria puede facilitar más el trabajo de la Comisión durante la investigación que el mero reconocimiento de los hechos materiales, de modo que la Comisión puede conceder un trato diferente a las empresas que hayan admitido los hechos respecto de las que hayan admitido también la existencia de una práctica colusoria, la Comisión no está obligada, sin embargo, a realizar dicha distinción. En efecto, le incumbe valorar, en cada caso particular, si tal confesión facilitó efectivamente su trabajo. Eso no ocurre con la confesión explícita del objetivo contrario a la competencia del comportamiento de reuniones cuya finalidad era concertarse sobre precios o sobre otros parámetros de la competencia, puesto que dicho objetivo resulta de su propio objeto.

En el marco de un procedimiento en materia de competencia, la Comisión **no puede obligar a una empresa, mediante una solicitud de infor-**

mación al amparo del artículo 11, apartado 5, del Reglamento n.º 17, a proporcionar respuestas conducentes a que admita la infracción cuya existencia incumbe demostrar a la Comisión. No obstante, para preservar la eficacia del artículo 11, apartados 2 y 5, del Reglamento n.º 17, tiene la potestad de obligar a las empresas a que faciliten toda la información necesaria relacionada con hechos de los que puedan tener conocimiento y a que le presenten, si fuera preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, aun cuando éstos puedan servir para probar la existencia de una conducta contraria a la competencia. La Comisión puede así obligar a las empresas a responder a preguntas meramente fácticas y solicitar que se presenten documentos preexistentes. En cambio, son incompatibles con el derecho de defensa, puesto que pueden obligar a la empresa afectada a confesar su participación en una infracción de las normas comunitarias en materia de competencia, las solicitudes en las que se insta a ésta a describir el objeto y desarrollo de reuniones en las que participó así como sus resultados o conclusiones, cuando la institución sospecha que el objeto de dichas reuniones puede restringir la competencia. De esto se deriva que, dado que la Comisión dispone, a raíz de las comprobaciones, de numerosos indicios acerca de la existencia de una red de acuerdos organizada a través de numerosas mesas redondas relativas a todos los productos bancarios en un mercado determinado, puede exigir legítimamente a los bancos de que se trate, mediante solicitudes de información al amparo del artículo 11, apartado 5, del Reglamento n.º 17, que indicasen las fechas de las reuniones de dichas mesas redondas y sus participantes, ya sea de aquéllas respecto de las cuales la Comisión disponía, tras las comprobaciones, de información precisa como su denominación y las fechas de determinadas reuniones, o de todas las demás mesas redondas.

El hecho de que una empresa facilite a la Comisión documentos cuya presentación ésta estaba autorizada a exigir con arreglo al artículo 11, apartado 5, del Reglamento n.º 17 **no puede calificarse de cooperación voluntaria** conforme a la Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas.

En el marco de un procedimiento en materia de competencia y aunque las empresas en cuestión le hayan suministrado voluntariamente información que va más allá de lo que se les había pedido a través de la solicitud de información al amparo del artículo 11, apartado 5, del Reglamento n.º 17, la Comisión no sobrepasa el margen de apreciación del que goza para valorar, de acuerdo con el punto D 2, primer guión, de la Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas, si una cooperación «contribuye a confirmar la existencia de la infracción cometida», supeditando la toma en consideración de esta cooperación a que exista un valor añadido, bien de la comunicación de «hechos nuevos», bien de las explicaciones que permitan

comprender mejor el asunto. En efecto, **ni la Comunicación sobre la cooperación ni la jurisprudencia sobre la materia obligan a la Comisión a reducir una multa en razón del apoyo práctico o logístico a su investigación.**

María Pilar Canedo Arrillaga

Caso N.º 51. Ententes: STJCE 18 enero 2007, As. C-421/05, City Motors Groep NV/Citroën Belux, NV

NOTA

La sentencia objeto de comentario resuelve una cuestión prejudicial planteada al TJCE por la Cámara de Comercio belga (*Rechtbank van koo-phandel te Brussel*) en relación con la interpretación del artículo 3.6 del Reglamento (CE) n.º 1400/2002 de la Comisión Europea de 31 de julio de 2002 *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor* (en adelante, Reglamento 1400/2002).

La cuestión se plantea en el contexto de diversos procedimientos entre las empresas Citröen Benelux NV (*Citröen*) y City Motors Groep (*CMG*) relativos a la validez de la terminación de un contrato de distribución comercial o concesión entre ellas. *CMG* venía distribuyendo automóviles de la marca Citroën en Bélgica desde 1992, datando su último contrato, de carácter indefinido, de mayo de 2003. En este acuerdo se preveía la posibilidad de que *Citroën* resolviera el contrato, de forma inmediata sin necesidad de requerimiento previo, «en caso de reventa, en contra de lo dispuesto en los artículos V o XIV, de uno o más vehículos Citroën, nuevos o matriculados desde hace menos de tres meses, y/o de componentes o accesorios, a un distribuidor que no sea miembro de la red oficial Citroën, autorizado como revendedor y domiciliado en el territorio del EEE o en Suiza (art. XVIII)». Precisamente, en aplicación de esta cláusula, el 1 de junio de 2004, *Citröen* decide resolver el acuerdo de concesión, como consecuencia de la venta de vehículos por parte de *CMG* a la sociedad Interlease NV. Decisión que es cuestionada por *CMG*, quien alega que la ruptura del acuerdo es ilegal debido a la incompatibilidad de la cláusula de resolución con el Reglamento 1400/2002. La Cámara de Comercio belga, que está conociendo del caso, decide suspender el procedimiento y elevar al TJCE una cuestión prejudicial al respecto.

Concretamente, se solicita al TJCE que se pronuncie sobre el sentido en el que ha de interpretarse el artículo 3.6 del Reglamento 1400/2002 en el que se condiciona la exención a que en el acuerdo se establezca el derecho de cada una de las partes a someter a un experto o mediador independiente los litigios relacionados con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

¿Es posible entender que dicha disposición excluye que un acuerdo de distribución de vehículos de motor que desee acogerse a la exención prevista en el artículo 2.1 de este Reglamento, contenga una cláusula expresa de resolución o pacto comisorio?

La respuesta del TJCE, además de ofrecer una solución clara a la validez o invalidez con carácter general y abstracto de las cláusulas expresas de resolución en los contratos de distribución comercial (I), alude a otras cuestiones diversas, si bien interrelacionadas, tales como, la validez material de las cláusulas resolutorias concretas, es decir, las circunstancias a las que, en el caso concreto, se vincula la automática resolución del contrato de concesión (II) y la naturaleza real u obligacional de las cláusulas de resolución en los contratos verticales de concesión (III).

(I) Por lo que a la validez general de las cláusulas de resolución se refiere (único asunto directamente planteado), la respuesta del TJCE es clara. La mera introducción de cláusulas resolutorias en virtud de las cuales el proveedor puede resolver un contrato de pleno derecho y sin preaviso en caso de incumplimiento no tiene por efecto hacer inaplicable la exención por categoría a dicho acuerdo.

Es cierto que, especialmente, en el marco de las restricciones verticales en el sector de la automoción, se observa una acusada injerencia del Derecho *antitrust* europeo en diversos aspectos del régimen sustancial de los contratos, principalmente en lo referente a su duración y resolución. Como principales manifestaciones de esta proyección del Derecho de la competencia en la conformación del contenido de los contratos de distribución de vehículos de motor, cabe señalar lo siguiente: la sujeción de la exención al establecimiento necesario, en caso de resolución del contrato, de un plazo de preaviso que habrá de ser notificado por escrito, exponiéndose de forma detallada las razones objetivas de dicha resolución (artículo 3.4 Reglamento 1400/2002). Igualmente, la exención sólo se aplica si en el acuerdo se establece el derecho de cada una de las partes a someter a un experto o mediador independiente los litigios relacionados con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (artículo 3.6 Reglamento 1400/2002). Ahora bien, esta proyección del Derecho europeo en el ámbito del Derecho de las obligaciones y contratos (materia que aún no ha sido regulada a nivel comunitario y que, por tanto, compete a cada uno de los Estados miembros) está orientada únicamente a proteger el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado común, por lo que ha de ser necesariamente funcional y proporcionada. Partiendo de este principio, el TJCE considera que nada en el Reglamento permite deducir que la mera introducción de cláusulas expresas de resolución (práctica frecuente en el sector) imposibilite la concesión de una exención. Esta cuestión queda fuera del ámbito del Derecho de la competencia europeo y pertenece, claramente, al ámbito de las regulaciones nacionales de las obligaciones y contratos. Concretamente, en el caso objeto de examen la cláusula de resolución se introdujo al amparo del CC belga,

que, en su artículo 1184, posibilita de forma expresa que las partes puedan disponer de la regla general en materia de resolución (exigencia de intervención judicial), pactando las causas en las que el incumplimiento del contrato se considera lo suficientemente grave como para garantizar su terminación inmediatamente, de pleno derecho y sin necesidad de previa intervención de las autoridades judiciales.

Ahora bien, pese al reconocimiento con carácter general y, en abstracto, de la compatibilidad de la existencia de cláusulas de resolución expresas con el Reglamento 1400/2002, lo que sí exige el Derecho comunitario es que sea posible valorar que la resolución del contrato no se ha producido por circunstancias procompetitivas, para lo que se exige, tal y como hemos señalado anteriormente, que la cláusula conste por escrito e indique de forma objetiva y razonada las distintas causas de resolución y la posibilidad de intervención de un experto independiente o de una autoridad judicial nacional. A ellos compete valorar la específica cláusula de resolución, verificando que la extinción del contrato no tiene efectos anticompetitivos, es decir, que no es lesiva de la competencia por obedecer a la realización por parte del distribuidor de determinadas prácticas procompetitivas, como, *ad.ex.*, las ventas activas o pasivas a consumidores extranjeros (vid. las circunstancias enumeradas en la denominada «lista negra» del artículo 4 del Reglamento 1400/2002). Por tanto, en el caso concreto, la autoridad nacional competente habrá de valorar si la resolución del contrato por parte de *Citröen* era fundada o, por el contrario, obedecía sólo a una actuación de naturaleza procompetitiva de *CMG* (II). Cuestión esta de carácter material, que el TJCE no entra a valorar.

(III) Finalmente, la sentencia analiza (*considerandos* 34 a 36), pese a que no era una cuestión directamente formulada, el efecto que tiene el sometimiento a experto o juez nacional sobre la eficacia de la resolución instada por el proveedor, es decir, sobre la necesidad o no de suspender la resolución del contrato hasta que la autoridad competente se haya pronunciado sobre su validez o no. En caso de que fuera preciso paralizar la terminación del contrato hasta la existencia de un pronunciamiento por parte de la autoridad competente, el recurso al artículo 3.6 del Reglamento tendría una eficacia real, mientras que ésta sería meramente obligacional si no supusiera la suspensión de la resolución, con independencia de que ésta fuera declarada contraria a las disposiciones del Reglamento 1400/2002 con posterioridad.

El TJCE considera, de nuevo, que, pese a que el objeto de valoración sea la compatibilidad de una cláusula de resolución con el Reglamento 1400/2002, la cuestión de si la intervención del experto o juez debería tener lugar antes o después de la terminación del contrato o la posible suspensión de los efectos de ésta hasta la existencia de una decisión definitiva, no es de Derecho comunitario, sino que queda al arbitrio de los ordenamientos nacionales. A cada uno de ellos corresponde fijar, de forma detallada, las reglas procesales que gobiernan el ejercicio de acciones privadas para la tutela de

derechos conferidos directamente por las normas comunitarias, teniendo como únicos límites los principios de equivalencia y efectividad. El primero exige que estas reglas no sean menos favorables o ventajosas que las establecidas para el ejercicio de acciones domésticas análogas. El principio de efectividad está orientado a la protección o salvaguarda del Derecho comunitario, vetando que las normas internas hagan imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los Derechos conferidos, en este caso por el Reglamento 1400/2002. Principios que, a juicio del TJCE, no tienen por qué verse afectados por el hecho de que la intervención del perito, experto o autoridad judicial nacional requerida por el Reglamento, se produzca con posterioridad a la terminación del contrato.

Ahora bien, esta conclusión ha sido sujeta a duras críticas doctrinales (*vid.* ECHEBARRÍA: «Sobre la admisibilidad de las cláusulas de resolución en el Reglamento 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio de 2002 sobre acuerdos verticales en el sector de los vehículos de motor», *RCD*, n.º 1, 2007). El autor considera, frente a la posición mantenida por el TJCE, que el principio de eficacia o efectividad del Reglamento 1400/2002 sí puede verse seriamente comprometido de dejarse al arbitrio de los Estados miembros la determinación de la eficacia real u obligacional del recurso a la autoridad nacional competente. En efecto, la resolución inmediata del contrato puede tener graves consecuencias (*ad. ex.* la salida del mercado del distribuidor), difícilmente subsanables aunque, *a posteriori*, se determine que la resolución era contraria al Reglamento, es decir, anticompetitiva, y se imponga la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos. Este principio exige, por tanto, que para aquellos supuestos en los que se establece un derecho dotado de primacía y efecto directo a favor del distribuidor se discrimine entre las distintas causas de resolución por incumplimiento, impidiendo el efecto solutorio inmediato de aquellas que potencialmente pueden encubrir una causa de resolución anticompetitiva.

Carmen Herrero Suárez

Caso N.º 52. Ententes: STJCE 26 enero 2007, As. C- 273/06, Auto Peter Petschenig GmbH v. Toyota Frei Austria GmbH

La distribución de vehículos de motor ha sido, tradicionalmente, objeto de una atención específica por parte del Derecho de la competencia comunitario europeo. Las especiales características del sector de la automoción (marquismo, importancia de la prestación de servicios de mantenimiento y asistencia postventa, etc.) han determinado la sujeción de las distintas transacciones económicas de las que son objeto los vehículos automóviles desde su fabricación hasta su llegada a los consumidores finales, a reglas diversas de las que se aplican, con carácter general, a los acuerdos verticales. De hecho, a diferencia del enfoque seguido en la valoración de las restricciones

verticales en el Reglamento 2790/1999, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*, la Comisión considera que los mercados para la distribución de vehículos de motor y los mercados de recambios y servicios de reparación y asistencia de vehículos de motor necesitan normas más estrictas. Tres reglamentos se han sucedido en este campo. El primero de ellos, de 1984, tachado de ineficiente y de fomentar la creación de redes de concesionarios oficiales exclusivistas en detrimento de la distribución multimarca, se mantuvo en vigor hasta 1995, año en el que se aprueba el Reglamento 1475/95 que si bien estaba orientado a flexibilizar el sistema, no cumplió dicho objetivo, y fue tildado de excesivamente estricto y rígido. Reglamento que es sustituido por el, actualmente vigente, Reglamento (CE) n.º 1400/2002 de la Comisión Europea de 31 de julio de 2002 *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor* (en adelante, Reglamento 1400/2002), en el que se preveía la posibilidad de aplicación del Reglamento 1475/95 de forma transitoria, y bajo determinadas condiciones, hasta el 30 de septiembre de 2003. La nueva norma supone un viraje en el tratamiento de las restricciones verticales en la distribución de los vehículos de motor, y se apuesta claramente por la eliminación o, al menos, la reducción de los sistemas de distribución exclusiva o selectiva y el impulso del distribuidor multimarca como forma preferente de competencia. Entre las principales novedades cabe destacar el fomento de las importaciones paralelas, la prohibición de obligaciones inhibitorias de la competencia y la ruptura de la unión necesaria entre distribución del automóvil y prestación de servicios de asistencia y reparación. El Reglamento se sustenta sobre el principio de prohibición de la combinación de distribución exclusiva y distribución selectiva que permitía el reglamento precedente. Para beneficiarse de la exención, los proveedores deberán escoger ahora entre uno u otro sistema, y se establecen distintas disposiciones y límites en función del sistema adoptado (*vid.*, en general, sobre la evolución en el tratamiento de las restricciones verticales en el sector de la distribución de vehículos de motor, ECHEBARRÍA: «Acuerdos verticales», en AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia*, Valladolid, 2005, pp. 142 y ss. e *in extenso*, sobre el Reglamento 1400/2002, ARAUJO/ESCUDERO: «Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la competencia*, Barcelona, 2005, pp. 360 y ss.; ARES: «Acuerdos sobre vehículos de motor» en AA.VV.: *Diccionario de Derecho de la competencia*, Madrid, 2006, pp. 114 y ss.).

La sentencia objeto de comentario se centra, precisamente, en el tránsito del Reglamento de 1995 al actualmente vigente de 2002 y tiene su origen en una cuestión prejudicial elevada por las autoridades judiciales austriacas al TJCE con relación al alcance del artículo 5.3 del Reglamento 1475/1995. Precepto en el que se reconocía, sin que ello afectara a la posibilidad de

exención, el derecho del proveedor a rescindir el acuerdo de concesión con un preaviso de al menos un año, en caso de necesidad de reorganizar una parte sustancial o la totalidad de la red de distribución. Ahora bien, pese a que la labor del TJCE se centra en la interpretación del Reglamento 1475/1995, las soluciones alcanzadas son susceptibles de aplicación en el contexto actual, ya que el Reglamento 1400/2002 recoge una norma prácticamente idéntica a la analizada [vid. Artículo 5.b (ii)].

La cuestión se suscita en el marco de un litigio entablado entre la empresa proveedora de vehículos automóviles *Toyota Frei Austria GmbH* (en adelante, *Toyota*) y su distribuidora en Austria de vehículos marca Toyota, *Auto Peter Petschenig GmbH* (en adelante, *Petschenig*). El último acuerdo de concesión entre ellas, concluido por tiempo indeterminado, databa de 1996 y en su artículo 12, relativo a la duración y rescisión del contrato, se contemplaban, entre otras, las siguientes disposiciones: en primer lugar, la posibilidad general de resolución del contrato, por cualquiera de las partes y sin necesidad de identificar los motivos de la ruptura, mediando un plazo de preaviso de veinticuatro meses. En segundo lugar, la reducción a un año del plazo de preaviso en los casos en los que se revelara necesario proceder a la reestructuración de la totalidad o de una parte sustancial de la red de distribución, de forma particular como consecuencia de la rescisión del contrato de importación, independientemente de su causa, entre el fabricante y el importador general. Con base en esta última cláusula, mediante una carta fechada en septiembre de 2002, *Toyota* decide resolver el contrato de concesión con efectos a septiembre de 2003, alegando que, como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento 1400/2002 se planteaba la necesidad de proceder a una reforma, total o sustancial, de la red de distribución. *Petschenig* demanda, esgrimiendo que habría debido aplicarse el plazo de preaviso general de dos años frente al reducido de un año. *Toyota*, a su vez, sostiene en su defensa que el contrato de concesión rescindido se amoldaba a los principios y reglas del Reglamento 1475/1995 por lo que era precisa la reorganización total de la red de distribución a fin de adaptarla a las exigencias del nuevo Reglamento, especialmente en aras de transformar un sistema mixto de distribución selectiva y exclusiva en un sistema puro de distribución selectiva. En este contexto, las autoridades judiciales competentes deciden elevar al TJCE, con base en el artículo 234 TCE, las dos siguientes cuestiones relativas a la interpretación de las normas comunitarias:

1) ¿Debe ser interpretado el artículo 5.3 del Reglamento 1475/1995 en el sentido de que la mera entrada en vigor del Reglamento 1400/2002 rinde necesaria la reestructuración, de forma total o sustancial, de la red de distribución?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿es preciso interpretar el artículo 5.3 del Reglamento 1475/1995 en el sentido de que la mera desaparición –en relación con los sistemas de distribución selectiva– de la antigua protección territorial de los concesionarios, incluso en combinación

con la autorización, imposible en el pasado por exigencias del Reglamento 1475/1995, de talleres autorizados que no sean concesionarios de la marca, representa una reorganización sustancial o es necesario, además, probar la existencia de medidas efectivas y concretas de reestructuración?

El TJCE ofrece, en respuesta a ambas cuestiones, una remisión a diversas sentencias preexistentes (sentencia TJCE de 7 septiembre 2006, *Vulcan Silkeborg*; sentencia TJCE de 30 noviembre 2006, *Brünsteiner et Autohaus Hilgert*), concretándose la solución, de forma un tanto ambigua, en la necesidad de atender a las circunstancias fácticas concretas y a su ponderación por parte de las autoridades nacionales competentes. En este sentido, por lo que a la primera de las cuestiones planteadas se refiere, el TJCE se limita a afirmar que, si bien con carácter general, no puede concluirse que la mera entrada en vigor del Reglamento 1400/2002 y, consiguientemente, la adaptación a las nuevas pautas, implique forzosamente, ni la necesidad de rescindir los contratos vigentes ni de una reestructuración sustancial de la red de distribución, en ciertos casos, los cambios exigidos pueden ser de tal entidad como para poder considerar de aplicación el artículo 5.3 del Reglamento 1475/1995. A este respecto, para poder considerar significativa una modificación, es preciso que ésta se proyecte tanto sobre el plano material como geográfico de las estructuras de distribución del proveedor implicado, afectando a la naturaleza o forma de dichas estructuras, su objeto, el reparto de competencias internas, las modalidades de provisión de los productos o servicios concernidos, el número o calidad de los participantes así como su cobertura geográfica. Por otra parte, para que quepa hablar de «necesidad» de reorganización se exige la concurrencia de circunstancias objetivas, internas o externas a la empresa del proveedor, es decir, la justificación de la reorganización de manera plausible sobre la base de motivos de eficacia y eficiencia económica.

En relación con la segunda de las cuestiones planteadas, el TJCE, de nuevo se remite a sentencias previas, recordando que la entrada en vigor del Reglamento 1400/2002 puede, en ciertos casos, obligar a las empresas proveedoras o concedentes a llevar a cabo determinados cambios en sus estructuras y contratos de distribución si desean que éstos puedan seguir acogiéndose a la exención por categorías bajo el nuevo régimen. Ésta será particularmente la situación en aquellos supuestos en los que se produzca el tránsito de un sistema mixto de distribución exclusiva y selectiva a uno de distribución selectiva pura, en el que se eliminen las limitaciones territoriales de venta de los distribuidores autorizados y se permita a los talleres de reparación agregados a la red limitar sus actividades a la mera prestación de servicios de mantenimiento y reparación (*vid.* Artículo 4.1. h Reglamento 1400/2002). Estas modificaciones pueden constituir una reforma sustancial o total de la red de distribución en el sentido del artículo 5.3 del Reglamento 1475/1995, circunstancia que, en cualquier caso, habrá de ser determinada por las jurisdicciones o instancias arbitrales nacionales competentes en función de los

elementos presentes en el caso concreto y, principalmente, de las pruebas aportadas por el proveedor sobre la entidad y la necesidad objetiva de dichos cambios.

Carmen Herrero Suárez

Caso N.º 53. Ententes: STJCE 8 febrero 2007, As. C-3/06 P, Danone/Comisión

NOTA

1. Se plantea ante el Tribunal de Justicia recurso de casación, por parte de Groupe Danone, que solicita la anulación de la sentencia del TPI de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión (T-38/02, Rec. p. II-4407), en la medida en que el TPI desestimó parcialmente su recurso de anulación de la Decisión 2003/569/CE de la Comisión, de 5 de diciembre de 2001, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (asunto IV/37.614/F3 PO/Interbrew y Alken Maes) (DO 2003, L 200, p. 1), y la reducción de la multa que se le había impuesto.

2. Los hechos que dieron lugar a la citada decisión son los siguientes. Dos empresas Interbrew NV y Alken-Maes NV eran número 1 y número 2, respectivamente, en el mercado belga de la cerveza. Alken-Maes era una filial de Groupe Danone, que operaba también en el mercado francés de la cerveza a través de otra filial, Brasseries Kronenbourg SA. En 2000, Groupe Danone cesó sus actividades en el sector de la cerveza.

En 2000 la Comisión inició un procedimiento y emitió un pliego de cargos contra Groupe Danone, así como contra las empresas Interbrew, Alken-Maes, Haacht y Martens. El procedimiento incoado contra Groupe Danone y el pliego de cargos que se le remitió sólo tenían por objeto su presunta implicación en la práctica colusoria denominada «Interbrew/Alken-Maes» relacionada con el mercado belga de la cerveza.

En 2001, la Comisión adoptó una decisión destinada a Groupe Danone, así como a las empresas Interbrew, Alken-Maes, Haacht y Martens en la que identificaba dos infracciones distintas de las normas sobre competencia, por un lado, un conjunto complejo de acuerdos y/o prácticas concertadas en el sector de la cerveza vendida en Bélgica y, por otro, prácticas concertadas en el sector de la cerveza vendida con marca propia. La Decisión declara que Groupe Danone, Interbrew y Alken-Maes participaron en la primera infracción, mientras que Interbrew, Alken-Maes, Haacht y Martens participaron en la segunda.

Aunque en el momento en que se produjeron los hechos, Groupe Danone era la sociedad matriz de Alken-Maes, la Decisión sólo le imputa una infracción. En efecto, habida cuenta de su papel activo en la práctica colusoria Interbrew/Alken-Maes, se consideró a Groupe Danone responsable tanto de su propia participación como de la participación de Alken-Maes en

dicho acuerdo. En cambio, la Comisión consideró que no procedía imputar a Groupe Danone la responsabilidad de la participación de su filial en la práctica concertada en el sector de la cerveza vendida con marca propia, dado que aquélla no estaba implicada por sí misma en este acuerdo.

La infracción reprochada a Groupe Danone consiste en su participación, tanto directamente como a través de su filial Alken-Maes, en un conjunto complejo de acuerdos y/o prácticas concertadas referentes a un pacto general de no agresión, a los precios y las promociones en el comercio minorista, al reparto de la clientela en el sector «hoteles, restaurantes y cafés», incluidos los clientes denominados «nacionales», la limitación de las inversiones y la publicidad en el mercado hostelero, a una nueva estructura de precios aplicable a los sectores hostelero y del comercio minorista y al intercambio de informaciones sobre ventas en estos dos sectores.

3. Las cuestiones jurídicas que plantea el asunto hacen referencia a diversas implicaciones que podría tener la posible vulneración de los derechos de defensa de las empresas implicadas. Las alegaciones realizadas por las partes en este sentido son rechazadas de plano por el Tribunal, pero la interpretación realizada por la Alta Instancia merece atención en varias de sus implicaciones.

El Tribunal pone de manifiesto, siguiendo su ya reiterada jurisprudencia, que el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular a multas o a multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario. Es la apreciación del contenido del citado derecho lo que puede ser cuestionado en la fundamentación de sus afirmaciones realizada por el Tribunal.

4. En primer lugar se plantea por las empresas implicadas una posible quiebra por parte de la Comisión en el método empleado en el cálculo del montante de las sanciones. La gravedad de las infracciones cometidas por las empresas es una circunstancia que se recoge en todos los Reglamentos de procedimiento (el R. 17/62, vigente en el momento de la infracción, así como el posterior R. 1/03) como elemento a tener en cuenta para calcular el importe de las sanciones. Para calcular la gravedad la Comisión debe considerar varios factores respecto de los cuales dispone de un amplio margen de apreciación. Uno de ellos es la existencia de una eventual reincidencia.

La demandante alega en este punto que la citada circunstancia no se recogía como tal en el Reglamento 17, base de la Decisión controvertida, y no estaban vigentes las directrices para el cálculo de las multas en el momento de comisión de la infracción. Manifiesta en este sentido la Comisión que las citadas Directrices no constituyen base jurídica para la determinación del importe de la multa, y que incluso de no existir tal documento, las empresas podrían haber previsto las consecuencias jurídicas de sus acciones. Por ello concluye el Tribunal que la Comisión puede emplear el factor de la reincidencia como elemento de la gravedad de la infracción sin violar el principio *nulla poena sine lege*.

La citada afirmación puede considerarse reflejo de la clásica concepción del procedimiento sancionador de la Comisión como un procedimiento administrativo en que no existe por tanto la obligación absoluta de respetar los principios propios del proceso penal. El carácter de procedimiento sancionador que indudablemente tiene el procedimiento de aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, unido a la concepción que se ha venido derivando de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, acorde, como no puede ser de otro modo, con las concepciones desarrolladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, deberían llevar sin embargo al Tribunal a una conclusión diferente. No en vano, los ordenamientos sancionadores de los Estados miembros, de los cuales deberían derivarse los principios de garantía aplicables por la Comisión, recogen como garantía fundamental la aplicación de principios que exigen la base normativa previa en las circunstancias agravantes empleadas por las autoridades sancionadoras. Siguiendo esta doctrina, cabría entender como inadecuada la toma en consideración de una circunstancia en la apreciación de la gravedad de la infracción ante la falta de base normativa que permitiera la aplicación de tal circunstancia agravante.

5. Lo mismo podría decirse de la inexistencia en el Reglamento, o incluso en las Directrices de un plazo máximo para la constatación de la reincidencia. Las partes alegan que tal situación produce una vulneración inaceptable del principio de seguridad jurídica que resulta exigible en la tramitación de los procesos sancionadores.

Manifiesta en este sentido el Tribunal que la Comisión dispone de una facultad de apreciación por lo que respecta a la elección de los factores que se han de tomar en consideración para determinar el importe de las multas, tales como, en particular, las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, y ello sin que sea necesario remitirse a una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta de modo obligatorio. La constatación y la apreciación de las características específicas de una reincidencia, como la reiteración de un comportamiento ilícito en un lapso de tiempo relativamente breve entre cada una de estas infracciones, forman parte de dicha facultad de la Comisión y ésta no puede quedar vinculada por un eventual plazo de prescripción para tal constatación. Manifiesta igualmente el Tribunal que la reincidencia constituye un elemento importante que la Comisión debe apreciar, ya que la finalidad de tenerla en cuenta es inducir a las empresas que hayan demostrado tendencia a infringir las reglas sobre la competencia a rectificar su conducta. De este modo, concluye el Tribunal, la Comisión puede considerar en cada caso concreto los factores que confirmen tal tendencia, incluido, por ejemplo, el tiempo transcurrido entre las infracciones en cuestión.

Tal afirmación vulnera nuevamente la más elemental exigencia del Estado de Derecho de prescripción de los antecedentes de cualquier actividad delictiva o constitutiva de infracción. Si las conductas más graves están

sometidas a prescripción en cualquier ordenamiento jurídico (a salvo de lo dispuesto respecto de los crímenes considerados de *lesa Humanidad*) e incluso el sistema comunitario establece prescripción tanto de sanciones como de infracciones, no parece razonable considerar que las circunstancias que han sido objeto de consideración a fin de calcular la agravación, deban poder ser tenidas en cuenta sin límite temporal por la Comisión. No debe desconocerse que fue el propio Tribunal el que, en los comienzos del desarrollo del Derecho Comunitario de la Competencia, estableció por vía jurisprudencial los principios de prescripción que no habían sido objeto de regulación en el texto original del Reglamento 17. Sería deseable que en el momento actual de desarrollo de la política comunitaria, el Tribunal continuara su labor de control y desarrollo de las garantías de las empresas sometidas al procedimiento exigiendo desarrollos semejantes que mantengan el nivel deseable de garantía de los derechos de defensa de las empresas.

La afirmación del Tribunal de que la reincidencia constituye la prueba de que la sanción anteriormente impuesta a la recurrente no produjo efectos suficientemente disuasorios resulta evidente. Ello no obstante, la falta de establecimiento de períodos claros y predeterminados de prescripción de la reincidencia puede considerarse contraria al contenido de los derechos sancionadores de todos los Estados comunitarios y vulnera el principio de seguridad jurídica, de reinserción y por lo tanto, en última instancia, de defensa de las empresas.

6. La irretroactividad de las normas penales se plantea también como cuestión controvertida en el asunto en cuestión. El principio de irretroactividad de las disposiciones penales es un principio común a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y forma parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el juez comunitario así como el artículo 7, apartado 1, del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que consagra el principio de legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), puede impedir la aplicación retroactiva de una nueva interpretación de una norma por la que se establezca una infracción.

En este punto es nuevamente la interpretación que realiza el Tribunal la que puede cuestionarse. Manifiesta la Corte que cuando se trata de una interpretación jurisprudencial cuyo resultado no era razonablemente previsible en el momento en que se cometió la infracción, habida cuenta en particular de la interpretación que la jurisprudencia daba en aquel momento a la disposición legal en cuestión. Sin embargo, el hecho de que la Comisión haya aplicado, en el pasado, multas de cierto nivel a distintos tipos de infracciones no le priva 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. 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 nece-

sidades de dicha política. Por lo tanto, las empresas participantes en un procedimiento administrativo que pueda dar lugar a la imposición de una multa no pueden confiar legítimamente en un método de cálculo de las multas aplicado en el pasado, incluso cuando la Comisión emplee para llevar a cabo el cálculo elementos no recogidos como agravantes en el momento de comisión de la infracción enjuiciada.

7. Quizá la frase que condensa la consideración del Tribunal en esta sentencia es la que manifiesta que si la Comisión no actúa sin tener en cuenta otros elementos, circunstancias o criterios cuya consideración no hubiera podido prever la empresa en cuestión, dicha empresa no puede invocar una vulneración de los derechos de defensa. No parece que ésta sea fácilmente cohonestable con la exigencia mínima de garantía legal que cualquier procedimiento sancionador lleva intrínsecamente aparejada.

María Pilar Canedo Arrillaga

III. Abuso de posición dominante

Caso N.º 54. Abuso de posición dominante: STPI 30 enero 2007, As. T-340/03, France Télécom SA/Comisión

NOTA

1. El asunto T-340/03 tiene por objeto el recurso presentado por la compañía *France Télécom* contra la Dec. Com. 16 julio 2003, *Wanadoo Interactive*, COMP/38.233 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 TCE. Según esta Decisión, *Wanadoo Interactive SA* (WIN, en adelante), sociedad del grupo *France Télécom*, había practicado *precios predatorios* en relación con el acceso a Internet de alta velocidad a sus clientes de acceso residencial en Francia, comportamiento este constitutivo de abuso de posición de dominio del art. 82 TCE.

France Télécom poseyó una participación de entre el 70% y el 72,2% en el capital de *Wanadoo* durante el período controvertido –desde el 1 de marzo de 2001 hasta el 15 de octubre de 2002–. *Wanadoo*, por su parte, poseía un 99,9% del capital de WIN. El grupo *Wanadoo* ofrecía los servicios de Internet y las actividades de edición de las guías telefónicas del grupo *France Télécom*. Esta última compañía de telecomunicaciones francesa se personó, como parte demandante, en el recurso contra la Decisión de la Comisión, después de haberse subrogado en los derechos de WIN, tras una fusión que se efectuó el 1 septiembre 2004.

2. En este análisis, nos centraremos en las alegaciones materiales relativas al Derecho de la competencia. Así, según *France Télécom*, la Comisión cometió varios errores en su apreciación del abuso de posición dominante por parte de WIN:

1.º) Por un lado, según la recurrente, la Comisión no realizó una definición correcta del *mercado de referencia* en el que debía analizarse la posición dominante.

2.º) Por otro, aun admitiendo el mercado de referencia definido por la Comisión, ésta se equivocó a la hora de determinar, primero, la *posición dominante* de WIN, y segundo, el *abuso* de dicha posición de dominio.

3. Con respecto a la *primera alegación* (= *definición del mercado de referencia*), WIN consideró que la Comisión realizó una separación artificial, cuando diferenció en su Decisión entre el mercado de referencia de acceso a Internet de alta velocidad y el mercado de acceso a Internet de baja velocidad. Según WIN, existe un único mercado de referencia de acceso a Internet. No importa, a estos efectos, que se trate de alta velocidad o de baja velocidad. Es más, la distinción es artificial; porque, en palabras de WIN, existe una continuidad de la baja velocidad a la alta, como lo indica el hecho de que se oferten servicios de ADSL de media velocidad.

4. El TPI, basándose en los argumentos aportados por la Comisión en su Decisión, afirmó que se puede definir el *acceso a Internet de alta velocidad* como el mercado de referencia en el asunto de que se trataba. En efecto, el Tribunal recurrió a la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia (DO C 372 de 9 diciembre 1997) (*Vid., ad ex., P. D. CAMESASCA/R. J. VAN DEN BERGH, «Achilles uncovered: revisiting the European Commission's 1997 market definition notice», Antitrust Bull., 47, 1, Spring 2002, pp. 143-186*). A efectos de la normativa comunitaria sobre competencia, el mercado relevante está compuesto por productos que deben tener un grado de sustituibilidad tal, que los consumidores los consideren intercambiables por su uso, por sus características y por su precio (apartado 81).

Analizando cada una de estas tres variables, el Tribunal argumentó que, por su uso, no puede considerarse que la alta velocidad y la baja formen parte del mismo mercado; ya que, incluso, existen aplicaciones que sólo están disponibles para el mercado de la primera –*ad ex.*, juegos interactivos en red y descarga de ficheros grandes (apartado 82)–. Por sus características técnicas, el Tribunal consideró que el acceso a Internet de alta velocidad exige un módem de conexión diferente, que no puede utilizarse para el acceso a baja velocidad. Además, la alta velocidad permite estar conectado y no tener inutilizada la línea telefónica (apartado 83). Por último, según el órgano judicial comunitario, no sólo no existe similitud técnica, o de uso, tampoco la hay de precio.

5. Todas estas diferencias llevaron a pensar que el producto Internet de alta velocidad no es sustitutivo del de baja velocidad. Conclusión que puede verificarse con la encuesta realizada por la Comisión, y aportada por WIN como anexo. Según ésta, el 80% de los clientes de alta velocidad no se cambiarían a la baja velocidad ante una subida de los precios de entre un 5% y un 10%. Esto indicaría, recurriendo, de nuevo, a la Comunicación de la

Comisión relativa a la definición del mercado de referencia de 9 diciembre 1997, que no existiría sustituibilidad del lado de la demanda (apartado 90).

6. Con respecto a la *segunda alegación* (= *determinación de la existencia de posición de dominio en el mercado de referencia*), WIN discrepó también del análisis realizado por la Comisión. Entre otras cosas, consideró que no puede apreciarse una posición dominante en un *mercado emergente*, teniendo en cuenta únicamente la situación momentánea de dicho mercado. Según la compañía, había quedado demostrada la entrada de nuevos competidores y la consecuente reducción de los precios de los servicios ofertados. Expresado con otros términos, en los mercados emergentes no sólo importa la *competencia actual*, también hay que tener en cuenta la *competencia potencial*.

7. Ante las alegaciones de WIN, el TPI, citando la jurisprudencia comunitaria, consideró que *una cuota de mercado del 50% constituye por sí misma, salvo circunstancias excepcionales, posición dominante de la empresa en cuestión* (STJCE de 3 julio 1991, *Akzo*, C-62/86, *Rec.* 1991, p. I-3359, apartado 60) (apartado 100). Durante el período litigioso, WIN ostentó una cuota de mercado de entre el 50%, al principio del período, y el 63,4% y el 71%, según la fuente, al final de éste (apartado 103).

La elevada cuota de mercado de WIN en el mercado de referencia no se podía explicar por su carácter emergente; ya que, según el Tribunal, las ofertas de acceso a Internet de alta velocidad empezaron a comercializarse a finales de 1999. En marzo 2001 –inicio del período de infracción–, el mercado no podía definirse como nuevo (apartado 106). Por otro lado, en los estudios prospectivos que realizó WIN sobre su posible posición en el mercado en el futuro, la propia empresa se marcó como objetivo factible una cuota de mercado de ADSL del 75%, para finales de 2004, y el 60% de mercado de los clientes de acceso a Internet de alta velocidad de acceso residencial. Estas cifras confirman la escasa importancia que otorgaba WIN a la competencia potencial en el mercado de referencia (apartado 111).

8. Otro dato que tuvo en cuenta el Tribunal, para entender que WIN tenía una posición dominante en el mercado de acceso a Internet de alta velocidad, fue la relación de dicha compañía con la francesa *France Télécom*, en el período de referencia:

1.º) En efecto, ninguno de los competidores tenía una «vinculación técnica», una «vinculación logística» y una «vinculación en términos de red comercial» en Francia, como la que le ofrecía *France Télécom* a WIN (apartado 113).

2.º) La *red de agencias* de la compañía francesa de telecomunicaciones, a través de las cuales se comercializaban los servicios que ofrecía WIN en el mercado francés, no era comparable a la que pudiera tener cualquiera de los competidores –AOL, T-Online o Tiscali (apartado 114)–.

3.º) Y si esto era así por lo que se refiere a la logística y a la red comercial, en relación con lo técnico, se pudo comprobar que WIN recibió un *tra-*

to preferencial por parte de *France Télécom*, desde enero de 2000 hasta septiembre de 2001, en el acceso en tiempo real a los ficheros de las líneas convertibles (apartado 116).

4.º) Por último, el Tribunal destacó también la rentabilidad que obtenía WIN en el mercado de la venta de anuarios, como elemento que, a modo de *subvención cruzada*, le podía permitir asumir las pérdidas en el mercado del acceso a Internet de alta velocidad (apartado 119).

9. Con respecto a la *tercera alegación* (= *abuso de posición dominante*), la Comisión calificó como *precios predatorios* los que practicaba WIN en relación con los servicios eXtense y Wanadoo ADSL (sobre los precios predatorios, *vid., per omnia*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «Precios predatorios», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 1, 2007, en prensa). Según la Comisión, no le permitieron cubrir los costes variables, hasta agosto de 2001, ni los costes totales, desde esa fecha, y, además, habían sido fijados en el marco de un plan para eliminar a los competidores y hacerse con el mercado.

WIN estimó que la Comisión había cometido un error en el cálculo de la cobertura de costes, por haber hecho un análisis estático de éstos, y un error en la utilización del método de cálculo de los costes. Por otra parte, en relación con el plan de depredación, WIN adujo que no hubo tal plan, porque, de hecho, la competencia siguió siendo importante al final del período de la infracción y su propia cuota de mercado se redujo durante ese tiempo.

10. Por lo que se refiere al espinoso tema de la *cobertura de costes*, el TPI, reiterando su jurisprudencia, afirmó que «*con carácter preliminar, es necesario recordar que, en la medida en que la decisión del método de cálculo de la tasa de cobertura de los costes implica una valoración económica compleja, ha de reconocerse a la Comisión una amplia facultad de apreciación* (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, *Deere/Comisión*, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 34, y la jurisprudencia que se cita). *En consecuencia, el control del juez debe limitarse a comprobar si se respetaron las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos, la inexistencia de error de apreciación manifiesta y de desviación de poder*» (apartado 129).

11. Cabría preguntarse a continuación qué costes son los que deben cubrirse para entender que los precios son predatorios. El Tribunal considera que, según su jurisprudencia, «*los precios inferiores a la media de los costes variables permiten presumir el carácter eliminatorio de una práctica de precios y, por otra parte, que los precios inferiores a la media de los costes totales pero superiores a la media de los costes variables deben considerarse abusivos cuando se fijan en el marco de un plan destinado a eliminar a un competidor*» (apartado 130).

Ante las alegaciones de WIN, y una vez dejado dicho lo anteriormente referenciado, con base en los documentos aportados por las partes, el Tribunal desestimó las pretensiones de la destinataria de la Decisión de la Comisión.

12. El análisis de los costes es meramente matemático; sin embargo, el otro componente de la definición de precios predatorios (*la intención de eliminar la competencia*) es sustancialmente jurídico. De este elemento se ocupó el Tribunal en los apartados 170 y siguientes.

13. Ante el argumento de la Comisión de que la compañía bajó sus precios para igualarlos con los de la competencia, WIN consideró que todas las empresas tienen derecho a equiparar, de buena fe, sus precios con los de los competidores y que dicha práctica forma parte del juego de la competencia (*meeting competition defense*) (*vid., ad ex.*, R. ADMAN, «Meeting Competition and Promotional Allowances in Dual Marketing», *Antitrust L.J.*, 39, 1969-1970, pp. 844-856; A. D. AUSTIN, «Meeting Competition in Good Faith, and the Premium Product», *Clev.-Marshall L. Rev.*, 14, 1965, pp. 610-625; ID., «Robinson-Patman and Meeting Competition: A Myriad of Problems with No Solutions», *Tul. L. Rev.*, 40, 1965-1966, pp. 313-338; D. L. BELL, «Price Discrimination: Territorial Pricing for Cable Television Services and the Meeting Competition Defense under the Cable Television Consumer Protection and the Competition Act of 1992», *J. Legis.*, 19, 1993, pp. 63-77; R. BERGER/A.S. GOLDSTEIN, «Meeting Competition under the Robinson-Patman Act», *Ill. L. Rev.*, 315, 1949-1950, pp. 315-330; J. C. BLACKFORD, «A Survey and Commentary on the Good Faith Meeting of Competition Defense in the Robinson-Patman Act», *W. Res. L. Rev.*, 18, 1966-1967, pp. 753-779; M. BLAKENEY, «Meeting Competition under Section 49(2)(b) of the Trade Practices Act 1974», *U.N.S.W.L.J.*, 3, 1979-1980, pp. 364-380; A. I. BOROWITZ, «Beatrice Foods: Meeting Competition and Buyer Liability», *Case W. Res. L. Rev.*, 22, 1970-1971, pp. 54-64; S. L. BRANNAN, «The Robinson-Patman Meeting for Competition Defense as Used in a Sherman, Section 1, Conspiracy Action», *Baylor L. Rev.*, 25, 1973, pp. 357-367; C. W. BRINCKERHOFF, «Meeting Competition Defense of the Robinson-Patman Act and Quantity Discount Systems», *Cornell L. Rev.*, 52, 1966-1967, pp. 802-813; A. BUTLER, «Meeting Competition under Sales below Cost Statutes», *Sw. L.J.*, 12, 1958, pp. 482-504; L. L. COOPER JR., «Pricing Systems and the Meeting Competition Defense», *Va. L. Rev.*, 49, 1963, pp. 1325-1361; M. M. CROUCH, «Antitrust Laws – Robinson-Patman Act – Harm to Competition Meeting Competition Defense», *Duq. L. Rev.*, 22, 1983-1984, pp. 207-230; R. C. DILKS, «A Stepchild Gains Small Favor: The FTC and the Meeting Competition Defense under the Robinson-Patman Act», *Bus. Law*, 21, 1965-1966, pp. 481-497; M. A. GRAVENGAARD, «The meeting competition defence principle: a defence for price discrimination and predatory pricing?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 27, 12, 2006, pp. 658-677; J. R. HALLY, «The Meeting Competition Defense in Robinson-Patman: FTC v. The Courts», *B.C. Indus. & Com. L. Rev.*, 3, 1961-1962, pp. 201-208; R. T. JOSEPH/B. L. HARROP, «Proof of the meeting competition defense: Investigation and verification of reported competing offers», *Antitrust L.J.*, 62, 1993, pp. 127-149; S. J. KEAN, «Good Faith and Meeting Competition after Falls City, Inc. v. Vanco Beve-

rage, Inc.», *J. Corp. L.*, 9, 1983-1984, pp. 575-594; P. B. LARUE, «Meeting Competition and other Defenses under the Robinson-Patman Act», *Bus. Law*, 25, 1969-1970, pp. 1037-1051; J. A. LYNOTT, «Robinson-Patman Act and the Defense of Meeting Competition», *Geo. L.J.*, 44, 1955-1956, pp. 461-477; J. M. MAY, «Meeting Competition under Robinson-Patman», *Tenn. L. Rev.*, 38, 1970-1971, pp. 56-81; J. F. MCCLATCHEY, «Price Discrimination, Meeting Competition and Promotional Allowances», *Ohio St. L.J.*, 29, 1968, pp. 314-329; G. I. MEISEL, «Robinson-Patman Primary and Secondary Line Litigation and Meeting Competition Defense», *U. Tol. L. Rev.*, 14, 1982-1983, pp. 567-576; S. NEIGHBORS, «Antitrust Law – Robinson-Patman Act – Inference of Injury and Expansion of the Meeting Competition Defense», *Whittier L. Rev.*, 5, 1983, pp. 565-583; A. NWANERI, «The Good-Faith Meeting Competition Defense to a Section 2(a) Violation of the Robinson-Patman Act: Area-Wide Pricing as a Valid Response to Competition», *Wm. Mitchell L. Rev.*, 14, 1988, pp. 859-906; R. O'DONOGHUE/A. J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp. 284-290; I. SCHER, «Meeting Competition and Changing Conditions Defenses», *Antitrust L.J.*, 53, pp. 1984-1985, pp. 943-954; J. H. SPAIN, «How Much Light has Sun Oil Shed on Meeting Competition under the Robinson-Patman Act», *B.C. Indus. & Com. L. Rev.*, 4, 1962-1963, pp. 678-686; C. J. STEELE, «Meeting Competition under the Robinson Patman Act», *Vill. L. Rev.*, 8, 1963, pp. 43-63; F. T. SUSS, «Meeting Competition with Price Discrimination – A Legal Principle in Search of Maturity», *Bus. Law*, 35, 1962-1963, pp. 1017-1023; B. E. ULLMAN, «Antitrust – Prices – Restraint of Trade – Trade Regulation – Sellers' Exchange of Price Information May Violate Section 1 of the Sherman Act Even if Done to Comply with the Good Faith Meeting Competition Defense to a Charge of Price Discrimination», *U. Cin. L. Rev.*, 48, 1979, pp. 179-186; H. VOGEL, «Meeting Competition», *Bus. Law*, 25, 1969-1970, pp. 199-212; C. J. WOODIN, «Meeting Competition – Permitted Price Discrimination under the Robinson-Patman Act», *U. Kan. L. Rev.*, 8, 1959-1960, pp. 630-640). Sin embargo, la Comisión adujo que, si bien es cierto que, en términos generales, las empresas pueden igualar precios, tratándose de una compañía con posición de dominio, este comportamiento se encuentra prohibido cuando los precios se reducen por debajo de los costes del servicio ofrecido.

El TPI, citando la jurisprudencia comunitaria, resolvió que «si bien una posición dominante no puede privar a una empresa que se encuentra en tal posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, y si bien debe reconocérsele, en una medida razonable, la facultad de adoptar las medidas que considere apropiadas para proteger dichos intereses, no pueden admitirse tales comportamientos cuando su objeto sea precisamente reforzar tal posición dominante y abusar de ella (...)» (apartado 185); «(...) resulta de la naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 82 CE que, en circunstancias específicas, las

empresas que ocupan una posición dominante pueden ser privadas del derecho a adoptar comportamientos, o a realizar actos, que no son en sí mismos abusivos y que ni siquiera serían reprochables si hubieran sido adoptados o realizados por empresas no dominantes» (apartado 187).

14. Por otra parte, respecto del *plan de depredación*, WIN negó que tuviera tal intención de reducir la competencia; porque, entre otras razones, sería absurdo plantearse ese objetivo en un mercado con unas *barreras de entrada* tan débiles como las que tiene el de referencia.

El TPI consideró que «en lo que atañe a los requisitos de aplicación del artículo 82 CE y a la distinción entre el objeto y el efecto de la práctica abusiva, es necesario subrayar que, a los efectos de la aplicación de dicho artículo, la demostración del objeto y del efecto contrario a la competencia puede, en su caso, confundirse. En efecto, si se demuestra que el objeto perseguido por el comportamiento de una empresa en posición dominante es restringir la competencia, este comportamiento también puede producir este efecto. Así, en relación con las prácticas en materia de precios, el Tribunal de Justicia declaró, en su sentencia AKZO/Comisión, «(...) que los precios inferiores a la media de los costes variables aplicados por una empresa que ocupa una posición dominante deben considerar en sí mismos abusivos, ya que el único interés que puede tener la empresa en aplicar tales precios consiste en eliminar a sus competidores, y que los precios inferiores a la media de los costes totales pero superiores a la media de los costes variables son abusivos cuando se fijan en el marco de un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia no exigió ninguna demostración de los efectos concretos de las prácticas en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, T-203/01, Rec. p. II-4071, apartados 241 y 242)» (apartado 195). «De lo anterior resulta claramente que, cuando se trata de precios predatorios, el primer elemento de la práctica abusiva aplicada por la empresa dominante consiste en la falta de cobertura de sus costes. *En el caso de la falta de cobertura de los costes variables, se presume el segundo elemento, es decir, la intención predatoria, mientras que, para los precios inferiores a la media de los costes totales, es necesario demostrar la existencia de un plan de expulsión de la competencia. Conforme a la sentencia de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión (citada en el apartado 130 supra, apartado 151), esta intención de eliminación debe demostrarse sobre la base de indicios serios y concordantes»* (apartado 197).

Debía verificarse, por tanto, si la Comisión había demostrado, con indicios serios y concordantes, el plan de depredación de WIN. En efecto, el TPI apoyó la prueba aportada por la Comisión. Su sentencia destacó algunas afirmaciones aparecidas en documentos internos de WIN. Tales afirmaciones eran bastante elocuentes. *Ad ex.*, WIN sostenía que «apropiarnos del mercado de ADSL es una necesidad» o proclamaba que «la alta velocidad y el mercado de ADSL responderán todavía durante algunos años a una lógica de

conquista, en la que el objetivo estratégico será conseguir una posición dominante por lo que respecta a la cuota de mercado, y la fase de rentabilidad no llegará hasta más tarde».

15. Por último, WIN alegó que la Comisión debía haber probado que esta compañía habría podido recuperar las pérdidas ocasionadas por los bajos precios a los que prestaba sus servicios. Para comprender esta argumentación, deben tenerse en cuenta dos datos:

1.º) En la *moderna economía industrial*, algunos autores consideran esencial, tratándose de precios predatorios, que se considere la probabilidad de que el asaltante recupere sus pérdidas (*recoupment*): se trata, en esencia, de no considerar la predación como un fenómeno estático, consistente en una reducción de precios a corto plazo (= *visión fotográfica*). La predación, más bien, consistiría en una estrategia a largo plazo para asegurar al depredador la monopolización del mercado durante el tiempo necesario para recuperar sus pérdidas, incrementando los precios (= *visión cinematográfica*). Cuando una pretendida práctica predatoria no responda a este modelo económico, será irrelevante para el Derecho antitrust: en el peor de los casos, sólo habrá supuesto un recorte temporal de los precios, que habrá beneficiado a los consumidores y eliminado tan sólo a los competidores menos eficientes (el tema, en todo caso, no es pacífico. *Vid., ad ex.*, F. H. EASTERBROOK, «Predatory Strategies and Counterstrategies», *University of Chicago Law Review*, 48, 2, 1981, pp. 263-337, concr. pp. 267-276 y 297-304; K. G. ELZINGA/D. E. MILLS, «Testing for predation: Is recoupment feasible?», *Antitrust Bull.*, 34, 1989, pp. 869-893; C. S. HEMPHILL, «The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses», *Stan. L. Rev.*, 53, July 2001, pp. 1581-1612; H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Cambridge, London, 2005, pp. 167-168; P. L. JOSKOW/A. K. KLEVORIK, «A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy», *Yale L. J.*, 89, 2, 1979, pp. 213-270; E. P. MASTROMANOLIS, «Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform», *Eur.Compet.L.Rev.*, 19, 4, 1998, pp. 211-224, concr. pp. 218-219; R. O'DONOGHUE/A. J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp. 253-256; L. TELSER, «Cutthroat competition and the long purse», *JLE*, IX, 1966, pp. 259-277).

2.º) Los *tribunales estadounidenses* han desestimado demandas de precios predatorios ante la falta de prueba de que el agresor los aumentaría y podría recuperar sus pérdidas (*Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 222, 113 S.Ct. 2578, 125 L.Ed.2d 168 [1993]) (Para un análisis de esta jurisprudencia, *vid., ad ex.*, E. GELLHORN/W. E. KOVACIC, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 4.ª ed., St. Paul, MN, West Publishing Co., 1994, pp. 140-144; E. P. MASTROMANOLIS, «Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform», *Eur.Compet.L.Rev.*, 19, 4, 1998, pp. 211-224, concr. pp. 221-222; E. T. SULLIVAN/J. L. HARRISON, *Understanding Antitrust and Its Economic Impli-*

cations, 3.^a ed., Nueva York, 1998, pp. 326-328 y 333-334). En unos casos, la ausencia de fuertes *barreras de entrada* suponía que era un *mercado expugnable*: los precios monopolísticos atraerían nuevas empresas rivales y descenderían a niveles competitivos (*ad ex.*, *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 107 S.Ct. 484, 93 L.Ed.2d 427 [1986]; *Matsushita Elec. Indus. Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 106 S.Ct. 1348, 89 L.Ed.2d 538 [1986]). En otros, la empresa acusada poseía una *cuota de mercado muy baja* para permitirse una política de precios predatorios.

Sin embargo, el Tribunal consideró que, tal como se ha mencionado anteriormente, la jurisprudencia comunitaria, *en el caso de precios inferiores a los costes totales pero superiores a los costes variables, sólo exige probar que la fijación de tales precios se inscribe en un plan de eliminación de la competencia; no es necesario, por tanto, que la Comisión pruebe que la empresa en posición dominante habría podido recuperar las pérdidas sufridas con la imposición de esos precios bajos* (apartado 229).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo

Caso N.º 55. Abuso de posición dominante: STJCE 15 marzo 2007, As. C-95/04 P, British Airways/Comisión y Virgin Atlantic Airways

NOTA

1. En el presente asunto, el TJCE conoce de un recurso de casación interpuesto por British Airways plc (en lo sucesivo «British Airways») contra una sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la que confirmaba la multa por importe de 6.800.000 euros impuestos por la Comisión a esta compañía aérea por un presunto abuso de posición de dominio. Por lo tanto, la sentencia del tribunal comunitario tiene su origen en un procedimiento sobre competencia relativo a determinadas comisiones y ventajas que la compañía aérea británica concedió a las agencias de viaje del sector del transporte aéreo en el Reino Unido.

Las agencias de viaje realizaban una serie de actividades consistentes en promocionar los servicios de transporte aéreo prestados por las compañías aéreas y, a cambio, éstas les abonaban unas comisiones calculadas sobre la base de las ventas de billetes realizadas. En este contexto, British Airways celebró con las agencias de viajes acreditadas con la International Air Transport Association (IATA) unos acuerdos que les daban derecho a una comisión básica por las ventas de billetes de avión de British Airways. Además de este sistema de comisiones básicas, que funcionaba desde 1976, en 1998 se celebró un segundo acuerdo que incluía tres programas de incentivos financieros diferentes: acuerdos de mercadotecnia, acuerdos globales y, finalmente, una remuneración del rendimiento. Estos acuerdos estaban reservados a las agencias de IATA que tuvieran una facturación anual de billetes de Bri-

tish Airways de entre 500.000 y 10 millones de libras esterlinas. Las agencias que facturasen una suma superior, podrían negociar acuerdos individualizados.

Según las comprobaciones efectuadas por la Comisión, el efecto de estos sistemas de comisión tenía una característica común: en todos los casos la consecución de los objetivos fijados de crecimiento de ventas generaba un incremento de la comisión abonada, no por los billetes de avión vendidos una vez superado el objetivo, sino por la totalidad de ellos. Esto tenía como consecuencia inmediata el que cuando la agencia de viajes se acercaba a los umbrales fijados para el incremento de la comisión, la venta de unos pocos billetes más generaba importantes ingresos adicionales (recordemos que las comisiones se calculaban sobre la totalidad de billetes vendidos).

Planteado el asunto ante la Comisión, ésta entendió que tal práctica constituía un abuso de la posición dominante que British Airways tenía en el mercado británico. Por un lado, los incentivos financieros suponían una forma de mantener e incrementar las ventas de sus billetes en el mercado británico; y por otro, British Airways estaba aplicando condiciones desiguales a las diferentes agencias de viajes, pese a que éstas efectuaban prestaciones equivalentes.

2. *Sobre el efecto de exclusión atribuido a los programas de remuneración*, el TJCE entendió que para determinar si los descuentos o incentivos ofrecidos por una empresa en posición dominante son abusivos es necesario verificar dos condiciones: en primer lugar si tales incentivos pueden producir un efecto de exclusión de la competencia, dificultando o impidiendo el acceso al mercado de los competidores de la empresa dominante; y, en segundo lugar, si el sistema de incentivos que produce tal exclusión está justificado desde un punto de vista económico. Es decir, no todo incentivo o descuento concedido por una empresa en posición de dominio reviste forzosamente un carácter abusivo.

Sobre el *efecto excluyente*, el TJCE entendió que el programa de incentivos recompensaba más la fidelidad que el volumen, puesto que la forma en que se calculaba el importe de la comisión arrojaba un efecto marginal importante. Las comisiones concedidas a las agencias de viajes que cumplían los objetivos fijados se calculaban sobre la totalidad de sus ventas, y no sólo sobre los billetes vendidos una vez alcanzados los objetivos. De esta forma, las agencias no se sentían motivadas a ofertar los billetes de compañías aéreas distintas de British Airways y, como consecuencia, no tenían capacidad para elegir libremente la compañía aérea con la que trabajar. En este sentido, la presión ejercida sobre las agencias de viaje era especialmente intensa, puesto que la venta de billetes de British Airways tenía un importante efecto multiplicador sobre los ingresos de las agencias. En estas circunstancias, los programas de remuneración tenían un efecto directo de fidelización que, indirectamente, era capaz de producir un efecto de eliminación de la competencia, puesto que a los competidores de la empresa dominante les

resultaba especialmente gravoso –si no imposible– mejorar sus condiciones. Se trata de unos hechos similares a los que en su día dieron lugar a la sentencia *Michelin v. Comisión* (STJCE de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, *Michelin contra Comisión*, Rec. pág. 3461 y ss.). En ella se analizó un sistema de descuentos que no condicionaba la obtención del incentivo a que las partes se aprovisionaran en todo o en parte con los suministros de la empresa dominante, y en los que la ventaja económica, vinculada a la consecución de determinados objetivos, se aplicaban a todas las ventas realizadas durante el periodo de referencia y no sólo a las ventas marginales.

Sobre la *justificación económica* del incentivo, British Airways consideraba que estaba plenamente justificado el que una empresa recompensara a aquellos clientes que le permitieran incrementar sus ventas y, con ello, reducir los costes fijos elevados que soportan. No obstante, como acertadamente expuso el Abogado General (siguiendo la argumentación empleada por la Abogada General, la Sra. JULIANE KOKOT, «no todos los descuentos e incentivos que concede una empresa en posición dominante a sus socios contractuales y que producen un efecto de eliminación son forzosamente abusivos y, por tanto, prohibidos con arreglo al artículo 82 TCE. Antes bien, según reiterada jurisprudencia, sólo cabe considerar como abusivos los descuentos e incentivos que no se basen en una prestación económica que los justifique. En cambio, si se advierte la existencia de una justificación económica objetiva de los descuentos o incentivos, no procederá considerarlos abusivos a pesar del efecto de eliminación que producen», ap. 57) y posteriormente fue recogido en la sentencia por el TJCE (ap. 84), «lo decisivo es si el efecto de eliminación de los descuentos o incentivos que perjudica a la competencia puede contrarrestarse o incluso superarse mediante *eficiencias* que también pueden beneficiar sensiblemente al consumidor» (esta línea argumental se reproduce en el considerando 29 del Reglamento [CE] 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas –DOUE n.º L 24, de 29 de enero de 2004–, así como en los apartados 76 a 88 de las Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas –DOUE n.º C 31, de 5 de febrero de 2004–, o en los puntos 135 y 141 de la Comunicación de la Comisión «Directrices relativas a las restricciones verticales» –DOUE n.º C 291, de 13 de octubre de 2000–). Dicho en otros términos, ponderar si las ventajas para los consumidores superan los inconvenientes que tal práctica produce sobre la competencia. Por ejemplo, un descuento ofrecido en función del volumen de compras objetivo y ofertado por igual a todos los contratantes puede encontrar su justificación en las economías de escala y en el ahorro de costes que el fabricante obtiene con la producción de cantidades mayores (entre las eficiencias que desarrollan las empresas deben distinguirse entre las originadas por el lado de la oferta y las originadas por el lado de la demanda; las primeras suponen un ahorro de costes para el productor que,

indirectamente, puede repercutir en una disminución de los precios que pagan los consumidores; sin embargo, las eficiencias de la demanda repercuten en una mejora directa del bienestar del consumidor –por ejemplo, las estrategias empresariales que tienen como finalidad la innovación de producto–. El TJCE no entró a valorar los hechos puesto que en casación está vinculado por las valoraciones del Tribunal de Instancia. La apreciación de este último sobre la ausencia de justificación económica es plenamente vinculante. Por ello conviene recordar cuáles fueron los argumentos esgrimidos por el tribunal comunitario y que, básicamente, se centraron en el hecho de que la cobertura de los importantes costes fijos que soportan las compañías aéreas sólo justificaría el descuento sobre los billetes adicionales vendidos una vez superado el objetivo de venta marcado (STPI de 17 de diciembre de 2003, as. T-219/99, *British Airways contra Comisión*, Rec. 2003-II, pp. 5917 y ss., ap. 282 y 283).

3. *Sobre el efecto material que las comisiones concedidas han tenido sobre las compañías competidoras y sobre los consumidores*, el TJCE no entró a valorar este argumento puesto que constituye un motivo no admisible en sede de casación. No obstante, y aprovechando que en un análisis de una sentencia no hay restricciones de forma, sí conviene hacer algunas consideraciones de fondo sobre el argumento esgrimido por British Airways. El punto de partida debe ser el objetivo perseguido por el artículo 82 TCE. Este precepto está concebido para garantizar la competencia en el mercado interior. Es decir, el objeto del artículo 82 es la protección de la estructura del mercado, y no los intereses concretos de determinados competidores (STJCE de 14 de noviembre de 1996, as. C-333/94 P, *Tetra Pak contra Comisión*, Rec. 1996-I, págs. 5951 y ss., ap. 37; STJCE de 16 de marzo de 2000, as. C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports y otros contra Comisión*, Rec. 2000-I, págs. 1365 y ss., ap. 131). De esta forma, se protegen también, siquiera sea de manera indirecta, los intereses de los consumidores y de las empresas competidoras individualmente consideradas. No obstante, sorprende que British Airways recurra a este argumento cuando ya había admitido que no era necesario probar que el sistema de incentivos tenía repercusiones *efectivamente* contrarias a la competencia.

Marta Casado Abarquero

IV. Concentraciones

Caso N.º 56. Concentraciones: STJCE 18 diciembre 2007, As. C-202/06 P, Cementbouw/Comisión

NOTA

La empresa *Cementbouw Andel & Industrie BV* de nacionalidad holandesa presenta un recurso de casación ante el TJCE en el que solicita la anu-

lación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades de 23 de febrero de 2006 (T-282/02, Rec. p. II-319) que desestima el recurso para la anulación de la Decisión de la Comisión de 26 de junio de 2002 por la que declara la compatibilidad de una operación de concentración con durísimas condiciones (Asunto COMP/M.2650-Haniel/Cementbouw/JV [CVK]).

La operación consiste en la adquisición del control conjunto por parte de la empresa *Haniel* de nacionalidad alemana y la holandesa *Cementbouw* de la cooperativa *CVK* y su conversión en una empresa común en plenas funciones. Todas las empresas actúan en el sector de los materiales de construcción. La operación de concentración se lleva a cabo en distintas transacciones separadas formalmente, pero vinculadas entre sí y con efectos similares en la estructura competencial de los mercados por lo que la Comisión la considera una única operación de concentración de dimensión comunitaria. Sin embargo, la primera transacción por la que la cooperativa *CVK* adquiere el control de sus miembros es notificada (9 meses antes que a la Comisión) y autorizada por la autoridad neerlandesa de defensa de la competencia o *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (NMa). Finalmente, la Comisión, en aplicación del art. 8. del Reglamento, autoriza la operación sujeta al cumplimiento de severas condiciones como la disolución de la empresa en común *CVK*.

En este recurso, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) tiene la ocasión de fijar el momento de determinación de la competencia de la Comisión para evaluar una operación y de clarificar la funcionalidad del reparto de competencias establecido en el artículo 21.1 y 21.2 del Reglamento de concentraciones 4064/89 (I). Del mismo modo, establece la función y la naturaleza de los compromisos propuestos por las empresas y sus efectos sobre la competencia de la Comisión (II). Además, aclara la aplicación del principio de proporcionalidad a los mencionados compromisos (III) y, en último lugar, la posible vinculación de la Comisión a una decisión adoptada previamente por una Autoridad Nacional de competencia (IV).

I. El TJCE recuerda el principio de reparto preciso de competencias entre las Autoridades Nacionales de competencia y la Comisión establecido en el art. 21.1 del Reglamento 4064/89, así como la misión del artículo 10 del mismo texto legal de limitar la duración de los procedimientos por razones de seguridad jurídica y en interés de las empresas. Por lo que se deduce que es un principio inspirador del control europeo de concentraciones establecer una clara distribución de competencias y garantizar dicho control en plazos compatibles con la buena administración y el tráfico mercantil. El propósito de fijar un sistema claro y objetivo de reparto de competencias entre las AANN y la Comisión responde al deseo de seguridad jurídica que exige que la autoridad competente sea conocida de forma previsible. Es por ello por lo que el artículo 1 del Reglamento 4064/89 establece unos criterios para la decisión sobre la competencia de la Comisión precisos y objetivos basados en el volumen de negocios de las empresas participantes.

Por ello, ante la alegación de las empresas de la obligación de la Comisión de cuestionarse su competencia para evaluar una concentración al proponer éstas modificaciones parciales al proyecto, el TJCE entiende que éstas no obligan a la Comisión a reexaminar su competencia. Entender lo contrario permitiría a las empresas perturbar significativamente el procedimiento y la eficacia del control por la Comisión, que tendría que verificar su competencia a lo largo del procedimiento en detrimento de dedicar sus esfuerzos a la evaluación de fondo de la concentración. Por tanto, según el TJCE, por el *imperativo de celeridad* que impone el Reglamento de concentraciones, una vez que la Comisión se ha declarado competente, no puede cuestionarse su competencia constantemente ni someterse a cambios permanentes.

EL TJCE dispone también que la competencia de la Comisión para examinar una concentración una vez fijada en fecha determinada se mantiene durante todo el procedimiento salvo que las empresas abandonen la operación, cosa que no ocurre en el presente caso. Y es necesario recordar que para el abandono de la operación se exige que la actuación para considerar abandonada la operación debe ser de la misma naturaleza, es decir, demuestre la misma vinculación para las empresas que el acto que ha servido para notificarla. Si bien, en este caso, el TJCE deja sin resolver la cuestión de la fecha que deba tenerse en cuenta para determinar la competencia de la Comisión, ya se trate de la fecha en la que nació la obligación de notificar o el momento en que debía haberse realizado la notificación o bien en la fecha que haya tenido lugar efectivamente. Pero en todo caso, a juicio del TJCE, ese momento debe estar estrechamente relacionado con el momento de la notificación. Sin embargo, no hay que olvidar que las normas relativas a la fijación de la competencia de la Comisión han sido modificadas en el Reglamento 139/2004 de tal manera que, según el artículo 4.1 del Reglamento 4064/89, la fecha a tener en cuenta es en la que se produce el elemento que desencadene la notificación, es decir, la conclusión de un acuerdo definitivo, la publicación de una oferta pública de compra o la adquisición de una participación o, como más tarde, el momento en el que las partes tenían la obligación de notificar la operación (*vid.* Asunto M.1741 – MCI World Com/Sprint de 28 de junio de 2000). En este sentido, la *Comunicación sobre la jurisdicción consolidada de la Comisión* establece que, a más tardar, es en el momento de la notificación cuando la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia deben poder fijar su competencia (*Comunicación sobre la jurisdicción consolidada de la Comisión* sobre el Reglamento [CE] n.º 139/2004 del Consejo relativo al control de las operaciones de concentración entre empresas, de 10 de julio de 2007, <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/jn_en.pdf>, p. 58). Pero, en aplicación del artículo 4.1 del Reglamento 139/2004, no se fija una fecha límite para realizar la notificación (siete días desde que acontece el elemento desencadenante de la notificación, según el precedente Reglamento 4064/89) por lo que no se puede establecer éste como criterio último.

II. El TJCE define también la naturaleza y la función de los compromisos que las empresas pueden presentar con el fin de despejar las dudas sobre la compatibilidad de la operación con el mercado común (artículo 8.2 del Reglamento de concentraciones). Ya que los compromisos adoptados por las empresas son elementos que la Comisión debe utilizar en la evaluación de fondo de la concentración para la determinación de su compatibilidad con el mercado común y no pueden privar a la Comisión de la competencia para examinar la operación una vez que esta se ha fijado en la primera fase del procedimiento.

III. El TJCE aclara también la incidencia del principio de proporcionalidad en relación con los compromisos que las partes pueden presentar, que consiste en asegurarse de que las obligaciones asumidas por las empresas son proporcionales al problema de competencia detectado y que permiten solventarlo enteramente. Por el contrario, el principio de proporcionalidad no consiste en verificar si una vez aplicadas las obligaciones que la Comisión puede imponer a las empresas participantes en la concentración, ésta sigue siendo de dimensión comunitaria. Además, el TJCE aclara que el principio de proporcionalidad no obliga a la Comisión a aceptar los compromisos ofrecidos por las empresas cuando éstos son insuficientes para resolver el problema de competencia detectado.

IV. Finalmente, respecto del procedimiento paralelo seguido ante la autoridad holandesa de competencia (NMa), el TJCE establece que las decisiones de las autoridades nacionales no pueden vincular a la Comisión en la evaluación de una operación de concentración en virtud del Reglamento de concentraciones. Y esto es así porque el Reglamento 4064/89 instaura un reparto preciso de competencias exclusivas en su art. 21.1. Hay que tener en cuenta que tanto la NMa como la Comisión europea se han pronunciado en sus respectivos ámbitos de competencia, aplicando criterios distintos y que la supuesta idéntica operación no es tal, ya que las empresas notificaron a la autoridad holandesa de defensa de la competencia sólo la primera de la serie de transacciones independientes, al menos formalmente, en las que participaron las empresas. Mientras que la autoridad nacional únicamente juzgó el primer grupo de transacciones, la Comisión evaluó la operación global y, además, la NMa examinó la operación atendiendo a la situación en el mercado nacional y no su compatibilidad con el mercado común.

Natividad Goñi Urriza

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



Universidad de
Deusto

