

Estudios de Deusto

Vol. 51/2 Julio-Diciembre 2003

Sumario

Actividades económicas (mejor, empresariales) de las Fundaciones

R. de Angel Yágüez

De los márgenes al centro: la travesía del nacionalismo en Iparralde

I. Ahedo Gurrutxaga

La jubilación parcial

J.A. Alvarez Patallo

Paradojas del pluralismo

A. Calvo Espiga

La calificación del concurso en la nueva Ley

F. Gómez Martín

La falta de conformidad en la nueva Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo

E. González Bilbao

Reforma religiosa y constitucionalismo. Una clase de Derecho constitucional a través del Monumento Internacional de la Reforma de Ginebra

E.J. Ruiz Vieytez

La aplicación e interpretación de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías

J. San Juan Crucelaegui

Información veraz sobre los episodios de la independencia judicial

M.M.^a Zorrilla Ruiz

Empleo y desempleo en la Unión Europea: hacia el objetivo del pleno empleo

S. Ruiz de la Cuesta Fernández

Algunas consideraciones acerca del nuevo papel de la Entidad Gestora ante el posible uso fraudulento de la contratación temporal

S. Ruiz de la Cuesta Fernández

Universidad de
Deusto



Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

**Segunda época. Vol. 51/2
Desde su fundación vol. 71
(Fasc. 111)
Julio-Diciembre 2003**

Bilbao
Universidad de Deusto
2004

Director:

Ignacio María Beobide

Consejo Asesor:

Ricardo de Angel	Aitziber Emaldi
Iciar Basterretxea	Marta Enciso
Rosario Besné	Ramón Múgica
María Pilar Canedo	Javier San Juan
Javier Caño	Gema Tomás
Jorge Caramés	Demetrio Velasco

Administración:

Publicaciones
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 456 817

Distribución:

Ediciones Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de suscripción:

Europa	26 euros
Otros países	50 \$
Número suelto	14,50 euros

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 - 48080 Bilbao

e-mail: publicaciones@deusto.es

I.S.S.N.: 0423 - 4847

Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

Impresión:

Sumario

Estudios

Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ, <i>Actividades económicas (mejor, empresariales) de las Fundaciones</i>	11
Igor AHEDO GURRUTXAGA, <i>De los márgenes al centro: la travesía del nacionalismo en Iparralde</i>	47
José Andrés ALVAREZ PATALLO, <i>La jubilación parcial</i>	81
Arturo CALVO ESPIGA, <i>Paradojas del pluralismo</i>	93
Fernando GÓMEZ MARTÍN, <i>La calificación del concurso en la nueva Ley</i>	115
Emilio GONZÁLEZ BILBAO, <i>La falta de conformidad en la nueva Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo</i>	153
Eduardo J. RUIZ VIEYTEZ, <i>Reforma religiosa y constitucionalismo. Una clase de Derecho constitucional a través del Monumento Internacional de la Reforma de Ginebra</i>	171
Javier SAN JUAN CRUCELAEGUI, <i>La aplicación e interpretación de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías</i>	195
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Información veraz sobre los episodios de la independencia judicial</i>	233

Congresos y Conferencias

Sol RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, <i>Empleo y desempleo en la Unión Europea: hacia el objetivo del pleno empleo</i>	263
Sol RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, <i>Algunas consideraciones acerca del nuevo papel de la Entidad Gestora ante el posible uso fraudulento de la contratación temporal</i>	283

ESTUDIOS

ACTIVIDADES ECONOMICAS (MEJOR, EMPRESARIALES) DE LAS FUNDACIONES¹

Ricardo de Angel Yágüez

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto. Bilbao, España

Sumario: I. Motivo y propósito de la presente aportación. II. El artículo 22 de la Ley de 1994. El antecedente constituido por el artículo 28 del Reglamento de Fundaciones culturales privadas, de 21 de junio de 1972. Normas (legales y reglamentarias) sobre esta materia, de Comunidades Autónomas. III. El ejercicio *directo* de actividades mercantiles o industriales, en la Ley de 1994. IV. La «novedad» de la Ley de 2002. V. Alguna posible conclusión sobre todo lo anterior. VI. Concordancias sobre las «actividades económicas» del artículo 24, dentro de la propia Ley de 2002 y en relación con la denominada Ley del mecenazgo. Y algunas cuestiones de orden práctico sobre la fundación-empresa que permite la Ley de 2002.

I. Motivo y propósito de la presente aportación

1. A mi juicio, entre las novedades más significativas de la Ley de Fundaciones de 26 de diciembre de 2002 está la constituida por la expresa previsión —con ese rango normativo de Ley, puntualizo— de que la fundación pueda desarrollar actividades económicas *directamente*, esto es, por sí misma; no de la forma *indirecta* consistente en participar en el capital de sociedades mercantiles.

A esa previsión legal se une, también por vez primera en la legislación estatal sobre la materia, una regulación —si bien muy parca y llena de incógnitas— sobre las condiciones que deben cumplirse para ese desarrollo *directo* de actividades económicas por parte de la fundación.

Interesa aproximarse ya al texto del artículo 24 de la nueva Ley, que, inserto en su capítulo V, reza: «*Actividades económicas. 1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o*

¹ Este trabajo constituye la contribución del autor al Libro-homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, que prepara la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba a través del Profesor González Porras.

accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia.

Además, podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades, con arreglo a lo previsto en los siguientes apartados.

2. Las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Cuando esta participación sea mayoritaria deberán dar cuenta al Protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca.

3. Si la fundación recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, alguna participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, deberá enajenar dicha participación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación».

2. El objetivo de este trabajo es, en primer término, formular una opinión sobre si la nueva reglamentación constituye novedad significativa respecto a la antigua (me refiero a la del artículo 22 de la Ley homónima de 1994), y en su caso en qué medida.

En segundo lugar, intenta desentrañar alguna de las incógnitas del régimen introducido por la vigente Ley. Se trata de especular sobre si la nueva norma da carta de naturaleza en nuestro Derecho a la llamada *fundación-empresa*. Y no puede prescindirse, en esa segunda parte, de lo que podríamos llamar «aspectos prácticos» del ejercicio de actividad empresarial por parte de una fundación, tanto desde el punto de vista formal como desde el sustantivo.

II. El artículo 22 de la Ley de 1994

1. En el capítulo V de la precedente Ley estatal (esto es, la 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general), comprensivo de los artículos 21 a 26, se encontraba uno, el 22, equívocamente rotulado o rubricado con las palabras «actividades mercantiles o industriales»².

² Aquel capítulo V versaba sobre «funcionamiento y actividad de la fundación», según su rúbrica.

No está de más recordar su redacción, precisamente para destacar la novedad que en la materia objeto de este estudio ha podido introducir la actual Ley de 26 de diciembre de 2002: *«Actividades mercantiles e industriales. 1. Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales.*

2. Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la Fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad.

3. Las fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas y deberán dar cuenta de dicha participación mayoritaria al Protectorado en cuanto ésta se produzca».

2. Es probable que algunos de los preceptos de la Ley de 1994 de los que pudiera extraerse la conclusión de que las fundaciones podían desarrollar actividades económicas *directamente* (preceptos a los que luego me referiré) tuvieran explicación —sólo— en el marco del artículo 28 del Reglamento de las Fundaciones culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas, de 21 de julio de 1972.

Recordando que aquel Decreto de 1972 se mantuvo en vigor por virtud del párrafo sexto de la disposición derogatoria única de la Ley estatal de 1994³, interesa reproducir los apartados 1 y 2 del artículo 28 del Decreto en cuestión. Rezaban: *«1. Las Fundaciones podrán realizar las actividades industriales o mercantiles que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, dando cuenta el Protectorado de la estructuración y funcionamiento de estas actividades.*

2. En los demás casos, las Fundaciones no podrán ejercer por sí mismas actividades industriales o mercantiles, sin previa y expresa autorización del Protectorado».

3. Aunque no es mi propósito analizar el objeto de este trabajo a la luz de la legislación autonómica, no está de más recordar lo que disponen al respecto leyes y reglamentos de algunas de nuestras Comunidades.

³ Aunque con la obvia reserva de que esa declaración de vigencia no alcanzaba a disposiciones que se opusieron a la propia Ley de 1994, circunstancia que parecía no concurrir en la materia que nos ocupa.

Ley 12/1994, de 17 de junio, del País Vasco. Artículo 25: «1. La fundación podrá realizar, por sí misma, actividades mercantiles o industriales cuando éstas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos.

2. En todos los demás supuestos deberá realizar dichas actividades a través de sociedades, incluidas las de economía social, que tengan limitada la responsabilidad de sus socios.

3. Las actividades comprendidas en este artículo deberán ser puestas en conocimiento del Protectorado».

Ley 2/1998, de 6 de abril, de Canarias. Artículo 27: «1. La fundación podrá realizar por sí misma actividades empresariales sólo cuando éstas estén directamente relacionadas con el fin fundacional o sean estrictamente necesarias para el sostenimiento de la actividad fundacional.

El Patronato deberá comunicar al Protectorado de Fundaciones Canarias el inicio de las actividades en un plazo no superior a veinte días.

2. Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales.

Las fundaciones podrán participar en sociedades no personalistas. Si la participación es mayoritaria, será necesaria la autorización previa del Protectorado de Fundaciones Canarias para que la misma pueda llevarse a cabo. En caso contrario bastará con que el Patronato comunique al Protectorado de Fundaciones Canarias la participación».

Ley 8/1988, de 9 de diciembre, de la Comunidad Valenciana. Artículo 20.3: «También podrán obtener rendimientos mediante el ejercicio por sí mismas de actividades mercantiles o industriales, siempre que coincidan con el objeto o finalidad específica de la fundación. En el caso de que no coincidan tales actividades con el fin fundacional, éstas deberán realizarse a través de cualquier tipo de sociedad que tenga limitada la responsabilidad de sus socios. Se comunicarán al Protectorado las actividades comprendidas en este apartado».

Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Cataluña. Artículo 36: «Las fundaciones pueden llevar a cabo directamente explotaciones económicas, de acuerdo con lo que dispone la legalidad vigente, en los casos siguientes:

a) Si el ejercicio de la actividad constituye por sí mismo el cumplimiento del fin fundacional o de una parte de este fin.

b) Si se trata de una actividad accesorio, complementaria o subordinada respecto al fin fundacional o a una parte de este fin».

Por su parte, el artículo 21 del Decreto 248/1992, de 18 de junio, de la Xunta de Galicia, sobre organización y funcionamiento del Protectorado de las fundaciones de interés gallego, dispone: «1. *Las Fundaciones podrán realizar directamente las actividades económicas que estimen procedentes para el mejor cumplimiento de los fines fundacionales, pero deberán informar al Protectorado, a través de la memoria anual, de la estructura y funcionamiento de las mismas con la debida separación.*

La participación mayoritaria de la Fundación en sociedades mercantiles deberá comunicarse al Protectorado tan pronto como se produzca.

2. *Las actividades y servicios prestados directamente por la Fundación a sus beneficiarios sólo podrán ser retribuidos cuando concurren las siguientes condiciones: a) Que las actividades o servicios de que se trate sean de interés general para la Comunidad Autónoma; b) Que el conjunto de las percepciones que la Fundación reciba de los beneficiarios no sea superior al coste real del servicio o actividad prestados; c) Se obtenga autorización del Protectorado para iniciarla, a cuyo efecto deberá de acompañarse con la solicitud la correspondiente memoria justificativa.*

3. *En el caso de libros o publicaciones audiovisuales, las Fundaciones deberán remitir al Protectorado un ejemplar de cada uno de los libros y publicaciones que editen o produzcan.»*

La Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid de 2 de marzo de 1998, en su artículo 19, sobre «actividades mercantiles e industriales», sólo las contempla en la forma *indirecta* consistente en participar en sociedades mercantiles.

En el caso de Castilla y León, su Ley de 15 de julio de 2002, en el artículo 22.1, rotulado «actividades mercantiles e industriales», determina que «*las fundaciones pueden realizar actividades económicas coincidentes con los fines fundacionales o relacionados directamente con el cumplimiento de los mismos*».

III. El ejercicio *directo* de actividades mercantiles o industriales, en la Ley de 1994

1. El artículo 22 de la Ley de 1994 no fue precisamente un dechado de rigor ni de claridad.

Su título o rúbrica («actividades mercantiles e industriales») no se ajustaba en absoluto, a mi entender, al contenido del precepto, porque lo que en él se contemplaba —según su letra— era un *ejercicio indirecto*

to de tales actividades, mediante la participación de la fundación en sociedades mercantiles en las que aquélla no debiese responder personalmente de las deudas sociales⁴.

En efecto, sólo con mucha imaginación podía sostenerse, a mi entender, que una fundación ejerciera una «actividad mercantil o industrial» por el mero hecho de ser titular de una participación, más o menos significativa, en una sociedad mercantil.

Decir que una fundación «desarrolla» una actividad mercantil o industrial si es titular del 1% del capital de una sociedad del sector eléctrico o del bancario, pongamos por caso, es sólo una «ficción», que como tal no resiste la más moderada y benigna crítica.

Podría parecer diferente a primera vista (digo sólo *parecer*) el caso en el que la fundación participa de forma muy significativa —o incluso mayoritaria— en una sociedad capitalista. Pero, en realidad, también aquí me parece que es una entelequia decir que *la fundación desarrolla una actividad mercantil o industrial*.

Verdad es que en esta segunda hipótesis puede haber motivos para que el régimen legal de *fiscalización de la fundación* se endurezca o haga más riguroso. Pienso, por ejemplo, en la posibilidad de que una participación muy relevante en una sociedad capitalista (con su consiguiente —probable— presencia en el órgano de administración de la sociedad) pueda prestarse a la sospecha de confabulaciones en fraude del fin fundacional. Pero ni siquiera esta posibilidad bastaría para afirmar que *la fundación como tal* ejerce una actividad empresarial. Como mucho, podrían justificarse cautelas del tono de la establecida en el apartado 3 del antiguo artículo 22, esto es, la de que las fundaciones con participación mayoritaria en una sociedad no personalista deban dar cuenta de dicha participación al Protectorado⁵.

Pero, en definitiva, en lo que respecta a la que podríamos llamar *preservación* de la genuina naturaleza y régimen jurídico específico o propio de la fundación, la circunstancia de que ésta sea titular de *alguna* participación en una sociedad mercantil no es bastante, a mi entender, para afirmar que es la propia fundación la que desempeña o desarrolla la «actividad económica» que constituye el objeto de esa sociedad.

En suma, creo que el artículo 22 en cuestión no brindaba soporte bastante para considerar que aquella Ley de 1994 reconociera la posi-

⁴ Quedaba excluida la participación en sociedades en las que la «responsabilidad personal» sí se diera (apartado 1 del mismo artículo 22). A las demás se las denominaba «sociedades no personalistas» en el apartado 3 del precepto.

⁵ Cautela que se mantiene en el apartado 2 del artículo 24 de la vigente Ley.

bilidad de actividad mercantil o industrial *directa* por parte de la fundación.

Y ello, en notable contraste con una afirmación del párrafo séptimo del apartado IV de la exposición de motivos, donde se leía: «Merecen destacarse, además, dos aspectos que inciden sobre la actividad de las fundaciones: el primero es la posibilidad de que ejerzan *directa o indirectamente* actividades mercantiles e industriales...». Estas palabras del preámbulo no encontraban reflejo en el artículo en el que, en buena técnica, tenían que haberse materializado.

Creo, por tanto, que parece cuando menos dudosa la opinión de que la Ley de 1994 permitía a la fundación desarrollar *directamente* una «actividad económica», esto es, sin «interposición» de una sociedad mercantil.

Cuestión distinta, desde luego, es que ese *ejercicio directo* pudiera sustentarse en el Decreto de 1972 sobre Fundaciones culturales, arriba citado, aunque con dos importantes limitaciones: de un lado, que se tratara de ese tipo de fundaciones, y no de otras; en segundo término, que las «actividades industriales o mercantiles» a las que se refería el Decreto fuesen «*estrictamente necesarias para mejor cumplimiento del fin fundacional*», restricción esta última sobre cuyo alcance no es necesario mayor encarecimiento.

Y también era cuestión distinta, ciertamente, la consistente en que la fundación, según el artículo 24 de aquella Ley, pudiera «obtener ingresos por sus actividades», hipótesis que nada tiene que ver con lo que en esta aportación me ocupa; que —repito— es el *ejercicio directo* por la fundación de una actividad empresarial.

2. No han faltado autores, sin embargo, que vieron las cosas de otro modo.

Refiriéndome a quienes escribieron al socaire de la vigencia de la Ley anterior, y procediendo «hacia atrás» en el tiempo, BARRAL VIÑALS⁶ opina que la posibilidad de que la fundación realizase una actividad económica *directamente*, esto es, como agente económico de bienes o servicios a través de la actividad empresarial, aparecía avalada por el artículo 10 de la Ley de 1994, por cuanto permitía que la dotación estuviese integrada por cualquier tipo de bienes o derechos.

⁶ BARRAL VIÑALS, I., «El ejercicio de actividades económicas por parte de las fundaciones», *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones* (coordinadores, BELLO JANEIRO, D. y LUNA SERRANO, A.), Escola Galega de Administración Pública, La Coruña, 2003, pp. 85 ss.

No obstante, el argumento no me parece convincente, precisamente porque el artículo 10 se refería a la «dotación», cosa bien distinta de la «actividad» de la fundación. Ambos extremos (ya que no *momentos*) se encontraban razonablemente residenciados en lugares distintos de aquella Ley, capítulos II y V respectivamente.

Que una *empresa* fuese el objeto de dotación no significaba por sí solo que su actividad pudiese ser la de la fundación. Basta recordar que, por ejemplo, el apartado 2 del artículo 22 imponía a la fundación el deber de promover la transformación de las sociedades mercantiles en las que, debiendo responder personalmente los socios de las deudas sociales, la fundación tuviese una participación mayoritaria⁷.

Añade la misma autora el argumento constituido por el apartado 2 del artículo 19 de la hoy derogada Ley de Fundaciones, en tanto en cuanto prevenía el procedimiento de enajenación y gravamen de, entre otros, establecimientos mercantiles o industriales.

Pero tampoco en este caso me parece del todo convincente el argumento. Y si digo esto es porque una cosa es que la fundación sea *titular* de un establecimiento mercantil o industrial (circunstancia que puede tener su origen en la «dotación» o en cualquier otro acto jurídico gratuito traslativo, en favor de la fundación), y otra distinta es que la fundación pueda *seguir* desplegando la actividad empresarial con sede en el «establecimiento» al que se refería la norma⁸.

Por fin, BARRAL VIÑALS⁹ concluye que la idea de realizar actividades empresariales de modo directo se compagina con la disposición del artículo 24 (evidentemente, hablamos de la Ley anterior), que permitía a las fundaciones percibir ingresos a precio de mercado por los servicios que prestan.

Más tampoco esta última razón me parece concluyente. Lo que el artículo 24 de la Ley de 1994 disponía era que las fundaciones podían obtener ingresos *por sus actividades*, siempre que ello no implicase una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios. Me

⁷ La *provisionalidad* de la titularidad societaria por parte de la fundación, en este caso, viene refrendada e incluso robustecida en el artículo 24.3 de la vigente Ley, al establecerse que la fundación deberá enajenar dicha participación, salvo que, en la plazo máximo de un año, se produzca la transformación de la sociedad en otra en la que quede limitada la responsabilidad de la fundación.

⁸ Si utilizo la expresión *seguir desplegando*, es porque, a todas luces, nada impedía que una fundación recibiese en legado, por ejemplo, un negocio de imprenta. La cuestión no está (no estaba entonces) en si, por obvias razones, la fundación podía ser *provisionalmente* titular de tal negocio (cuya atención, por otra parte, no podía descuidar la fundación), sino en si esta última se hallaba facultada para desarrollar el negocio con carácter de continuidad.

⁹ Todo esto se encuentra en la página 89.

parece que de aquella norma (por otra parte impecable en su lógica) no podía inferirse que las «actividades» en ella mencionadas fuesen las propias de una *empresa*.

Más concluyente podía considerarse, a mi juicio, el apartado 6 del artículo 23 de la Ley de 1994, al disponer que «*la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales*». Me parece que era el único lugar de aquella Ley (me refiero a su articulado) en el que se hablaba de realización *directa* de actividades mercantiles o industriales.

No obstante, lo que BARRAL VIÑALS sostuvo era lo que también otros autores anteriores habían opinado.

CABRA DE LUNA, en su obra de 1998¹⁰, escribió contundente: «*En definitiva, la fundación propiamente dicha puede ejercer actividades mercantiles e industriales que le proporcionen recursos para sus fines propios, sin mayor particularidad (salvo el espinoso tema de su responsabilidad ilimitada por deudas derivadas de esa actividad), pero también puede ejercer actividad empresarial propiamente dicha bajo la forma jurídica de la llamada fundación empresa, que merece consideración separada y especial, después de examinar la otra posibilidad de titularidad de empresa por fundaciones: la titularidad indirecta o con sociedad mercantil interpuesta. En ambos supuestos el ejercicio de actividades mercantiles o industriales puede tener que ver o no, directa o indirectamente, con el cumplimiento de los fines fundacionales. En caso positivo la fundación es acreedora de determinados beneficios fiscales, en caso negativo no tendrá derecho a ellos*¹¹».

Por su parte, LINARES ANDRÉS¹², en 1997, escribía: «*Aunque no se diga de forma expresa en su articulado, la nueva Ley de Fundaciones permite que puedan ejercer directamente actividades industriales y mercantiles, sin someterlas ya a los condicionamientos que se imponían en el Reglamento del 72*»¹³.

Y poco más adelante¹⁴: «*La fundación podrá ser titular jurídico inmediato de una empresa, desarrollando una actividad mercantil de forma*

¹⁰ CABRA DE LUNA, M.A., *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio (Enfoque económico, sociológico y jurídico)*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1998.

¹¹ P. 465.

¹² LINARES ANDRÉS, L.: «La actividad económica de las fundaciones», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 642, setiembre-octubre 1997, pp. 1625 ss. Y también en su libro *Las fundaciones (patrimonio, funcionamiento y actividades)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 230-259.

¹³ P. 1634.

¹⁴ P. 1635.

que ésta y sus consecuencias patrimoniales se conecten jurídicamente con la fundación. Pero el ejercicio de la actividad económica sólo tendrá para la fundación un significado puramente dotacional: la finalidad del ejercicio del comercio es obtener frutos económicos para invertir en la actividad fundacional de interés general, pues la fundación no puede tener ánimo de lucro (art. 1.1 LF).

Son las llamadas “fundaciones con empresas”: la actividad económica se mantiene con el fin de asegurar medios para el desarrollo de la misión de interés general, la empresa es el fondo de bienes que produce rendimientos que luego son aplicados al fin fundacional.

La fundación podrá desarrollar una actividad económica, ejerciendo su derecho de libertad de empresa y siendo titular de una empresa o un establecimiento mercantil o industrial que formara ya parte de la dotación, o hubiera sido recibido a través de mecanismos hereditarios o mediante donaciones, o que ella misma hubiera creado».

No tan tajante es la opinión de CARRANCHO HERRERO¹⁵, pues si bien entiende que la Ley de Fundaciones (de 1994) «parece admitir la posibilidad de que las fundaciones realicen actividades económicas», esta apreciación se desnaturaliza —a los efectos que nos ocupan— al añadir la autora una puntualización: la de que su artículo 22 limitaba la participación de la fundación en sociedades mercantiles en las que deba responder personalmente de las deudas sociales. Es decir, la autora se refería a un *ejercicio indirecto*, no al *directo* que nos ocupa.

NIETO ALONSO¹⁶, al referirse al artículo 22 de la Ley de 1994, entendió que ese precepto constituyó, sin duda, «el eje de cualquier argumentación realizada en torno a las fundaciones y sus actividades mercantiles e industriales». Añadía la autora que «la aceptación de esta nueva visión de las fundaciones» (entiendo que NIETO ALONSO se refería al desempeño de actividades mercantiles o industriales de forma *directa* por parte de las entidades) se encontraba confirmada en otros artículos de la Ley de 1994: artículos 23, 24 y 44¹⁷.

No obstante, las reflexiones que hizo esta autora sobre extremos concretos de la *fundación-empresa* (constitución, organización, capacidad y responsabilidad) eran consideraciones *de lege ferenda*¹⁸, más que conclusiones susceptibles de extraerse de aquella Ley de 1994.

¹⁵ CARRANCHO HERRERO, M.T., *La constitución de fundaciones*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 204-205.

¹⁶ NIETO ALONSO, A., *Fundaciones: su capacidad*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, La Coruña, 1996.

¹⁷ Pp. 349-351.

¹⁸ Pp. 375-431.

En su comparación de la Ley de 1994 con la homónima vasca, GOMEZA VILLA¹⁹ se atiene a la letra del artículo 22 de la Ley estatal, que —interpretado textualmente— parecía exigir la constitución de una sociedad de capital. No obstante, deducía el autor de los artículos 48 y 49 de la Ley estatal la posibilidad del ejercicio *directo* de actividades mercantiles o industriales, siempre que se cumpliesen dos requisitos: de un lado, el carácter instrumental o sirviente de la actividad empresarial respecto del fin de interés general de la fundación y el de la colectividad genérica a la que ésta sirve; y de otro, la aplicación de las reglas del mercado a la actividad empresarial en sí misma, de modo que ésta no genere competencia desleal por el hecho de su carácter sirviente al fin de interés general.

En todo caso, GOMEZA VILLA encontraba en la Ley estatal restricciones a un *pleno* «ejercicio directo» de actividades empresariales, extremo que ilustró con su comparación entre dicha Ley y la vasca. Decía el autor: «*La Ley vasca ha sido en esta materia más progresista que la estatal, aceptando explícitamente tanto el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones a través de sociedades, incluidas las de economía social, sin más limitaciones que éstas tengan limitada su responsabilidad, como admitiendo el ejercicio directo por las fundaciones de tales actividades, “por sí mismas”, como dice la Ley, tan sólo con una exigencia: que estas actividades mercantiles o industriales tengan relación o estén al servicio de los fines fundacionales*».

También en 1996, y de forma parecida a la en que lo harían otros comentaristas de la Ley de 1994, DEL CAMPO ARBULO²⁰ señala que, si bien el artículo 22 de aquella Ley no regulaba la realización *directa* de actividades mercantiles e industriales por la fundación, ello no quiere decir que ese ejercicio directo no fuese posible. A tal fin, el autor se basa en los artículos 17, 19.2 y 23.6. Concluye diciendo que la omisión en el artículo 22 de la realización directa de actividades mercantiles o industriales es *una simple falta de sistemática*. Añade DEL CAMPO ARBULO que la admisión, como cosa normal, de la realización de actividades mercantiles o industriales por las fundaciones aparece en la parte sustantiva de la Ley como no condicionada por

¹⁹ GOMEZA VILLA, J.I., «Comparación de la Ley de Fundaciones del País Vasco con la Ley 30/1994», en *La Ley 30/1994 de Fundaciones*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1996, pp. 289 ss.

²⁰ DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1996, p. 255.

circunstancia alguna, pese que en el proceso parlamentario se sugirió establecer uno de estos dos posibles límites: o que la actividad tuviera relación o estuviese al servicio de los fines fundacionales, o que, aunque no tuviese relación con tales fines, los beneficios obtenidos fuesen aplicados a la persecución de los objetivos propios de la fundación.

Con todo, y al margen de opiniones doctrinales, lo que creo que se puede afirmar —al menos es así en algunos casos que conozco— es que no pocos estatutos fundacionales regidos por aquella Ley de 1994 hacían explícita alusión al desarrollo por parte de la entidad correspondiente de «actividades económicas», siendo frecuente la adición de que esas actividades podían ser «de todo tipo» o para «allegar recursos» a efectos del cumplimiento de los fines de la fundación. Luego me referiré a estas fórmulas *de estilo*²¹.

IV. La «novedad» de la Ley de 2002

1. Como vengo diciendo desde el comienzo de este trabajo, la primera cuestión que suscita el artículo 24 de la actual Ley es la de si con él se introduce alguna *verdadera novedad* respecto al régimen del artículo 22 de la antigua Ley. De ahí deriva la pregunta de si el actual artículo 24 da cabida en nuestro ordenamiento jurídico a la figura que se ha dado en llamar *fundación-empresa*.

a) En primer lugar, y como si fuese un signo de lo *errático* de la técnica jurídica de nuestra legislación sobre fundaciones, cabe señalar que la rúbrica del artículo («actividades económicas») no parece precisamente la más afortunada de las posibles.

Como contraste, si comparamos los textos propiamente dichos del antiguo artículo 22 y del actual 24 (pues parece claro que este último, en cuanto al *contenido*, es mucho más expresivo que el primero), creo que la rúbrica de aquél 22 era más correcta que la del vigente 24.

Estimo que ninguna de las dos lo son del todo, porque hablar de «actividades mercantiles o industriales» es no decir nada, a mi juicio, si no se puntualiza que se trata de actividades ejercidas *directamente* por la propia fundación. De ahí que me parezca más correcto hablar de

²¹ No tengo noticia de que hubiera habido en algún caso conflicto con el Protectorado, esto es, a efectos de la inscripción de la fundación en el Registro (artículo 9.2 de aquella Ley, en relación con el 32, funciones del Protectorado).

«actividades empresariales». Pero referirse a «actividades económicas», como lo hace el título del actual artículo 24, es todavía menos correcto, según creo, porque no me imagino que nunca se haya negado o podido negar que una fundación está facultada para desarrollar actividades «pertencientes o relativas a la economía» (me atengo al Diccionario de la Real Academia) o, por hablar de otro modo, determinantes de ingresos y gastos, esto es, de «resultados».

La misma expresión, «actividades económicas», se utiliza en el párrafo primero del apartado 1 del artículo, esto es, el lugar en el que tiene su sede el ahora explícito reconocimiento de un ejercicio *directo* por parte de la fundación.

Pero aquí es donde radica, a mi entender, la escasa propiedad de la expresión que me ocupa (la tan repetida de «actividades económicas»), pues es la misma que se utiliza en el párrafo segundo del mismo apartado 1, claramente relativo a la *intervención* («intervenir» es el verbo al que se acude) en tales actividades, pero en la modalidad de participación en sociedades. Porque, si bien contar en su patrimonio —una fundación— con un paquete de acciones de un banco, por ejemplo, sí es *intervenir en una actividad económica* (aunque sea forzando un tanto el significado de las palabras²²), estimo que mal puede *desarrollar* una actividad de ese carácter —que es más que *intervenir*, naturalmente— quien se limita a percibir o experimentar sus resultados económicos. Quien *desarrolla* una actividad económica es que la ejerce *él mismo*.

Esto último es lo que resulta de la Exposición de motivos de la Ley de 2002, en cuyo apartado III, párrafo noveno, se dice: «*En el capítulo V se recoge la posibilidad de que la fundación pueda desarrollar por sí misma actividades económicas, siempre que se trate de actividades relacionadas con los fines fundacionales o sean accesorias o complementarias de las mismas*».

b) Mi segunda observación, que ya queda apuntada en los párrafos precedentes, es la de que el actual artículo 24, con su desglose de los dos párrafos del apartado 1, define con claridad (a diferencia de lo que ocurría con el artículo 22 de la Ley de 1994) la distinción entre desarrollo *directo* de actividades económicas y una «intervención» en ellas (*desarrollo indirecto*, si cupiese la expresión) a través de la participación en sociedades.

²² Lo ilustro: nadie diría que un accionista de una sociedad anónima, por el mero hecho de serlo, *interviene en* una actividad económica.

c) En tercer lugar, es un tanto enigmática la alusión a la naturaleza o tipo de las actividades económicas que la fundación puede desarrollar *directamente*.

El inciso primero del párrafo primero del apartado 1 del artículo 24 dice: «1. *Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas...*».

Es obligado insistir en el curioso contraste al que antes me he referido: la rúbrica del artículo 22 de la Ley de 1994 hablaba de «actividades mercantiles e industriales», siendo así que el precepto no contemplaba eso (repito mi opinión de que tener una participación, aunque sea mayoritaria, en una sociedad mercantil, no es *desarrollar una actividad mercantil o industrial*). Y, en cambio, la rúbrica del actual 24 (precepto que sí alude al desarrollo directo de «actividades económicas») utiliza esta misma —y vaga— expresión («actividades económicas»), siendo así que el que ahora merecería constar como rótulo sería el antiguo de «actividades mercantiles e industriales». O, aún mejor, el de «actividades empresariales»²³.

La formulación gramaticalmente alternativa o disyuntiva del artículo 24.1, párrafo primero, obliga a considerar que las «actividades económicas» permitidas a la fundación son, de un lado, aquellas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales; o de otro, las que sean complementarias o accesorias de la propia fundación.

Dejando al margen lo poco correcto que parece que es decir que una actividad pueda ser «complementaria o accesorio» de una fundación²⁴ (segundo término del binomio), me fijo ahora en el primero de esos términos para señalar que, en buena lógica y en buena gramática, una actividad económica cuyo objeto «esté relacionado con los fines fundacionales» *no es fin fundacional*. De otro modo, carecería de sentido la locución verbal «esté relacionado con». Lo que *está relacionado con algo* no es lo mismo, por definición, que ese *algo*.

Pero lo que importa ahora es dejar constancia de que el texto legal que nos ocupa pone en entredicho (o hace muy difícil) la aplicación de

²³ La Ley vasca permite el desarrollo directo de las correctamente llamadas «actividades mercantiles o industriales». La Ley de Canarias permite a las fundaciones realizar *por sí mismas* «actividades empresariales». La valenciana alude al desarrollo *directo* de «explotaciones económicas». Y el Decreto de la Xunta de Galicia de 18 de junio de 1992 utiliza la expresión de «actividades económicas». Como se deduce del texto, me parece que la más correcta es la de «actividades empresariales».

²⁴ Choca con el buen sentido admitir que las fundaciones *como tales* tengan algo que sea «complementario o accesorio» de ellas.

la dualidad que en su ya *clásico* libro puso en circulación entre nosotros VALERO AGÚNDEZ²⁵.

Me refiero a la distinción entre las llamadas fundaciones-empresa dotacionales y funcionales.

Las primeras son aquellas en las que la finalidad inmediata y exclusiva perseguida por la actividad económica de la fundación es la de obtener unos rendimientos que invertir en fines fundacionales, desligados por completo de aquella actividad²⁶. Las fundaciones-empresa funcionales, por el contrario, son las que tienen como fin fundacional, bien sea de modo exclusivo o bien cumulativamente con otras finalidades dotacionales ajenas a la actividad económica en sí misma, la realización permanente de ésta (la actividad económica) según unas directrices beneficiosas para el interés común²⁷.

Expresado de otro modo, en las *dotacionales* el fin fundacional es *externo* a la actividad desarrollada en la empresa y consiste en la inversión de los rendimientos producidos por ésta en objetos benéficos en el más amplio sentido. Mientras que en las *funcionales*, su finalidad se realiza en el campo mismo de la actividad empresarial²⁸.

La Ley de 2002 parece excluir las fundaciones cuyas «actividades económicas» sean puramente dotacionales, al determinar —procede recordarlo— que han de ser necesariamente de uno de los dos tipos siguientes: o bien las que tengan por objeto uno que «esté relacionado con los fines fundacionales», o las que «sean complementarias o accesorias» de la propia fundación.

Aun reconociendo que este segundo supuesto (actividades «complementarias o accesorias» de la fundación) permite un gran abanico de interpretaciones, no parece que dentro de esa tipificación tengan cabida

²⁵ VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969.

²⁶ Recordemos el ejemplo propuesto por el propio VALERO AGÚNDEZ: la fundación danesa «Carlsberg». La finalidad de la fundación es la promoción de la ciencia, pero su dotación inicial fue la de las industrias cerveceras transmitidas por el fundador.

²⁷ VALERO AGÚNDEZ, pp. 121-124. También propuso un ejemplo muy expresivo: la fundación alemana «Carl-Zeiss-Stiftung». Es titular inmediata de empresas mercantiles, pero sus fines están estrechamente relacionados con el objeto de las mismas: el cultivo de los ramos de las industrias de alta técnica óptica creados por el fundador y la promoción de los intereses generales de esa industria, sin perjuicio de actuación en instituciones de utilidad común, medidas diversas en favor de la población trabajadora de Jena y promoción de la investigación y de la enseñanza de los estudios de ciencias naturales y matemáticas.

²⁸ También en VALERO AGÚNDEZ, p. 139. Sobre esta distinción escribió también EMBID IRUJO, J.M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros», en *Documentación Laboral*, número 46, 1995, II, en concreto en sus páginas 25 ss.

las actividades económicas *únicamente* encaminadas a dotar a la fundación de recursos económicos. Es decir, aquellas actividades que nada tengan que ver con los fines fundacionales propiamente dichos²⁹.

Si se llegase a esta conclusión, estaríamos en presencia de la histórica resistencia del legislador español a admitir que una fundación pueda desempeñar actividad económica *sólo* orientada a la finalidad de allegar recursos para su mantenimiento.

Esta resistencia se halla también en la legislación autonómica sobre la materia. En la Ley del País Vasco se admite la realización directa de actividades mercantiles o industriales «cuando éstas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos». Y aunque este último inciso permitiera pensar en las fundaciones-empresa *dotacionales*, la impresión se disipa cuando el apartado 2 del mismo artículo 25 añade que «en todos los demás supuestos», la fundación deberá realizar dichas actividades a través de sociedades³⁰. La Ley de Canarias se refiere a actividades empresariales *sólo* cuando éstas *estén directamente relacionadas con el fin fundacional o sean estrictamente necesarias para el sostenimiento de la actividad fundacional*. En el último inciso se atisba una cierta nota de fundación-empresa *funcional*.

En la Ley de la Comunidad Valenciana, el criterio es más severo. Las actividades mercantiles o industriales pueden ser ejercidas directamente por la fundación, *siempre que coincidan con el objeto o finalidad específica* de la misma. También se sigue criterio restrictivo en la Ley catalana, pues las «explotaciones económicas» que se permite llevar a cabo directamente a la fundación tienen dos límites bien definidos: que su ejercicio constituya por sí mismo el cumplimiento del fin fundacional o de una parte de ese fin, o que se trate de una actividad

²⁹ Si se admite este punto de vista, la supuesta dualidad o alternativa del apartado 1 de la Ley es, en realidad, una redundancia.

³⁰ Esto no quita para que alguna fundación al amparo de esa Ley (por ejemplo, «Fundación Labein») contenga en sus estatutos la previsión de que, para el desarrollo y el cumplimiento de sus fines, la entidad podrá «desarrollar actividades económicas de todo tipo, encaminadas a la realización de sus fines *o allegar recursos con ese objetivo*». Estas últimas palabras hacen pensar en la fundación-empresa *funcional*. Similar previsión se encuentra en los estatutos de la «Fundación Tekniker», cuyo objeto es la promoción y el desarrollo de cuantas actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico sean de interés para la industria en general. Igual es el caso de la «Fundación para la formación técnica de máquina-herramienta», constituida al amparo del Reglamento de Fundaciones culturales privadas de 21 de julio de 1972. En este último caso, es evidente la laxa interpretación del artículo 28.1 de aquel Reglamento, que hablaba de actividades industriales o mercantiles *estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional*.

accesoria, complementaria o subordinada respecto al fin fundacional o a una parte de éste. Parecido es el principio adoptado por la Ley de Castilla y León, que habla de actividades económicas «*coincidentes con los fines fundacionales o relacionados directamente con el cumplimiento de los mismos*».

La fórmula más amplia se encuentra en el Decreto de la Xunta gallega, pues permite a las fundaciones realizar directamente las actividades económicas *que estimen procedentes para el mejor cumplimiento de los fines fundacionales*. No parece dudoso que en esta expresión quepan las actividades empresariales *únicamente* orientadas a la obtención de recursos económicos para el mantenimiento de la entidad.

2. Pocos son los autores, que yo sepa, que han escrito monográficamente sobre la Ley de 2002 cuando se redactan estas líneas.

Uno de sus primeros comentaristas, GONZÁLEZ CUETO³¹, al referirse a los «precedentes» del artículo 24 de dicha Ley³², parece anticipar su opinión de que «la novedad principal del artículo comentado es más nominal que real»³³, pues cita el artículo 44 de la Ley de 1994³⁴. No obstante, el autor reconoce más adelante³⁵ que, a pesar de lo que pudiera deducirse de algunas previsiones de la normativa anterior, «resulta preferible que la posibilidad de realizar directamente actividades económicas se permita expresamente con toda claridad y sencillez».

No es la misma la opinión de CUSCÓ y CUNILLERA³⁶, al considerar que la posibilidad de que las fundaciones desarrollen por sí mismas actividades económicas —que dicen «inexistente en la legislación anterior»— constituye «una de las más importantes novedades de la reciente Ley de Fundaciones, introducida con el ánimo de dotar a las fundaciones de una mayor autonomía de actuación».

³¹ GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

³² P. 191.

³³ P. 192.

³⁴ En aquel precepto, relativo a «contabilidad», se dispuso: «*Las fundaciones y asociaciones a que se refiere el presente Título tendrán las obligaciones contables previstas en las normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades para las entidades exentas, sin perjuicio de que deban llevar la contabilidad exigida por el Código de comercio y disposiciones complementarias cuando realicen alguna explotación económica*».

³⁵ P. 198.

³⁶ CUSCÓ, M. y CUNILLERA, M., *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 20 de diciembre* (sic), DIJUSA, Madrid, 2003, p. 152.

SERRANO CHAMORRO, en la segunda edición de su libro³⁷, de fecha posterior a la vigente Ley, opina que el artículo 24 permite a las fundaciones «ejercer actividades mercantiles e industriales, tengan o no que ver directa o indirectamente con el cumplimiento de los fines fundacionales». Entiende la autora que «*este reconocimiento es un paso fundamental en nuestra legislación de fundaciones*».

V. Alguna posible conclusión sobre todo lo anterior

1. Del examen que precede puede deducirse, a mi entender, que el artículo 24 de la vigente Ley ha supuesto una novedad muy considerable en el Derecho de fundaciones español.

No faltaban argumentos, antes de esta Ley, para considerar que el desarrollo de «actividades económicas» de forma *directa* no estaba vedado a la fundación. Así lo entendió la mayor parte de los comentaristas de la legalidad anterior, como hemos visto.

No obstante, esa posibilidad se hallaba tan «escondida» desde el punto de vista formal (es claro que no encontraba sustento en ninguna disposición con rango de ley), y tan «entreverada» con la regulación de lo que, sin duda, constituye la *esencia* de la fundación (la ausencia de fin de lucro y la realización de fines de interés general), que, a mi juicio, quedaba oculto el fondo del problema, esto es, si la fundación puede o no desarrollar de forma permanente, más que una «actividad económica», una genuina *actividad empresarial*.

2. Me parece, repito, que la nueva Ley constituye una novedad muy significativa, desde el punto de vista conceptual o de principios.

No es menester adentrarse en la argumentación doctrinal del pasado. Creo que a estos efectos basta la remisión al ya citado estudio de VALERO AGÚNDEZ, de 1969.

En aquel luminoso libro, cuyo eje, creo yo, se encontraba en su capítulo cuarto («la posibilidad de la fundación-empresa»), se planteaba la cuestión medular en la materia, que el autor rotuló con las palabras «la posibilidad de la fundación-empresa, como problema de licitud»³⁸. El autor, hay que decirlo, proponía como cuestión de «licitud» (o parte de ella) algo que cabría plantear todavía en términos más radicales: no ya de licitud en sentido estricto, sino de simple *posibilidad jurídica*.

³⁷ SERRANO CHAMORRO, M.E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2003, pp. 246 ss.

VALERO AGÚNDEZ vino a decirlo así en un pasaje preliminar de su capítulo cuarto: «*La cuestión en este planteamiento queda reducida a preguntarse si una institución jurídica, la fundación, surgida inicialmente y utilizada durante largo tiempo para actividades distintas de la gestión económica de empresas, a las que se ajusta de hecho la configuración jurídica de la misma, puede ser utilizada para realizar una nueva función: la de servir como forma jurídica de empresa en el sentido expuesto anteriormente*»³⁹.

Como es sabido, VALERO AGÚNDEZ sorteó con notable agudeza los obstáculos *conceptuales* que parecían poner coto a la por él llamada fundación como forma de empresa. Esos obstáculos procedían de un doble frente: del Derecho de la fundación y del Derecho de la empresa⁴⁰.

Pero, como no podía menos de ser, el autor formuló la mayor parte de sus sólidas argumentaciones en un plano *de lege ferenda*. Este es el significado básico de la obra, que se manifiesta expresamente en toda ella. Baste como botón de muestra lo que VALERO AGÚNDEZ decía ser el objetivo de su fundamental capítulo cuarto: «*El examen sobre la aptitud de la figura fundacional, tal como se presenta y se regula en nuestro Derecho, para ser utilizada en la nueva aplicación de que se trata y la posibilidad de superar los inconvenientes que pueda presentar en su estructura fundamental y en su regulación, mediante las oportunas adaptaciones del Derecho fundacional a las finalidades que en el campo de la actividad económica se ofrecen a la fundación, sin que sus rasgos típicos desaparezcan*»⁴¹.

Ahora, con la vigente Ley de Fundaciones, lo que procede es preguntarse si las «oportunas adaptaciones» del Derecho fundacional a las que se refería VALERO AGÚNDEZ se han producido o no; y en caso afirmativo, de qué forma permiten articular en la práctica la figura de una fundación *con actividad empresarial directamente desarrollada por ella*. Estas últimas palabras son las que permitirían decir que estamos en presencia de lo que doctrinalmente solemos llamar *fundación-empresa*, por cuanto, como puntualizó VALERO AGÚNDEZ, para la existencia de

³⁸ Es el citado capítulo cuarto, pp. 143-185.

³⁹ La dualidad posibilidad-licitud se aclara por el autor en la página 147: «*El problema de la posibilidad, en términos de licitud, de la utilización de la fundación como forma de empresa encierra dos cuestiones: la posibilidad de ejercicio de actividad económica por parte de la fundación, y la posibilidad de que, en consecuencia, se le aplique el tratamiento jurídico propio de los sujetos que se dedican a tal actividad*».

⁴⁰ Merece la pena releer sobre todo las páginas 155-185 del libro de VALERO AGÚNDEZ.

⁴¹ P. 147. En esta perspectiva es como se entiende toda la segunda parte del libro, que versa sobre régimen jurídico de la fundación-empresa (constitución, órganos, protectorado y modificación y extinción).

esa figura es requisito básico que la fundación sea inmediato titular de la empresa⁴².

3. Sin entrar —eso sería nominalismo— en si lo que la Ley permite es en rigor una *fundación con empresa* —denominación que vendría avalada por la accesoriadad que las «actividades económicas» habrán de tener respecto de los fines fundacionales (párrafo primero del apartado 1 del artículo 24)—, lo que parece que puede afirmarse ahora es que la Ley da cobijo a la *empresa bajo forma jurídica de fundación*. Lo que significa que la fundación puede ser *empresario* en sentido jurídico.

No es tanto, a mi juicio, cuestión de si la empresa puede revestir la forma jurídica de fundación, sino de si la fundación —dados los requisitos del caso— es un genuino empresario.

Por eso, no estoy del todo de acuerdo con VALERO AGÚNDEZ⁴³ cuando dice que «para poder hablar de fundación como forma jurídica, la fundación debe ser empresario en sentido jurídico». Aunque es posible que estas últimas palabras sean sólo un modo de hablar, estimo que el problema debe plantearse en sentido contrario: si la actividad de la fundación es empresarial, la fundación es empresario. El propio VALERO AGÚNDEZ hace pensar en este planteamiento que he propuesto, cuando en la misma página dice: «*Parece por ello más acertado restringir la denominación de empresas bajo forma jurídica de fundación a los casos en que sólo con estricta propiedad de las palabras se puede hablar así, e identificar estos casos, abandonando otros criterios, con aquellos en los cuales la fundación es, incluso en un sentido formal, titular jurídico inmediato no sólo del patrimonio afecto a la empresa, sino también de la actividad económica constitutiva de la misma, a la que, por tanto, se anudan, como derechos u obligaciones, las consecuencias jurídicas, de orden predominantemente patrimonial, que de aquélla derivan*».

Sugiero, por tanto, que a lo que hay que estar es a la *realidad* de la actividad que desarrolla la fundación (sería la premisa), no a la supuesta *cuestión previa* de si la fundación es empresario⁴⁴. Y esto supone la necesidad de examinar, solamente, si una fundación puede desplegar una genuina *actividad empresarial*, cosa bien distinta de una «actividad económica».

⁴² P. 126. En otro lugar de la misma página, el autor repite que «*sólo en el caso de que una fundación ostente y ejerza su titularidad inmediata sobre una empresa, se puede hablar de fundación como forma jurídica de la misma*».

⁴³ P. 127.

⁴⁴ Porque a mi juicio, repito, si la actividad es empresarial, quien la ejerce es empresario.

A mi juicio, VALERO AGÚNDEZ dio en el *quid* de la cuestión al sentar que la fundación es empresa cuando es titular no sólo del patrimonio afecto a una *empresa*, sino cuando además es titular de la *actividad económica* constitutiva de la misma. Idea que el mismo autor desarrolló en un pasaje inmediato de su obra⁴⁵: «... para que una fundación pueda ser considerada como forma de empresa, es preciso que la conexión entre fundación y empresa responda a una exigencia institucional de aquélla. La razón de este requisito está en que la forma jurídica de la empresa no sólo implica la creación de un sujeto jurídico de la actividad económica, sino, además, la creación de una organización adecuada para el ejercicio de dicha actividad. Y esta organización sólo se da en aquellas fundaciones a las que el fundador ha asignado la función de desarrollar una actividad de empresa; porque de lo contrario, la organización fundacional típica no es una organización adecuada al ejercicio de una empresa, sino a la administración patrimonial de un patrimonio de conservación. El carácter institucional del ejercicio de la empresa por parte de la fundación implica el que, aun siendo la empresa para aquélla medio de realizar sus fines específicos, sin embargo, la fundación existe en su forma concreta por y para el ejercicio de la empresa, que en sí misma forma generalmente parte de los fines de aquélla; de forma que puede decirse correctamente que la razón de ser de la fundación es el ejercicio de la empresa».

VI. Concordancias sobre las «actividades económicas» del artículo 24, dentro de la propia Ley de 2002 y en relación con la denominada Ley del mecenazgo. Y algunas cuestiones de orden práctico sobre la fundación-empresa que permite la Ley de 2002

Para una mejor comprensión de lo que puede ser la *actividad empresarial* de una fundación, así como para acercarse a aspectos prácticos de su desempeño conforme a la Ley, procede examinar los pasajes de la Ley de 2002 concordantes con el artículo 24, que es la pieza fundamental del sistema normativo que ocupa mi atención.

1. La concordancia más complicada, a primera vista, consiste en conciliar el artículo 24 con el concepto mismo de fundación, contenido en el artículo 2. En él se repite la tradicional definición de las fundaciones como «organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad

⁴⁵ P. 128.

de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general».

Si digo que la dificultad es «a primera vista», es porque nadie dudará a estas alturas que seguimos todos afectados por un histórico pero inaceptable prejuicio sobre el principio de «*sin fin de lucro*»⁴⁶.

No creo necesario insistir en los argumentos conceptuales que permiten decir que una entidad no tiene ánimo de lucro aun cuando desempeñe una actividad que sí lo persiga. A estos efectos, basta dejar constancia de la existencia misma del artículo 24, que al «permitir» a la fundación el desarrollo de «actividades económicas» (a partir de ahora diré sobre todo «empresariales»), está dando por sentado que esas actividades se encaminan, precisamente, a obtener beneficio, esto es, lucro.

2. También parecería difícil (y recalco el «parecería», porque en rigor no hay tal dificultad) conciliar el artículo 24 con la alusión que el 2, y luego el 3, hacen a la afectación del patrimonio de la fundación —de modo duradero— a la realización de *fines de interés general*.

Esos *fines de interés general* (demasiado enraizados históricamente en la idea de «beneficencia») no dejan de serlo, a mi juicio, cuando se trata de actividades (quiero decir las generales de la fundación, no sólo las empresariales) cuyos destinatarios (¿por qué no decir *beneficiarios*, palabra que no necesariamente implica idea de «beneficencia»?) sean, como dice el apartado 2 del artículo 3, colectividades genéricas de personas.

⁴⁶ Por cierto, se me ocurre la *curiosidad semántica* de que la actual Ley de 2002, al definir las fundaciones (artículo 2), dice de ellas que son «organizaciones constituidas *sin fin de lucro*». Hago notar la eventual diferencia respecto de la definición del artículo 1 de la Ley de 1994, que hablaba de «organizaciones *sin ánimo de lucro*». No quiero decir que la distinción entre *sin fin de lucro* y *sin ánimo de lucro* quisiera ser, en la supuesta «voluntad del legislador», un objetivo consciente y querido, esto es, revelador de un auténtico propósito de diferenciar, pero entre *fin de lucro* y *ánimo de lucro* atisbo (dejo la cuestión para los lingüistas) una diferencia de matiz. Me parece que la palabra *fin*, en la acepción que conviene al caso, que es la de «objeto o motivo con que se ejecuta una cosa» (Diccionario de la Real Academia), es más —diríase— «contundente» que el vocablo *ánimo*, que, también según el Diccionario, y así mismo en la acepción más próxima a nuestro contexto, revela «intención, voluntad». Quiero decir, si mi sugerencia no encuentra reparos por parte de los expertos, que hablar de *fin de lucro* entraña dar a éste (el «lucro») un carácter más marcado, vale decir más «comprometedor», que si se dice *ánimo de lucro*. En otras palabras, quizá no sea tan aventurado pensar que, cuando se dice de alguien que tiene *fin de lucro*, ese «fin», sin ser necesariamente el único, destaca de tal manera que se erige en objetivo principal del actor. Mientras que, si es cierto lo que pienso, la expresión *ánimo de lucro* implica que ese objetivo —el lucro— está en el terreno de las intenciones de quien actúa, entendidas como posibilidades que no se descartan, pero no con el carácter de *objetivo dominante* que implicaría la palabra «fin».

Una colectividad de personas es «genérica» cuando, como corresponde a la gramática, consiste en un conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes⁴⁷.

Nada hay, por tanto, que impida decir que una fundación realiza fines de interés general cuando sus actividades, las que sean, se orientan en favor —quiere decir en provecho— de una colectividad, en tanto en cuanto cualquier miembro de la misma no se vea injustificadamente privado (esto es, privado sin causas objetivas) de la acción de la fundación.

Entender las cosas de otro modo es confundir «general» con «universal». Esto último, también según el Diccionario, es lo que comprende o es común a todos en su especie, sin excepción de ninguno.

Por decirlo de otro modo: una fundación dedicada a la atención de inmigrantes es de interés general, en el sentido más amplio de este último adjetivo, porque entraña potencial provecho a todos los miembros de la más amplia colectividad. Pero mal podrá decirse que se encamina a la particular utilidad de algunos de ellos; por ejemplo, de quienes no se han visto en la necesidad de inmigrar.

De la misma manera, una fundación que tuviere por objeto la realización de pruebas, ensayos y dictámenes en materia de construcción es de interés «general» en tanto en cuanto sus actividades en ese terreno puedan contribuir al objetivo de una mejor calidad de las edificaciones. Pero, desde luego, esa «generalidad» del *interés* no podrá predicarse de quien, por su dedicación, nunca tenga necesidad de ser instruido sobre lo que es construir bien o construir mal.

Debe superarse la vieja noción de lo que es ausencia de ánimo de lucro, de suerte que sea compatible con ella la realización de una actividad empresarial.

Y para determinar qué debe entenderse por eso (actividad empresarial), habrían de tenerse en consideración no sólo el objetivo inherente a la empresa, que es el lucro (sólo que, en el caso de la fundación, únicamente destinado a incrementar el patrimonio de la entidad), sino los presupuestos que definen la empresa desde el punto de vista económico: organización de medios materiales y humanos para el ejercicio de una actividad industrial, comercial o de servicios, la actuación jerarquizada y la habitualidad⁴⁸.

⁴⁷ Voz «género», en el Diccionario de la Real Academia, por remisión de la palabra «genérico», en el mismo Diccionario.

⁴⁸ Este último requisito, la habitualidad, dejaría fuera de nuestro ámbito, por obvio, el principio de que «las fundaciones podrán obtener ingresos por sus actividades» (artículo 26). Esta regla, que ya se encontraba en el 24 de la Ley de 1994, nada tiene que ver, desde luego, con el ejercicio de una actividad empresarial en sentido estricto.

En este sentido, puede ser de utilidad lo que dispone el párrafo segundo del artículo 3.3.º de la Ley de 23 de diciembre de 2002, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (para abreviar, Ley del mecenazgo⁴⁹). Se dispone allí que, a efectos de dicha Ley, «*se considera que las entidades sin fines lucrativos desarrollan una actividad económica cuando realicen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios*».

3. Mas no se me oculta que lo que acabo de decir (una argumentación *teórica* sobre la posibilidad de que una fundación tenga por fin estatutario *único* el desarrollo de una actividad empresarial, aunque con el inexcusable requisito de que ésta sea *de interés general*), no pasa de ser una especulación en nuestro Derecho.

En efecto, por mucho que se quiera forzar el texto del artículo 24.1, párrafo primero, es incontestable que la Ley de 2002 atribuye a las *actividades empresariales* de la fundación un carácter no ya sólo accesorio o subordinado, sino —por eso— distinto de los llamados *finances fundacionales* y «añadido» a éstos.

La lectura de la Ley pone de manifiesto el empeño del legislador en distinguir entre la actividad *propia de los fines fundacionales* y la *empresarial*, esto es, la denominada «económica»⁵⁰.

Las expresiones más visibles se hallan en las siguientes normas:

El apartado 3 del artículo 25 («contabilidad, auditoría y plan de actuación») dispone: «*Las fundaciones podrán formular sus cuentas anuales en los modelos abreviados cuando cumplan los requisitos establecidos al respecto para las sociedades mercantiles. La referencia al importe neto de la cifra anual de negocios, establecida en la legislación mercantil, se entenderá realizada al importe del volumen anual de ingresos por la actividad propia más, si procede, la cifra de negocios de su actividad mercantil*».

⁴⁹ No está de más recordar que, con ocasión de la promulgación de la vigente Ley de Fundaciones, el legislador optó por la fórmula de técnica legislativa de dejar para dicha Ley el que podríamos llamar «régimen sustantivo» de la fundación, dedicando otra Ley —precisamente la del mecenazgo— a la reglamentación del régimen fiscal de todas las entidades sin fines lucrativos; entre ellas (por tanto, no sólo) las fundaciones —véase el artículo 2, en el que se enumeran las entidades sin fines lucrativos a efectos de la propia Ley—.

⁵⁰ El mismo propósito está presente en la Ley del mecenazgo. Y, desde luego, en el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, aprobado por Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre.

Repárese en que la norma distingue claramente entre «*actividad propia*» de la fundación y la «*actividad mercantil*» de la misma, en su caso⁵¹.

Otro tanto ocurre en el apartado 5 del mismo artículo 25, en el que, al tratarse sobre la auditoría externa de las cuentas anuales de las fundaciones, se dispone la obligación de someterse a ella (la auditoría), entre otros, en el caso de que el importe neto del volumen actual de ingresos por la *actividad propia* más, en su caso, el de la cifra de negocios de su *actividad mercantil*, sea superior a 2.400.000 euros.

Por su parte, el apartado 9 del mismo artículo 25 dice: «*Cuando se realicen actividades económicas, la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de comercio, debiendo formular cuentas anuales consolidadas cuando la fundación se encuentre en cualquiera de los supuestos allí previstos para la sociedad dominante.*

En cualquier caso, se deberá incorporar información detallada en un apartado específico de la memoria, indicando los distintos elementos patrimoniales afectos a la actividad mercantil»⁵².

Es claro el designio de la norma de someter a un régimen *formal* distinto las «*actividades económicas*»⁵³ y la denominada «*actividad propia*»⁵⁴.

Como he apuntado antes, la misma distinción —aunque formulada en los términos propios de una disposición tributaria— se halla en la Ley del mecenazgo.

En su artículo 3, sobre «*requisitos de las entidades sin fines lucrativos*», está (número 3.º) el de «*que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria*». Y añade el texto que «*se entenderá cumplido este requisito si el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las explotaciones económicas no exentas*

⁵¹ Se observará que aquí no se utiliza la poco afortunada expresión de «*actividad económica*», sino la más correcta de «*actividad mercantil*». Circunstancia que se da en otros preceptos a los que luego aludiré.

⁵² Sobre esta materia, en lo sustancial, sigue siendo de aplicación lo escrito por FIGUEROA DORREGO, R., en su colaboración «*Régimen económico de las fundaciones: presupuestos, cuentas anuales y auditoría*», en la obra colectiva *Manual de fundaciones* (coord. RUIZ OJEDA, A.), Civitas, Madrid, 1999, pp. 108-172.

⁵³ Es de hacer notar que en un mismo apartado del artículo se habla, sin duda en términos de identidad, de «*actividades económicas*», de un lado (párrafo primero), y de «*actividad mercantil*» de otra parte (párrafo segundo).

⁵⁴ Esta última denominación se encuentra también en el párrafo segundo del artículo 27, al referirse a la transmisión onerosa de inmuebles en los que la entidad desarrolle «*la actividad propia de su objeto o finalidad específica*».

ajenas a su objeto o finalidad estatutaria no excede del 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad, siempre que el desarrollo de estas explotaciones económicas no exentas no vulnere las normas reguladoras de defensa de la competencia en relación con empresas que realicen la misma actividad».

Es decir, a efectos de lo que es objeto de la Ley (el goce de los beneficios tributarios que en ella se establecen), se distingue entre explotaciones económicas *exentas* de las cargas fiscales a las que se refiere la propia Ley y las *no exentas*. Estas últimas son, según el texto transcrito, las «ajenas» al «objeto o finalidad estatutaria» de la entidad de la que en cada caso se trate.

Con ello, viene a trasladarse al terreno tributario la distinción sustantiva (esto es, de la Ley de Fundaciones, en lo que a ellas respecta⁵⁵), entre la *actividad propia* de la entidad y la *actividad mercantil*.

Todavía está más claro esto en la misma Ley del mecenazgo cuando en su artículo 6, relativo a las rentas exentas del impuesto sobre sociedades, se incluyen entre ellas «*las obtenidas en el ejercicio de las explotaciones económicas exentas a que se refiere el artículo siguiente*».

Acudiendo a ese artículo siguiente, el 7, encontramos allí una larga serie de «explotaciones económicas», que van desde las de prestación de servicios y gestión de la acción social hasta las de servicios de carácter deportivo, pasando por las de hospitalización o asistencia sanitaria, las de investigación científica y desarrollo tecnológico, las de enseñanza y formación profesional, las artísticas, las editoriales, etc.

Pero lo que importa es poner de relieve que el párrafo primero del propio artículo 7, al formular la regla general, declara exentas del impuesto sobre sociedades las rentas obtenidas por entidades sin fines lucrativos que procedan de las explotaciones económicas que a continuación se enumeran; con la adición de «*siempre y cuando sean desarrolladas en cumplimiento de su objeto o finalidad específica*».

Si comparamos estas últimas palabras con las del artículo 3, número 3.º, antes transcrito, concluimos que las explotaciones económicas exentas son las desarrolladas en cumplimiento del objeto o finalidad específica de la entidad, mientras que las no exentas son las *ajenas a su objeto o finalidad estatutaria*.

Es digno de señalarse que en los dos casos habla la Ley de «explotaciones económicas», aunque la calificación respectiva —como corresponde a una norma tributaria— sea de *exentas* y de *no exentas*.

⁵⁵ Porque, desde luego, hay otras entidades sin fines lucrativos que no son fundaciones; ejemplo característico, las asociaciones declaradas de utilidad pública.

Es particularmente significativo el texto del número 11.º del artículo 7 (recordemos, el que enumera las «explotaciones económicas exentas»), puesto que en él se consideran así —exentas— las que se definen en ese número. La formulación legal es: «11.º *Las explotaciones económicas que tengan un carácter meramente auxiliar o complementario de las explotaciones económicas exentas o de las actividades encaminadas a cumplir los fines estatutarios o el objeto de la entidad sin fines lucrativos. No se considerará que las explotaciones económicas tienen un carácter meramente auxiliar o complementario cuando el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de ellas exceda del 20 por 100 de los ingresos totales de la entidad*».

4. En presencia de este panorama legal, es obligado preguntarse cómo se puede articular en la práctica —es decir, en las reglas estatutarias de la fundación— una *actividad empresarial* que se ajuste a los principios del artículo 24 de la Ley reguladora.

Si el eje de esa norma es la diferenciación entre los *finés fundacionales* y las «*actividades económicas*» cuyo objeto esté relacionado con aquéllos, parece que lo ortodoxo es que la descripción de los fines en cuestión no incluya a aquéllas, las «*actividades económicas*», por cuanto propiamente no son *finés*. A lo más, cabría su mención en calidad de «*actividades relacionadas*» con esos fines.

Parece que lo más razonable es que en el artículo estatutario en el que se describan los *finés* —es práctica habitual que se enumeren a continuación de la formulación de la «finalidad fundacional» u «objeto general»— se incluya una genérica descripción de la *actividad empresarial* de la que en cada caso se trate⁵⁶.

⁵⁶ Es la circunstancia de una fundación cuyo objetivo básico o fin general es la promoción de la investigación científica y desarrollo tecnológico de interés para la industria y la difusión tecnológica, añadiéndose luego, entre las actividades para alcanzar dicho objetivo, la de efectuar los informes, peritajes, análisis y demás servicios que demanden las empresas, la Administración Pública y la Administración de Justicia. O el caso de la que tiene como objeto y finalidad la promoción y el desarrollo de cuantas actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico sean de interés para la industria en general, con posterior enumeración de actividades entre las que se cita la creación, el desarrollo y la gestión de un laboratorio de análisis, calibración y ensayos industriales. O el de la fundación cuyo fin es la investigación de las mejoras técnicas en la fabricación y utilización de las máquinas-herramienta, incluyéndose luego, entre los *finés* concretos, el de prestar asistencia técnica a las empresas que la soliciten y montar un eficaz servicio de consultas. Hay que reconocer, no obstante, que con fórmulas de este estilo se produce una *cierta desnaturalización* de la regla del artículo 24, porque la «*actividad económica*» se convierte en *fin*, no limitándose a ser algo *complementario del fin*, que es lo que el precepto realmente dispone.

No obstante, para diferenciar debidamente fines y actividades, se hace aconsejable dedicar una previsión estatutaria según la cual la entidad pueda, por ejemplo, «desarrollar actividades económicas de todo tipo para la realización de sus fines». Esta es una «redacción de estilo» que se observa en muchos estatutos. En algunos se lee: «Desarrollar actividades económicas de todo tipo para realizar sus fines o para allegar recursos con ese objeto». Las palabras «de todo tipo» encuentran reparo a la luz del artículo 24 de la Ley de Fundaciones, por cuanto las «actividades económicas» que permite han de tener un objeto relacionado con los fines fundacionales o han de ser complementarias o accesorias de la propia fundación. No parece tener cabida, al menos en su aplicación, cualquier actividad económica. Del mismo modo, entiendo que el objetivo de «allegar recursos» ha de ser acumulativo, no alternativo, respecto de la naturaleza de la actividad empresarial que la fundación desempeñe⁵⁷.

Pero no cabe ignorar, como antes apuntaba, que existe otra interpretación: la de entender que una *actividad empresarial* que sea *sólo* «complementaria o accesorio» de la fundación puede ser la exclusivamente orientada a la obtención de recursos económicos. Es decir, lo no permitido por el primer término de la alternativa del artículo 24.1 quedaría tolerado al amparo del segundo⁵⁸.

5. Tiene interés lo relativo al concepto de «beneficiario».

Cuando la fundación desarrolla una *actividad empresarial*, y dentro de su marco, quienes contratan con ella la adquisición de bienes o servicios son realmente *clientes*, más que beneficiarios en el sentido que tradicionalmente se da a esta palabra en el Derecho de fundaciones.

Ahora bien, no se violenta demasiado con ello el sentido gramatical propio de la palabra beneficiario, esto es, el de quien goza de la utilidad

⁵⁷ Curiosamente, parece ser más flexible el criterio de la Ley del mecenazgo, dado que, como ya hemos visto, admite (aunque no siempre con los beneficios fiscales que en ella se establecen) las «explotaciones económicas» ajenas al objeto o finalidad estatutaria de la entidad. Pero tampoco cabe olvidar que la Ley del mecenazgo contempla como entidades sin fines lucrativos, también, a otras distintas de las fundaciones. Lo que permite entender, en buena lógica, que el régimen *sustantivo* de la fundación condiciona la aplicación del tributario de la Ley del mecenazgo.

⁵⁸ Este es el criterio de SERRANO CHAMORRO, M.E., *op. cit.*, p. 248, pues encuentra en el artículo 24 tres supuestos de ejercicio de actividades mercantiles o industriales: por aportación empresarial a la dotación fundacional, a través de la creación de empresas instrumentales que sirvan para el cumplimiento de los fines fundacionales y por la constitución de empresas para captar recursos que se alleguen como ingresos de la fundación. LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones...*, cit., p. 244, nota 137, sostuvo la misma opinión incluso a la luz de la Ley de 1994: «Hoy no se exige expresamente que la actividad mercantil o industrial tenga relación y esté al servicio de los fines fundacionales».

o provecho de algo o de alguien. De otra parte, tampoco se produce un desajuste respecto a lo que el artículo 3.2 dice a efectos de definir el concepto de beneficiario. Recuérdese que lo allí dispuesto es que «*la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas*».

Si la *actividad empresarial* de una fundación se establece como algo *complementario* al fin fundacional, parece que ninguna dificultad debe suscitarse, de suerte que la fundación, en lo que hace a esa actividad, gozará del principio de libertad característico del empresario. La única limitación es la del «sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia» (último inciso del párrafo primero del artículo 24.1, que coincide con la prescripción del último inciso del párrafo primero del número 3.º del artículo 3 de la Ley del mecenazgo⁵⁹).

En el caso de que la *actividad empresarial* sea en sí misma un *fin fundacional* (hipótesis que, repito, no parece casar muy bien con el artículo 24, pero presente en muchos estatutos), estimo que los reales *clientes* de bienes o servicios de la fundación son *beneficiarios* de ella, en tanto en cuanto no estén predeterminados por ninguna regla estatutaria ni por el efectivo modo de desarrollo de la actividad, puedan acceder a ésta sin discriminación o *acepción de personas* y satisfagan una contraprestación (un precio) en régimen de igualdad.

Estimo que a estos efectos es suficiente identificar a los beneficiarios como personas no individualmente determinadas, con el añadido de que cuando la fundación exija el abono de precio por los bienes o servicios, la determinación de los beneficiarios o destinatarios, por parte de la fundación, se realice exclusivamente en función del abono o pago de la cantidad correspondiente⁶⁰.

⁵⁹ Por cierto, merece señalarse que el párrafo primero del número 4.º del mismo artículo de la Ley del mecenazgo establece, respecto a las por ella denominadas «entidades sin fines lucrativos», una limitación que, interpretada *a sensu contrario*, otorga al concepto de beneficiario una gran amplitud. Esa limitación consiste en que los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado, no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios.

⁶⁰ Creo que es una fórmula muy correcta la que encuentro en los estatutos de una determinada fundación: «*La Fundación, dentro de sus fines de interés general, habrá de actuar con criterios de objetividad y de imparcialidad en la determinación de sus beneficiarios, sin que pueda producirse discriminación alguna. En este sentido, podrán ser beneficiarios de la Fundación las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, que quieran desarrollar y colaborar con la Fundación dentro de sus fines genéricos*». Más dudoso me parece el texto que encuentro en otros estatutos: «*El Patronato se reserva la facultad de determinar en cada caso la aceptación de personas físicas o jurídicas como beneficiarios de las actividades o servicios de la Fundación*».

De otra parte, se impone la concordancia con la definición de principios de actuación que se halla en el artículo 23, principios consistentes en: a) Destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la Ley y con los estatutos, a los fines fundacionales; b) *dar información suficiente de los fines y actividades de la fundación, para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados*; y c) *actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios de la entidad*. Es evidente la aplicabilidad de los principios b) y c) en el extremo que nos ocupa.

Siempre habrá de tenerse presente la concordancia con el artículo 26 de la propia Ley de Fundaciones, que dice: «*Obtención de ingresos. Las fundaciones podrán obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios*».

6. Si la fundación desarrolla una *actividad empresarial*, cobra particular relieve el mandato del párrafo primero del apartado 1 del artículo 27.

«*Artículo 27. Destino de rentas e ingresos. 1. A la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato. Los gastos realizados para la obtención de tales ingresos podrán estar integrados, en su caso, por la parte proporcional de los gastos por servicios exteriores, de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros y de los tributos, en cuanto que contribuyan a la obtención de los ingresos, excluyendo de este cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de los fines estatutarios. El plazo para el cumplimiento de esta obligación será el comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido los respectivos resultados e ingresos y los cuatro años siguientes al cierre de dicho ejercicio*».

Debe hacerse notar, en primer término, que el correlativo artículo de la Ley de 1994, el 25, refería el 70 por 100 a «las rentas o cualesquiera otros ingresos netos» de la fundación, mientras que el texto actual —otro dato significativo de la relevancia que se ha querido otorgar a las *actividades empresariales*— hace girar ese porcentaje sobre «los resultados de las explotaciones económicas que se de-

sarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto»⁶¹.

Tiene interés, y considero acertada, la enumeración de conceptos que, según el artículo 27.1, constituyen los llamados «gastos realizados para la obtención» de los ingresos derivados de la explotación económica⁶². Al darse cabida, entre esos «gastos», a los tributos, el 70 por 100 en cuestión gira sobre los resultados netos en sentido estricto, no sólo sobre el llamado «resultado de las actividades ordinarias»⁶³.

De otro lado, la facultad que el artículo 27 otorga, de destinar el 30 por 100 restante a reservas, parece también muy realista, por el significado que ese capítulo (reservas) tiene de ordinario en cualquier actividad empresarial.

7. Dedicemos alguna consideración al problema de la responsabilidad patrimonial de la fundación-empresa.

Sabido es que una «constante» del Derecho de fundaciones es la conservación del patrimonio fundacional, principio que fácilmente puede entrar en colisión con el riesgo económico inherente a la actividad empresarial⁶⁴.

El principio en cuestión subsiste en la vigente Ley de Fundaciones. Me remito al apartado 2 del artículo 14, cuando, al referirse a las funciones o incumbencias del Patronato, se formula la apostilla de «*manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos*» (esto es, de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación).

Observar esta regla es relativamente fácil en fundaciones de corte «tradicional», aunque, como todo el mundo está de acuerdo en decir,

⁶¹ Es un imperativo que se encuentra también en la Ley del mecenazgo, artículo 3, número 2.º. Se considera requisito para ser entidad sin fines lucrativos el de destinar a la realización de fines de interés general al menos en 70 por 100 de rentas e ingresos procedentes, entre otras, «de las explotaciones económicas que desarrollen». Sin embargo, téngase en cuenta, a efectos de esta Ley, que ese requisito condiciona el goce de los beneficios tributarios en ella establecidos. Goce que es voluntario, como puntualiza —aunque sea obvio— el párrafo quinto del apartado II de la exposición de motivos.

⁶² Se mejora considerablemente, y con gran realismo, el texto del artículo 25 de la Ley de 1994.

⁶³ Procede recordar el epígrafe 21 de la Memoria, del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre. Según ese formato, el «resultado de las actividades ordinarias» implica la deducción del a veces muy importante capítulo de «gastos financieros». Pero la Ley de Fundaciones, con buen criterio, acude a la última casilla del mentado epígrafe 21, que es la que corresponde al contablemente conocido como «resultado después de impuestos», esto es, deducido en su caso el impuesto sobre sociedades.

⁶⁴ VALERO AGÚNDEZ, *op. cit.*, pp. 166-172, se ocupó cuidadosamente de este punto.

eso haya tenido la contrapartida —en muchos casos, quizá la mayoría— de una lánguida vida económica de las entidades.

Si la fundación, sin embargo, ejerce una *actividad empresarial*, los riesgos patrimoniales son evidentes: basta pensar en la responsabilidad que pueda derivar de un informe técnico incorrecto o de un producto defectuoso puesto en el mercado. Frente al «patrimonio estático» de una fundación tradicional, la que desarrolla actividades empresariales gestiona un «patrimonio dinámico» y, por ello, arriesgado.

Por eso, no está de más plantearse la pregunta acerca de la eventual *responsabilidad patrimonial limitada* de la fundación-empresa⁶⁵.

Partiendo de la premisa de que la Ley nada dispone en contra de la, en principio, obligada responsabilidad patrimonial universal que sienta el artículo 1.911 del Código civil, resultaría sin embargo *tentadora* la idea (con sede en la Ley actual, no así en la de 1994) de una especie de «*patrimonio separado*», como sería el constituido por los bienes y derechos precisamente afectos al desarrollo de la actividad empresarial de la fundación.

Me remito a lo que he puesto de relieve en el número 3 del presente apartado VI. Es decir, recuerdo cómo de los artículos 25.3, 25.5 y 25.9 de la vigente Ley se desprende una —desde luego clara— distinción entre la *actividad propia* de la fundación y la *actividad mercantil* de la misma, con reflejo también en la Ley del mecenazgo, en este caso en sus artículos 3, 6 y 7⁶⁶.

Sin embargo, lo que ahora sugiero no pasa de ser ciertamente más que eso, una *tentación*.

Porque, en efecto, a las reglas legales que sientan aquella distinción no puede atribuirse, a mi juicio, más significado que el de constituir instrumentos *formales* para garantizar, por vía de la acción del Protectorado, una eficaz fiscalización de las fundaciones; no otro carácter puede asignarse a las reglas contables y de auditoría.

⁶⁵ Lo hizo LINARES ANDRÉS en su trabajo: «La actividad económica...», cit., pp. 1644-1645. La autora consideró, creo que con todo acierto, que la fundación que sea titular inmediata de una empresa mercantil responde, como el empresario mercantil individual, ilimitadamente, de suerte que será responsable con todos sus bienes presentes y futuros (artículo 1.911 del Código civil). Con anterioridad, NIETO ALONSO, A., *Fundaciones ...*, cit., p. 232, afirmó que «la fundación responde por sus deudas ilimitadamente, como toda persona jurídica».

⁶⁶ Recuérdese que las normas que acabo de citar hacen llegar su distinción a los dos grandes conceptos de la empresa, de cualquier empresa: el patrimonio afecto a ella y sus rendimientos.

Por tanto, como decía, no hay argumentos que permitan sustentar, ni siquiera hoy, esa idea de *patrimonio separado* a la que antes me he referido⁶⁷.

8. Sin embargo, la cuestión que acabo de tratar se anuda a otra de más calado y no fácil respuesta, cual es la consistente en determinar si la *actividad empresarial* debe haber sido necesariamente establecida en el acto fundacional o si, por el contrario, puede ser objeto de un acuerdo del patronato, de modificación de los estatutos en tal sentido. Creo que la pregunta no es ociosa, pues es fácil suponer que existirán no pocas fundaciones «antiguas» (quiero decir, anteriores a la nueva Ley, o en su caso a la de 1994) para cuyo patronato puede ser sugestiva la idea de desarrollar una *actividad empresarial* como instrumento para lucrar recursos en favor de la propia fundación. Haciendo así posible, al amparo de la legalidad actual, lo que acaso el fundador no pudo siquiera imaginar a la luz del régimen legal vigente cuando la entidad se constituyó.

En principio, podría pensarse que se está en uno de los supuestos que tienen cabida en el artículo 29.1 de la Ley, en cuanto permite al patronato («podrá acordar») la modificación de los estatutos de la fundación siempre que «*resulte conveniente al interés de la misma, salvo que el fundador lo haya prohibido*».

Se estaría, así, en presencia de la única opción que el apartado 4 del mismo artículo parece otorgar al Protectorado, esto es, la de oponerse a la modificación «*por razones de legalidad*».

Ahora bien, debe tenerse presente que si se da entrada en los estatutos a una *actividad empresarial* antes no existente, se está introduciendo un innegable factor de riesgo de *compromiso* —en términos económicos, y por ende jurídicos— de la propia *dotación* de la entidad. Y en este punto adquiere particular relieve la distinción entre dotación y patrimonio, que con razón ha ocupado a la doctrina⁶⁸.

Limitándome a los bienes constitutivos de la *dotación*, cabe preguntarse si no es razonable que, si para la enajenación y gravamen de

⁶⁷ Cuestión distinta es que, *de lege ferenda*, una idea así no sea nada absurda, sino, al contrario, razonable y justificada. Lo que ocurre es que requeriría arbitrar instrumentos suficientemente eficaces enderezados a la garantía de terceros (esto es, destrucción de cualquier signo de «confianza en la apariencia»).

⁶⁸ Entre las aportaciones más recientes, recuérdese la obra de SERRANO CHAMORRO, M.E., *Las fundaciones...*, ya citada, sobre todo pp. 111-230. V. también la ponencia de GONZÁLEZ PORRAS, J.M., *La dotación fundacional: algunos puntos susceptibles de discusión*, en prensa, presentada en las *Jornadas sobre aspectos jurídico-económicos y fiscales de las fundaciones*, La Coruña, 18 y 19 de diciembre de 2003.

los mismos se requiere la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada (artículo 21.1 de la Ley)⁶⁹, no será igualmente necesaria una previa autorización del Protectorado para que los estatutos de la fundación puedan incluir el ejercicio directo por su parte de una *actividad empresarial*.

Conviene tener presente que la Ley es tan refractaria a la posibilidad de que la dotación pueda ser jurídicamente *comprometida* (esto es, sujeta a riesgos de agresión por parte de acreedores), que el artículo 24.3 obliga a la fundación a enajenar toda participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, tanto si se recibe como parte de la dotación inicial, como si es en un momento posterior⁷⁰.

Por todo ello, creo fundado opinar que la *incorporación* a los estatutos de una *actividad empresarial* debería requerir la autorización del Protectorado.

Sin embargo, no existiendo como no existe en la Ley una expresa previsión de esta autorización a que me refiero, parece que no cabe otra posibilidad que la de que el Protectorado, al amparo del artículo 29.4, *se oponga* a la modificación estatutaria que como hipótesis me ocupa. Y esa oposición, que sólo puede fundarse en «razones de legalidad», consistiría en entender —el Protectorado— que la modificación en cuestión *no resulta conveniente en interés de la fundación* (según el criterio del apartado 1 del mismo artículo 29). Es lógico suponer que en este caso el Protectorado, en su «acuerdo motivado», podría y debería razonar en función de la *voluntad* del fundador.

9. Me refiero, por fin, a una cuestión de la que a veces se ha ocupado la doctrina en punto al régimen de la fundación-empresa, e incluso de la fundación en general. Hablo del aplicable en el caso de insolvencia conducente a la ejecución universal, esto es, a lo que hoy podemos llamar *presupuestos del concurso*.

La Ley concursal de 9 de julio de 2003 elimina las dudas que antes podían plantearse. En efecto, ahora es claro que la unitaria reglamenta-

⁶⁹ Con la advertencia, además, de que este artículo 23.1 se refiere no sólo a los bienes y derechos que formen parte de la dotación, sino también a aquellos que «estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales».

⁷⁰ Como se recordará, esta imposición es salvo que en el plazo máximo de un año se produzca la transformación de la sociedad (en la que se tiene la participación) en otra en la que quede limitada la responsabilidad de la fundación. Dicho sea de paso, es curioso que el artículo 22 de la Ley de 1994 restringía el ámbito del mandato a participaciones que formasen parte de la dotación, no a las recibidas por otro concepto.

ción del concurso somete a esta figura el caso de insolvencia de una fundación-empresa. Al igual, por cierto, que al poco probable pero no imposible de una fundación de, por así decirlo, corte tradicional. Basta tener en cuenta el apartado 1 del artículo 1: «*La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*».

DE LOS MARGENES AL CENTRO: LA TRAVESIA DEL NACIONALISMO EN IPARRALDE

Igor Ahedo Gurrutxaga

Departamento de Ciencias Políticas
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Sumario: 1. El País Vasco francés. 2. Los márgenes del nacionalismo. 2.1. Tardío. 2.2. De izquierdas. 2.3. Débil. 2.4. La violencia en el País Vasco francés. 3. La asunción de la centralidad. 3.1. El papel del nacionalismo en las políticas de desarrollo. 3.2. La demanda de institucionalización. 4. Las nuevas perspectivas para el nacionalismo. Bibliografía.

El domingo de Pascua de 1963 un grupo de jóvenes, organizados en el movimiento político Enbata, se reunían en Itsasu dando carta de naturaleza al nacionalismo moderno en el País Vasco francés. Casi treinta años después, en la capital bajonavarra de Garazi, 2.000 personas procedentes de todas las provincias vascas celebraban el Aberri Eguna a convocatoria de varias organizaciones minoritarias *del sur*, y de la formación nacionalista más importante del País Vasco de Francia, Abertzaleen Batasuna. De la declaración de Itsasu, en la que por primera vez se reclamaba para este territorio la creación de un departamento como primer paso para lograr la *reunificación vasca en el seno de la Europa de los pueblos*, al manifiesto de Garazi, en el que se apostaba por *una vía soberanista no armada como fórmula de resolución del actual contencioso*, el nacionalismo del País Vasco francés había recorrido un largo y pesado camino, plagado de escisiones que cortocircuitaban cualquier posibilidad de consolidarse en un sistema político local caracterizado por el férreo control del centralismo y la derecha francesa.

Por ello, cualquier repaso histórico a la evolución del nacionalismo en este territorio debería resolver varias incógnitas, a partir de las cuáles podamos vislumbrar las tendencias futuras.

—En primer lugar, es necesario preguntarse por las razones que han provocado la tardía implantación del nacionalismo vasco organizado en el País Vasco francés, a diferencia de lo sucedido en *el sur*, donde este movimiento se vertebra políticamente desde finales del siglo XIX.

- En segundo lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, es imprescindible tratar de explicar por qué la expresión *abertzale* presenta un marcado componente izquierdista en Lapurdi, Baja-Navarra y Zuberoa, frente a la CAV y —en menor medida— la CFN, donde el centro-derecha mantiene una clara hegemonía en el espacio nacionalista vasco.
- Por último, y en tercer lugar, tendremos que abordar las causas que han impedido la consolidación de este nacionalismo de izquierdas en los territorios vascos ubicados al norte del Bidasoa, tratando de dilucidar si esta debilidad se deriva de las características internas del sistema político vasco-francés, de las consecuencias de la extensión sobre este territorio de dinámicas *abertzales* surgidas en la CAV y la CFN, o de ambas cuestiones.

Finalmente, sobre la base del análisis de estos límites, y habida cuenta de las recientes evoluciones —políticas de desarrollo, demanda institucionalizadora de creación de un departamento *Pays Basque*, y unidad nacionalista— podremos pronosticar una serie de elementos que explican la nueva centralidad que asume el *abertzalismo* en el País Vasco francés. Un panorama totalmente abierto para este movimiento que, como trataremos de presentar, se asienta en un refortalecimiento de la identidad vasca y en el surgimiento de una identidad específica, *Pays Basque*, que ponen fin a décadas de crisis del sentimiento de pertenencia vasco.

1. El País Vasco francés

El País Vasco francés (Iparralde o *Pays Basque*) se sitúa en el extremo sur-oeste de Francia y cuenta con una población cercana a los 262.000 habitantes (en 1999), distribuidos en las tres provincias históricas de Lapurdi (*Labourd*), Baja Navarra (*Basse Navarre* - Behe Nafarroa) y Zuberoa (*Soule*). Carece de reconocimiento institucional al formar parte del Departamento de los Pirineos-Atlánticos (*Département Pyrénées-Atlantiques* - DPA), junto a los territorios del *Béarn* (de cultura occitana¹).

¹ A pesar de que la primera escuela que enseña en la lengua occitana (*calandreta*) se inaugura en enero de 1980 en Pau (capital del *Béarn*), el movimiento de defensa de la cultura y lengua Occitana se encuentra muy debilitado actualmente, a excepción de unas pocas áreas. Según la encuesta realizada por *Média Pluriel Méditerranée* en 1997 sólo el 22% de la población habla la lengua *d'Oc* en *Béarn*.

Debemos subrayar que el departamento (*département*) es la primera de las fórmulas institucionalizadoras que se ponen en marcha tras el triunfo de la Revolución. Sus competencias se centran en la extensión de la solidaridad por todo el territorio francés, y es dirigido por un Consejo General electivo. Entre las estructuras descentralizadas de poder, en Francia también se ponen en marcha las regiones desde la década de los setenta, y su papel se centra especialmente en la dinamización económica. El País Vasco francés, por tanto, se inserta con el *Béarn* en el Departamento de los Pirineos-Atlánticos, que junto a otros, conforman la Región de Aquitania.

Además de su falta de reconocimiento institucional, otros elementos explican la profunda crisis local que se hace evidente para los actores y la administración en los años ochenta en este territorio. Entre los elementos que se hacen explícitos en esa década, podríamos subrayar los siguientes:

- 1) La grave desvertebración territorial entre una costa terciaria que acumula la riqueza y un interior agrícola que languidece. Así, el 71% de los empleos industriales se concentran en la costa, y sólo el 6 y el 8% respectivamente en Baja Navarra y Zuberoa (HEMEN, 2002). Entre 1955 y 2000 desaparecen la mitad de las unidades de producción agrícola en el conjunto del territorio. Sin embargo, esta agricultura vasca parece resistir mejor la crisis, de forma que, aunque la pérdida de explotaciones es del 31% entre 1970 y 2000, en Aquitania asciende hasta el 53,7% (HEMEN, 2002).
- 2) Una profunda crisis económica provocada por la falta de perspectivas de desarrollo endógeno. Por ejemplo, un informe encargado por la Administración en 1988 concluye la necesidad de intervención efectiva del Estado y de las colectividades territoriales (Municipios, Departamento y Región), proponiéndose la profundización de la cooperación intermunicipal y la puesta en marcha de organismos locales de desarrollo para superar la crisis económica vasca (Fourquet, 1988).
- 3) Un grave problema social vinculado a unas pautas demográficas basadas en altas tasas de inmigración, y una importante emigración de población autóctona joven. Entre 1975 y 1999, la costa crece un 18,32%, y el País Vasco francés un 15,14% (a pesar de un saldo natural negativo; sin embargo, el saldo migratorio es de 16.973 personas en 1999, de las que 10.874 corresponden al litoral). A pesar de todo, el crecimiento poblacional en la costa entre 1990 y 1999 se reduce (+5,62), aunque siga siendo un poco

más alto que el del resto de Francia (+3,4%). En cualquier caso, mientras el litoral crece, las provincias de Baja Navarra y Zuberoa pierden respectivamente el 10,37 y el 17,09% de la población entre 1975 y 1999 (HEMEN, 2002).

- 4) En los ochenta despierta la preocupación por una creciente debilidad cultural y de la lengua vasca, cuyo uso había retrocedido a pasos acelerados, sobre todo las décadas anteriores. De hecho, y a pesar de los esfuerzos de sectores locales —no siempre ligados al nacionalismo— un estudio de 1996 (INSEE, 1996) destaca que el euskera sigue retrocediendo con mayor intensidad en las zonas donde tiene una mayor implantación, así como en los jóvenes de entre 16 y 34 años, precisamente donde debiera reproducirse. A su vez, en la transmisión del euskara de padres a hijos nacidos en los sesenta y setenta se producen pérdidas del 39% cuando el padre y la madre eran euskaldunes, y del 75% cuando sólo uno de ellos lo era. De la misma forma, el número de personas que pierden el euskera entre 1991 y 1996 (13.000) es seis veces superior al número de personas que lo aprenden.
- 5) Finalmente, se observa una fuerte polarización poblacional, de forma que sólo 8 de los 158 municipios vascos cuentan con más de 3.500 habitantes, y 6 de ellos se ubican en la costa².

Sin embargo, en ese período, el País Vasco francés también presenta una fuerte personalidad que se refleja en la *bicefalia del departamento* en el que se inserta. Los elementos más característicos de este territorio, y diferenciadores respecto de la parte bearnesa del Departamento de los Pirineos-Atlánticos serían 1) una autonomía local concretada en la existencia de tres asambleas provinciales en Lapurdi, Baja-Navarra y Zuberoa hasta 1789, fecha en la que son abolidas tras la Revolución; 2) una lengua propia, el euskera, frente a la presencia histórica del

² En cualquiera de los casos, estos elementos se modifican sustancialmente en la década de los noventa, gracias a las políticas de desarrollo que se ponen en marcha de la mano de la Administración. Por ejemplo, 1) actualmente se ha logrado detener la pérdida poblacional en el interior, y se ha incrementado el número de empleos agrícolas juveniles; 2) el País Vasco francés es reconocido administrativamente como *pays* Pays Basque desde 1997 —figura administrativa de cooperación intercomunal con capacidad para promover planes de desarrollo, pero sin competencias de implementación—; 3) las últimas encuestas (Urteaga & Joly, 2004) demuestran un cambio de actitud de la población hacia el euskera, cada vez más favorable a su enseñanza: a este respecto, en 2000 es creado el Consejo de la Lengua, realizando hasta fechas recientes una importante labor; y actualmente se está a la espera de la creación de un organismo público (GIP) encargado de la gestión de las políticas lingüísticas.

occitano en el *Béarn*³; 3) un tardío proceso de industrialización que impide la consolidación de la clase obrera, y permite que el sistema político sea dominado por el centro-derecha, frente al poder socialista en el *Béarn*; 4) una histórica demanda de reconocimiento institucional (o creación de un Departamento *Pays Basque*), presente desde 1792, y reafirmada cíclicamente en 1836, 1945, 1963, 1981, 1999 y 2003.

2. Los márgenes del nacionalismo

Com hemos comentado, el nacionalismo en Iparralde contrasta con el de la CAV por su expresión tardía, su carácter de izquierdas y su debilidad hasta la década de los noventa.

2.1. Tardío

En comunidades periféricas transfronterizas como la vasca, la evolución y los rasgos del sentimiento de pertenencia se ven condicionados por las características de la construcción de sus diferentes centros estatales. En el caso francés, hay una coincidencia geográfica entre el centro político y económico, ubicados ambos en París. Esto contrasta con la realidad española, en la que el centro político se sitúa en Madrid, mientras que los dos núcleos de desarrollo económico se concentran en las periferias vasca y catalana. De esta forma, las condiciones de partida son óptimas en el caso de Francia, y apenas existen impedimentos para la consolidación estatal en el País Vasco francés (Letamendia, 1997), proceso centralizado férreamente desde París.

Esta construcción del Estado-nación se fortalece en Francia a consecuencia de las implicaciones prácticas e ideológicas de la Revolución. Así, a partir del siglo XVIII, se acentúa la eliminación de los *cuerpos intermedios* existentes entre el *poder legítimo* y los ciudadanos. De esta forma, se trata de hacer desaparecer todo vestigio de las instituciones del Antiguo Régimen y eliminar los lazos sociales, culturales e identitarios que pudiesen existir en los diferentes territorios del Hexágono. Desde una lógica *matemática y científica* se ordena el territorio en base a departamentos. Estas instituciones no sólo no respetan los límites culturales de las colectividades históricas, sino que se establecen tratando de evitar cualquier similitud con las demarcaciones del pasado (Loughlin, 1999). De esta forma, el departamento de los Pirineos-Atlánticos subsume

³ De todas formas, aunque la cultura vasca es la principal, también existen ciudades —entre ellas las más pobladas del litoral— en las que hay una clara presencia del gascón.

en los mismos límites administrativos, y junto al *Béarn*, a un territorio vasco que había conservado estructuras políticas propias hasta ese momento (Goyenette, 1999-2002).

El cruce de este modelo de Estado unitario con el fuerte establece una configuración en la que la pertenencia a la comunidad nacional es abierta a todas las personas que viven en un territorio, en el que todos son iguales ante la ley. Las libertades individuales se convierten, por lo tanto, en el centro. Y precisamente a consecuencia de la doctrina de la soberanía popular, no se consideran legítimas las formas de acción colectiva que no pasen por el Estado. La democracia significa unidad nacional, centralización y uniformidad (Keating, 1996)⁴.

En definitiva, son varios los elementos que explican la inexistencia de elites económicas capaces de activar en el País Vasco francés los elementos étnicos —lengua, memoria histórica, simbología, adscripción al territorio— que permitan pasar de la reivindicación etno-cultural a la reclamación político-territorial que se encuentra en la base de todo movimiento nacionalista. Estos elementos son, entre otros, la coincidencia entre el centro económico y político en París, la consiguiente marginación de este territorio de los círculos de decisión, y la fortaleza y el modelo centralista de construcción del Estado⁵.

⁴ Queda claro que estamos refiriéndonos a un proceso de construcción dinámico. En consecuencia, esta interpretación no obvia la reflexión a la que se somete el modelo de organización territorial en Francia, concretado en sucesivas modificaciones legislativas de los diferentes gobiernos desde 1982.

⁵ Sin embargo, también debemos subrayar la histórica relación que se establece entre el clero y la cultura vasca. A grandes rasgos, puede señalarse que desde el momento en el que triunfa la Revolución se profundiza la alianza entre unas elites religiosas que tratan de mantener sus privilegios, y las clases populares que intentan salvaguardar sus tradiciones y lengua: ambos se enfrentan, respectivamente, al espíritu laico y centralista sobre el que se pretende edificar el nuevo Estado. Como es obvio, a medida que avanza el proceso de secularización, estas elites religiosas van perdiendo importancia (aunque el papel de algunos clérigos en la promoción de la cultura vasca siga siendo determinante hasta la fecha), y su testigo como elite defensora de la cultura local es recogido por ciertos notables, mediadores entre el centro y la periferia, pero que siguen ligados a estas tradiciones. De hecho, esta relación explica la apertura de amplios sectores (muchos de ellos vinculados a la democracia-cristiana) hacia el euskera (sensibilidad que se manifiesta, por ejemplo, en la creación del *Mouvement Démocrate Basque* en 1965 (ver Izquierdo, 1998), o en la más reciente seducción de ciertos electores de la UDF por parte del nacionalismo moderado del PNV-PNB). Una sensibilidad, que —como veremos— se ha articulado recientemente en un movimiento que, sin estar ligado al nacionalismo, reclama la posibilidad de «sentirse vascos en Francia, y franceses en Euskadi» (ver más adelante). En cualquiera de los casos, a medida que se consolida el Estado, las anteriores «familias de notables» que se apoyaban en la identidad vasca para mantener su dominio en la sociedad, son sustituidas paulatinamente por un modelo centrado en los «partidos de notables», que tratan de movilizar a la población a partir de principios ideológicos y políticos

A su vez, a mediados del siglo XX, encontramos un panorama caracterizado por una serie de elementos que explican la crisis de la cultura y lengua vasca, así como la difícil consolidación nacionalista: a) las consecuencias de un proceso de industrialización que socava los cimientos de una sociedad eminentemente rural, b) los resultados de la introducción de la enseñanza obligatoria en francés, y c) los efectos psicológicos de la participación de la juventud en dos guerras mundiales en las que matan y mueren por una *nación* que comienzan a conocer. Estos elementos configuran un nuevo sentimiento de identidad francés que se asimila con los valores *modernos*. Una nueva identidad que se confronta con la anterior pertenencia vasca, definida en base a la lengua y las prácticas culturales, y que van a ser asociadas con el pasado y la tradición entendida desde un punto de vista negativo.

Por ello, la incorporación del vasco a la modernidad provoca una visión crítica de su doble pertenencia, lo que en la mayor parte de los casos se traduce en la interiorización de un estatuto de inferioridad de la lengua y cultura vascas frente a las francesas (Fourquet, 1988). Finalmente, los efectos del Estado republicano acaban convirtiendo al euskera y a las antiguas tradiciones «*en una reliquia del pasado anacrónica a la sociedad moderna*» ante los ojos de la población (Jaureguiberry, 1994: 47). Una consideración de la identidad vasca que es el corolario del descubrimiento de la modernidad desde una única dimensión: la de la eficacia, la racionalidad instrumental y la rentabilidad.

2.2. De izquierdas

La inexistencia de elites capaces de que una parte significativa de la ciudadanía asuma un contenido político en los elementos lingüísticos y culturales existentes, la fortaleza del Estado y la crisis de la identidad vasca explican, por tanto, la tardía concreción de un movimiento nacionalista moderno organizado en el País Vasco francés. En cualquiera de los casos, cuando éste es estructurado organizativamente en la década

que ahora se explican en clave estatal —y por tanto no-local—. De esta forma, conectando con la tradición católica-conservadora anterior, el País Vasco francés se convierte en un terreno abonado para el desarrollo de la derecha: fundamentalmente la democracia-cristiana (UDF), y en menor medida el Gaullismo (RPR) —aunque también deba señalarse que siempre ha existido una tradición socialista en determinadas zonas de este territorio, aunque se haya mantenido en una posición minoritaria—. Para un exhaustivo análisis de este proceso, ver Jacob (1985, 1994), Orpustan (1980), y también Fourquet (1988). Para un estudio específico de la relación entre religión e identidad vasca, y entre religión y territorio vasco, ver Itzaina (1998 y 1999, respectivamente).

de los sesenta, de la mano de Enbata⁶, comienza a asumir un marcado componente de izquierdas, a diferencia de lo que sucede en la parte española, donde el nacionalismo originario —y mayoritario— es de carácter conservador⁷.

La explicación de esta paradoja —entre el conservadurismo de las organizaciones nacionalistas más importantes en la CAV y la CFN, y el progresismo de las del País Vasco francés— se encuentra en análisis de autores como Seiler (1990) y Letamendia (1997), quienes señalan cómo hemos asistido en Europa occidental a tres reacciones identitarias de los grupos periféricos. La primera sería la legitimista-reaccionaria, y corresponde a la revolución industrial y nacional que configuran los actuales Estados. La segunda fase sería la del nacionalismo populista, que posibilita el surgimiento de los partidos nacionalistas-regionales. Finalmente, la tercera fase, nacionalista-progresista, permite la consolidación de determinados movimientos nacionalistas de izquierdas, imbuidos por el proceso de descolonización y la aparición de los nuevos movimientos sociales.

La lógica de estas tres reacciones puede ser claramente aplicada en el País Vasco *sur*, concretándose en el surgimiento del foralismo, del Partido Nacionalista Vasco y de ETA. El foralismo, de carácter conservador y ultra-católico, sería el resultado de la abolición, por parte de los sectores liberales españoles, de las antiguas leyes comunitarias (fueros) que regían las provincias de Alava, Vizcaya, Guipúzcoa y Navarra. La reacción nacionalista-populista permite que surja el PNV a finales del siglo XIX. Tras una primera fase independentista, modera su

⁶ Entendemos por nacionalista el movimiento político que reclama la creación de un Estado diferenciado de aquél en el que se inserta. Ciertamente, en el País Vasco de Francia van a existir movimientos regionalistas y autonomistas —pre-nacionalistas, podríamos decir— antes de este período (no podemos olvidar el colectivo *Aintzina* (1934-1942), la propuesta de Legasse y Aintchart (1945), o la importante presencia de refugiados nacionalistas que huyen de la dictadura de Franco desde 1936 —a este respecto ver Jacob, 1994—). Sin embargo, creemos que el año 1963 marca un antes y un después, en tanto en cuanto Enbata se constituye como organización política con vocación electoral, explicitando claramente sus objetivos en la Carta de Itsasu: documento en el que se demanda la oficialización del euskera y la creación de un departamento como primer paso para conseguir la reunificación e independencia de las provincias vascas en el *seno de la Europa de los pueblos*.

⁷ De hecho, desde la desaparición del *Mouvement Démocrate Basque* —creado por ex-militantes de Enbata que no aceptan ni la influencia de ETA, ni el carácter de izquierdas hacia el que deriva— y hasta mediados de los ochenta, las organizaciones nacionalistas existentes van asumiendo paulatinamente principios progresistas, cuando no socialdemócratas e incluso marxistas —lo que no quita para que desde siempre hayan existido nacionalistas que no abrazan las ideas progresistas, actuando en asociaciones culturales o económicas hasta la constitución de EA primero y del PNV después—.

discurso aceptando un Estatuto de Autonomía que se pone en marcha en plena Guerra Civil española (1936). Sin embargo, históricamente se mantienen dos sensibilidades en el PNV: una más posibilista y la otra más radical (De Pablo, Mees, Rodríguez: 1999-2001). Durante siglos, conviven en el mismo partido, pero a mediados de los ochenta eclosionan, dando origen a Eusko Alkartasuna⁸. Ambos partidos (PNV y EA) conforman en nacionalismo moderado, al que se enfrenta —en ocasiones violentamente— el nacionalismo radical⁹. Este último surge de la tercera reacción periférica, la nacionalista-progresista. Desde los sesenta, y sobre todo tras el fin de la dictadura de Franco (1975), se configura una amplia constelación de grupos, movimientos sociales y partidos de marcado carácter izquierdista e independentista, y que asumen los postulados de la organización referencial: ETA¹⁰. Actualmente, la totalidad de esos grupos —a excepción del sindicato LAB— han sido ilegalizados por los tribunales españoles; una estrategia del ejecutivo de José María Aznar, rechazada por el Gobierno y el Parlamento vasco, y según

⁸ Las razones de esta división se encuentran en la posición sobre el modelo de organización provincial de la CAV, el enfrentamiento entre el anterior Lehendakari Garaikoetxea y el Presidente del PNV Arzallus, una serie de disputas internas, además del carácter *social-demócrata* y claramente *autodeterminista* de los sectores que constituyen la formación saliente.

⁹ Los nacionalismos moderados tienden a auto-incluirse en el sistema político estatal, tienen un discurso más interclasista y la proyección temporal de su proyecto se suele orientar al pasado. Por el contrario, los radicales tienden a excluirse del sistema estatal, el nosotros se define también en términos de clase, y su identidad se orienta en clave utópica. Desde esta perspectiva, en la que el Estado es deslegitimado, se explica la tendencia a la violencia de estos sectores (Letamendia, 1997).

¹⁰ Articulando políticamente a varias de estas organizaciones nace Herri Batasuna en 1978. En los ochenta se conforma el «bloque KAS», a partir de uno de los partidos coaligados en HB, HASI, la organización juvenil Jarrai (que se fusiona en los noventa con un grupo similar del País Vasco Francés, formando Haika, y ahora Segi), la feminista Egizan, ASK (colectivo que aglutina a numerosos movimientos sociales), y el sindicato LAB. En 1992, KAS desaparece junto a HASI, ASK y Egizan, dando paso al grupo Ekin. Como el anterior, este colectivo sigue ejerciendo la dirección política en HB y otros movimientos sociales, hasta su ilegalización.

Por su parte, la estrategia de HB fluctúa entre períodos de mayor y menor radicalidad. En 1994 aprueba la ponencia política *Oldartzen*, que supone la ruptura de todos los lazos que mantenía con el nacionalismo moderado, y conecta en el tiempo con los atentados de ETA contra políticos. Como respuesta, en HB se estructura una corriente que rechaza el terrorismo de ETA. Sin embargo, cuatro años después, con motivo de la tregua de ETA, HB trata de acercarse a sectores que se le habían alejado. Así, se conforma Euskal Herriarrok. Pero tras la ruptura de la tregua por parte de ETA, a finales de 1999, estos sectores se separan nuevamente del nacionalismo radical, el sector crítico con la violencia se escinde, formando Aralar, y Euskal Herriarrok inicia un nuevo proceso de vertebración que posibilita, como veremos, su extensión al País Vasco Francés, dando lugar a Batasuna.

las encuestas, por la mayor parte de la población vasca (Euskobarómetro, 2003).

Pero, volviendo al caso del País Vasco francés, los aludidos efectos de la construcción estatal cierran por completo las oportunidades para el surgimiento de un movimiento político nacionalista hasta la década de los sesenta. En consecuencia, la expresión política nacionalista coincide con la expansión de la tercera de las reacciones periféricas. Esto se une a dos acontecimientos que determinan definitivamente su naturaleza izquierdista: los efectos simbólicos de mayo del 68 y la independencia de Argel. De esta forma, el nacimiento del nacionalismo moderno en este territorio acaba por coincidir con el discurso tercermundista que, aplicado a Francia, identifica a París como «un centro colonizador». A su vez, las consecuencias del ciclo de protesta de finales de los sesenta impregna al nacionalismo de un componente movimentista que va a estar en la base (a) de la incapacidad de la organización terrorista Iparretarrak para erigirse como vanguardia del nacionalismo radical (a diferencia de lo que sucede en la CAV y la CFN con HB), y (b) del peculiar carácter asambleario de la organización nacionalista actualmente mayoritaria (Abertzaleen Batasuna). Ambos componentes —anti-colonialista y movimentista— van a ser asimilados por importantes sectores de la juventud que se educan en París, y que, a su vuelta, tratan de aplicar sus conocimientos en el País Vasco francés.

Finalmente, un elemento externo a estos territorios determina la consolidación del movimiento abertzale en el marco de esta ola izquierdista: la presencia de los refugiados de ETA huidos de la dictadura española. A este respecto, este grupo se convierte pronto para muchos nacionalistas del País Vasco francés en una organización que se rodea de un *halo de admiración*, reforzado gracias a la represión franquista.

2.3. Débil

Habiendo presentado la razón de la tardía expresión política del nacionalismo en el País Vasco francés, y apuntada la causa de su marcado componente izquierdista, debemos abordar las razones de su debilidad. A este respecto, existe una línea de continuidad que está presente en el nacionalismo del norte hasta comienzos de los 90: su fraccionalismo interno.

Al surgimiento del primer grupo nacionalista moderno en 1963, Enbata, le sucede una escisión ideológica en tres opciones: la apuntada posición federalista y centrista del *Mouvement Démocrate Basque*; la postura independentista e interclasista representada por el semanario Enbata —que sustituye a la organización del mismo nombre ilegalizada en

los setenta¹¹—; y una corriente independentista y de clase cuya expresión es EHAS¹².

Esta última formación surge de la fusión de dos partidos de ambos lados de la frontera: HAS y EAS. Concretamente, el primero se constituye por un sector del nacionalismo fuertemente influenciado por la llegada de gran cantidad de refugiados de ETA a estos territorios, y sus objetivos son similares a los de Enbata, aunque en el plano ideológico se define por un socialismo más radical. Tras su unificación con EAS en 1975, la nueva organización, EHAS, cubre el espacio electoral dejado por Enbata, hasta que en 1978 decida desaparecer de estos territorios al considerar que su ámbito estratégico de lucha debe ser sólo las *provincias dependientes del Estado Español*¹³.

A su vez, el nacionalismo pronto se vuelve a dividir por razones tácticas. Ante la inexistencia política del País Vasco francés, un sector reclama la creación de un departamento como primer paso para *lograr la reunificación e independencia de Euskal Herria*. Por el contrario, otros militantes asumen unos postulados rupturistas y apuestan por un Estatuto de Autonomía —lo que suponía la quiebra del marco jurídico-político francés—.

Sin embargo, el elemento que más disputas ha creado en estos territorios se centra en la aceptación o no de las directrices del nacionalismo radical de la CAV y la CFN. La aparición de la violencia en el País Vasco francés en la década de los setenta, de la mano de la organización *armada, independentista y socialista* Iparretarrak (IK, *los del norte*),

¹¹ Enbata es ilegalizada como formación política el 30 de enero de 1974. Su apoyo a una huelga de hambre realizada por refugiados de ETA en la Catedral de Baiona sirve de excusa para la aplicación de esta medida. El 8 de octubre de 1975 se confirma la decisión por el Consejo de Estado. A partir de ese momento Enbata continúa existiendo, pero en forma de semanario nacionalista.

¹² Vicent VRIGNON (1999) ha analizado el nacionalismo vasco en estos territorios durante el período de 1968 a 1978 en su obra *Les années oubliées, Jalons pour une histoire du mouvement abertzales au Pays Basque Nord*, Baiona: Gatuzain. A su vez, este período también puede ser analizado en el trabajo de JAMES, Jacob (1994): *Hills of Conflict, Basque nationalism in France*, Reno: University of Nevada Press. Para un análisis específico sobre el movimiento Enbata, ver también ARBELBIDE, Xipri (1996): *Enbata*, Donostia: Kutxa Gizarte eta Kultur Fundazioa.

¹³ De hecho, EHAS desaparece de ambos lados de la frontera en 1978, siendo sustituida inmediatamente por HASI, pero sólo en la CAPV y la CFN. HASI asume la caracterización de vanguardia delegada del Movimiento de Liberación Nacional Vasco (MLNV), siendo la responsable de la dirección del bloque KAS Para un análisis exhaustivo del MLNV ver LETAMENDIA, FRANCISCO (1994): *Historia del Nacionalismo Vasco y ETA* (Tomo II y III). San Sebastián: R&B; también MATA, José Manuel (1993): *El nacionalismo vasco radical. Discurso, organización y expresiones*. Leioa: UPV.

divide a los nacionalistas entre los que la consideran un instrumento válido de lucha, frente a los que la rechazan éticamente.

En un primer momento no existe ningún tipo de conflicto entre Iparretarrak y ETA. Según la estrategia del «frente único», la presencia de una *organización armada* a cada lado de la frontera *es reflejo de la existencia de un único pueblo y una única lucha, aunque con métodos y ritmos diferentes*. Sin embargo, en la década de los ochenta, el nacionalismo radical decide un repliegue del País Vasco francés. Se abandona así la teorización del frente único, y se sustituye por la del «frente prioritario»: «*en un primer momento, y hasta la consecución del derecho de autodeterminación en el Sur, la prioridad de la lucha pasa exclusivamente por estos territorios (Comunidad Autónoma Vasca y Comunidad Foral de Navarra)*» (HASI, 1988). Sin embargo, algunos grupos del nacionalismo *del norte* continúan interviniendo políticamente, entre ellos Iparretarrak.

Sobre estas bases, desde ETA comienza poco después a criticarse ferozmente la lucha de Iparretarrak, lo que provoca la incompreensión de muchos activistas en el País Vasco francés: «*¿cómo es posible que los mismos militantes armados sean revolucionarios en el sur de Euskadi y reaccionarios en el norte?*», se pregunta Iparretarrak en uno de sus comunicados (IK, 1988)¹⁴.

En definitiva, durante la década de los setenta y ochenta, el nacionalismo organizado se ve extremadamente dividido como consecuencia de una serie de **líneas de fractura** internas y externas a estos territorios. Las primeras responden a una evolución política propia del territorio. Las «fracturas externas» explican la división *abertzale* a partir de factores relacionados con la extensión del discurso y la estrategia del nacionalismo de la CAPV y la CFN al País Vasco de Francia.

En este sentido, los **cleavages internos** determinan la segmentación del nacionalismo en varias familias. Por una parte, un sector apuesta por una estrategia más moderada, con vocación europeísta, y que rechaza el ejercicio de la violencia de Iparretarrak, aunque «comprende» la de ETA. Tácticamente apuestan por un Departamento vasco. Otro grupo trata de elaborar una acción política nacionalista para el País Vasco francés al margen de la estrategia que define el nacionalismo radical de la CAV y la CFN, de manera que apoya a Iparretarrak frente a

¹⁴ En el trasfondo de este cambio estratégico del nacionalismo radical de la CFN y la CAV, que considera inoportuna la utilización de la violencia por los nacionalistas en *el norte* —criticando en consecuencia a Iparretarrak—, estaría el deseo de no provocar a las autoridades francesas, para evitar que éstas reaccionasen deteniendo y entregando a las autoridades españolas a los refugiados de ETA que residían en Francia.

las posturas de ETA. Es un colectivo que rechaza el compromiso europeo y apuesta por tácticas más radicales e ideologizadas, entre las que se incluye el reconocimiento institucional de este territorio por medio de un Estatuto de Autonomía. En tercer lugar, encontramos un sector socialdemócrata representado por Enbata, que aunque abandona su dimensión electoral, va a mantener una cierta influencia en el mundo cultural vasco, trascendiendo los límites de los partidos mencionados. Finalmente, encontramos una amplia constelación de personalidades y militantes independientes que, en el futuro, sirven de nexo de unión de las diferentes familias en *Abertzaleen Batasuna*¹⁵.

Por el contrario, los *cleavages* externos se derivan de la extensión de las pautas y metodologías nacionalistas de la CAPV y la CFN *al norte*. Así, se explica la división del nacionalismo de este territorio en función de la aceptación o rechazo de los planteamientos defendidos por las organizaciones *del Sur*, lo que se concreta en los históricos enfrentamientos entre los dos sectores de izquierdas antes mencionados, que a mediados de los 80 constituyen dos formaciones políticas diferenciadas (Euskal Batasuna y EMA). Pero este panorama se complica en 1986 con la implantación en este territorio de dos organizaciones moderadas que hasta ese momento sólo se habían estructurado en la CAV y la CFN: Eusko Alkartasuna y el PNV-PNB¹⁶.

En consecuencia, durante la década de los 80-90 nos encontramos con hasta 5 formaciones nacionalistas para un «territorio de caza» electoral que en pocas ocasiones supera los 5.000 votantes. En cualquier caso, a pesar de esta debilidad electoral, debemos subrayar el papel de los nacionalistas en los ámbitos culturales y económicos: en el primero de los casos, vertebrando un movimiento de defensa de la cultura y lengua vasca, muchas de cuyas demandas comienzan a ser asumidas en la actualidad por los grandes electos; en el segundo de los casos, poniendo en marcha un rico tejido cooperativo que confiere un cierto dinamismo económico a estas provincias. Una fortaleza cultural y socio-económica que se refleja en el hecho de que muchas de sus demandas sea parcialmente asumidas por otros electos para atraer a su electorado en situaciones excepcionales (como sucedió con los socialistas en 1981 y 1995).

¹⁵ *Vid. Infra.*

¹⁶ Eusko Alkartasuna nace en 1986, configurándose como primera organización que se estructura a ambos lados de la frontera en 1987, en un intento de mostrar una mayor coherencia nacionalista que su formación matriz (PNV); el PNV se estructura políticamente en 1996 a partir del embrión que supone primero el semanario *Ager* (1981), y como reacción a la actividad de EA y el nacionalismo de izquierdas (Izquierdo, 1998).

2.4. *La violencia en el País Vasco francés*

Antes de analizar las oportunidades que se abren en la década de los noventa, sin embargo, creemos que es necesario detenerse para tratar de abordar de forma más detallada el papel de la violencia en el País Vasco francés, en la medida en que sus diferencias con respecto a la CAV y la CFN determinan un recorrido del nacionalismo de izquierdas *del norte*, diferenciado claramente del *del sur*.

Como hemos sugerido, a finales de la década de los sesenta y principios de los setenta encontramos una serie de **condiciones** internas y externas que posibilitan la emergencia de la violencia política a ambos lados de la frontera. Así, en el caso de los territorios españoles, (a) al «sentimiento de exclusión» derivado de la dictadura franquista debemos asociar (b) una cierta «sensación de peligro» provocada por las transformaciones socio-políticas propias de la expansión de la actividad industrial en un entorno que conserva ciertos componentes rurales, así como (c) la gran frustración derivada de una apertura económica del régimen en los cincuenta, que no se amplía al campo de lo político (Gurrutxaga, 1996; Jáuregui, 1981; Pérez-Agote, 1984; Letamendia, 1994). A su vez, el hecho de que el nacionalismo clásico se encontrase «refugiado» en el exilio francés, y que por las condiciones de represión fuese incapaz de materializar una respuesta ante la situación en que se encontraban las provincias españolas, favorece el surgimiento de grupos que pasan en pocos años de la teorización al ejercicio de la violencia (Lorenzo Espinosa, 1996).

Como hemos apuntado, en el caso del País Vasco de Francia, (a) la independencia de Argel y los acontecimientos de Mayo del 68 influyen en el surgimiento de *Iparretarrak*, determinando en parte sus rasgos más significativos. A su vez, (b) la extensa red de grupos que opera en la década de los setenta centrada en la defensa de los refugiados vasco-españoles y en la promoción de la cultura vasca, así como (c) el papel simbólico ejercido por la lucha anti-franquista e independentista de ETA, aceleran una toma de conciencia favorable a la violencia en determinados sectores, sobre todo juveniles, del nacionalismo (Vrignon, 1999).

Francisco Letamendia (1997: 285) establece un esquema de análisis de la creación y consolidación de todo grupo terrorista nacionalista fundamentado en cuatro etapas. «*La primera fase sería la producción de una violencia social de “respuesta”, defensivo-agresiva, la segunda fase sería la de la aparición del núcleo armado, producto de un doble proceso de fusión y totalización. La tercera y cuarta fase se desarrollarían en paralelo; y serían la de la transformación del núcleo armado*

en un grupo-Estado, mimetizador del Estado-Nación, y la de la formación de una comunidad sociopolítica nacionalista de carácter anti-represivo que legitima al grupo Estado».

En el caso de los colectivos violentos de ambos lados de la frontera podemos encontrar similitudes en relación con las dos primeras de las fases, situándose la diferencia fundamental en lo que respecta a las siguientes.

Desde nuestro punto de vista, la transformación de la organización terrorista en contra-Estado deriva de la propia definición que cada grupo haga de sí mismo. Por una parte, la caracterización de la violencia en ETA hace que ésta se convierta ante su comunidad de legitimación en «referente» para un futuro Estado. Ello se debe a una estructura organizativa del nacionalismo anti-sistema, asentada en un planteamiento vanguardista piramidal en cuya cúspide se sitúa el movimiento terrorista. El fundamento de este modelo se encuentra en un análisis de ETA que data de los años setenta. Según esta organización *la «contradicción básica» en todo proceso político es la que enfrenta a la oligarquía con la clase obrera*. Por esta razón, ETA se define como *organización revolucionaria que desea implantar el socialismo*. De todas formas, para este grupo, *esta contradicción (de clase) se manifiesta en el País Vasco en una «contradicción fundamental» (secundaria), que opone a Euskadi con el Estado español*. En consecuencia, a juicio de ETA, antes de dar el salto definitivo hacia el Socialismo, es necesario lograr un Estado vasco (ETA, 1968).

Sobre esta interpretación, y siguiendo los esquemas vanguardistas del marxismo-leninismo, ETA considera que *el sujeto del proceso de liberación nacional y social debe ser el proletariado*; y si tenemos en cuenta que *la lucha armada es la máxima expresión de este enfrentamiento de clases*, es «lógico» que ETA se erija como vanguardia simbólica del nacionalismo anti-sistema (HASI, 1978 y 1988). En definitiva, como apunta Letamendia, esta auto-caracterización de ETA la permite configurarse como contra-Estado en el universo simbólico de una comunidad de legitimación que se vertebra a partir de los ochenta.

Por contra, en el caso del País Vasco de Francia, Iparretarrak no alcanza un grado de *desarrollo* suficiente que admita caracterizarla como contra-Estado ante el que se pliegue el espacio nacionalista radical. Una importante razón es el analizado cuestionamiento de la lucha armada dentro del nacionalismo de izquierdas. Por otra parte, su propia auto-definición, impide la concreción de las fases tercera y cuarta a las que alude Letamendia: (a) *Iparretarrak* no asume un papel de vanguardia —a pesar de su «referencialidad simbólica» para algunos sectores

nacionalistas—; (b) su actividad es caracterizada como *instrumento sostenedor de otras formas de lucha*, supeditándose a la «lucha convencional»; y (c) el umbral de la violencia se limita al ejercicio de una suerte de «propaganda terrorista» similar a la teorizada en los setenta por los movimientos corsos¹⁷.

En este sentido, Iparretarrak es deudora de los planteamientos anti-autoritarios de Mayo del 68, alimentándose de las mismas fuentes que los movimientos sociales europeos de los años sesenta. En consecuencia, el referente comparativo de Iparretarrak no debe ser tanto ETA como los grupos de Bretaña y Córcega. Esta caracterización permite que Iparretarrak ponga en marcha a finales de los setenta una frenética campaña de vertebración del movimiento nacionalista. De esta forma, IK trabaja en el asentamiento de grupos culturales ya existentes, comités organizadores de fiestas,...; y sienta las bases para el surgimiento de nuevos movimientos de carácter sindical, agrícola, juvenil, ecologista, y posteriormente políticos (IK, 1978a).

Esta prioridad del trabajo político y de masas permite entender mejor las diferencias entre la interpretación de la práctica del terrorismo en Iparretarrak y en ETA. Mientras que para ETA la *lucha armada* es determinante, concluyente y prioritaria, para el grupo vasco-francés, «*la acción violenta no es el único medio de liberación. Es necesario (...) pero se subordina a la lucha política del pueblo vasco*» (IK, 1978b).

En cualquier caso, los **objetivos estratégicos** confluyen en ambas: los dos grupos clandestinos asumen como aspiración última la consecución de la independencia y el socialismo para Euskadi. A pesar de ello, se diferencian en cuanto a los objetivos tácticos: por una parte, ETA los concreta en el reconocimiento de Derecho de Autodeterminación y la unidad entre la Comunidad Autónoma Vasca y la Foral Navarra (KAS, 1981; ETA, 1994); por su parte, Iparretarrak los centra en la institucionalización del País Vasco francés por medio de un Estatuto de Autonomía (IK, 1993). Esta cuestión no es baladí, ya que, como veremos, la incapacidad de Iparretarrak para constituirse en contra-Estado ante el que se pliegue el nacionalismo anti-sistema se refleja en el hecho de que mientras Herri Batasuna asume los postulados de ETA en la CAPV y la CFN, por el contrario el nacionalismo radical del norte apuesta por un

¹⁷ De 1980 a 1987 mueren cinco activistas de IK por una parte, y otros cinco miembros de las Fuerzas de Seguridad, siempre como consecuencia de enfrentamientos fortuitos. En ese mismo período, 27 refugiados y ciudadanos vascos-franceses mueren a manos de los GAL.

departamento vasco desde 1997, contraviendo las «orientaciones» de Iparretarrak¹⁸.

En definitiva, en el caso de la CAPV y la CFN, el modelo vanguardista determina una estructura simbólica en forma de pirámide en cuyo vértice se situaría ETA, y en cuya base estarían diferentes movimientos sociales y la coalición Herri Batasuna. Esta estructuración explica la supeditación del partido anti-sistema a las orientaciones de ETA, de forma que *Herri Batasuna* es incapaz de condenar la violencia, e incluso de plantear una propuesta política que no pudiera ser —previsiblemente— avalada por ETA.

Por contra, en el País Vasco de Francia no podemos hablar de la existencia de una comunidad de legitimación en el mismo sentido. Como hemos visto, a pesar de que algunas organizaciones presentan gran sintonía con el grupo terrorista, otras critican el uso de la violencia en este territorio. Esta división del nacionalismo anti-sistema en torno a su posición respecto de la violencia refuerza, a nuestro juicio, uno de los elementos divergentes entre el nacionalismo radical del País Vasco francés y el de los territorios vasco-españoles: la preeminencia de la dimensión política sobre la militar, mientras que en el caso *del sur*, es más evidente la supeditación de la estrategia política a la militar. Algo que explica la capacidad del nacionalismo radical de Lapurdi, Baja Navarra y Zuberoa para aglutinar fuerzas en torno a sí, frente al de la CAV y la CFN, que ha sido incapaz de evitar su ilegalización¹⁹.

De esta forma, una vez que las diferentes organizaciones nacionalistas radicales sean capaces de superar sus diferencias tácticas consolidando una unidad de acción electoral primero, y un movimiento político después (Abertzaleen Batasuna - AB), el nacionalismo anti-sistema de Francia se siente libre de cualquier presión por parte del ámbito

¹⁸ La propuesta de Iparretarrak para superar la falta de reconocimiento en el País Vasco francés suponía la ruptura del marco jurídico francés. Por el contrario, la demanda de creación de un departamento *Pays Basque* es respetuosa con el *statu quo* republicano. A principios de los setenta, la primera alternativa sólo era aceptada por los nacionalistas, mientras que la segunda era asumida por el Partido Socialista francés y por los dirigentes empresariales locales.

¹⁹ Como veremos, los sectores más radicalizados de AB han abandonado esta formación al integrarse en 2001 en Batasuna. Por su parte, AB se ve libre del sector más favorable a la violencia, solicitando una tregua a ETA. De esta forma, puede distanciarse de ETA y HB, hasta el punto de que haya rechazado presentarse a las elecciones departamentales de 2004 en coalición con el resto de formaciones nacionalistas, al negarse Batasuna a firmar un documento que solicitase una tregua a ETA. Por esta razón, AB, a la que HB pidió su fusión en 2001, está siendo criticada sin piedad en varios comunicados, hasta el punto de que ETA la haya calificado de «organización traidora» (el último de ellos de febrero de 2004).

armado. Cuestión que explica la definición por AB de una estrategia doble en 1997: (a) un movimiento táctico «posibilista» a favor de la reivindicación pro-departamento *Pays Basque* —lo que le sitúa en el centro del debate político—, y (b) una apuesta decidida por la superación de la violencia, tanto en el País Vasco francés como en la CAV y la CFN.

3. La asunción de la centralidad

Como acabamos de apuntar, por tanto, la historia del nacionalismo en el País Vasco francés se caracteriza por su marginalidad política, habida cuenta de su tardía consolidación, su carácter de izquierdas en una sociedad eminentemente conservadora, y su profunda división interna, derivada de la diferencias tácticas y estratégicas del nacionalismo, de la extensión de discursos elaborados en la CAV y la CFN y de la presencia de la violencia. Sin embargo, estos elementos sientan las bases para que el nacionalismo radical del País Vasco francés asuma una estrategia diferenciada respecto al del *sur*, fundamentada (a) en una línea táctica de mínimos que le permita atraer a nuevos sectores y (b) en un paulatino distanciamiento de la violencia que le posibilite legitimarse ante la sociedad.

Como decimos, a pesar de las mencionadas divisiones de los ochenta, a principios de los noventa confluyen una serie de elementos que permiten iniciar una reflexión entre los sectores nacionalistas sobre la necesidad de profundizar en dinámicas conjuntas de acción. Por una parte, influye la más que evidente debilidad de sus formaciones, que no lograban superar la cota del 5% de los votos en los diferentes comicios. Este elemento se contrapone a los positivos resultados obtenidos por listas unitarias en las municipales de finales de los 80. De esta forma, paulatinamente se estructura *Abertzaleen Batasuna* (AB) como coalición electoral que aglutina a los diferentes partidos nacionalistas de izquierdas (concretamente a Euskal Batasuna y EMA —aunque en un primer momento participa EA—).

A partir de entonces, AB trata de definir su línea táctica en torno a dos dinámicas que se inician en la década de los noventa. Y como veremos, el papel que juega —junto a otros militantes históricos, cercanos al PNV-PNB y EA— en las políticas de desarrollo e institucionalización territorial le otorga al nacionalismo una importante centralidad en el sistema político de estos territorios (Ahedo, 2003); hasta tal punto que parecería que, en cierta medida, se está superando la crisis identitaria que hemos descrito en la introducción de este trabajo.

3.1. *El papel del nacionalismo en las políticas de desarrollo*

Ya hemos apuntado cómo los cargos electos locales van a jugar un papel clave en el sistema político francés, configurándose como mediadores entre el centro y la periferia. Estos van a verse condicionados por su marco electivo, de manera que su horizonte espacial se centra en su reducido *coto de caza*: municipio, cantón, o a lo sumo, circunscripción²⁰. Esta caracterización del poder del electo determina su histórica incapacidad para poner en marcha políticas de cooperación inter-comunal que garanticen la ordenación de un territorio sin institucionalizar, como es el caso del País Vasco francés. En consecuencia, se entiende la lógica del *laissez faire* que había constreñido el desarrollo de estos territorios.

Sin embargo, en la década de los noventa confluyen una serie de factores que posibilitan la puesta en marcha de unas **redes** que consensúan una política pública que afecta al conjunto del País Vasco de Francia; *policy networks* que surgen de la concertación entre los representantes políticos, pero también entre éstos y el resto de actores sociales, culturales y económicos. Así, en 1992, se inicia un estudio de la situación local en el que participan 500 representantes locales. Un año después, y ante la dramática situación económica y cultural que diagnostican en el Informe *Pays Basque 2010*, estas personalidades asumen una serie de cuestiones que habían defendido, hasta ese momento en solitario, los sectores nacionalistas: a) se admite la unidad territorial y la especificidad del País Vasco francés, aunque se encuentre dividido administrativamente en dos sub-prefecturas (sub-delegaciones de Gobierno) e integrado en el seno del Departamento de los Pirineos-Atlánticos junto al *Béarn*; b) se apuesta por la profundización de la cooperación transfronteriza junto a la CAV y Navarra; c) se acepta el papel de la identidad local como factor de cohesión, generador de solidaridades y garantía del desarrollo, apostándose por la promoción de la cultura y el euskera; y d) se exige la puesta en marcha de mecanismos de representación institucional para el País Vasco (CP, 1993)²¹.

Sobre esta base, entre 1994 y 1995 se constituyen el **Consejo de Desarrollo (CDPB)** y el **Consejo de Electos (CEPB)**: el primero aglutina a

²⁰ En Iparralde hay 21 cantones, marco de elección de los Consejeros Departamentales (en Pirineos-Atlánticos son 52 consejeros: por tanto, 31 son bearneses). Las circunscripciones definen el límite de elección de los Diputados. En el departamento de los Pirineos-Atlánticos son 6: dos se eligen en territorio exclusivamente vasco (en la costa), tres en el bearnés, y el último entre ciudadanos vascos (del interior) y bearneses.

²¹ A este respecto, debemos subrayar el papel jugado por delegado del Estado (sub-prefecto) en Bayona, C. Sapède, quien, según juzgan todos los actores, es el iniciador del proceso que se pone en marcha en 1992.

la práctica totalidad de los actores sociales, culturales, económicos y políticos del País Vasco francés, y asume una función centrada en la elaboración de propuestas de desarrollo; el segundo se constituye por la totalidad de cargos electos de este territorio, arrogándose la capacidad de decisión, pero no de implementación de las políticas públicas (que queda en manos de las instituciones municipales, departamentales, regionales y estatales).

Un ejercicio de ingeniería política, ya que surgen del *consenso* entre los dos sectores que habían mostrado mayores reticencias a dinámicas de este tipo. Los nacionalistas rechazaban esta estructura para-institucional al considerar que pretendía enterrar la promesa gubernamental de crear un departamento vasco²², y al entender que carecían de rango institucional. Pero finalmente la aceptan al incorporarse la dimensión identitaria, olvidada hasta esa fecha por la mayoría de los cargos políticos, y porque, por su peso en los organismos sociales y culturales, se alzan en la dirección del CDPB. Por su parte, los grandes electos se habían posicionado históricamente en contra de este modelo, porque veían en ésta una estructura sustitutiva de la voluntad popular expresada en las urnas. Pero la asumen en los 90, ya que estas redes surgen de un consenso para aparcar la reivindicación departamentalista, y por que el CDPB se supedita jerárquicamente a un CEPB que controlan²³.

La primera función de esta *policy network* bicéfala es la re-elaboración del diagnóstico de la situación de los territorios vascos. Y como resultado de este trabajo se concreta el *Esquema de Ordenación Territorial* (1997), en el que se presentan 96 medidas concretas que garantizarían el desarrollo coherente del País Vasco francés. Sin embargo, la falta de mecanismos y competencias propias de implementación obliga a ambas redes a negociar con las autoridades la concesión de recursos que garantizaran la puesta en marcha de las propuestas diseñadas. Y a pesar de que el Proyecto de Desarrollo es asumido en las tres instancias territoriales (Departamento, Región y Estado), ninguna de ellas va a

²² Realizada en 1981 por los socialistas por boca del entonces candidato a la Presidencia F. Mitterrand.

²³ De todas, formas, como veremos, este consenso sólo está en el origen. Así, la dirección del Consejo de Desarrollo pronto comienza a ligar la evolución local con la demanda institucional (petición de un Departamento propio para el País Vasco francés). Esta cuestión, junto a otros problemas internos en la Cámara de Comercio, está en la base de un cambio en el CDPB en 1997, que provoca la salida del nacionalista Camblong (PNV-PNB) de su dirección. Desde ese momento, ambas redes, y sobre todo el CDPB, están siendo sometidas a la presión de los sectores que reclaman la institucionalización vasca.

conceder —hasta la firma de la Convención Específica a finales de 2000²⁴— las partidas suficientes para financiar los programas.

De esta forma, la reacción lógica de los sectores más comprometidos con las políticas públicas pasa por retomar la —hasta ese momento— latente **reivindicación institucionalizadora**. Así, se rompe el inicial consenso que permitió el visto bueno de los grandes notables al inicio de la dinámica de desarrollo. En consecuencia, desde mediados de 1997 hasta 2001 se asiste a una profunda crisis de la política de desarrollo, debido a la ruptura de los lazos de confianza y a la imposibilidad práctica para poner en marcha las propuestas del Esquema de Ordenación. Paulatinamente, el centro del debate político va basculando del *cómo* garantizar el desarrollo (política pública), al *quién* debe dirigirlo (reivindicación institucional).

En este sentido, la dinámica que se pone en marcha debe ser abordada desde tres puntos de vista: a partir de sus implicaciones para el nacionalismo, desde el punto de vista del proceso como tal, y desde la perspectiva de su contenido.

Por una parte, la estructura bicéfala que conforman el CDPB y el CEPB permite la participación de todos los actores junto a los electos y la administración. Gracias a esta fórmula de gobernación, los nacionalistas ven cómo se abren las posibilidades para su intervención directa en los debates políticos de este territorio, y pueden establecer una cierta alianza con los sectores no nacionalistas que apuestan por la institucionalización vasca.

Por otra parte, y desde un análisis de las políticas públicas como proceso, observamos cómo estas redes participan en 4 de las 5 fases definidas por autores como Jones (1984), Meny & Thoenig (1992): (1) definición del problema, que se concreta con la redacción del Informe *Pays Basque 2010*, (2) proposición de alternativas, que se explicitan en el Esquema de Ordenación, (3) toma de decisiones, que se concretan en la aceptación de este proyecto de desarrollo por parte de las autoridades, y (4) evaluación de la dinámica (CDPB, 2000 y 2003). Sin embargo, ambas redes carecen de competencias en la quinta de las etapas de las políticas públicas: la implementación, que queda en manos de las autoridades (*Maîtrise d'Ouvrage Publique*) y determinados colectivos privados (*Maîtres d'Oeuvres*). En consecuencia, los programas definidos necesitan de la apuesta de las autoridades para ser aplicados. Y la sensación de que éstas no responden a las expectativas despertadas, retroalimenta a los actores que, aunque participan en las estrategias de desarrollo, consideran que éstas necesitan de la institucionalización

²⁴ Vid. *Infra*.

local. Actores con los que el nacionalismo trata de aliarse para situarse en el centro del debate político y de la movilización institucional.

En este sentido, y desde la perspectiva de análisis del contenido, encontramos dos coaliciones dominantes en estas redes (Olsen, Roness y Saetren: 1982): una, que liga el desarrollo de estos territorios con su institucionalización, y que es instrumentalizada por los nacionalistas; y otra, que trata de diferenciar las políticas públicas del debate institucional. Estas dos coaliciones, finalmente, interactúan desde varios modelos entre 1994 y la actualidad: (1) así, la política de desarrollo se caracteriza entre 1992 y 1997, básicamente, por la lógica de la *negociación* entre todos los actores; (2) entre 1997 y 2000, y ante la falta de respuesta de las autoridades para que sean implementadas las propuestas de desarrollo, se pasa a una lógica de la *movilización* que se expresa en el ciclo movilizador institucionalista que presentaremos a continuación; (3) tras la firma de la Convención Específica por la que se aportan gran cantidad de recursos para la puesta en marcha de las propuestas del Esquena, se da paso a un período de *autogobierno* en el que se trata de poner en marcha las políticas diseñadas; (4) sin embargo, en 2002 se activa la estrategia de la *confrontación* por parte de los institucionalistas, ante la frustración que supone el que sus demandas no sean contempladas en los debates sobre descentralización que abre el Gobierno Raffarin²⁵.

En conclusión, las políticas de desarrollo auspiciadas por las autoridades desde 1992 abren las *policy windows* que permiten la incorporación del debate sobre el futuro de estos territorios a las lógicas discursivas de los diferentes actores. Y teniendo en cuenta que son los sectores nacionalistas unos de los más implicados en el proceso, se entiende (1) que asuman la dirección del Consejo de Desarrollo, el órgano de representación de la sociedad civil, y (2) que logren introducir muchos vectores de su discurso al debate local. En consecuencia, tras romper en un primer momento con el aislamiento que los había sumido en la marginalidad desde la década de los sesenta, a finales de los noventa, y ante la falta de voluntad de las autoridades para conceder recursos para la puesta en marcha de los proyectos, (3) se sienten legitimados para radicalizar sus propuestas. Así, indirectamente, los nacionalistas asisten a la apertura de una estructura de oportunidad que (4) los sitúa en el centro de una demanda histórica como la de creación de un departamento para este territorio, convirtiéndose (5) en los vertebradores de una amplia coalición de actores institucionalistas, pertenecientes a los más variados ámbitos políticos, culturales y económicos del País Vasco francés.

²⁵ Vid. *Infra*.

3.2. *La demanda de institucionalización*

La reivindicación departamental está presente en el País Vasco francés desde el mismo momento en que las provincias históricas de Lapurdi, Baja Navarra y Zuberoa son integradas junto al *Béarn* en el Departamento de Pirineos-Atlánticos. A lo largo de 200 años, por tanto, esta demanda es una constante que va a sustentarse sobre tres registros: identitario, económico y político; siendo cada uno de ellos la base argumental de las reivindicaciones institucionalistas de los nacionalistas, la burguesía modernizante de la Cámara de Comercio e Industria de Baiona (CCI) y el Partido Socialista, respectivamente (Chaussier, 1996).

Cada uno de estos actores dinamiza por su cuenta una serie de procesos entre 1994 y 1997. Y las acciones de cada uno de ellos genera oportunidades para el resto. En primer lugar, la **Asociación de Electos (AED)** —un colectivo surgido en los ochenta de la mano de la CCI y que aglutina a un centenar de electos de todas las tendencias—, unifica en un mismo ideario las tres interpretaciones del territorio que acabamos de apuntar, aunque la dimensión económica (departamento = desarrollo) continúe primando sobre la perspectiva identitaria (departamento como garante de la cultura vasca) y la interpretación política (departamento como representación territorial). En paralelo, la AED inicia un proceso de seducción hacia el cuerpo electivo, que se concreta (1) en el voto en pro del departamento (1996) por parte de la Asamblea de Alcaldes del País Vasco, (2) en los resultados favorables de la consulta realizada entre el conjunto de ayuntamientos (1997-1999), y (3) en la asunción de la demanda por parte del CDPB (1999).

A su vez, **el PS** trata de lograr la centralidad local retomando la reivindicación departamentalista, de forma que el entonces candidato a la Presidencia, Lionel Jospin, se pronuncia en 1995 a favor de la institución «*si una mayoría de los electos así lo exigiese*». Sobre la base de este renovado compromiso, la socialista Nicole Pery logra, contra todo pronóstico, el puesto de diputada por la circunscripción de Baiona en las legislativas de 1997.

Finalmente, **Abertzaleen Batasuna**, tras un profundo debate, opta por asumir la reivindicación departamental. Se abandona así la postura defendida por una parte de su militancia, que siguiendo los postulados de Iparretarrak, exigía como la institucionalización del País Vasco francés por medio de un Estatuto de Autonomía.

En su *dimensión identitaria*, Abertzaleen Batasuna selecciona claramente (a) los registros espaciales que relacionan a su grupo con el territorio étnico, (b) los temporales entendidos en clave utópica, y (c) los culturales, sustentados en la especificidad lingüística vasca: orientando

todos ellos al objetivo estratégico de la independencia y la unidad territorial de *Euskadi norte* y *Euskadi Sur*. Sin embargo, en su vertiente externa, Abertzaleen Batasuna debe plegarse a las exigencias de la *dimensión instrumental-racional*. Ello le obliga a **superar los estrechos límites étnicos**, implicando al conjunto del territorio en sus reivindicaciones. De ahí la necesidad de implementar una táctica de mínimos adecuada a su débil peso específico en la sociedad. Y esta táctica posibilista se concreta en la asunción de la reivindicación departamental, frente al maximalismo de la demanda autonomista. Finalmente, para hacer frente a la necesidad de superar los límites étnicos que se derivan de la dimensión instrumental-racional, Abertzaleen Batasuna define de forma clara una estrategia departamentalista que se sustenta en tres etapas-objetivo: a) situar a esta formación en el centro de la reivindicación; b) generar después un amplio movimiento que socialice la demanda, intentando lograr una mayoría social institucionalizadora; y c) generalizar una dinámica de desobediencia civil que haga imposible el mantenimiento del *statu quo* (AB, 1998).

Sobre estas bases, el 30 de enero de 1999, AB congrega a 6.000 personas en las calles de Baiona en la primera gran manifestación a favor de esta institución. De esta forma, a nivel público logra convertirse en el **referente** de la demanda. Paralelamente, esta formación comienza a establecer contactos con el resto de actores para unir fuerzas en torno a un movimiento social. Finalmente, este colectivo ve la luz a mediados de los noventa: un movimiento social, denominado «*Llamamiento de los 100*», que se compone por representantes de la mayor parte de formaciones políticas (AB, UDF, RPR, PS, Ecologistas), grupos económicos (Cámara de Comercio, los sindicatos obreros y agrícolas), y la totalidad de asociaciones culturales.

De esta forma, el conjunto de grupos que hemos mencionado inicia una dinámica de movilización cuyo punto álgido es la celebración de la manifestación más numerosa celebrada en las calles de Baiona desde el final de la Segunda Guerra Mundial: 13.000 personas exigen un departamento *Pays Basque* el 9 de octubre de 1999. Como colofón, en esas fechas se da a conocer una encuesta según la cual el 67% de la población estaría de acuerdo con la creación de esta institución (CSA, 1999).

Pero ¿cómo se entiende el paso de la apatía generalizada y de la desmovilización casi absoluta de 1980, a una movilización de características tan masivas a finales de los noventa? Y más aún, ¿cómo se explica que a finales del siglo XX confluyan los dispares intereses del nacionalismo, de los sectores económicos y sindicales, de los socialistas y los electos de centro-derecha, hasta el punto de que se constituya un movimiento social que desarrolla una acción contenciosa como la que

protagoniza el *Llamamiento del 9 de octubre*? Para responder a estas preguntas, debemos detenernos en la estructura de oportunidad política que encontramos entre 1997 y 1999.

La difusión de las oportunidades derivada de la acción que desarrolla cada uno de los actores pro departamento de 1994 a 1999 se une a la apertura de la estructura de oportunidad política (EOP) en el ámbito local. Siguiendo los esquemas analíticos de autores como Tarrow (1997) o Kriesi (1999), observamos cómo esta EOP se caracteriza: (a) por un incremento de las posibilidades de acceso a los círculos de reflexión territorial (CDPB) y a las instituciones representativas del territorio (Asamblea de Alcaldes); (b) por una nula capacidad de implementación de las políticas públicas de desarrollo, que retro-alimenta las posturas de los que pretenden la escisión del departamento; (c) por una correlación de fuerzas favorable al movimiento, gracias a la importancia y el paulatino incremento de los actores que se alían a la demanda; (d) por la existencia de alineamientos inestables en las elites de centro y derecha; y (e) por una clara división entre las elites locales y gubernamentales.

Sin embargo, el ámbito local también muestra la existencia de determinados «cierres» en la estructura de oportunidad, como lo refleja el papel de algunos notables y organismos para-institucionales (CEPB), que intentan cortocircuitar los argumentos escisionistas. De la misma forma, el análisis de la estructura de oportunidad a nivel nacional evidencia los límites de la demanda. En este sentido, la propia naturaleza del Estado, fuerte y excluyente, desincentiva cualquier forma de acción colectiva contenciosa (Duyvendak, 1995).

En definitiva, la EOP se concreta en una situación contradictoria entre (a) una importante difusión de las oportunidades de unos actores a otros a nivel interno, (b) una gran apertura local, y (c) un cierre casi absoluto a escala nacional. Así, los actores que habían actuado aisladamente desde 1994 van tomando conciencia de la necesidad de unificar su trabajo para modificar la correlación de fuerzas a nivel nacional. Y esta sensibilidad cooperativa confluye con la estrategia diseñada previamente por Abertzaleen Batasuna.

Pero, a pesar de la masiva manifestación convocada por el «Llamamiento de los 100», los resultados serán exiguos —ya que el Gobierno rechaza por activa y por pasiva la modificación del marco territorial—. Así, se entiende que el movimiento radicalice sus posiciones hasta el punto de que llegue a amenazar a los responsables del centro con la puesta en marcha de una estrategia de desobediencia civil de masas. Sin embargo, el testigo desobediente será recogido por otro movimiento social.

Y aunque no llega a concretarse tal y como había sido prevista la tercera de las etapas definidas por el partido abertzale, el contexto de parti-

da con el que se encuentra el colectivo «*Demokrazia Euskal Herria-rentzat*» (democracia para el País Vasco) es ampliamente favorable para garantizar la repercusión social necesaria de las acciones disruptivas que desarrolla. Por una parte, los desobedientes gozan de la legitimidad derivada del hecho de que el «Llamamiento de los 100» (en el que además de los abertzales, también se ven representados los cargos del centro derecha o el Partido Socialista) asume dialécticamente la necesidad de dar un salto cualitativo de la acción convencional a la desobediencia civil. Por otra parte, el nivel de simpatía de la reivindicación permite que la actividad disruptiva desarrolle al máximo sus potencialidades (Tarrow, 1997). Así, acciones como el robo de las sillas de los 21 electos vascos en el Consejo General de los Pirineos Atlánticos, el «secuestro» de dos docenas de *Mariannes*, el cambio de señales viarias monolingües por otras bilingües...²⁶ se presentan como un claro desafío a las autoridades, generan un alto grado de incertidumbre en el Estado, y provocan importantes niveles de solidaridad entre los actores que apoyan la demanda.

En consecuencia, a mediados de 2000 se asiste al punto álgido de un ciclo de protesta iniciado entre 1994 y 1997: (a) se observa una amplia intensificación del conflicto, (b) se hace patente la total difusión sectorial de la demanda, (c) se muestra una gran difusión geográfica de la reivindicación, de forma que el movimiento social departamental supera los límites urbanos de la acción contenciosa. Finalmente, la evidencia de esta fase ascendente del ciclo movilizador se refleja (d) en la aparición de contra-movimientos dinamizados por las direcciones de la UDF y el RPR.

Por su parte, a finales de 2000, el Estado trata de recuperar la iniciativa tras su rechazo a la institucionalización vasca. Así, se refuerzan las políticas públicas de desarrollo, intentando desactivar, de paso, parte de los argumentos de los institucionalistas: se firma la Convención Específica por el Estado, la Región, el Departamento, el Consejo de Electos y la aglomeración *Bayonne-Anglet-Biarritz* (los tres municipios más

²⁶ Como hemos señalado, la sede del Consejo General de los Pirineos Atlánticos reúne a 51 consejeros, de los que 21 son elegidos en circunscripciones vascas y el resto en las bearnesas. Con el robo de 21 sillas, los desobedientes pretenden «aportar los escaños a la institución vasca que reivindica». El busto de la *Marianne* ocupa un lugar destacado en todas las alcaldías de Francia, al ser el símbolo de la República. Cuando los Demo roban estos bustos, pretenden simbolizar que los valores democráticos que representa la *Marianne* «se encuentran secuestrados», tratando de alinear los marcos discursivos de los disidentes con los valores republicanos. Finalmente, el Esquema de Ordenación del *Pays Basque*, consensuado por todos los actores sociales y políticos, preconiza que la señalización viaria se traduzca al euskera. Ante la falta de avances, los Demo cambian la señalización monolingüe en francés por otra bilingüe en francés y euskera.

importantes de la costa). Gracias a este convenio se aportan 400 millones de euros para 70 proyectos, la mayoría de ellos definidos en el Esquema de Ordenación (CEPB, 2001)²⁷. De la misma forma, la administración dota de mayores competencias a la sub-prefectura de Bayona.

Además, entre 2000 y 2002, el movimiento departamental entra en una fase de recomposición por las contradicciones internas de algunas de sus organizaciones. Entre ellas, una de las más destacables es la que se da en el seno de Abertzaleen Batasuna. Así, en 2000, Euskal Herritarrok anuncia la apertura de un debate que debería acabar con su reconversión en una nueva organización que también se implantaría en el País Vasco de Francia²⁸. Así, una parte de la militancia de AB comienza a tomar parte en estos debates, aunque la mayoría firma un manifiesto que solicita a Euskal Herritarrok la suspensión del proceso en este territorio²⁹. Finalmente, no se suspende este debate, y la Asamblea de AB rechaza la propuesta de integración en la organización surgida de Euskal Herritarrok: Batasuna. En consecuencia, un 20% de la militancia de AB abandona esta organización y pasa a constituir la sección local de Batasuna en el País Vasco francés. En ese momento, AB logra consensuar una nueva posición en torno a la violencia —que hasta ese momento no había condenado—, solicitando a ETA una tregua inmediata³⁰.

²⁷ Previamente habían sido concedidas pequeñas partidas por medio de la Convención de Desarrollo de 1997 y el Contrato de Plan Estado-Región de 2000.

²⁸ Debemos recordar que a pesar de que muchas asociaciones culturales —no siempre ligadas al nacionalismo radical— se habían estructurado desde su origen a ambos lados de la frontera, los grupos anti-sistema se retiran de estos territorios en los ochenta. Sin embargo, a finales de los noventa deciden volver a intervenir en el País Vasco Francés fusionándose con colectivos de este territorio (tal es el caso del movimiento juvenil Jarrai-Haika-Segi). De forma parecida, el PNV y EA tratan de reforzar su presencia en este territorio, así como la dimensión transfronteriza de su estrategia: elementos, ambos, que se concretan en la constitución de la Asamblea de Municipios Vascos (Udalbiltza) durante el período de tregua de ETA, en la que participan electos vasco-franceses del PNV, EA y AB hasta 2001.

²⁹ Entre los firmantes estarían varias corrientes de opinión, como el «grupo de los 46» dirigido por el fundador de Enbata y adjunto-alcalde de Biarritz, J. Abeberry, el colectivo «Matalaz», ligado a ex-dirigentes de Iparretarrak, y el grupo «Buruja», a cuya cabeza se sitúan los miembros de los Demo, Gorka Torre y J. N. Etcheberry.

³⁰ Batasuna participa en las legislativas de 2002 pidiendo el voto nulo (que se estima entre 500 y 1.000 papeletas). En consecuencia, su presencia en el País Vasco francés apenas es significativa desde el punto de vista electoral. Pero sí lo es desde otras perspectivas. Por una parte, porque tras su ilegalización en España, su aparato organizativo ha sido trasladado a Bayona. Por otra parte, porque denota la existencia de un sector radicalizado que se niega a rechazar la utilización de la violencia de ETA, justo cuando más distanciada está de ella AB. En consecuencia, se abre un período incierto, más aún si tenemos en cuenta que ETA ha comenzado recientemente a repartir *responsabilidades* no sólo entre las autoridades de España, sino también las de Francia.

A partir de ese momento, AB puede retomar su papel en la vertebración del movimiento departamental, coincidiendo con el PNV-PNB y EA, así como otros sectores alejados del nacionalismo que apuestan por el reconocimiento institucional. De esta forma, y aprovechando las oportunidades que genera la apertura del debate sobre descentralización de finales de 2002, se conforma la plataforma Batera, que reclama la creación de un Departamento *Pays Basque*, la oficialización del euskera, una universidad autónoma de la de Pau y una Cámara Agrícola (Batera, 2002). Finalmente, y teniendo en cuenta el rechazo del Estado a la implementación de estas demandas, Batera ha definido en enero de 2004 una nueva línea de trabajo que se asienta en la celebración de un referéndum sobre el departamento *Pays Basque* en 2005, y en una estrategia de desobediencia civil que se concretará —previsiblemente— en la creación de una Cámara Agrícola paralela a finales de 2004, y en un Consejo General alternativo en 2007 (Batera, 2004)³¹.

En resumen, se debe subrayar que los nacionalistas se convierten, gracias a su fortaleza organizativa y movimentista, en el núcleo dinamizador de la reivindicación institucional en el *Pays Basque*. Una referencialidad que les permite que los electos socialistas y del centro-derecha incorporen a la reivindicación escisionista otras cuestiones como el sentimiento de pertenencia. Se modifican así las claves identitarias del País Vasco de Francia, hasta el punto de que, en la actualidad, la máxima representación local, la Presidencia del Consejo de Electos, haya asumido, en claro contraste con la situación de las pasadas décadas, la oficialización del euskera y la reivindicación institucional (CEPB, 2002).

4. Las nuevas perspectivas para el nacionalismo

Recapitulando, podríamos definir una serie de cambios en el sistema político vasco que permitirían aventurar un potencial afianzamiento del nacionalismo en el País Vasco francés a corto-medio plazo.

³¹ A este respecto, no podemos sino estar de acuerdo con el profesor Chaussier (2002), quien antes de este nuevo ciclo movilizador definía la creciente complejidad de la cuestión departamental, en la que a la vez se observan elementos de banalización (por su creciente difusión entre los electos y la ciudadanía) y de radicalización. Una de las muestras más palpables, además de la nueva estrategia de Batera, ha sido la huelga protagonizada en el CDPB por sectores institucionalistas ante la falta de respuesta de la Administración, que ha sido castigada recientemente con la expulsión de estas personas del CDPB, en el proceso de renovación de cargos que se está llevando a cabo en marzo de 2004, y que podría suponer la puntilla definitiva al espíritu participativo con el que se concibió esta estructura.

1. A lo largo de los noventa se asiste en este territorio a importantes *cambios identitarios*. Por una parte, encontramos un sentimiento de pertenencia que no es incompatible con la adhesión republicana. Esta identidad, que denominamos *Pays Basque* (Ahedo, 2004), conecta con la histórica apertura de ciertos electos y ciudadanos votantes de la UDF (y también del PS y del RPR) respecto de la cultura y lengua vascas. Una sensibilidad que ha sido tenida en cuenta por parte del PNV-PNB y EA, que siempre han tratado de acercarse a estos sectores euskaltzales. Creemos que esta identidad se ha visto reforzada en la década de los noventa como consecuencia de las políticas de desarrollo y la demanda de institucionalización: lo que explica el paso dado por determinadas personalidades no nacionalistas del movimiento pro-departamento, que se han constituido como movimiento político que concurre en varios cantones en las elecciones de marzo de 2004. Este grupo, *Elgar-Ensemble*, hace suyas las cuatro demandas de Batera, y reclama el derecho a representar «a los vascos que se sienten franceses y los franceses que se sienten vascos»³².

De la misma forma, y al margen de esta identidad *Pays Basque*, debemos delimitar otra identidad, que denominaremos identidad *vasca*, que es articulada electoralmente por el movimiento nacionalista moderno desde los sesenta. A pesar de que esta identidad no excluye ciertos componentes republicanos³³ se asienta sobre un proyecto político que pasa por la unidad territorial de las provincias vascas, y por la consecución de amplias cotas de autonomía política para el País Vasco francés, como primer paso hacia la soberanía. Esta identidad, en consecuencia, se articula políticamente por el nacionalismo, desde sus posiciones más moderadas a las más radicales.

Desde este punto de vista, parece que paulatinamente va superándose la crisis identitaria que se visualiza a comienzos de siglo. En este sentido, parecería que asistimos a una reconstrucción de las pautas de socialización históricas, que habían garantizado la pervivencia de una comunidad hasta cierto punto cerrada sobre sí misma (sobre todo en el interior del País Vasco francés). Parecería que se vislumbra una cierta reformulación de un sentimiento de diferencialidad, tras años de uniformización centralista. En definitiva, parecería que nos encontramos ante la regeneración de una sinergia colectiva que permite que los habitantes

³² Creemos que esta identidad va más allá de la simple identidad múltiple, en la medida que el discurso de esta formación, al centrarse en las demandas de Batera, se enfrenta de forma evidente con el nacionalismo francés que dota de contenido a la identidad republicana.

³³ Uno de los electos de *Abertzaleen Batasuna* portaba en la manifestación pro-departamento de octubre de 2003 una banda con los colores de la bandera francesa.

de Iparralde identifiquen su territorio como un espacio auto-referencial, con capacidad de insertarse en su entorno, pero manteniendo sus especificidades.

Creemos que este refortalecimiento gradual de las identidades vasca (la que se articula por el nacionalismo) y *Pays Basque* (que apuesta por la objetivación política y lingüística sin negar la inserción de este territorio en Francia) ancla sus raíces en la evolución de los dos procesos que hemos analizado. Así, una de las conclusiones de estas dos dinámicas locales —desarrollo e institucionalización— va a ser la asunción del importante papel que puede jugar el sentimiento de pertenencia en el devenir de estos territorios. De esta manera, desde el Consejo de Desarrollo y el Consejo de Electos va a valorarse la identidad y cultura vasca como fuente de dinamismo, solidaridad y movilización social: la cultura, por tanto, es considerada como un activo que puede favorecer el desarrollo del País Vasco francés (CEPB 2002).

A nuestro juicio, la adhesión al territorio ha dejado de ser considerada desde un punto de vista negativo y arcaico para definirse actualmente como un elemento fundamental, como un activo importantísimo en la vertebración de estos territorios: identidad y cultura que, paradójicamente, se convierten en la actualidad en uno de los más importantes elementos de desarrollo en el *Pays Basque*.

2. Estos cambios no pueden abstraerse de la nueva **centralidad que asume el abertzalismo** en la década de los noventa. En este sentido, tras décadas de acción abertzale mediatizada por estrategias y discursos externos, la creación de Abertzaleen Batasuna y el destacado papel de otros nacionalistas del PNB y EA asienta una práctica que pasa por la instrumentalización de dinámicas con una amplia aceptación social. Y gracias a ellas se trata de inocular ciertas dosis de nacionalismo asimilables en una sociedad, hasta fechas recientes, vacunada contra toda respuesta periférica. De esta forma, los nacionalistas de AB, PNB y EA son capaces de introducirse primero en los círculos de reflexión de las políticas públicas de desarrollo y en el debate institucionalizador. Y poco después se convierten en la pieza esencial de cualquier dinámica que pretenda llevarse a cabo. Buena prueba de ello es la expectativa con la que observan ahora los electos del centro y derecha los movimientos de Abertzaleen Batasuna, o la referencialidad lograda por históricos abertzales en los estudios sobre el desarrollo.

Y quizá la mejor de las pruebas que podamos aportar sobre esta aludida consolidación del abertzalismo sean los **resultados electorales** que se han obtenido a comienzos de este nuevo siglo. Así, las elecciones de comienzos de 2001 consolidan la tendencia al alza de los na-

cionalistas. Estos logran el mayor número de votos obtenidos hasta la fecha en unas elecciones. Así, más de 10.000 electores apoyan con su voto las listas de Abertzaleen Batasuna, lo que supone un 12% del electorado³⁴.

Desde el punto de vista cualitativo, estas elecciones municipales suponen un importante incremento de la presencia nacionalista en los municipios. De la misma forma, AB rompe con el mito sobre la imposibilidad de que un nacionalista gestione y dirija las instituciones: cuatro electos de la lista de la ciudad más importante del País Vasco francés, Baiona, entran en el Consejo Municipal (2 de AB y 2 de PNV-PNB); un nacionalista logra la alcaldía de una de las 8 poblaciones de más de 3.500 habitantes, Hiriburu; y otro nacionalista se alza vencedor en una de las 21 circunscripciones, logrando el puesto de Consejero General en el Departamento de los Pirineos-Atlánticos.

Por lo tanto, parecería que se están abriendo una serie de oportunidades para los nacionalistas en el País Vasco de Francia. Sin embargo, aunque parece cierto que el apoyo a la cultura y lengua vascas, así como a la objetivación política del territorio se está consolidando en el *Pays Basque*, todavía estamos lejos de que éste dé paso a un amplio compromiso político en clave nacionalista. De hecho, la constitución del movimiento *Elgar-Ensemble* es el ejemplo de la búsqueda de acomodo político de estos sectores al margen del nacionalismo. Sin embargo, de lo que no cabe duda es que en estos comienzos del siglo XXI nos encontramos con un panorama cualitativamente diferente al de la década pasada. Y el elemento más significativo es el hecho de que el nacionalismo se ha ganado un lugar privilegiado en el sistema político-electivo del País Vasco de Francia. Un lugar que nunca había tenido.

Bibliografía

- AB (1998), *Proposition de campagne soumise a l'approbation d'Abertzaleen Batasuna (lors de la prochaine assemblée générale de juin)*.
- AHEDO, Igor (2003), *Iparralde: entre la frustración y la esperanza. Políticas de desarrollo y movimiento pro-departamento Pays Basque*. Oñati: IVAP.
- AHEDO, Igor (2004), *Los juegos de la identidad en Iparralde*. (Inédito)
- ARBELBIDE Xipri (1996), «*Enbata*», Donostia: Kutxa Gizarte eta Kultur Fundazioa.
- BATERA (2002), *La charte de Batera*.

³⁴ A este porcentaje de votos deberíamos añadir un importante número de nacionalistas que apoyaron listas en los que miembros de AB, PNV-PNB o EA se presentaban en listas unitarias encabezadas por electos de la UDF.

- BATERA (2003), *Quelle stratégie pour les années à venir au Pays Basque Nord?*
- CDPB (1996), *Schéma d'Aménagement et de Développement du Pays Basque. Orientations Générales*. Baiona. <http://www.lurraldea.net>
- CDPB (2000), *Evaluation du Schéma d'Aménagement et de Développement du Pays Basque. Rapport d'évaluation 27 juin 2000*. Baiona.
- CDPB (2003), *Lurraldea. 10 ans déjà, 10 ans après*. Mars 2003.
- CEPB (2001), *Convention Spécifique Pays Basque 2001-2006*, Bayonne, 22 décembre 2000
- CEPB (2002), *Contribution aux Assises des Libertés Locales*. Novembre 2002. <http://www.lurraldea.net>
- CHAUSSEIER, Jean Daniel (1996), *Quel territoire pour le Pays Basque: les cartes de l'identité*. Paris: L'Harmattan.
- CHAUSSEIER, Jean-Daniel (2002), «Le projet d'un département au Pays Basque. Réalités d'un mythe local», in PERROTIN, Claude, *Pays Basque. Un département? 100 réponses*. Anglet: Atlántica.
- CLUB DE PROSPECTIVE (1993), *Pays Basque 2010, Diagnostic*. Baiona.
- CLUB DE PROSPECTIVE (1994), *Pays Basque 2010, le Pays Basque en Perspective*. Baiona.
- CSA (1999), *Sondage exclusif CSA - Sud Ouest. 29 août 1999*.
- DE PABLO, S., MEES, L., y RODRÍGUEZ, J.A. (1999-2001), *El Péndulo patriótico Historia del Partido Nacionalista Vasco*. Editorial Crítica Colección Contrastes.
- DEMO (2002), *Demokrazia Euska Herriarentzat - Democratie pour le Pays Basque*, Baiona: Gatuzain.
- DUYVENDAK, Jan Willen (1995), *New social movements in France*. San Francisco: Westview Press.
- ETA (1968), *Resoluciones de la V Asamblea*, en Documentos Y, Tomo VIII. Donostia: Lur. 1979.
- ETA (1978), *Zutik 69*.
- ETA (1994), *Alternativa democrática para Euskal Herria*.
- EUSKOBARÓMETRO (2003), *Encuesta Euskobarómetro*. Mayo 2003. http://www.ehu.es/cpvweb/pags_directas/euskobarometroFR.html
- EUSTAT e INSEE (1996), *Encuesta Socio-Lingüística de Euskal Herria*. Bilbao: Eustat.
- FOURQUET, François (1988), *Planification et developpement local au Pays Basque*. Baiona: Ikerka.
- GOYHENETCHE, Manex (1999), *Historia General del País Vasco*, 3 tomos. San Sebastián: Txartalo.
- GURRUTXAGA, Ander (1996), *Transformación del nacionalismo vasco. Del PNV a E.T.A.* Donostia: Haramburu Editor.
- HASI (1988), *HASIko Aparteko Kongresuari iretzen den Komite Zentralaren Informea. Informe del Comité Central Saliente al Congreso Extraordinario de HASI*.
- HEMEN (2002), *Ipar Euskal Herria: Haren biztanleria eta ekonomia. 1980-2000. 2002 irailla*.
- IK (1981), *Communiqué du 4 octobre 1981*.
- IK (1993), *20 ans de lutte. Autonomie et avant projet, 31-3-1993*.

- ITZAINA, Xavier (1998), «Le débat autour du territoire de l'Eglise en Pays basque: à la frontière du politique et du religieux?», in Anton BORJA, Francisco LETAMENDIA, Kepa SODUPE (dir.), *La construcción del espacio vasco-aquitano*. Bilbao: Universidad del País Vasco.
- ITZAINA, Xavier (1999), «Erljioa eta herri-nortasuna Euskal Herrian eta Québec-en» (Religion et identité collective au Pays Basque et au Québec). *Uztaro* 31. Bilbao: UEU.
- IZQUIERDO, Jean Marie (1998), *Le Pays Basque, la difficile maturation d'un sentiment nationaliste*. Bordeaux: Mémoire, IEP (Bordeaux).
- JAMES, E.J. (1985), «The French Revolution and the Basque of France», in DOUGLASS, W.A. (ed.), *Basque politics: a case study in ethnic nationalism*. Reno: Basque Studies Program Occasional Papers Series, n.º 2.
- JAMES, E.J. (1994), *Hills of Conflict, Basque nationalism in France*. Reno: University of Nevada Press.
- JAUREGIBERRY, Francis (1994), «Europe, langue basque et modernité en pays basque français», in BIDART, P. (ed.), *Le pays Basque et Europe*. Baigorri: Izpegi.
- JÁUREGUI, Gurutz (1981), *Ideología y estrategia política de ETA. Análisis de su evolución entre 1959 y 1968*. Madrid: Siglo XXI.
- JONES (1984), *An introduction to the study of public policy*. Monterrey: Brooks Cole.
- KAS (1981), *Alternativa Táctico-estratégica de KAS*.
- KEATING, Michael (1996), *Nations Against the State: The New Politics of Nationalism in Quebec, Catalonia, and Scotland*. New York: Macmillan.
- KRIESI, Hanspeter (1996), «The organizational structure of new social movements in a political context», pp. 152-184, in D. MCADAM, J.D. MCCARTHY, and M.N. ZALD (eds.), *Comparative perspectives on social movements*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LETAMENDIA, Francisco (1994), *Historia del Nacionalismo Vasco y ETA* (Tomos II y III). San Sebastián: R&B.
- LETAMENDIA, Francisco (2000), *Game of mirrors: centre-periphery national conflicts*. Burlington: Ashgate.
- LORENZO ESPINOSA, J.M. (1996), *Historia de Euskal Herria. El nacimiento de una nación*. Tafalla: Txalaparta.
- LOUGHLIN, John (2001), *Local and Regional Democracy in the European Union*. Oxford: Oxford University Press.
- MATA, José Manuel (1993), *El nacionalismo vasco radical. Discurso, organización y expresiones*. Leioa: UPV.
- MENY and THOENIG (1992), *Las políticas públicas*. Barcelona: Ariel.
- OLSEN, RONESS y SAETREN (1982), «Norway: Still peaceful coexistence and revolution in Slow Motion?», in RICHARDSON, J. (ed.), *Policy style in Western Europe*. Londres: Aller.
- ORPUSTAN, Jean Baptiste (1980), «Rôle et pouvoirs de l'Eglise», in BIDART, P. (éd.), *La nouvelle société basque: ruptures et changements*. Paris: L'Harmattan.
- PÉREZ-AGOTE, Alfonso (1984), *La reproducción del nacionalismo. El caso vasco*. Madrid: Siglo XXI.

- SEILER, Daniel Louis (1990), *Sur les partis autonomistes dans la CEE*. Barcelona: ICPS.
- TARROW, Sidney (1998), *Power in Movement: Social Movements and Contentious Politics*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- URTEAGA. E., JOLY. L. (2004), *La politique linguistique au Pays Basque*. In press, Paris: L'Harmattan.
- VRIGNON, Vicent (1999), *Les années oubliées, Jalons pour une histoire du mouvement abertzales au Pays Basque Nord*. Baiona: Gatuzain.

LA JUBILACION PARCIAL

José Andrés Álvarez Patallo

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Sumario: Concepto y naturaleza jurídica. Requisitos. El contrato de relevo. El contrato a tiempo parcial. Cuantía de la pensión de jubilación parcial. Extinción de la jubilación parcial. Conclusión.

Concepto y naturaleza jurídica

La jubilación parcial es aquella situación en que un trabajador cesa en su jornada a tiempo completo e inicia una jornada a tiempo parcial para causar la pensión de jubilación en proporción a la reducción de jornada. Durante la situación de jubilación parcial se mantiene una situación híbrida en la que el beneficiario continúa trabajando a tiempo parcial y en situación asimilada a la de alta¹ y a la vez percibe la pensión de jubilación y ostenta la condición de pensionista a todos los efectos legales².

La jubilación parcial se diferencia de la jubilación flexible en que en aquélla el trabajador pasa sin solución de continuidad de activo a jubilado parcialmente, manteniendo su anterior trabajo aunque a tiempo parcial. En la jubilación flexible, por el contrario, un pensionista ya jubilado decide comenzar una actividad laboral, que podrá compatibilizar con la percepción de su pensión de jubilación en tanto en cuanto dicha actividad laboral sea desempeñada a tiempo parcial (art. 5.1 del Real Decreto 1.132/2002, de 31 de octubre).

En principio, la finalidad con que se creó la jubilación parcial fue la de flexibilizar la jubilación permitiendo el paso gradual a partir de los 60 años desde la situación de activo hacia la de jubilación plena. Sin embargo, y especialmente desde que se flexibilizara enormemente esta contingencia tras el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre,

¹ Art. 15 del Real Decreto 1.131/2002, de 31 de octubre, que señala que el jubilado parcial podrá causar prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

² Art. 17 del RD 1.131/2002, que señala que el jubilado parcial tendrá la condición de pensionista a efectos del reconocimiento y percepción de las prestaciones sanitarias, tanto médicas como farmacéuticas, así como de las prestaciones de servicios sociales.

ha sido utilizada por empresas y sindicatos como un instrumento de reconversión industrial o de reestructuración empresarial destinado fundamentalmente a obtener el rejuvenecimiento de las plantillas³, lo que ha ocasionado no pocas tensiones sobre esta modalidad de retiro, planteando supuestos que no estaban previstos en el RDL 15/1998, ni en su norma de desarrollo, el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, hoy derogado. Ello obligó al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS) a realizar un esfuerzo interpretativo que iba más allá de la exégesis de la norma y que en numerosas ocasiones entraba más bien en el terreno de la integración normativa, a veces con escaso fundamento legal. Todos estos problemas están superados hoy en día en virtud de la promulgación de las Leyes 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, así como el Real Decreto 1.131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Este cuerpo normativo ha introducido una profunda flexibilización en la regulación de la jubilación parcial a la vez que ha integrado las lagunas de que adolecía la anterior normativa.

Requisitos

El art. 166 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, fija como edad mínima para acceder a esta prestación la de 60 años, teniendo en cuenta que la misma puede ser ficticia en función de la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación por razón

³ V. el Acuerdo Vasco sobre el empleo de 15-1-99 suscrito por Confebask, ELA, LAB, UGT y CC.OO. En el mismo sentido v. el acuerdo de 12-12-00 entre las empresas auxiliares de ENSIDESA y los sindicatos UGT y CC.OO en Asturias, por el que se acordó la jubilación parcial de 335 trabajadores en 58 empresas del sector de montajes. También el convenio colectivo de ALCOA INESPAL, S.A., aprobado por Resolución de la Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo del Principado de Asturias de 14 de julio de 2000, publicado en el «Boletín Oficial del Principado de Asturias» de 27-7-00, el Convenio Colectivo de ACERALIA CORPORACION SIDERURGICA, S.A. publicado en el *BOPA* de 18-12-00 y el Convenio Colectivo de las empresas «Aceralia Transformados, S.A.» (plantas de Lesaca, Zalain y Legasa) y «Aceralia Distribución, S.L.», aprobado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 6-10-03 (*BOE* 21-10-03). Se trata de una pequeña muestra de una aplicación muy profusa de esta forma de jubilación.

de trabajos insalubres o de especial peligrosidad o toxicidad (art. 9, párr. 2.º, del RD 1.131/2002). Por otra parte, la Ley 24/2001 ha modificado el referido art. 166 LGSS para suprimir el límite máximo de edad para acceder a esta prestación, que anteriormente estaba fijado en los 65 años, es decir, la edad de acceso a la jubilación ordinaria.

Para acceder a la jubilación parcial será necesario reunir los requisitos, excepto la edad, para acceder a la jubilación ordinaria, esto es, estar en alta o situación asimilada a la de alta⁴ y tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los que al menos dos deberán estar incluidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho.

Lógicamente, al tratarse de una contingencia que deriva necesariamente del trabajo, no será posible causar esta prestación desde la situación de no alta⁵.

Finalmente, debe aclararse que la jubilación parcial debe ser fruto del acuerdo entre empresario y trabajador, sin que exista un derecho a la jubilación parcial que pueda ser impuesto al empresario, como se encarga de recalcar la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias de 24 de enero y 28 de marzo de 2003 (AS 2003\1.472 y 2.867 respectivamente), ratificando el criterio administrativo ya anticipado por la Resolución de la Subdirección General de Ordenación Normativa del MTAS de 8 de febrero de 2000.

El contrato de relevo

Para poder acceder a la pensión de jubilación parcial con menos de 65 años es requisito indispensable que la empresa contrate a un trabajador que sustituya al que se jubila parcialmente (arts. 166.1 y 2 LGSS y art. 12.6, párr. 2.º, del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo). En relación al contrato de relevo se introdujo una modificación por la Ley 12/2001 con respecto al régimen anterior. Así, el art. 12.6. ET, en la redacción dada por el RDL 15/1998, exigía que la duración del contrato de relevo fuera igual a la del tiempo que faltase al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria. Esta exigencia fue

⁴ Art. 124.1 LGSS.

⁵ Art. 11 del RD 1.131/2002, que establece que el hecho causante de la pensión de jubilación parcial se entenderá producido el día del cese en el trabajo a jornada completa, siempre que se hayan suscrito los contratos a tiempo parcial y de relevo.

interpretada por el MTAS como una prohibición de que el contrato de relevo pudiera celebrarse con carácter indefinido en base a la literalidad del precepto⁶. Dicha interpretación fue demasiado restrictiva, pues el art. 3.1 del Código Civil no circunscribe los criterios hermenéuticos al puramente gramatical, sino que deben valorarse otros entre los que debemos destacar a los efectos que aquí nos ocupan el teleológico y el sociológico. En este sentido, la exposición de motivos del RDL 15/1998 dejaba bien claro que el espíritu y finalidad de la norma, de acuerdo con la realidad social del tiempo en que había de ser aplicada, era la creación de empleo estable y de calidad. Si a ello añadimos que el contrato tipo en nuestro ordenamiento jurídico-laboral siempre ha sido el contrato indefinido, no se entiende por qué no se permitió celebrar contratos de relevo por tiempo indefinido cuando todo parece indicar que la norma que establecía una duración de los contratos de relevo igual a la del tiempo que faltase al trabajador jubilado parcialmente para alcanzar la edad de jubilación era una norma destinada a garantizar una estabilidad y duración mínima a los contratos de relevo, pero no a establecer una duración máxima. Esta interpretación se ha visto corroborada por la Ley 12/2001, que especifica que la duración del contrato de relevo será indefinida o igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para cumplir la edad de jubilación ordinaria.

Una vez que el trabajador sustituido ha cumplido los 65 años, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse por años, extinguiéndose al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación plena del trabajador relevado.

Si el trabajador se jubilase parcialmente después de los 65 años, la empresa no está obligada a celebrar contrato de relevo⁷, pero, si así lo hiciese, el mismo podrá tener carácter indefinido o anual, prorrogándose en este último caso también por años hasta que se produzca la jubilación ordinaria del trabajador relevado.

El contrato de relevo puede ser celebrado a tiempo parcial o a jornada completa, debiendo ser la jornada como mínimo igual a la reducción de la jornada del trabajador relevado. Ahora bien, el horario del trabajador relevista podrá completar el del trabajador relevado o simultanearse con él.

⁶ En este sentido era tajante la Resolución de la Subdirección General de Ordenación Normativa de 7 de abril de 2000.

⁷ Una novedad importante del RD 1.131/2002, es que para que la empresa se pueda beneficiar de la exención de suscribir un contrato de relevo es necesario que el trabajador relevado tenga los 65 años de edad real «sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación» (art. 10.b).

Según el art. 12.2 del RD 1.131/2002, la jornada del trabajador jubilado parcialmente podrá reducirse por períodos anuales y la parte de jornada dejada vacante deberá ser ofrecida al trabajador relevista, incluso si éste ya realizaba una jornada superior a la dejada vacante por el trabajador jubilado, con el límite de la jornada legal ordinaria máxima. Si el trabajador relevista no quisiera ampliar su jornada, la empresa deberá contratar a otro trabajador relevista en las mismas condiciones para cubrir la parte de jornada dejada vacante por el trabajador jubilado parcialmente. El incumplimiento de esta obligación por parte de la empresa se repercute sobre el trabajador jubilado, al que no se ampliará su pensión de jubilación parcial proporcionalmente a la reducción de jornada, lo que constituye una solución consecuenta con la supeditación legal de la jubilación parcial al acuerdo del empresario para celebrar un contrato de relevo. Para garantizar la correlación entre contrato de relevo y jubilación parcial, el contrato de relevo deberá acompañar inexcusablemente a la solicitud de la pensión de jubilación parcial ante el INSS o a la solicitud de aumento anual de la misma proporcionalmente a la reducción de jornada (art. 13.1, párr. 4.º, del RD 1.131/2002).

El trabajador relevista no tiene que ser contratado necesariamente para el mismo puesto que viniese desempeñando el trabajador relevado, pues puede ser uno similar, es decir, que comprenda tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente. Sin embargo, al haber sido utilizada esta figura para llevar a cabo planes de reestructuración de plantillas en las empresas, no siempre se ha respetado este requisito, ya de por sí flexible, pues en muchas ocasiones se ha efectuado una contratación en cascada. Esto implica que, si el trabajador que se jubila es personal cualificado de algún oficio, no es fácil encontrar trabajadores de dicho perfil desempleados. Pero a ello hay que añadir un segundo problema, cual es que resultaría contrario al principio de promoción profesional contratar a personal de oficios que pase por delante del propio personal de la empresa. Por ello, lo que se ha hecho frecuentemente es promocionar a algún trabajador al puesto del relevado y contratar como relevista a alguien que sustituyese al trabajador promocionado, por lo que en no pocas ocasiones el trabajador relevista pertenecía a una categoría o grupo profesional totalmente distinto del trabajador relevado.

Finalmente, se exige que el trabajador relevista esté en situación de desempleo⁸, entendiéndose por tal no sólo los casos de trabajadores que

⁸ El TSJ de Navarra considera cumplido este requisito siempre que el trabajador relevista estuviese desempleado en el momento de suscribir el contrato de relevo, aunque con anterioridad viniese prestando servicios para la empresa con un contrato fijo a tiempo par-

hayan perdido un empleo anterior, sino también los de aquellos otros que figuran inscritos como demandantes de un primer empleo (criterio de interpretación del INSS n.º 1999/11). En este punto la Ley 12/2001 volvió a introducir una modificación tendente a la flexibilización, cual es que sea posible contratar a un trabajador que no esté en desempleo, sino que esté prestando servicios en la empresa mediante un contrato de duración determinada. En este caso se entiende que el contrato de relevo debería ser celebrado con carácter indefinido o, al menos, con una duración superior a la del contrato que anteriormente ostentaba el trabajador relevista, pues una vez más no debe olvidarse la finalidad de la norma en consonancia con la realidad sociológica del tiempo en que ha de ser aplicada, que es la creación de empleo estable y de calidad que sustituya la alta tasa de temporalidad imperante en nuestro mercado de trabajo. En mi opinión personal, en base a los mismos argumentos, también sería aceptable celebrar el contrato de relevo con aquellos trabajadores que ya estén prestando servicios en la empresa a través de una empresa de trabajo temporal.

Si el contrato del trabajador relevista se extinguiese durante la vigencia de la jubilación parcial, el empresario deberá contratar a otro trabajador como mínimo en las mismas condiciones de jornada y duración que el trabajador relevista, todo ello antes de que transcurran 15 días naturales desde la extinción. Si el empresario incumpliese dicha obligación, deberá abonar al INSS el importe devengado de la pensión de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato de relevo

cial y hubiese cesado poco antes (S. 30-7-02, AS 2002\3.153). Sin embargo, el TSJ del País Vasco considera que contratar como relevista a quien hasta pocos días antes había sido trabajador en la misma empresa con un contrato indefinido a tiempo completo «constituyó un mecanismo que eludió el objeto primordial del contrato de relevo, cual es la creación de empleo», por lo que no lo considera válido a efectos de autorizar la jubilación parcial (S. 27-11-01, AS 2002\43.345). Se trata de un tema delicado, tal como ya se reflejaba en la mencionada Resolución de la Subdirección General de Ordenación Normativa de 7 de abril de 2000, que señalaba que «el único requisito subjetivo en relación con la persona del relevista que contiene la vigente regulación del contrato de relevo es el que se trate de un trabajador en situación de desempleo. En consecuencia, no existe ningún condicionante relacionado con el hecho de que el trabajador hubiera trabajado o no con anterioridad en la misma o distinta empresa, siendo por ello igualmente indiferente el motivo por el que se hubiera podido producir la extinción de un contrato anterior. Ello sin perjuicio, lógicamente, de que si se constatará una actuación fraudulenta por parte de la empresa y trabajador para crear la apariencia de una situación de desempleo realmente inexistente, debieran extraerse las conclusiones que respecto de la validez del contrato en su caso procedan. Pero esta actuación fraudulenta no puede presumirse por el mero hecho de una vinculación laboral anterior y debería ser constatada caso por caso a través de los correspondientes mecanismos de inspección y control».

hasta que el trabajador jubilado parcialmente acceda a la jubilación ordinaria o anticipada⁹.

El contrato a tiempo parcial

Como vimos anteriormente, es requisito indispensable para que se entienda causada la jubilación parcial que se celebre un contrato a tiempo parcial con el trabajador jubilado. Este puede ver reducida su jornada (y consiguientemente su salario) entre un 25 y un 85%. Aquí se introdujo una nueva reforma flexibilizadora por la Ley 12/2001, pues el RDL 15/1998 permitía una horquilla menor, que oscilaba entre un 30 y un 77%.

La jornada a tiempo parcial que está obligado a desempeñar el trabajador jubilado puede distribuirse libremente a lo largo del día, de la semana, del mes o del año¹⁰, lo cual resulta problemático para las empresas que utilicen esta figura como instrumento de reestructuración de sus plantillas. Es decir, si lo que se pretende no es reducir la jornada del trabajador para que éste vaya realizando una paulatina transición hacia su jubilación plena, sino jubilarlo anticipadamente, la empresa tenderá a concentrar al máximo la jornada del trabajador jubilado parcialmente, pero se encontrará con el límite anual, por lo que el trabajador tendrá que acudir a trabajar cada año para desarrollar el 15% de su jornada que como mínimo debe seguir desempeñando a tiempo parcial. El deseo de las empresas, y así se plantearon numerosas consultas al MTAS, hubiera sido, incluso por comodidad organizativa, concentrar ese 15% de la jornada con carácter plurianual, es decir, que el trabajador la desempeñase toda el primer año como si fuese a jornada completa, no acudiendo más a trabajar durante todo el tiempo que le restase hasta cumplir los 65 años.

Como vía de escape para esta situación muchas empresas optaron por dar una licencia retribuida a sus trabajadores jubilados parcialmente para que no acudiesen a trabajar durante todo el tiempo que permaneciesen en esta situación, solución inadmisibles para el INSS a juzgar por su criterio de interpretación n.º 2.001/7, que considera que «no puede reconocerse la jubilación parcial en los supuestos descritos, en los que

⁹ El criterio de interpretación del INSS n.º 1997/7 considera aplicable esta consecuencia incluso cuando se haya producido la extinción simultánea de los contratos a tiempo parcial y de relevo en virtud de un expediente de regulación de empleo.

¹⁰ Art. 12.1 ET.

no exista prestación efectiva de servicios debidamente constatada». Otras, por el contrario, concentraron la jornada a tiempo parcial hasta el límite legal, es decir, anualmente, lo que tampoco estaba exento de problemas. El más importante de ellos era el de la cotización, pues ésta se efectuará sobre las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias¹¹. Ello significa que, si concentramos la jornada en los dos primeros meses del año, el resto de los meses la base de cotización será cero. Si tenemos en cuenta que la base reguladora de la incapacidad temporal se calcula tomando las bases de cotización de los tres meses inmediatamente anteriores al hecho causante¹², nos podemos encontrar con que la base reguladora sea cero. Ante esta situación se planteaba una disyuntiva, analizada por la Resolución de la Subdirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social del MTAS de 12 de junio de 2000. La primera opción sería integrar la base reguladora con bases mínimas¹³, pero esto planteaba el problema de que podría superarse la base máxima de cotización durante los meses en que se concentrase la jornada y, por otra parte, la base reguladora así calculada superaría a la de un trabajador igualmente a tiempo parcial pero que tuviese su jornada distribuida a lo largo de todo el año. Por esta razón, la solución adoptada normativamente en la D.A. 3.^a del RD 1.131/2002 fue que, aunque la jornada se haya concentrado en determinados meses del año, la base de cotización se distribuya a lo largo de todo el año, lo que, aun reconociendo que plantea menos problemas prácticos desde el punto de vista de la permanencia en situación de alta y de la cotización-prestación, no deja de violentar el binomio retribución-cotización que tradicionalmente ha imperado en nuestro ordenamiento de Seguridad Social.

Otro problema que plantea el contrato a tiempo parcial en relación a la jubilación parcial es el de la extinción del mismo. En este aspecto, si el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido, ello no afectaría en absoluto a la vigencia del contrato de relevo, aunque éste se hubiese celebrado con carácter temporal. Es más, si el trabajador jubilado parcialmente hubiera sido despedido de modo improcedente por la empresa y ésta no hubiese optado por su readmisión, con objeto de que no se pierda empleo, la D.A. 2.^a, apdo. 2, del RD 1.131/2002 impone al

¹¹ D.A. 7.^a, regla primera, a) de la LGSS.

¹² Art. 4 RD 1.131/2002.

¹³ Art. 69 del Reglamento sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2.064/1995, de 22 de diciembre.

empresario el deber de ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo en la parte dejada vacante por el trabajador despedido con el límite de la jornada ordinaria máxima legal. Si el trabajador relevista no aceptase la ampliación de la jornada, el empresario deberá contratar a otro trabajador para cubrirla en el plazo de 15 días naturales desde la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido. El incumplimiento por parte del empresario del deber de ampliar la jornada del trabajador relevista o de contratar un nuevo trabajador que la cubra le obliga a abonar al INSS el importe devengado de la pensión de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcialmente acceda a la jubilación ordinaria o anticipada.

Por su parte, si el trabajador en situación de jubilación parcial fuese despedido de modo improcedente, seguiría percibiendo la pensión de jubilación parcial hasta la jubilación ordinaria o anticipada, juntamente con la prestación por desempleo, si tiene derecho a ella, en proporción a la jornada que realizaba a tiempo parcial¹⁴. En los demás casos de extinción del contrato a tiempo parcial del trabajador jubilado parcialmente, la pensión de jubilación parcial se extinguirá juntamente con el contrato, salvo que el trabajador tenga derecho a percibir prestaciones por desempleo u otras prestaciones sustitutivas de las retribuciones (se supone que incapacidad temporal o maternidad), en cuyo caso la extinción de la jubilación parcial se produce en la fecha de extinción de dichas prestaciones.

Otra consecuencia para el trabajador jubilado parcialmente que ve extinguido su contrato a tiempo parcial en virtud de despido declarado procedente es que, cuando alcance la pensión de jubilación ordinaria o anticipada, o, si causare prestaciones de muerte y supervivencia o de incapacidad permanente, las bases de cotización para calcular dichas prestaciones se tomarán en su valor real, es decir, a tiempo parcial, durante el tiempo posterior al cese en el trabajo, sin que pueda beneficiarse por tanto de la posibilidad de incrementarlas como si hubiese estado cotizando a tiempo completo (arts. 15.2 y 18.2 RD 1.131/2002).

¹⁴ Arts. 14.1.b) y 16.d) del RD 1.131/2002. En los mismos términos favorables a la compatibilidad se manifiesta el criterio de interpretación del INSS n.º 2001/9, que señala que «se admite la compatibilidad de dicha pensión (la jubilación parcial) con las prestaciones sustitutorias de las retribuciones que correspondieran a dichos trabajos, prestaciones entre las que están los subsidios de incapacidad temporal y maternidad —que se pueden cobrar aunque se haya extinguido el contrato de trabajo— y la prestación contributiva por desempleo... Contrariamente, la compatibilidad de la pensión con el subsidio asistencial por desempleo de mayores de 52 años debe ser negada».

Cuantía de la pensión de jubilación parcial

Dicha cuantía vendrá determinada por la aplicación del porcentaje de reducción de jornada del trabajador jubilado parcialmente a la pensión que le correspondería de acuerdo con los años de cotización que acredite en el momento del hecho causante. Dicha cuantía no podrá ser inferior a la cuantía que resulte de aplicar el referido porcentaje al importe de la pensión mínima vigente en ese momento para los jubilados mayores de 65 años¹⁵.

El referido porcentaje puede ser incrementado anualmente con la conformidad del empresario, siempre que la jornada que deje de hacer el trabajador jubilado parcialmente sea cubierta por el trabajador relevista o por otro trabajador contratado al efecto. Si no se cumpliera por parte del empresario el deber de ampliar la jornada del trabajador relevista o de contratar a otro trabajador para ello, no podrá aumentarse el porcentaje de la pensión de jubilación del trabajador jubilado parcialmente. Una vez más aparece la naturaleza de la jubilación parcial como una prestación supeditada al contrato de relevo.

La pensión de jubilación parcial se revalorizará anualmente en idénticos términos que las demás pensiones en su modalidad contributiva, según establece el art. 48.1 LGSS¹⁶.

Cuando el trabajador jubilado parcialmente pase a la jubilación ordinaria, bien a los 65 años o con carácter anticipado, la base reguladora de su pensión se calculará tomando las bases de cotización correspondientes al período de jubilación parcial incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiese correspondido de haber trabajado durante dicho período a tiempo completo¹⁷. No obstante, dicho incremento no procederá cuando por parte del empresario se hubiese incumplido la obligación de celebrar un contrato de relevo, solución ésta de dudosa justicia por cuanto supone repercutir sobre el trabajador los efectos del incumplimiento de sus obligaciones por parte del empresario. En tal caso, el trabajador podrá optar por que la base reguladora de la pensión de jubilación se calcule sobre las cotizaciones efectivamente ingresadas durante la jubilación parcial (cotizaciones a tiempo parcial) o sobre las

¹⁵ Aunque la pensión de jubilación parcial se causará ordinariamente en el Régimen General de la Seguridad Social por derivarse de un contrato por cuenta ajena, no es descartable que la misma sea causada con arreglo a las normas del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos si a ello conduce la aplicación de las normas sobre cómputo recíproco de cotizaciones (criterio de interpretación del INSS 1999/10).

¹⁶ Art. 12.4 RD 1.131/2002.

¹⁷ Art. 18 RD 1.131/2002.

cotizaciones ingresadas inmediatamente antes de iniciarse dicho período o, en su caso, antes de dejar de aplicarse el beneficio del incremento al 100% de las bases de cotización (cotizaciones a tiempo completo). En este último caso, la cuantía de la pensión resultante se incrementará con las revalorizaciones habidas desde la fecha tomada para el cálculo de la base reguladora hasta la del hecho causante.

Por su parte, el porcentaje aplicable a la base reguladora se calculará tomando como cotizado a tiempo completo el período durante el que el trabajador haya permanecido en situación de jubilación parcial, siempre que, también en este caso, el empresario haya cumplido con su obligación de suscribir un contrato de relevo.

Finalmente, se operará del mismo modo para calcular la base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia, así como de incapacidad permanente, que el trabajador jubilado parcialmente pudiera causar durante dicha situación (art. 15 RD 1.131/2002).

Extinción de la jubilación parcial

La pensión de jubilación parcial se extinguirá por:

- Fallecimiento del pensionista.
- Jubilación ordinaria o anticipada, en virtud de cualquiera de las modalidades legalmente previstas, del trabajador jubilado parcialmente, ya sea en la profesión que venía ejerciendo a tiempo parcial o en otra.
- Reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente en los grados de absoluta, gran invalidez o incapacidad permanente total para la profesión habitual que viniese desarrollando a tiempo parcial el trabajador jubilado parcialmente¹⁸.
- La extinción del contrato de trabajo, en los términos comentados anteriormente¹⁹.

¹⁸ Por el contrario, la pensión de jubilación parcial es compatible con la pensión de incapacidad permanente total cuando ésta derive de una profesión habitual distinta de aquélla que el jubilado viniese desempeñando a tiempo parcial, dejando a salvo el supuesto de que para el reconocimiento de la pensión de jubilación parcial se hubiesen tenido que tomar en consideración cotizaciones ya tomadas en cuenta para el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente total, en cuyo caso el beneficiario tendría que optar entre ambas prestaciones (criterio de interpretación del INSS n.º 2.001/8).

¹⁹ El art. 16 del RD 1.131/2002, a diferencia del RD 144/1999, de 29 de enero, ya no contempla el cumplimiento de la edad de 65 años como causa de extinción de la jubilación parcial, en consonancia con la nueva regulación de esta modalidad de retiro, que permite su subsistencia más allá de los 65 años.

Conclusión

Resulta llamativa la discrepancia de la finalidad con que fue pensada esta forma de retiro y la utilidad que le ha sido dada por empresarios y trabajadores en la inmensa mayoría de los casos, usándola más como un medio de obtener una jubilación anticipada y de reestructurar las plantillas de las empresas a través del rejuvenecimiento de las mismas, que como un modo de pasar paulatina y progresivamente de la vida activa a la jubilación plena.

En todo caso, aun cuando la tendencia oficialmente declarada se orienta hacia el fomento de la permanencia en la vida activa más allá de los 65 años, lo cierto es que, del paquete de medidas tendentes a flexibilizar la edad de jubilación en cumplimiento de la recomendación 10.^a del Pacto de Toledo, el éxito de las medidas tendentes a retrasar la edad de jubilación²⁰ palidece ante el éxito abrumador de las fórmulas tendentes a anticiparla²¹, por lo que es dudoso el cumplimiento de los objetivos de saneamiento financiero del sistema por esta vía. Y lo cierto es que, aunque resulte contrario al criterio general imperante en estos momentos, debe decirse que para un gran colectivo de trabajadores, especialmente los que desempeñan tareas de carácter físico en condiciones ambientales penosas (p. ej., los trabajadores agrarios), la edad de jubilación a los 65 años es un horizonte lejano y difícil de cumplir que en no pocos casos debería ser revisado a la baja aplicando coeficientes reductores de la edad de jubilación. De lo contrario, seguirá existiendo una disociación entre el discurso oficial y la realidad social, tendente a buscar fórmulas, como se ha visto a veces muy forzadas, para obtener la jubilación anticipada. Eso sin mencionar la presión nada desdeñable sobre otras prestaciones del sistema, como la prestación de incapacidad permanente, usada en no pocas ocasiones como alternativa a otras formas de jubilación anticipada.

²⁰ Retraso de la edad de jubilación mediante la aplicación de diversos incentivos cual son el incremento de la pensión de jubilación más allá del 100% de la base reguladora y la exención de la obligación de cotizar más allá de los 65 años, fundamentalmente, y jubilación flexible.

²¹ Jubilación anticipada y jubilación parcial.

PARADOJAS DEL PLURALISMO

Arturo Calvo Espiga

Abogado del Tribunal de la Rota de Roma

Sumario: 1. Acercamiento al concepto de pluralismo. a) Pluralismo y democracia. b) Pluralismo y libertad. c) Pluralismo y verdad. d) Pluralismo y compromiso. 2. El pluralismo en su dimensión científica. 3. Perspectiva filosófica del pluralismo. 4. Pluralismo, persona y sociedad. 5. Pluralismo y política. 6. Futuro y perplejidad.

La dificultad de precisar la significación de este concepto, según el uso que del mismo se hace en medios que van desde el ámbito de lo jurídico a la sociología o al manido recurso mitinero, radica en su radical polisemia fraguada, sin duda alguna, en galernas de conveniencia. Ello nos aboca a comenzar este ejercicio de reflexión sobre las palabras desde el cañamazo significativo más elemental en que se articulan letras y razones.

En el habla común del español, se entiende por *pluralismo*: «*sistema por el cual se acepta o reconoce la pluralidad de doctrinas o métodos en materia política, económica, etc.*», según el *Diccionario de la Lengua Española* editado por la Real Academia¹.

O bien, «1. Pluralidad. Existencia de distintas tendencias de carácter político, económico o religioso que pueden expresarse libremente. 2. Fil. Doctrina opuesta al monismo, que supone el mundo formado por individuos y conjuntos de individuos», conforme a la obra de María MOLINER, *Diccionario del uso del español*; en el que se entiende por pluralidad, «circunstancia de ser más de uno: “El asunto tiene pluralidad de aspectos”. Multiplicidad».

O también, «1. a) Pluralidad de ideas o tendencias... b) Tendencia que defiende el pluralismo... 2. (Rel. Crist.) Acumulación de varios puestos eclesiásticos en una persona. 3 (Filos.) Doctrina que admite más de un principio o sustancia», entendiendo por pluralidad, «1. Condición de plural. 2. Conjunto de personas o cosas» y por plural, «(lit.) Múltiple o vario. b) (Gram.) [Número] que expresa pluralidad. c) (Gram.) [Forma] que corresponde al número plural»².

¹ 21 ed. (1992).

² M. SECO, O. ANDRÉS y G. RAMOS, *Diccionario del español actual* (Madrid 1999).

1. Acercamiento al concepto de pluralismo

Se suele entender por *pluralismo* el conjunto de circunstancias sociales y actitudes personales que conforman y delimitan ámbitos de convivencia en que el poder, sea político, económico, cultural, ideológico, etc., está justa y equitativamente distribuido, compartido y reconocido, haciendo, en consecuencia, innecesaria la *tolerancia*, ya como actitud, bien como hecho, tanto activa (*ser tolerante*) como pasiva (*ser tolerado*), porque cada cual se mueve libremente en el ejercicio de sus capacidades, la expresión de sus opiniones y la puesta en práctica de sus ideas a través de determinados comportamientos: pues, estamos frente a lo que se denomina, en perífrasis más profunda y comprometida que lo que pudiera parecer a primera vista, «*democracia como forma de vida o como cultura*». Es decir, se trata de la democracia «*no sólo como un específico régimen de organización y gobierno político, sino ante todo como una cultura global y universal, como forma de vida individual y comunitariamente valiosa*»³.

a) *Pluralismo y democracia*

ARANGUREN llega, incluso, a hablar no sólo de una «*moral democrática*», sino de la propia *democracia como moral*: «*Entiendo así la democracia, antes que como una forma política concreta, como la tarea —infinita— de democratización de la sociedad, de compromiso con ella, de **engagement** total, según la expresión de Sartre, de democratización a todos los niveles, el estrictamente político, por supuesto, pero también el económico y el industrial, el de la democracia cultural y el de la democratización de la vida y los compromisos sociales, familiares...*»⁴.

En esta misma línea, pero desde la perspectiva del conflicto social y de su superación, se expresa BARCELONA: «*La democracia es un valor porque en el mundo de la falta de fundamentos y del artificio realiza el derecho mínimo de cada uno a poder decidir el sentido de su propia historicidad. Pero precisamente por esto la democracia es inseparable del conflicto... El conflicto que estructura la democracia lleva en sí, inevitablemente, el valor de la convivencia, pues de por sí consiste en la posibilidad de un orden infundado y, por tanto, de un orden que se hace cargo de la pluralidad de las razones, de la posibilidad de*

³ J. QUEREJAZU, «Perplejidades de la tolerancia», *Lumen* 43, 1994, 48-49.

⁴ J.L. LÓPEZ ARANGUREN, *Ética de la felicidad y otros lenguajes* (Madrid 1988) 117.

que una gane y otra pierda, sin ser negada definitivamente por ello»⁵. Democracia y *pluralismo* se coimplican y complementan tan necesaria y absolutamente que no puede darse una sin la presencia del otro.

Por más que se insista en ello, siempre nos quedaremos cortos en la pretensión de definir o delimitar en y desde todas sus perspectivas e implicaciones el *pluralismo*⁶. De entre toda la compleja red de relaciones en que se articula este concepto, nos interesa señalar aquí, sobre todo en cuanto perspectiva metodológica, el hecho de que los requisitos, condiciones y presupuestos que posibilitan el ejercicio del *pluralismo* se profundizan, maduran y enriquecen con su ejercicio y puesta en práctica. En este sentido, *pluralismo* y requisitos de ejercicio se integran en una dialéctica positiva de crecimiento en espiral: a mayor *pluralismo*, mejores condiciones y posibilidades de un ejercicio que, a su vez, magnifica y facilita los requisitos que acaban haciendo progresivamente más necesaria la existencia del *pluralismo*.

b) *Pluralismo y libertad*

Entendido así, el *pluralismo* enraíza y se consolida en una concepción del hombre basada, desde el convencimiento jurídico-formal y el reconocimiento práctico-material, en la dignidad humana, así como en los atributos y características en ella implicados y en los derechos personales y sociales que de ella derivan; y sólo es posible en condiciones, formales y materiales, de *igualdad y libertad*⁷, como única posibilidad de realización material y formal de la *justicia*, pues sólo cuando se consiga una realización tal de la igualdad que nunca la libertad de una persona pueda ser invocada como límite cercenador de la de otras se habrá consolidado la auténtica justicia, irrefutable testigo del verdadero *pluralismo*.

De este modo, en una sociedad pluralista, la libertad personal de los individuos que la componen jamás podrá ser invocada como límite de

⁵ P. BARCELONA, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, (Madrid 1992) 131-132

⁶ Apuntamos, aunque dadas las características de este trabajo remitimos su tratamiento a un estudio posterior, la influencia que, en la formulación, sistematización y práctica de esta categoría, ha tenido la hermenéutica formulada en torno al *pluralismo teológico*.

⁷ «Frente a situaciones de uniformidad obligada o de marginalidad impuesta, la igualdad reivindica la participación de todos, personas y colectivos, en el escenario de la pluralidad, de forma que todos estén en él a título de protagonistas. No es un escenario a compartir entre élites, sino el foro donde todos encuentren espacio, lugar y fuerza... Una libertad que, lejos de constituirse en sinónimo de permisividad, se construya y realice en clave de responsabilidad, es decir, como capacidad de dar y de exigir razón coherente y suficiente de cada opinión, convicción, creencia, conducta...» (J. QUEREJAZU, *o.c.*, pp. 50 y 54).

la de los demás, según la asumida y manida máxima de que «*mi libertad termina donde comienza la de los demás*»; antes al contrario, habrá que afirmar, a partir de una relación de dialecticidad positiva entre los miembros de cualquier sociedad, que la libertad de cada uno de ellos se acrece y consolida en la medida, y sólo en la medida, en que se expande y fortalece la libertad de los demás.

Nos hallamos, pues, ante una estructura o dinámica dialéctica del tipo de la que hace dos décadas planteábamos a la hora de explicar la complejidad de la Iglesia y de su derecho y en la que los elementos que integran la relación entre ambos «*se implican mutuamente, de manera que no puede existir el uno sin el otro, pues ambas existencias se necesitan; y, al mismo tiempo, sustantivar cualquiera de esos elementos conduce inexorablemente a la adjetivación del otro y en el caso límite a su negación, consiguiendo paradójicamente, en este caso, la negación de sí mismo*»⁸. Abundando en esta misma idea, escribíamos dos años después: «*Precisamente, en razón de esta misma dialecticidad, la afirmación unilateral y exclusiva de alguno de los extremos mencionados tendría como consecuencia no sólo la negación del no afirmado, sino la aniquilación misma de lo afirmado unilateralmente*»⁹.

Así pues, el derecho o el ejercicio de la libertad del otro nunca puede ser límite del ejercicio del propio derecho o libertad; antes al contrario, es condición *sine qua non* que necesariamente debe existir para posibilitar su propia existencia y efectividad práctica, pues, en la medida en que mi derecho roce o lesione el ajeno, se estará negando a sí mismo. Por ello, estimamos que no se puede estar de acuerdo con POPPER

⁸ A. CALVO ESPIGA, «En torno a la raíz teológica del Derecho Canónico Fundamental», *Lumen* 32, 1983, 31.

⁹ A. CALVO ESPIGA, «Acercamiento a la incidencia del derecho natural y de los derechos humanos en la elaboración del derecho», *Scriptorium Victoricense* 32, 1985, 292. «Así se supera la torpe idea que considera la libertad del otro como límite y, por tanto, estorbo para la propia. La libertad ajena, de los otros, es indispensable condición de posibilidad para la propia libertad» (J. QUEREJAZU, *o.c.*, p. 54). En parecido sentido se expresa MOHAMED TALBI: «Dans une société équilibrée, régie, non par les rapports de force, mais par le droit, la liberté de l'autre est la mienne, et vice-versa.

En effet, sans la liberté de l'autre, en droit, la mienne n'existerait tout simplement pas. En pratique, on sait combien cependant on est encore trop souvent loin du compte dans tous les régimes où la force l'emporte sur le droit. Pire! Les distorsions portées à la liberté peuvent "se justifier". Les totalitarismes ont leur propre logique et n'ont jamais manqué de théoriciens. Une idéologie opuse l'autre, et dans certains circonstances la raison chavire et perd ses droits» (M. TALBI, «Les réactions non catholiques à la Déclaration du Vatican II *Dignitatis Humanae*: Point de vue musulman», en Varios, *Paolo VI e il rapporto Chiesa-mondo al Concilio*, Brescia 1991, 231). Puede verse, también, D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho Canónico Fundamental* (León 1980) 42-43.

cuando, con pie en el dicho de un juez americano, afirma que «*el límite de tu libertad para mover tus puños como te parezca y guste es la nariz de tu vecino*»¹⁰.

POPPER, como tantos otros teóricos del Estado y de la sociedad, concibe ambas realidades desde una perspectiva estatalista-societaria, no desde una dimensión personal/personalista. Robinson Crusoe, en la soledad de su perfil mítico, es libre, pero no es esencial y absolutamente libre, como pudiera parecer desde una perspectiva superficial, porque socio-comunitariamente no tiene el contraste de otra persona como referencia o equivalente dialéctico-positivo de una de las dimensiones esenciales de la libertad. De ahí que urja la necesidad de concebir las libertades fundamentales de las personas desde el ámbito o perspectiva de la subjetividad personal más que desde la dimensión pública de los ordenamientos.

En la medida que se reconozca a la persona como valor, al margen incluso de la aceptación de la existencia de valores de raíz exclusivamente personal, se ha de aceptar que tanto las libertades como los derechos que se califican de fundamentales, ya sean considerados en su dimensión de *fundantes* o bien en sus aspectos prácticos de desarrollo y ambiente jurídico que *posibiliten su ejercicio*, tienen fundamento, constitución y estructura subjetivo-personalista; pues, en caso contrario, es decir en la medida en que se insista en su apariencia pública, su radicación se desplazaría al Estado y su ordenamiento, con el consiguiente sometimiento de la persona a las interesadas circunstancias y coyunturas sociales o temporales del «capricho» estatal de cada momento. Sólo la persona libre es capaz de reconocer y valorar la libertad en los demás¹¹.

¹⁰ K.R. POPPER, *Postfacio*, añadido a la publicación, editada en Munich, el año 1985, por la R. Piper Gmbhand Co., de unas jornadas celebradas en Viena entre los días 24 y 26 de mayo de 1983, bajo el título *Die Zukunft ist offen das Altenberger Gespräch mit den Testen das wiener Popper-Symposiums*.

¹¹ Afirmación de complejas e importantes implicaciones sociales y políticas, cuyo tratamiento excede y desborda los límites de esta reflexión, pero que esperamos realizar en un trabajo posterior. No nos resistimos, sin embargo, a apuntar ya algunas de las graves e importantes cuestiones implicadas o supuestas en este aserto: ¿cabe el *pluralismo* en una sociedad integrada, en parte, por personas o colectivos que no respetan, para otros, ámbitos esenciales de libertad? ¿puede hablarse de regímenes o Estados democráticos donde no existan sistemas jurídicos pluralistas? ¿son verdaderamente democráticas y respetuosas con los derechos humanos las minorías que para **preservar sus libertades y características** culturales o identitarias cercenan y sofocan las libertades de las, a su vez, minorías en ellas insertas? ¿es democrático y plural el miedo a la libertad del otro por parte de minorías étnicas, sociales, culturales, políticas... que sienten peligrar su identidad por el respeto al ejercicio y práctica de aquella?...

c) *Pluralismo y verdad*

Esta centralidad personal exige en la sociedad plural la definición de un ámbito de verdad y, en lógica consecuencia, la aspiración a la verdad como finalidad del propio *pluralismo*¹². Reconocer tal protagonismo a la

¹² Aunque tendremos oportunidad en un trabajo posterior de reflexionar sobre las implicaciones e interacciones entre *verdad, derecho y conciencia*, hemos de llamar la atención sobre la importancia que, de forma especial, a partir de 1994 ha adquirido el problema de la *verdad* en el **debate político**. Baste señalar, al respecto, el impacto que en la opinión pública mundial produjeron los trabajos de la **Comisión para la verdad en Sudáfrica**^(*). Incluso como institución, esta Comisión, a semejanza de las creadas en varios Estados sudamericanos, goza de una creciente consideración científica por parte de juristas y políticos (Cf. P.-B. HAYNER, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocities*, Routledge 2000). También en el arte, que tantas veces ha de disfrazarse de mentira, se busca radicalmente la verdad. Así se expresaba PICASSO, en agosto de 1997, remedando, aunque quizás el propio pintor lo ignore, la doctrina de DANTE sobre «**la verdad enmarañada bajo una hermosa mentira**»: «*Todos sabemos que el arte no es verdad. El arte es una mentira que nos enseña (estimula) a aferrar la verdad, al menos aquella verdad que los humanos somos capaces de aferrar. El artista debe saber cómo ha de convencer a los demás de la veracidad de sus mentiras*» (*Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23-8-1997).

(*) En 1948 el Partido Nacional(1) ganó las elecciones en el país y se inició un proceso de reforzamiento de las leyes segregacionistas(2) contra la población negra, que representa el 76% del total. La violencia creció y surgieron grupos de resistencia al sistema político. En 1964 los dirigentes del Congreso Nacional Africano (ANC)(3), entre los que estaba Nelson Mandela, fueron condenados a prisión perpetua. El régimen segregacionista se mantuvo durante 40 años, cometiéndose graves violaciones contra los derechos humanos, la gran mayoría contra la población negra. La comunidad internacional critica y aísla a Sudáfrica por su política de *apartheid*(4). La situación externa y las protestas internas llevan al gobierno a negociar el fin del régimen racista. A partir de 1989 el Presidente De Clerk negocia con el ANC y finalmente en 1991 se logró finalizar con el régimen segregacionista. El 10 de mayo de 1994 Nelson Mandela fue elegido presidente. El gobierno saliente promovía una ley de amnistía para los culpables de violar los derechos humanos en esos años, lo cual era rechazado por la población negra. Finalmente, se optó por un amnistía condicionada, la cual sería otorgada a quienes reconocieran sus crímenes y colaboraran con el esclarecimiento de los hechos. Con ese objeto, el Parlamento creó, por medio del Acta de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación, la «Comisión de la **Verdad** y Reconciliación»(5). La idea de crear esta Comisión fue inicialmente planteada en julio de 1994 por el Ministro de Justicia, Dullah Omar, en un discurso al primer parlamento democrático sudafricano. Al mismo tiempo, la organización no gubernamental denominada «Justicia en Transición», presidida por Alex Boraine, planteó la idea de que Sudáfrica debía seguir el ejemplo de otros países y «crear una comisión que se encargara de investigar y descubrir qué originó las graves violaciones a los derechos humanos y que debía enfrentarse con el pasado, garantizando amnistía a aquellos que hicieran una revelación total de lo que ocurrió»(6).

(1) Fundado en 1914 por J.B.M. Hertzog. Buscó el apoyo de los Africaners (descendientes básicamente de holandeses, alemanes y franceses, nacidos en Sudáfrica), que pensaron que Louis Botha (primer Primer Ministro de la Unión de Sudáfrica) no daba prioridad a sus intereses y era pro británico (Cf. CH. SAUNDERS y N. SOUTHEY, *A dictionary of South African*

verdad y su búsqueda en la constitución y desarrollo del *pluralismo* no equivale a engañosa añoranza de los excesos cometidos al amparo de determinadas objetivaciones teocráticamente hipertrofiadas de la verdad que, en última instancia, no iban más allá de ser meras coartadas de ilustrada opresión; sino que, por el contrario, aceptar la centralidad de la verdad equivale en todo proceso pluralista a asumir que la búsqueda de lo verdadero supone la aceptación de que las realidades, sobre todo, personales y sociales, así como los valores en ellas implicados y con ellas conexos, son más y van más allá de lo que nuestras ideas, convicciones, intuiciones y razones puedan proyectar o justificar en un determinado momento:

*¿Tu verdad? No, la Verdad,
y ven conmigo a buscarla.
La tuya, guárdatela*¹³

History, South Africa 2001, 121). (2) Mientras que algunos historiadores establecen que los orígenes de la segregación racial se debe a los primeros colonos blancos, otros han resaltado la importancia que tuvieron las ideas que llegaron desde Gran Bretaña en el siglo XIX, o han señalado a Theophilus Shepstone como el primero en llevar a la práctica políticas segregacionistas, quien como Administrador colonial y Secretario de asuntos indígenas en Natal, decía que los africanos debían ser gobernados por separado, y obligó a las dos terceras partes de los habitantes africanos de Natal a vivir en reservas, donde eran gobernados por sus autoridades tradicionales o por jefes leales a Shepstone. Ahora la mayoría concuerda en que la ideología de la separación racial no se desarrolló hasta principios del siglo XX, y que una gran cantidad de políticas segregacionistas no se implementaron sino hasta después del establecimiento de la Unión de Sudáfrica, y que el apartheid era una forma de segregación racial más desarrollada y comprensiva que ya tenía lugar antes de 1948 (Cf. *Ibid.*, p. 140). (3) Fue fundado en 1912 en Bloemfontein bajo el nombre de Congreso Nacional Nativo de Sudáfrica (SANNC). Es la organización política nacional más antigua del país. Luchó durante casi 50 años para lograr la ley contra la discriminación racial. En 1956 se comprometió para lograr una Sudáfrica que perteneciera a todos. Fue prohibido en 1960. Se le forzó a estar en la clandestinidad y en el exilio por tres décadas. Durante el exilio condujo una lucha armada para lograr la liberación. Asimismo, abrió sus filas para que se adhirieran blancos y otros no africanos. En 1990 dejó de estar prohibido y empezó con negociaciones formales con el gobierno, dejando de lado sus ideas socialistas que expuso en sus orígenes. Finalmente, pudo acceder al poder en las elecciones de abril de 1994 (*Ibid.*, p. 1). (4) Término utilizado para incluir a todas las formas de segregación racial. Se empezó a utilizar para referirse a la política utilizada por el Partido Nacional a principios de la década de los 40 para extender la segregación existente, ampliarla y aplicarla con mayor rigurosidad. Esta política se implementó luego de que el Partido Nacional ganara las elecciones en 1948 (*Ibid.*, p. 12). (5) Comisión Andina de Juristas. Una Comisión de la Verdad para el Perú. Documento de trabajo. Lima, marzo del 2001. (6) CH. SAUNDERS y N. SOUTHEY, *loc. cit.*, p. 177.

¹³ A. MACHADO, *Proverbios y cantares*, LXXXV, dedicados a José Ortega y Gasset. La misma idea, aunque desde lo que podríamos considerar como perspectiva operativa del sujeto, la expresa el poeta en otros dos lugares de sus *Proverbios y cantares*: «El ojo que ves

La propia historia de personas e instituciones enseña que al margen y de espaldas al empeño por la verdad y la autenticidad, las relaciones humanas y la convivencia social derivan, en el mejor de los casos, en simple cortesía o frívola y superficial condescendencia, cuando no en sutiles formas de explotación y poder, casi siempre antesala de reacciones irracionales, fanáticas y egoístas. En la medida en que el *pluralismo* sea auténtico, y no una simple *actitud* estratégica, ha de tender a coordinar y relacionar vital y socialmente a las personas, respetando y promoviendo su diversidad: «*la concordia de espíritus está basada en el reconocimiento de una verdad objetiva, es decir, independiente de las preferencias subjetivas*»¹⁴.

d) *Pluralismo y compromiso*

No puede, pues, considerarse auténtico *pluralismo* cualquier intento irenista que suponga adormecer valores, provocar la apatía del «*da lo mismo*» o generar la amoralidad del «*todo vale*»; pues, mientras la tolerancia, tal y como se ha practicado y según se ha teorizado, *respet*a los valores del otro, el pluralismo *afirma* un valor propio, por ejemplo, que la diversidad y el disenso son valores que enriquecen al individuo, a la sociedad y a la propia cosa pública. Curiosamente, el absolutismo intolerante, a pesar de su falsa y pretendida apariencia de objetividad a ultranza, es el peor enemigo que tiene la verdad:

«No es correcto plantear una situación de pretendido pluralismo allí donde la verdad no desempeña el papel de contenido, cauce y objetivo de lo humano. Sólo así personas y colectivos optimizan, en su búsqueda de la verdad, la *ganancia epistemológica* que aporta el pluralismo. Por el contrario, la intolerancia roba tanto la opinión crítica como la atinada, así como el beneficio del contraste con la opinión falsa»¹⁵.

no es/ ojo porque tú lo veas;/ es ojo porque te ve» (I), que en opinión del propio Ortega constituye una de las críticas más radicales que se han hecho del idealismo relativista; y «*Los ojos porque suspiras./ sábelo bien,/ los ojos en que te miras/ son ojos porque te ven*» (XL). Años antes, en otro conjunto de poemas titulado también *Proverbios y cantares*, esta vez sin dedicatoria alguna, había escrito: «*El que espera desespera,/ dice la voz popular./ ¡Qué verdad tan verdadera! La verdad es lo que es,/ y sigue siendo verdad/ aunque se piense al revés*» (XXX).

¹⁴ C. SAHEL, «Prefacio», en Idem (ed.), *La tolerancia. Por un humanismo herético* (Madrid 1993) 12; cf. también N. BILBENY, *El idiota moral. La banalidad del mal en el siglo xx* (Barcelona 1993) 56-72.

¹⁵ J. QUEREJAZU, *o.c.*, p. 52.

En relación necesaria con este protagonismo de la verdad, el *pluralismo* exige que opiniones, actitudes, convicciones, creencias, sentimientos, etc., hayan de estar sujetos a racionalidad y comunicabilidad; o, dicho de otro modo, han de ser *decibles* tanto lógicamente como socialmente para, de este modo, poder ser contrastadas y confrontadas racionalmente, pues sin apertura sincera, aunque crítica, a lo diverso es imposible el *pluralismo*: sólo así se evita que el *pluralismo* se convierta en cobertura o tapadera de abandonos interesados o de disimuladas y manipuladoras intolerancias. Desde el *pluralismo*, pues, se ha de evitar la irracional afectividad del *prejuicio* y asentar sus valoraciones en la equitativa racionalidad del *juicio*:

«A los individuos cabe exigirles que sean respetuosos con los derechos de los demás, incluso el derecho a equivocarse; pero nadie puede pedir a un ciudadano que calle sus argumentos y razones o no critique a sus adversarios políticos, ideológicos o religiosos en nombre de una supuesta **sensibilidad inviolable**... Más aún, puede ponerse seriamente en duda si uno es más respetuoso con la *dignidad* de otra persona, cuando no le advierte de sus errores y equivocaciones o no esgrime ante él sus argumentos más poderosos. Es sabido que con los locos y con los borrachos “*no valen argumentos ni razones*”. ¿Qué es entonces más intolerante y menos respetuoso *en el fondo*, guardar las buenas formas y maneras ante las barbaridades ideológicas y los atavismos irracionales o ejercer la crítica racionalista (y también la autocrítica) sin duelo?»¹⁶.

Y en pareja semejanza a su entronque relacional con la persona, la **reciprocidad** se constituye, desde el ámbito de la personalidad, en elemento necesario, fundamental y estructurante del *pluralismo*, pues sólo se verifica la pluralidad cuando se exige, como máximo, en la misma medida en que se está dispuesto a ofrecer¹⁷. De este modo, la percepción, la convicción, la creencia o la experiencia ajenas se convierten, para el *pluralismo*, en expresión distinta y, en la diversidad, necesaria de la misma verdad que se trata de buscar y defender, puesto que la

¹⁶ A. HIDALGO, «Principios filosóficos y culturales en una sociedad pluralista», en E. GUI-SÁN (ed.), *Ética laica y sociedad pluralista*, Madrid 1993, 150.

¹⁷ «No es correcto plantear una situación de pretendido pluralismo, donde se someta a crítica y depuración lo ajeno sin someter lo propio al mismo tamiz; donde se pretenda ser tolerado para no tolerar; donde se busquen ventajas o situaciones de privilegio...; donde, en último término, la igualdad y la equidad se quiebren. No es correcto reivindicar tolerancia para la diferencia propia y, desde ella, ejercer intolerancia contra los antagonistas» (J. QUEREJAZU, *o.c.*, p. 53).

propia búsqueda, en cuanto ejercicio noble de maduración y crecimiento humanos, es ya manifestación de verdad: «*En toda cultura, la técnica, los medios y los modos del propio crecimiento y maduración personal implican necesariamente una serie de obligaciones respecto a la verdad: es necesario descubrir la verdad, ser rescatados por la verdad, decir la verdad*»¹⁸.

Preguntarse por la naturaleza, el significado o los contenidos del *pluralismo* equivale a acercarse a una cuestión que afecta a todas las dimensiones del hombre y de la sociedad. Con mucha frecuencia, como hemos constatado a través de la significación atribuida a este término en los diccionarios anteriormente referidos, mediante esta palabra sólo se significa o constata que la realidad en que vivimos es múltiple, es decir, que se compone de individuos de toda especie: desde el mineral

¹⁸ M. FOUCAULT, «Sexualité et solitude», en Idem, *Dits et Écrits*, vol. 4 (Paris 1994) 169; el texto referido fue publicado en 1981, aunque la edición de *DE*, por parte de Gallimard, fue preparada por D. DEFERT y F. EWAL en el señalado 1994. Volver a la obra de FOUCAULT resulta fundamental para vislumbrar cómo se puede hablar con absoluto convencimiento de la necesidad de la verdad como referencia ineludible de libertad, pluralismo y progreso, sin caer en estériles y castrantes absolutismos. Para FOUCAULT, la verdad, como la locura, la muerte o el crimen, representa una de las experiencias extremas en las que intenta profundizar a partir, sobre todo, de la filosofía de Nietzsche, que había versificado: «*En el Norte —lo confieso curioso—/ Amé a una mujerzuela, tan vieja que asustaba:/ su nombre era “la verdad”*»; y para quien, según FOUCAULT, «*la cuestión de la verdad y de su historia eran centrales*» («*Structuralisme et post-structuralisme*» [1983], en *Dits et Écrits*, cit., p. 444). Por ello, se ha dicho con toda justeza que «*la originalidad de Foucault, muy cercano a Nietzsche desde esta perspectiva, es una etiología que no busca el origen del “poder de la verdad” y de la “hermenéutica del deseo” en el resentimiento, en la moral de los esclavos y en una universalidad que enmascara voluntades de poder pervertidas, sino en torno a una problemática insita en el corazón mismo de la Grecia clásica, especialmente en Platón*» (R. ROCHLITZ, «*Esthétique de l’existence. Morale postconventionnelle et théorie du pouvoir chez Michel Foucault*», en VARIOS, *Michel Foucault philosophe. Rencontre internationale, Paris, 9, 10, 11 janvier 1988* [Paris 1989] 292). Con gran precisión y brillantez, a partir de la categoría de **parresía** (*decir la verdad*), aborda FOUCAULT el problema de la verdad en Grecia, en su obra *Discourse and Truth. The Problematization of Parrhesia*, que recoge, compiladas por Joseph PEARSON, las lecciones dictadas a finales de 1983 por el propio FOUCAULT en el Departamento de *francés* de la Universidad de California, en Berkeley, bajo la coordinación del Prof. Paul RABINOW. Desde la centralidad que en su pensamiento supone *buscar, encontrar y decir la verdad*, FOUCAULT polemiza con los reductores de su pensamiento, tanto contra el *simplicismo* de quienes piensan que para él es imposible llegar a conocer plenamente la verdad, porque no existe; como contra quienes estiman que los denominados «*juegos de verdades*», es decir, el conjunto de reglas que la producen o descubren, no son en su pensamiento más que relaciones de poder, entendidas como «*estados de dominación*» o relaciones unilaterales y unidireccionales entre dominantes y dominados, basadas generalmente en la violencia que, en principio, excluyen cualquier intento de condicionamiento recíproco y, por tanto, de búsqueda y encuentro con la verdad.

más elemental hasta el hombre. El *pluralismo*, en esta perspectiva, no va más allá de ser la simple constatación, social y jurídicamente aséptica, de una realidad que, por su evidencia y simplicidad, no presenta ningún problema especial.

Los problemas comienzan cuando del mundo de las meras constataciones y de la simple observación, en su sentido más objetivo, material y concreto, se avanza al ámbito antropológico, social, jurídico o religioso, para preguntarse por el *pluralismo* como medio de integrar la *unidad* de lo que en una determinada sociedad se consideran valores humanos fundamentales en la *diversidad* o dispersión generadas por el ejercicio, ya individual o colectivo, de las libertades personales que, a su vez, son integrantes básicos y necesarios del patrimonio ético y jurídico constitutivo de su identidad personal y social.

2. El pluralismo en su dimensión científica

Los primeros filósofos griegos, los presocráticos, ya se plantearon el problema del pluralismo, no sólo desde su dimensión social, sino también desde la metodología o hermenéutica del progreso del conocimiento. Desde su teoría del conocimiento, explicaron la diversidad y multiplicidad de los fenómenos y realidades naturales por la existencia de un ser único y absoluto, auténtica fuente de la pluralidad cósmica; de este modo, describen, definen y justifican lo mudable (*multiplicidad*) por lo permanente (*unidad*). Socialmente, los griegos superaron la diversidad política, en la unidad de la ciudad (*polis*), a partir de una estructuración que integraba un conjunto de individuos procedentes de clases diferentes y orígenes dispares.

Sin embargo, ha de tenerse siempre muy presente que, para la concepción metodológico-científica de los griegos, la *unidad* era elemento determinante material y formal de todo su cosmos científico, dado que la unidad era, al mismo tiempo, razón/motivo de racionalidad y efecto principal y primario de la misma: no era posible ciencia sin razón y ésta opera reduciendo/sintetizando en unidad lo múltiple. Baste recordar la negativa rotunda de los pitagóricos a admitir ni siquiera la posibilidad de números irracionales, llegando incluso a condenar a muerte a quienes se mostraban partidarios de esta posibilidad.

También ha de tenerse en cuenta que el término *pluralismo* ni es unívoco en su significación, ni uniforme en su utilización. Las ciencias positivas, desde la química o la física hasta la astronomía, se enfrentan a la cuestión del pluralismo siempre que intentan clasificar fenómenos dispares en categorías homologables, observables y, en la medida de lo

posible, generales o generalizables, en orden a interpretar *racionalmente* la diversidad en una visión unificadora.

3. Perspectiva filosófica del pluralismo

También la historia del pensamiento, sobre todo desde la metafísica, evoca nuevas dimensiones de esta categoría, sobre todo, desde que Plotino y los neoplatónicos dedican la mayor parte de su pensamiento al problema de la conciliación entre unidad y multiplicidad, a la relación entre lo UNO y lo MULTIPLE¹⁹.

En su significación sistemático-metafísica, *pluralismo* designa aquellas doctrinas filosóficas, o bien alguno de sus aspectos, en que se admiten como válidos principios diferentes, irreductibles, coexistentes y equivalentes entre ellos. Se opone contradictoriamente al monismo en cuanto doctrina o enseñanza que explica o reduce la realidad a un solo principio de comprensión. Bien entendido que, en la historia del pensamiento, más que de *pluralismo*, en sentido propio y estricto, se ha de hablar de *dualismo* que, además, casi siempre se ha planteado desde la perspectiva del *monismo*, considerándolo su contrario: tal es el caso, entre otros, del dualismo pitagórico, platónico, cartesiano o kantiano.

¹⁹ «*Todos los seres tienen su existencia por el Uno, no sólo los seres así llamados en el primer sentido, sino los que se dicen atributos de esos seres. Porque ¿qué es lo que podría existir que no fuese uno? Si lo separamos de la unidad, deja inmediatamente de existir...*

Siendo la naturaleza del Uno engendradora de todas las cosas, no es en modo alguno ninguna de las cosas que engendra. No es algo que pueda tener cualidad y cantidad; ni es por otra parte inteligencia o alma, ser en movimiento o en reposo, ser en el lugar o en el tiempo. Es simple por sí misma, y mejor aún, algo sin forma que está antes de toda forma, antes de todo movimiento y de todo reposo; estas cualidades son las que, precisamente, se encuentran en el ser y le hacen múltiple...

La mayor de las dificultades para el conocimiento del Uno estriba en que no llegamos a El ni por la ciencia ni por una intelección como las demás, sino por una presencia que es superior a la ciencia. El alma se aleja de la unidad y no es en absoluto una cuando aprehende algo de modo científico; porque la ciencia es un discurso y el discurso encierra multiplicidad. El alma entonces excede la unidad y cae en el número y en la multiplicidad. Convendrá, pues, remontar la ciencia y no abandonar nunca ese estado de unidad...

Nos encontramos de este modo con una multiplicidad en la que todo está reunido; esto es, el mundo inteligible... Ese mundo resulta superior al alma, pero no es, sin embargo, lo primero, por carecer de unidad y de simplicidad. El Uno es lo único que es simple y es también, por esa su simplicidad, el principio de todas las cosas... ese Uno, ciertamente, es algo más admirable que la Inteligencia y no cabe siquiera que le llamemos ser, para no considerar el Uno atributo de ninguna cosa» (Enéada sexta).

El recurso al *pluralismo*, como tal, sólo se planteó de manera excepcional en algunos casos: Empédocles²⁰, Anaxágoras²¹, gnósticos²² y maniqueos; o bien se utilizó como respuesta coyuntural a algún problema

²⁰ Para Empédocles, todo lo existente está radicalmente integrado/fundado en/por cuatro elementos primigenios absolutamente distintos entre sí, a causa de fuerzas distintas, tanto en los períodos cósmicos en que la *philia* produce su mezcla o unión como en los que la *neikos* los divide y opone (Cf. ARISTÓTELES, *Metaphysica*, I, 4, 8-9, 984.^a). Elementos que son, además, raíz gnoseológica de todas las cosas, de la vida del cosmos (sol, tierra, cielo y mar) y de la propia idea y relación entre los dioses (Zeus, Hera, Aidoneo y Nestis). Al pluralismo de las sustancias elementales, se une el dualismo de las fuerzas naturales: una que tiende, por composición, a la unidad del mundo, según la mente divina; y otra que, por distensión, da origen a la diversidad de los seres. Desde la sistemática pluralista, y aunque pudiera parecer lo contrario, Empédocles va más allá que los atomistas, pues, para éstos, si bien la realidad es cuantitativamente múltiple o plural, sin embargo, el principio formal del que se valen para explicarla es uno, el átomo que gira en el vacío. El pluralismo, pues, según Empédocles, radicaría en la relación alterna establecida entre lo Uno y lo múltiple, generándose uno de otro alternativamente y produciendo, de este modo, la transitoriedad de las cosas en la permanencia de las sustancias:

«Es imposible que se llegue a ser a partir de lo que de ninguna manera es e imposible e increíble que el ser perezca, pues siempre habrá algo en lo que uno pueda apoyarse» (Frag. en PLUTARCO, DK 31, B 12)

«Escucha primero las cuatro raíces de todas las cosas: Zeus resplandeciente; Hera, la que da vida, Edoneo y Nestis, que con sus lágrimas hacen fluir las fuentes de los mortales» (Frag. en AELIO, DK 31, B 6)

«Y este cambio continuo nunca cesa, congregándose todas las cosas, unas veces por acción del Amor, separándose otras veces entre sí por el rencor de la Discordia» (Frag. en SIMPLICIO, DK 31, B 17)

«Con la tierra conocemos la tierra; con el agua, el agua; con el éter, el divino éter; y con el fuego, el fuego destructor; con el Amor, el Amor, y la Discordia, con la luctuosa Discordia» (Frag. en ARISTÓTELES, B 4, 1000, b 6)

(Cf. J. BURNET, *Early Greek Philosophy*, Londres 1930, 197-250; N.-K. FREEMAN, *The Presocratic Philosophers*, Oxford 1946, 172-203; W.K.C. GUTHRIE, *A History of Philosophy*, vol. 2, Cambridge 1965, 122-265; G.S. KIRK y J.E. RAVEN, *Los filósofos presocráticos*, Madrid 1969, 447-503; H.S. LONG, «The Unity of Empedocles Thought», *American Journal of Archaeology*, 1949, 142-158).

²¹ Anaxágoras extiende su pluralismo diverso y multiforme a todas las cualidades y características de las cosas, tanto en su dimensión o aspectos orgánicos como inorgánicos, entendiendo la realidad como una infinidad de elementos heterogéneos y considerando *homogéneas* sólo las partículas de cada uno de ellos (*omeomerías*). Al conjunto de las *omeomerías* se opone el *Nous*, que ordena el mundo y determina su finalidad por medio de su naturaleza inteligente:

«Todas las cosas estaban juntas, infinitas en número y pequeñez: pues lo pequeño era también infinito. Y estando todas juntas, nada era visible, a causa de su pequeñez; pues el aire y el éter, ambos infinitos, las cubrían a todas, ya que éstos son la materia que más se contiene en todas las cosas, tanto en número como en magnitud» (Frag. en SIMPLICIO, DK 59, B 1)

concreto, como fue, por ejemplo, la explicación de la multiplicidad de mundos. Sólo a partir de la filosofía de Leibniz comienza la articulación sistemática del *pluralismo* como medio o método de acercamiento a la realidad y de reflexión sobre la misma.

Cuestión que renace en una de las discusiones más aceradas y famosas del pensamiento medieval: *el problema o querrela de los universales*²³. Y que, desde una problemática distinta, también se plantea en el **averroísmo** con su teoría de la generalización de la realidad universal del espíritu humano: para AVERROES, así como existe una idea de hombre que se concreta y realiza en el alma humana, sólo existe un alma espiritual para toda la humanidad, tan distinta de la materia que no puede ser individualizada por el cuerpo.

«*Los griegos no atinan al admitir el nacer y el perecer. Pues ninguna cosa nace ni perece, sino que resulta de la mezcla de seres ya existentes, y en ellos se disuelve; y así, mejor llamaríamos al nacer composición y al perecer disolución*» (Frag. en SIMPLICIO, DK 59, B 17)

«*Pero la Mente, que siempre es, está también con toda certeza donde están todas las cosas, en la pluralidad circundante y en las cosas que han sido unidas y en las separadas*» (Frag. en SIMPLICIO, DK 59, B 14)

(Cf. P. O. BRIEN, «The relation of Anaxagoras and Empedocles», *The Journal of Hellenic Studies* 88, 1968, 93-103; J.C. BURNET, *o.c.*, p. 251-275; N.K. FREEMAN, *o.c.*, p. 205-211; W.K.C. GUTHRIE, *o.c.*, p. 266-338; G.S. KIRK y J.E. RAVEN, *o.c.*, p. 504-548).

²² La cuestión de la *multiplicidad de los mundos*, forma relevante en el planteamiento del pluralismo y uno de los casos sin resolver por Aristóteles que condenó todas las doctrinas que se decantaban por la multiplicidad de mundos coexistentes en el espacio o sucesivos en el tiempo, adquiere una gran importancia en el pensamiento gnóstico de mano de la doctrina de los *eones*, en cuanto épocas o períodos sucesivos de la emanación divina, dirigidos y determinados cada uno por un principio propio (Cf. A. ORBE, *Antropología de San Ireneo*, Madrid 1969; Idem, *Cristología gnóstica. Introducción a la soteriología de los siglos II y III*, 2 vols., Madrid 1976; Idem, *Introducción a la teología de los siglos II y III*, Roma-Salamanca 1988; G. RODRÍGUEZ DE YURRE, *Historia de la filosofía griega*, Vitoria 1954, 57-65, 78-102 y 301-313).

²³ «Se entiende en filosofía por *universales* las también llamadas *nociones genéricas, ideas y entidades abstractas*... Los universales se contraponen, pues, a los *particulares, o entidades concretas*. El problema capital que presentan es el de su *status ontológico*... Aunque... se trata primordialmente de una cuestión ontológica, ha tenido importantes implicaciones y ramificaciones en otras disciplinas: la lógica, la teoría del conocimiento y hasta la teología. La cuestión ha sido planteada con frecuencia en la historia de la filosofía... pero como fue discutida muy intensamente durante la Edad Media suele colocarse en ella el origen *explícito* de la llamada *cuestión de los universales*... El interés mostrado en la actualidad por el problema de los universales no es simplemente el resultado de una curiosidad histórica, sino la consecuencia del hecho de que se trata de una cuestión capital filosófica, que afecta desde la índole de las entidades matemáticas hasta el *status ontológico* de los valores» (J. FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires⁴ 1958, 1363-1364).

Nominalismo y averroísmo representan dos soluciones extremas a la cuestión de la unidad en la diversidad: mientras aquél diluye en la nada la virtualidad de los conceptos universales, reduciéndolos a meros *flatus vocis*²⁴; el segundo, deshace la multiplicidad y diversidad de las personas, así como su singularidad, en la unidad universal de un alma

²⁴ En la referida *disputa de los universales*, sin entrar en este lugar en las apreciables diferencias entre el nominalismo de Guillermo de Ockam y el de Roscelino de Compiègne, la posición de los medievales puede sintetizarse en los siguientes términos: para el nominalismo, especies y géneros no son realidades anteriores a los individuos, sino simples *voces* o *nombres* que designan conjuntos de cosas. Según éstos, lo real es únicamente el ser individual, el ente singular, la sustancia primera. Ahora bien, ha de tenerse presente que, aunque el nominalismo medieval consista primaria y principalmente en la negación de la prioridad real de especies y géneros, el contenido de su filosofía es mucho más complejo. Por ello, se ha de ser muy cuidadoso a la hora de no identificar y confundir todas las formas de nominalismo, incluso aquellas que aparecen, bien simultáneamente, bien en inmediata sucesión en la misma época (Cf. P. VIGNAUX, «Nominalisme», en A. VACANT, E. MANGENOT y E. AMANN (dir.), *Dictionnaire de Théologie Catholique*, t. 11, París 1931, col. 717-784; por lo que se refiere más directamente a los *universales*, col. 717-741). Algunos autores contemporáneos han recuperado o resaltado, bien es cierto que no sin polémica, la aportación a la moderna teoría de los derechos individuales o subjetivos realizada a partir de la aplicación directa e inmediata de la hermenéutica nominalista al mundo del derecho, dentro del contexto histórico-ecclesiológico de la conocida como *disputa franciscana* en torno a la pobreza de Cristo y de sus discípulos, así como de la Iglesia y de las propias comunidades o fraternidades franciscanas. Así como carecería de sentido hablar del *contrato*, o del *testamento* o de la *paternidad*, sino que habría que referirse a tal o cual contrato, a los diferentes y posibles testamentos y a cada uno de los individuos que son padres; otro tanto ocurriría con el *derecho*, que no tendría razón de ser en cuanto objetivación genérica y universal, sino que adquiere verdaderamente realidad, interés y efectividad cuando se realiza y sustantiva en un sujeto concreto; es decir, en un individuo (Cf. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1999, 72-78 y 80-84; A. JA. GUREVIC, *La nascita dell'individuo nell'Europa medievale*, Roma-Bari 1996, 6-30 y 105-147; L. PARISOLI, «Guglielmo di Ockam e la fonte dei diritti naturali: una teoria política tra libertà evangelica e diritti fondamentali ed universali», *Colectanea Franciscana* 68, 1998, 5-61; Idem, *Volontarismo e diritto soggettivo. La nascita medievale di una teoria dei diritti nella scolastica francescana*, Roma 1999; Idem, *La philosophie normative de Jean Duns Scotus. Droit et politique du droit*, Roma 2001). M. VILLEY ha tratado con gran detenimiento esta cuestión en parte de sus publicaciones, advirtiendo que sus resultados no se han recibido exentos de polémica todavía viva. Entre éstas, cabe señalar: «L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romaines», *Revue historique de droit* 24, 1946, 201-228; «Du sens de l'expression *ius in re* en droit romain classique», *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1949, 417-436; «Le *ius in re* du droit romain classique au droit moderne», *Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris* 6, 1950, 187-225; *La formation de la pensée juridique moderne* (París 1975) 157-224. Sobre algunos aspectos y momentos de la polémica señalada, aunque el autor que citamos sigue el pensamiento de Villey en esta cuestión, puede verse S. FERLITO, *Diritto soggettivo e libertà religiosa. Riflessioni per uno studio storico e concettuale* (Nápoles 2003) 31-32, nt. 34 y pp. 32-44.

común a todos los humanos, en clara contradicción con la personal experiencia de la autopercepción de la propia individualidad²⁵.

De vía intermedia podría calificarse la solución de SANTO TOMÁS, para quien el universal, en cuanto tal, sólo existe en el pensamiento humano y únicamente se da particularizado en la realidad múltiple y plural del *universal concreto*. Esta individuación o individualidad del universal se nos presenta, en la realidad, como portador de una esencia o naturaleza que, en cuanto realidad permanente de su existencia, la religa y relaciona con el resto de individuos de su propia especie, posibilitando su clasificación e identificación científicas.

La evolución experimentada por la metafísica en época moderna posibilitó y facilitó no sólo la delimitación teórica de las coordenadas del *pluralismo* en cuanto idea filosófica, sino su aplicación en cuanto fenómeno o contraste social y político, sin excluir, como es lógico, las consecuencias e incidencias jurídicas implicadas en una y en otros. En concreto, difícilmente se podría hoy reflexionar sobre el *pluralismo*, si no nos hubieran precedido:

- a) la teoría de SPINOZA cuando afirma que los atributos de la sustancia son infinitos y que sólo podemos conocer dos de ellos, el pensamiento y la extensión;
- b) la monadología de LEIBNIZ, que describe la realidad como un conjunto infinito de *mónadas* o unidades de energía en desarrollo, cada una de las cuales es totalmente independiente de las otras y difiere de todas las demás por su representación, consciente o inconsciente, de todas las otras: Dios es la *Mónada* absoluta, energía perfecta en acto puro, que crea todas las *mónadas* en armonía, preestablecida y elegida por El entre infinitos mundos posibles;
- c) la concepción kantiana del mundo moral como una «*república de los espíritus*»²⁶, sujetos únicamente a la justicia divina, pero libre cada uno en la aceptación del deber;

²⁵ Sostiene Averroes que la contradicción que implica la identificación de la inteligencia *actuante* (pensante) con lo inteligible *pensado* por ella debe solucionarse mediante la suposición de que toda acción intelectual humana es simple participación en un solo y único *entendimiento agente*. Sólo este entendimiento y su radical unidad y exclusividad, en cuanto uno, posibilita que el entendimiento pasivo (múltiple en su concreción histórica) pueda desprenderse de su condición temporal y limitada, elevándose hasta aquel. En consecuencia, no puede hablarse de supervivencia o inmortalidad personal, en el sentido de que cada entendimiento llegue individualmente a la contemplación del agente *supremo*, sino que llega a él no por la contemplación, sino en la fusión con él (Cf. R. DE VAUX, «La première entrée d'Averroès chez les Latins», *Revue des Sciences philosophiques et théologiques* 22, 1933, 193-242).

²⁶ I. KANT, *Anthropologie*, I, 2.

- d) las opciones del espiritualismo crítico y romántico que asumieron como idea matriz la pluralidad de las ciencias, en oposición a su unificación dialéctica desarrollada, sobre todo, por el idealismo trascendente y absoluto.

Del mismo modo que se ha de tener muy claro que, incluso en el ámbito del pensamiento filosófico, el *pluralismo* no ha conseguido todavía articular las garantías que posibiliten el desarrollo de la multiplicidad de perspectivas y prospectivas por él mismo postuladas; se ha de considerar adquisición irrenunciable del *pluralismo* y continua referencia crítica de la sociedad el principio de que la unidad del mundo no excluye la multiplicidad de las perspectivas ontológicas y lógicas desde la que se intenta comprenderlo; antes al contrario, las genera analíticamente.

4. Pluralismo, persona y sociedad

En la persona humana se verifica, quizás como en ningún otro ser, la dialéctica entre el uno-universal-único y el particular-plural-múltiple, dado que concreta, en grado máximo, a causa de su dualidad constitutiva, la singularidad y el particularismo, al tiempo que necesariamente ha de realizarlo y realizar-se comunitaria o socialmente.

Cada persona es un todo único y singular. Unidad y unicidad que, hemos de reconocer, es la fuente y origen del profundo deseo que cada ser humano tiene de ser y verse *reconocido* en su dignidad y singularidad. Es una constante en la experiencia personal que, precisamente, el *reconocimiento social* es la mejor garantía de estima personal. Sin embargo, no puede olvidarse la paradoja en que se desenvuelve la naturaleza humana al necesitar perentoriamente de otras realidades y de otras personas, es decir de la sociedad, para alcanzar y satisfacer sus fines personales. Esta dimensión social de la naturaleza humana se traduce y concreta en la existencia de una verdadera y auténtica *comunidad humana*; y si se puede hablar de *comunidad* es porque en cada uno de sus miembros existe, más allá o además de sus exclusivas características o propiedades personales, un constitutivo *común* con los demás.

La progresiva importancia que en el mundo actual se atribuye a los derechos del hombre es muestra incontestable de cómo lo que existe de común en las personas prevalece sobre lo singular y particular, dado que la *alteridad* no es sólo ni principalmente característica o propiedad de la naturaleza humana, sino constitutivo esencial de su *ser-persona*: miembros de una misma *comunidad*, los aspectos particulares y plurales o disgregadores (raza, cultura, ideología, religión, etc.) no pueden

eclipsar el fundamento común que nos relaciona esencial y radicalmente a unos con otros.

En profunda relación con esta dimensión personalista, cabe hablar de un *pluralismo social*, no en el sentido de que la simple constatación de cualquier diferencia social pueda considerarse equivalente o sinónimo de *pluralismo social*, sino en cuanto que la sociedad, por su supeditación al servicio de la persona, ha de manifestar y responder a la compleja pluralidad constitutiva del *ser-personal*. Pensar que *pluralismo social* se encuentra en relación con **diversificación social** o con la variedad de sociedades existente y constatable en nuestro entorno es asumir una concepción superficial, externa, reduccionista del *pluralismo*; pues cabe perfectamente la ausencia de *pluralismo* en el entorno de una pluralidad de sociedades, ya que no por estar fragmentada es pluralista ninguna sociedad.

Para que una sociedad pueda considerarse *pluralista* ha de estar integrada en sus miembros por personas que hayan accedido a la misma *libre y voluntariamente*, sin que el ingreso en o la salida de la misma se impida por ningún motivo de exclusividad: *apertura y libertad* son las dos condiciones que caracterizan a una sociedad como *pluralista*, que no significa mera equivalencia o equipolencia con la variedad o pluralidad de sociedades. El *pluralismo social*, pues, no es cuestión numérica, cuantitativa o de simple variedad, sino de carácter cualitativo, interno, de estructura, constitución y funcionamiento de cada sociedad concreta.

5. Pluralismo y política

En la ciencia política y en la sociología, se ha entendido por *pluralismo* bien la doctrina política opuesta a la teoría monista del Estado, o bien una hermenéutica de análisis y comprensión de las sociedades e instituciones humanas distintas del Estado. El *pluralismo* moderno, sobre todo tal y como se ha desarrollado en Inglaterra y América entre los años 1900 y 1930, surgió como consecuencia de la imposibilidad estructural que atanzó al Estado moderno a la hora de dar respuesta a importantes problemas surgidos de modos de organización social, hasta entonces, desconocidos, así como de las nuevas formas de articulación de los Estados²⁷.

²⁷ Para una visión comprensiva del fenómeno y del problema del pluralismo político tal como se ha venido manifestando a lo largo de la historia, así como su asunción e influencia en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, puede verse D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. I. *Libertad de conciencia y laicidad* (Madrid 2002) 46, 110-180, 204-250 y 310-314.

La teoría del Estado soberano, elaborada principalmente por juristas, provocaba graves dificultades desde el punto de vista político, sobre todo, en la medida en que *soberanía* se confundía con omnipotencia del Estado. El desacreditado Estado soberano fue el principal objetivo crítico de las teorías y doctrinas pluralistas que, desplazando su interés y punto de mira del Estado a la sociedad y grupos sociales, reivindicaron derechos y protagonismo social para grupos profesionales y asociaciones, en oposición al Estado²⁸.

Desde la experiencia que aportan tanto la evolución de las ideas políticas como su concreción a lo largo de la historia, cabe afirmar, siempre desde las cautelas exigidas por las ciencias que versan sobre el hombre y su actividad, que la *democracia* contemporánea es esencialmente el triunfo del pluralismo no sólo en el ámbito de las ideas, sino también en el de los programas de acción política.

Tampoco ha sido ajeno a esta consolidación de la práctica democrática el progresivo reconocimiento de los derechos del hombre que, en cierto modo, ha *despolitizado*, en su sentido más estricto, el concepto de democracia para convertirlo en modo o marco en que delinear o tipificar las relaciones humanas, asumiendo como fundamento basilar de las mismas el respeto a la igual dignidad de todos los hombres y a sus ideas, aun cuando no se compartan: éste precisamente sería el punto de inflexión en que se entrecruzan *tolerancia* y *pluralismo*.

El ideal democrático, que en un primer momento aparece como conquista de la libertad política, evoluciona, como consecuencia de una necesaria dinámica interna, hacia la defensa y promoción de cualquier libertad, sobre todo de la de pensamiento: con el ideal democrático, necesariamente debía afirmarse la legitimidad, incluso la necesidad, del pluralismo. Precisamente de esa dimensión pluralista extrae su razón de ser el ideal democrático en cuanto proceso concurrencial y competitivo para hacer llegar al poder una verdad o una ideología: la misma fuerza que legitima y garantiza la lucha entre las ideas ha de impedir cualquier ataque contra las personas.

La propia imbricación estructural de ideas, libertad y persona que constituyen los elementos matrices del *pluralismo* implica y exige el establecimiento de ciertos límites autoprotectores del mismo *pluralismo*. En nombre del *pluralismo*, pues, no podrá destruirse lo que es

²⁸ Cf. L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e le trasformazioni dello Stato* (Florencia 1950), que en la obra citada rechaza la concepción y teoría del Estado soberano, junto con las concepciones metafísicas del derecho, cuya finalidad ha de ser, según este autor, promover la solidaridad social.

mínimamente común a todos los hombres como, por ejemplo, los derechos humanos; ni desembocar en un relativismo desmotivador y desmovilizador del compromiso y del esfuerzo por la mejora de la condición humana y del compromiso por la profundización, ampliación y extensión de los derechos fundamentales y básicos de todo ser humano.

También es importante, desde esta perspectiva política, acercarse al contenido y función del *pluralismo* como ambiente o caldo de cultivo que posibilite o facilite el ejercicio de la libertad, tanto en las relaciones interpersonales como desde las diversas concreciones de sus manifestaciones sociales. Relacionada con esta dimensión esencial del *pluralismo*, se plantea la cuestión de la tolerancia respecto al intolerante, en razón de que, en estos supuestos, el ambiente de libertad necesariamente implicado en y derivado del *pluralismo* actuaría de medio incubador del posible fin de la libertad que le da su fundamental razón de ser. Como hace algunos años se puso de relieve, quizás el problema de «la tolerancia del intolerante» sea, curiosa o trágicamente, más teórico que real, pues únicamente se plantea en aquellas sociedades donde, por los medios democráticos comunes, no es probable que el intolerante llegue a influir en la sociedad hasta tal extremo que acabe con la libertad, aunque así lo hayan hecho sus connacionales o correligionarios en los pueblos donde gobiernan; por otra parte, donde los regímenes políticos y sociales son radicalmente intolerantes no tiene sentido plantear la cuestión²⁹.

6. Futuro y perplejidad

Sin embargo, a pesar de la claridad y contundencia con que autores como WALZER plantean y «solucionan» este problema, cabe preguntarse si hoy, después de experimentar la fuerza y alcance del terrorismo internacional y de sus distintas y variadas concreciones y manifestaciones, no habría que cambiar sustancialmente los parámetros en que se había movido con anterioridad el planteamiento de estas cuestiones. Ahora bien,

—¿Sigue siendo válida esta postura cuando, a través de variadísimas formas de presión, desde la coyuntural «invasión» de ciertos

²⁹ Cf. M. WALZER, *On Toleration*, New Haven-Londres 1997: la referencia realizada corresponde a las páginas 111-114 de la edición italiana publicada por Editorial Laterza el año 2000. Para una visión de estas cuestiones desde una perspectiva en que se intenta abarcar su dimensión política y cultural, puede verse A. CALVO ESPIGA, «Tolerancia, multiculturalismo y democracia: límites de un problema», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos* 3, 2002, 73-106.

- lugares o ámbitos sociales especialmente representativos hasta la actividad terrorista, las sociedades intolerantes *exportan* intolerancia mucho más allá de los límites geográficos de sus fronteras?
- ¿Se puede utilizar esta solución cuando grupos significativos de una determinada cultura o ideología intolerantes invaden o copan espacios ciudadanos en que llega a hacerse muy molesta, e incluso imposible, la vida para el tolerante nativo que respeta, pero no acepta, vivir según los modos y planteamientos de aquellos?
 - ¿Cómo responder, por ejemplo, al hecho de que las mujeres, incluso las ya ancianas, de una pequeña ciudad, de unos doce mil habitantes, no se atrevan ni siquiera a transitar por determinadas calles y lugares de *su* ciudad, en la que nacieron y han vivido siempre, habitados en este momento mayoritariamente por personas que de forma habitual las insultan y agreden verbalmente por su forma de vestir, de comportarse o de relacionarse con los varones?
 - ¿Puede, en consecuencia, seguir afirmándose que un grupo intolerante es inocuo en un ambiente de tolerancia?

En definitiva, si como ha sido puesto de relieve, es cierto que en los últimos años se asiste, al menos en ciertos ambientes sociales y políticos, a un, siquiera tímido, proceso de desprivatización de lo religioso, correspondido con una progresiva presencia de lo religioso en lo público, no lo es menos que ello implica, para Occidente, un importante problema por cuanto respecta a determinados planteamientos de ciertas culturas religiosas que, como acontece, por ejemplo, en el caso del Islam, desafían tanto la propia formulación como la práctica de los derechos humanos, sobre todo en lo que atañe a su universalidad, como paradójicamente ya está aconteciendo en Francia, patria de la moderna concepción de los derechos del hombre³⁰.

El progreso y desarrollo de la libertad no es una cuestión meramente jurídico-legal, aun cuando esta dimensión sea importante y necesaria,

³⁰ Cf. S. FERRARI, «È cambiato il vento?», *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiástica*, 1995, 3-10; sobre todo, p. 4-5). En este sentido, cabe señalar que, por ejemplo, entre el 10 de mayo y el 5 de junio de 2003 se han publicado en el periódico *Le Monde* más de treinta colaboraciones relacionadas con la repercusión que la presencia masiva, en algunos lugares, de fieles islámicos está teniendo sobre la laicidad del Estado francés que, a un siglo de su consagración en la *Ley de separación* de 1905, ve tambalearse algunos de sus fundamentos histórica y aparentemente más seguros, consolidados y estables.

Redactados nota y texto antes de la elaboración y promulgación de la ley que prohíbe cualquier manifestación pública de simbología religiosa en la Escuela estatal francesa, no nos resistimos a señalar cómo acontecimientos posteriores han venido a confirmar lo acertado del diagnóstico.

sino que en ellos han de ser asumidos las conquistas y avances realizados por las ciencias humanas, puesto que la libertad ha de realizarse fundamentalmente en el ámbito de las relaciones intersubjetivas y en el respeto e integración de la diversidad de los distintos grupos sociales: la auténtica y verdadera libertad, como se ha puesto de relieve por la sociología contemporánea, es la *libertad en relación, una libertad que se active y actúe en la acción*.

Precisamente la voluntariedad en la pertenencia o adscripción a un concreto grupo social garantiza la libertad frente al totalitarismo de integración necesaria en un clan. Ello, además, implica que sólo se posibilitará adecuadamente el ejercicio de la libertad en aquellas situaciones en que exista una auténtica diversidad de grupos que, a través de propiciar la variedad de opciones, posibiliten y promocionen la libertad³¹.

³¹ Cf., para un planteamiento distinto y complementario de este concepto de *pluralismo político*, G. SARTORI, *Pluralismo, Multiculturalismo e Estranei* (Milán 2001) 22-24 y 31-36, junto con la bibliografía aportada en las páginas mencionadas.

LA CALIFICACION DEL CONCURSO EN LA NUEVA LEY

Fernando Gómez Martín

Profesor Asociado de Derecho concursal
Universidad de Deusto. Bilbao

Sumario: 1. Derecho concursal mercantil vigente. 2. En el nuevo concurso. 2.1. Fortuito. 2.2. Culpable. 2.2.1. Supuestos de culpabilidad. 2.2.2. Presunciones. 2.3. Cómplices. 2.3.1. Derecho concursal vigente. 2.3.2. En el nuevo concurso. 2.4. Informe. 2.5. Tramitación de la sección de calificación. 2.5.1. Sentencia de calificación. 2.5.2. Sustitución de los inhabilitados. 3. Recapitulación.

En reciente colaboración, sobre las funciones más relevantes de los administradores concursales, anunciaba volver sobre la calificación del concurso, pieza decisiva, si procede su formación, en la que se evaluará la conducta del deudor, en los dos años anteriores a la declaración judicial y con posterioridad, es decir, durante la tramitación del procedimiento.

Cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio concursal, en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años, y en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación, el concurso de acreedores se calificará como fortuito o como culpable, en la sección sexta del procedimiento, según dispone el art. 164.

En la exposición de motivos de la Ley concursal¹ se afirma: «*Una de las materias en las que la reforma ha sido más profunda es la de calificación del concurso*».

1. Derecho concursal mercantil vigente

La **suspensión de pagos** puede ser objeto de calificación, cuando es declarada la insolvencia definitiva, según dispone el art. 20 de la Ley especial, con remisión a los arts. 886 a 894 del Código de Comercio,

¹ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, 10 julio 2003), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004.

salvo que se sobresea el expediente, aunque compatible con la aprobación de convenio, de acuerdo con la Circular 1/95, de 6 de abril, de la Fiscalía General del Estado, que concreta en la siguiente conclusión: «4.ª ... *posición del Ministerio Fiscal sobre la continuación o no de la pieza de calificación abierta: a) Si tras haberse iniciado la tramitación de la pieza para exigir responsabilidades, el otro procedimiento, el de suspensión de pagos, se sobreseyere por alguna de las causas legales, tal conclusión extiende sus efectos extintivos a la pieza separada, por lo que cuando el Ministerio Fiscal conociere que el expediente de suspensión de pagos ha sido sobreseído, dictaminará en la pieza en el sentido de que procede tenerla por concluida, absteniéndose de formular demanda, y si el sobreseimiento se produjere en tramitación ya el juicio de responsabilidad, desistirá de él; b) Si al auto que declara la insolvencia definitiva sigue... la aprobación del convenio, esta situación es compatible con la prosecución de la pieza y con la calificación de culpable o fraudulenta para la suspensión de pagos, así como con la formulación de demanda por el Ministerio Fiscal».*

El Tribunal Supremo ha declarado que la aprobación e incluso el cumplimiento del convenio, en la suspensión de pagos, no es incompatible con la pieza de calificación y la consiguiente demanda de responsabilidad (Sentencias de fechas 8.11.1941, 30.11.1955, 7.06.1968, 30.09.1987 y, la más reciente, de fecha 31.01.2003).

En el proceso de **quiebra**, se tramita la pieza quinta, con arreglo a lo establecido en los arts. 1382 a 1388 de la anterior LEC y disposiciones concordantes del primero y segundo Código de Comercio. La quiebra debe calificarse por el juez, según el art. 1138 del antiguo Código de Comercio, atendiendo: *a) la conducta del quebrado en el cumplimiento de sus obligaciones; b) el resultado de los balances que reflejen su situación; c) el estado en que se encuentran sus libros de contabilidad; d) las causas inmediatas y directas que ocasionaron la quiebra; y, e) las reclamaciones que durante el procedimiento se hagan contra el quebrado y sus bienes* (arts. 1137 a 1143 del C. de C. de 1829; arts. 886 a 897 del vigente; y, arts. citados de la anterior LEC).

El art. 886 del C. de C. distingue tres clases de quiebra, a saber: insolvencia fortuita, insolvencia culpable e insolvencia fraudulenta.

A) «*Se entenderá quiebra **fortuita** la del comerciante a quien sobrevinieren infortunios que, debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus*

deudas» (art. 887 C. de C.), es decir, que se hubiese descapitalizado. Ferrer Barriendos² considera que la quiebra fortuita se define especialmente por exclusión. Será fortuita la que no es culpable o fraudulenta.

B) Se considerará quiebra **culpable** o serán reputados quebrados culpables, cuando se origina la quiebra por culpa, imprudencia o negligencia del deudor:

- a) Hay casos, que no admiten prueba en contrario, por ser manifiesta la culpabilidad (presunción *iuris et de iure*), según el art. 888 del C. de C., aunque debe interpretarse de conformidad con la Constitución Española y el derecho fundamental de la persona a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE). Los casos que cita el mencionado art. 888, no guardan relación con los supuestos enumerados en la nueva Ley concursal.
- b) Otros hechos presumen la culpabilidad, mientras el quebrado no pruebe su inocencia (*iuris tantum*), según el art. 889 del Código de Comercio:

1.º «Los que no hubieren llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos esenciales e indispensables que se prescriben en el Título III del Libro I [arts. 25 a 30], y los que, aun llevándolos con todas estas circunstancias, hayan incurrido dentro de ellos en falta que hubiese causado perjuicio a tercero». Al respecto, se pronuncian las sentencias del TS de 24.04.1984, 22.02.1987, 27.03.1987, 22.04.1987 y 2.03.1990. La inobservancia del requisito de legalización de los libros de contabilidad, en los términos que el Código de Comercio previene, fundamenta la calificación de quiebra culpable. La presunción de inocencia puede ser destruida por la prueba practicada, cuando se alega la sustracción de los libros de contabilidad, según la STS de 8.04.1990.

2.º «Los que no hubieren hecho su manifestación de quiebra en el término y forma que se prescribe en el art. 871», es decir, en su texto original: «... presentarse en suspensión de pagos,

² FERRER BARRIENDOS, Agustín, «Repercusiones concursales del nuevo Código Penal», en *Derecho Concursal II* (Cuadernos de Derecho Judicial). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 561.

dentro de los tres días siguientes al que se hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones». Virtualmente suprimido y derogado por la reforma, en 1897, del art. 871 del C. de C., que incorporó la siguiente redacción: «... *dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho»*, según declaran las sentencias del TS de 9.10.1929, 16.05.1956 y 24.04.1984. La doctrina científica mayoritaria (González de Echávarri y Miguel Romero³, Garrigues⁴, Torres de Cruells⁵, Sagrera Tizón⁶, Bisbal⁷, Mascarell⁸, Menéndez⁹, Cerdón Moreno¹⁰, y Rojo, Beltrán y Campuzano¹¹) considera tácitamente derogado este precepto, a partir de la Ley de 26.07.1922.

- 3.º «*Los que, habiéndose ausentado al tiempo de la declaración de quiebra o durante el progreso del juicio, dejaren de presentarse personalmente en los casos en que la Ley impone esta obligación, no mediando legítimo impedimento».*

Según Ferrer Barriendos¹² la quiebra culpable es equivalente *grosso modo* a la quiebra producida por imprudencia grave derivada del descuido de la conducta propia de un ordenado comerciante.

³ GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, José M.ª y MIGUEL ROMERO, Mauro, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*. Valladolid, Emilio Zapatero (imp.), S.A., p. 153.

⁴ GARRIGUES, Joaquín, *Dictámenes de Derecho Mercantil*. Madrid, Aguirre (imp.), 1976, tomo II, pp. 312-314.

⁵ TORRES DE CRUELLES, Joaquín, *La suspensión de pagos*. Barcelona, Bosch, 1957, p. 83.

⁶ SAGRERA TIZÓN, José M.ª, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*. 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1989, vol. I, pp. 164-166.

⁷ BISBAL MÉNDEZ, Joaquín, *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España (Studia Albortotiana IL), 1986, pp. 150-151.

⁸ MASCARELL NAVARRO, M.ª José, *Aspectos procesales de la Ley de suspensión de pagos*. Granada, Comares, 1994, pp. 12-13.

⁹ MENÉNDEZ, Aurelio, «Sobre la reforma del Derecho concursal y el apoyo de los estudios económicos», *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 2, septiembre 1994, pp. 6-7. «Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho concursal», en *Homenaje a José M.ª Chico y Ortiz*. Coordinador: Juan Luis Gimeno, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/Marcial Pons, 1995, pp. 1316-1317.

¹⁰ CORDÓN MORENO, Faustino, *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*. Pamplona, Aranzadi, 1995, 3.ª edición: 1997, pp. 196-197.

¹¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Angel, BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. y CAMPUZANO LA-GUILLO, Ana Belén, *Legislación y Jurisprudencia Concursales*. Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 109.

¹² FERRER BARRIENDOS, Agustín, *op. cit.*, p. 561.

C) «Se reputará quiebra **fraudulenta** la de los comerciantes en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes» (art. 890 C. de C.):

1.ª Alzarse con todos o parte de sus bienes.

2.ª Incluir en el balance, memorias, libros y otros documentos relativos a su giro o negociaciones, bienes, créditos, deudas, pérdidas o gastos supuestos.

3.ª No haber llevado libros o, llevándolos, incluir en ellos, con daño de tercero, partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos.

4.ª Rasgar, borrar o alterar de otro modo cualquiera el contenido de los libros, en perjuicio de tercero.

5.ª No resultar de su contabilidad la salida o existencia del activo de su último inventario, y del dinero, valores, muebles y efectos, de cualquiera especie que sean, que constare o se justificare haber entrado posteriormente en poder del quebrado.

6.ª Ocultar en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos.

7.ª Haber consumido y aplicado para sus negocios propios, fondos o efectos ajenos que le estuvieren encomendados en depósito, administración o comisión.

8.ª Negociar, sin autorización del propietario, letras de cuenta ajena que obraren en su poder para su cobranza, remisión u otro uso distinto del de la negociación, si no hubiere hecho a aquél remesa de su producto.

9.ª Si, hallándose comisionado para la venta de algunos géneros o para negociar créditos o valores de comercio, hubiere ocultado la operación al propietario por cualquier espacio de tiempo.

10. Simular enajenaciones, de cualquier clase que éstas fueren.

11. Otorgar, firmar, consentir o reconocer deudas supuestas, presumiéndose tales, salvo la prueba en contrario, todas las que no tengan causa de deber o valor determinado.

12. Comprar bienes inmuebles, efectos o créditos, poniéndolos a nombre de tercera persona, en perjuicio de sus acreedores.

13. Haber anticipado pagos, en perjuicio de los acreedores.

14. Negociar, después del último balance, letras de su propio giro a cargo de persona en cuyo poder no tuviere fondos ni crédito abierto sobre ella, o autorización para hacerlo.

15. Si, hecha la declaración de quiebra, hubiere percibido y aplicado a usos personales dinero, efectos o créditos de la masa, o distraído de ésta alguna de sus pertenencias».

D) «La quiebra del comerciante, cuya verdadera situación no pueda deducirse de sus libros, se presumirá **fraudulenta**, salvo prueba en contrario», según el art. 891 del C. de C.

Pido excusas por la detallada enumeración de hechos y circunstancias, que pueden dar lugar a la calificación de la quiebra o de la suspensión de pagos como culpable o fraudulenta, a causa de su provechosa comparación con los supuestos que se contemplan en los citados arts. 164 y 165 de la nueva Ley concursal, objeto de las siguientes observaciones.

2. En el nuevo concurso

El artículo 163 dispone: «2. *El concurso de acreedores se calificará como fortuito o como culpable...*». Interesa recordar que se pretende calificar la conducta del deudor, antes (dos años) y después de la declaración de concurso (durante la tramitación del procedimiento), en relación con los hechos descritos en los arts. 164 y 165.

2.1. *Fortuito*

Se calificará como concurso fortuito cuando no proceda la calificación de culpable.

2.2. *Culpable*

Conviene transcribir de la exposición de motivos: «*La última calificación [culpable] se reserva a aquellos casos en los que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor, o de sus representantes legales, administradores o liquidadores.*

La ley formula el criterio general de calificación del concurso como culpable y a continuación enuncia una serie de supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza, y otra de supuestos que, salvo prueba en contrario, son presuntivos de dolo o culpa grave, por constituir incumplimiento de determinadas obligaciones legales relativas al concurso».

El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviese, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho (art. 164). Conviene recordar el art. 2.2: «*Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*».

El art. 260 del Código Penal sanciona el fraude en las situaciones de insolvencia concursal, es decir, cuando la crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor, desvinculándose de las calificaciones de la quiebra. Se trata de un delito de resultado, que requiere el perjuicio a los acreedores y no es un delito de enriquecimiento. Delito de lesión, por tanto, y no de peligro. Delito doloso, que excluye la imprudencia. Introduce el citado artículo 260 el término de «crisis económica», concepto jurídico indeterminado, a no ser que se mencione como sinónimo de insolvencia, que para la doctrina mercantil y financiera presenta matices diferenciados. El concepto de insolvencia no es unívoco, pues se extiende a zonas imprecisas que van desde no pagar (sobreseimiento en el cumplimiento de las obligaciones) hasta no poder pagar, total o parcialmente, por carecer de patrimonio neto (activo inferior al pasivo), es decir, por pérdida total del capital social (descapitalización, no desbalance). Considero que se ha pretendido asimilar «crisis económica» con iliquidez o insolvencia provisional e «insolvencia» con descapitalización o ausencia de recursos propios.

La actuación dolosa del deudor presupone mala fe, malicia o voluntariedad, respecto del resultado dañoso, y la culpa grave requiere la infracción de los deberes más elementales en la observancia de la diligencia debida, bien como buen padre de familia (arts. 1104, 1889 y 1903 *in fine* del C. civil), bien como ordenado empresario y representante leal (art. 127.2 TRLSA).

2.2.1. SUPUESTOS DE CULPABILIDAD

El apartado 2, del mencionado art. 164, dispone que, en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

«1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara».

Se refiere al cumplimiento de los deberes contables, como actualmente se previene en los citados arts. 888, 889 y 890 del C. de C., para la calificación de la **quiebra** o de la **suspensión de pagos**, declarada como insolvencia definitiva, aunque habrá que esperar a la doctrina científica y de los Tribunales de Justicia, para concretar el alcance del incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, salvo que se acuda a preceptos del ordenamiento tribu-

tario (art. 50¹³ LGT de 1963) y a la jurisprudencia (Sentencias de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fechas 20.06.1997 y 30.03.2000, que menciona las SSTs de fechas 16.07.1988, 13.03.1989, 9.01.1992 y 5.05.1993). La no llevanza de la contabilidad, en la forma y con todos los requisitos que prescribe el C. de C., puede asimilarse al incumplimiento sustancial de las obligaciones contables, que menciona el art. 50 de la LGT, y para precisar su significado se transcribe el criterio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en la referida sentencia de 20.06.1997: «*Fundamentos de Derecho: Tercero. ...la doctrina jurisprudencial ha venido entendiendo como supuestos de **incumplimiento sustancial** de las obligaciones contables, casos de ausencia de llevanza de los libros obligatorios, exigidos por el Código de Comercio, como su llevanza parcial, así como la no aportación de las facturas, o su aportación, también parcial, que no permitan la comprobación o contraste con lo reflejado en los libros (Tribunal Supremo sentencias 16 julio 1988, 13 marzo 1989, 9 enero 1992 y 5 mayo 1993; entre otras). Cuarto. ... la actora no conservaba los justificantes de ingresos y gastos ocasionados en el desarrollo de su actividad... Estas irregularidades impiden la constatación de la realidad contable de la mercantil recurrente...*».

Puede servir de interpretación, en el supuesto del art. 164.2.1.º, respecto del incumplimiento sustancial de deberes contables, la jurisprudencia *ad hoc*, en el vigente proceso de quiebra, a saber:

—Sentencias del TS de 24.04.1984, 22.02.1987, 27.03.1987, 22.04.1987 y 2.03.1990. La inobservancia del requisito de legalización de los libros de contabilidad, en los términos que el Código de Comercio previene, fundamenta la calificación de quiebra culpable. La presunción de inocencia puede ser destruida por la prueba practicada, cuando se alega la sustracción de los libros de contabilidad, según la STS de 8.04.1990.

—La STS de 24.04.1901, recogida por Pastor y Bustos¹⁴, declara: «*El comerciante que no llevando Libro de Inventarios y Balances se declarar en quiebra, procede le sea calificada de fraudulenta y no le*

¹³ Cuando la falta de presentación de declaraciones o las presentadas por los sujetos pasivos no permitan a la Administración el conocimiento de los datos necesarios para la estimación completa de las bases imponibles o de los rendimientos o cuando los mismos ofrezcan resistencia, excusa o negativa a la actuación inspectora o **incumplan sustancialmente sus obligaciones contables**, las bases o rendimientos se determinarán en régimen de estimación indirecta...».

¹⁴ PASTOR Y BUSTOS, F., *El Código de Comercio interpretado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, Hijos de Reus Editores, 1911, vol. I, p. 410.

es de aplicación el núm. 1 de este artículo 889, porque la calificación más atenuada de quiebra culpable sólo alcanza al que, llevando todos los libros que la ley exige, no se atempera, en cuanto a su forma y redacción a los **requisitos intrínsecos e extrínsecos** que el Código tiene establecidos». Dicha STS, citada también por Gay de Montellá¹⁵, añade: «**La sola omisión del Libro de Inventarios en la contabilidad de un comerciante, es causa suficiente de que se declare fraudulenta la quiebra del mismo... porque siendo cada uno de estos libros parte integrante de un solo todo, o de un sistema de contabilidad restablecido,... la falta de uno sólo afectaría a todo el sistema, que dejará de ser, por consecuencia de semejante omisión, lo que la ley quiere y tiene establecido en interés público y del comercio en general...**».

—El mismo autor Pastor y Bustos¹⁶ refiere la STS de 4.05.1901: «**El comerciante que declarado en quiebra no presentare libros de contabilidad, memoria ni balance, alegando fueron destruidos aquéllos en incendio ocurrido en su casa, puede ser calificado como quebrado fraudulento si la Sala sentenciadora no estimare probada tal afirmación, que al quebrado correspondió justificar**».

—STS del 18.02.1911, citada por Gay de Montellá¹⁷: «**La presunción de fraudulencia establecida en este artículo no puede tener aplicación al caso en que, si por la pérdida de los libros no es dable deducir la verdadera situación del quebrado, no es imputable a éste esa pérdida, y, por tanto, no es obra suya la causa que impide conocer su situación en la vida mercantil**».

—STS del 21.02.1976: «... al momento de la declaración de quiebra, sólo existían los libros “Diario”, “Mayor” y el de “Actas” faltando, los de “Copiador de Cartas y Telegramas” y el de “Inventarios y Balances” y que en lo que se refiere a este último ha de estimarse su falta, con entidad suficiente para el pronunciamiento de fraudulenta, pues dada la importancia del mismo, es el que patentiza al final de cada ejercicio el verdadero estado económico del negocio. La doctrina jurisprudencial —sentencias de 17.10 y 10.06.1982— establece, como comprendidos en el art. 890.3 cualquiera de los necesarios que se expresan en el art. 33. Es evidente, que aquellos preceptos sustantivos, 891 y 890-3, obligan a los Tribunales a declarar “fraudulenta” la [quiebra] de los comerciantes que incumplan en cuanto a sus libros de

¹⁵ GAY DE MONTELLÁ, R., *Código de Comercio anotado con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de Registros hasta 31 de diciembre de 1917*. Barcelona. Perelló, 1918, tomo I, pp. 22 y 256-257.

¹⁶ PASTOR Y BUSTOS, F., *op. cit.*, vol. I, pp. 413-414.

¹⁷ GAY DE MONTELLÁ, R., *op. cit.*, p. 258.

*contabilidad los deberes que con relación a ellos se impone en el Título Tercero del Libro Primero de la Ley sustantiva citada, ya que ello constituye una garantía o salvaguarda de los intereses de quienes se relacionen con ellos y evitan sea imposible, en caso necesario, **conocer su verdadera situación económica**, cuya obligación es de todo punto ineludible».*

—STS de 10.03.1980: «*Resulta plenamente acreditado la concurrencia de la circunstancia determinada en el párrafo 3.º del artículo 890 del Código de Comercio, que preceptúa la calificación de fraudulenta a la quiebra de comerciante que **no hubiera llevado los libros de contabilidad** de los que exige el artículo 33 del Código de Comercio».*

—STS 22.11.1985: «*La calificación de la quiebra, como fraudulenta, se asienta no solamente en la circunstancia de no llevar la entidad recurrente el Libro de Inventarios y Balances, sino también en irregularidades relativas al Libro Mayor, a que los datos del balance, ya declarada la quiebra, no se corresponden con la realidad, a la circunstancia de “haberse emitido obligaciones con garantía hipotecaria para pago de maquinaria adquirida, no se ha pagado la misma, desconociéndose el destino de la suma obtenida con la emisión, y por impago de las obligaciones emitidas se ejecuta la garantía hipotecaria y, por último, no se ha acreditado la titularidad de las patentes de la quebrada”, circunstancias determinantes de la calificación que se incardinan, aunque no sean objeto de cita expresa, en otros supuestos del citado 890 del Código mercantil. ... Es reiterada doctrina de esta Sala la que proclama que el Código de Comercio concede tanta trascendencia a los **libros de comercio**, que en su artículo 33 ordena llevar a los comerciantes, que utiliza el adverbio de modo “necesariamente”, de aquí que la **ausencia, bien total o parcial, en dicha llevanza**, determina que la quiebra, por él mismo provocada, haya de ser calificada como de fraudulenta, conforme dispone el párrafo 3.º del artículo 890 de dicho Cuerpo legal».*

—STS 5.07.1989: «*... de ahí que esta Sala tenga determinado que la **ausencia de libros**, por alegarse haber sido sustraídos, no impide la posibilidad de declarar al comerciante en situación de quiebra fraudulenta, cuando esa apreciación judicial emana de aspectos fácticos, no controvertidos adecuadamente y vinculantes en casación que enmarcan en el ámbito de otras circunstancias del art. 890 C. de C., además de la taxativamente prevista en la 3.ª de dicha norma...».*

—STS 17.04.1990: «*... el dato capital, que ya estuvo presente en el informe de los interventores de la suspensión de pagos que precedió, en meses, a la situación de quiebra, constituido por la **no llevanza de anotación alguna en los libros obligatorios Diario, Inventario y de Ba-***

lances (art. 33 C. de C.), a todo lo largo del año anterior a la suspensión, concretamente desde diciembre de 1982, determinante, según aquel informe, “de no haber podido analizar de forma global las operaciones previas a la suspensión..., ni establecer los valores de las distintas cuentas”, subsiste agravado por el tiempo, a la hora de la quiebra voluntaria, como textualmente pone de manifiesto el fundamento de derecho 2.º de la sentencia del juzgado y valora la de la apelación, a efectos del art. 890.3 y presunción del 891 C. de C., teniendo a la vista, además de aquella incuestionable falta de documentación básica generadora, según la intervención dicha, de la “dificultad de profundizar en determinados temas”, la confusión contable que, con detalle, la propia sentencia de 1.ª Instancia extrae de la documentación existente...».

—STS 18.04.1990: «Cuarto. El C. de C. concede tanta trascendencia a los libros de contabilidad —que en su art. 33 ordena llevar a los comerciantes— que utiliza el adverbio de modo “necesariamente”, de aquí que la ausencia, bien total o parcial, en dicha llevanza, determina que la quiebra, por el mismo provocada, haya de ser calificada como de fraudulenta, conforme dispone el art. 890.3 de dicho cuerpo legal (SS 5.11.1956, 7.02.1964, 10.10.1969 y 21.11.1985); ya **que la verdadera situación de la entidad quebrada no ha podido deducirse de sus libros**, lo que abona en presunción de fraudulencia (S. 2.02.1980); caso distinto de cuando la falta de libros se debe a causas ajenas a la voluntad del quebrado, como es el supuesto de robo (S. 1.12.1985). Pero, sobre todo, las circunstancias que definen los arts. 890 y 891 C. de C. implican una cuestión de hecho (S. 4.06.1987), que ha deducido la Sala de instancia del resultado de las pruebas...».

—Baró Casals¹⁸ cita, entre otras, la sentencia, de 19.01.1994, de la AP de Barcelona: «Segundo. Ciertamente es que el informe del señor comisario, no desmentido de contrario y debidamente valorado por el juez a quo, pone de manifiesto la inexistencia de asientos en los denominados “libros” Diario, de Inventarios y Mayor y tan sólo dos transcripciones en el libro de Actas y una en el de Balances (libros al parecer originarios, encuadernados y legalizados el 27 de diciembre de 1990), y que la sentencia de instancia valorando tales defectos trae a colación el párrafo 1 del artículo 889 del Código de Comercio (quiebra culpable por no llevar libros en la forma y con los requisitos legales)... y concluir la existencia de quiebra fraudulenta, por no poder deducir de

¹⁸ BARÓ CASALS, Antonio, *La quiebra. Legislación y jurisprudencia sistematizadas*, Barcelona, Cedecs, 1996, pp. 937-938.

los libros la verdadera situación de la quebrada (890.3 y 891 del propio Código). Tercero. Llevada la contabilidad de la empresa por sistemas informáticos y mediante hojas móviles, como se acredita en los autos..., es evidente que la legalización de los libros obligatorios (artículo 33 del Código de Comercio) podía realizarse a posteriori, como permite el artículo 297 del Reglamento del Registro Mercantil, dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del ejercicio. No parece, por tanto, que “strictu sensu” los libros entregados al comisario sean realmente los de la empresa (a excepción quizás del de Actas), sino que por un prurito formal se legalizaron libros encuadernados, en vez de encuadernar y legalizar las hojas móviles... Cuarto. Constan en autos, sin raspaduras ni intercalados, balances de situación, cuentas de pérdidas y ganancias y otras cuentas de 1990 (los últimos a fecha 31 de diciembre)... La quebrada podía legalizar, por tanto, los libros del ejercicio de 1990, en los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre (31 de diciembre), por lo que a la fecha de presentación de la quiebra (15 de febrero de 1991) estaba cubierto por las previsiones del artículo 297 del Reglamento del Registro Mercantil. Es, además, evidente que puede deducirse una situación contable de la empresa (se refleja una disminución del activo, de enero a diciembre de 48 a 39 millones de pesetas aproximadamente y unas pérdidas anuales de 8.883.346 pesetas),... por lo que queda destruida la presunción del artículo 891 del Código de Comercio. La legalización supondría garantía adicional sobre la realidad de los asientos, pero la documental acredita que existía contabilidad suficiente. Quinto. No se trata pues de un supuesto de ausencia total o parcial de la llevanza de los libros (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1901, 17 de junio de 1902, 5 de noviembre de 1956, 7 de febrero de 1964, 6 de diciembre de 1966, 13 de octubre de 1969 y 22 de noviembre de 1985), pues los asientos se han venido efectuando con regularidad tanto respecto a Diario (aunque con enmendados por tratarse de un borrador —folios 174 a 317—) como respecto a Inventarios y Balances y Libro Mayor (configuradas sus partidas conforme a técnicas contables modernas en cuentas y Balances de sumas y saldos, Explotación y Situación). Tampoco se trata de un caso de no llevanza de libros (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1983, 27 de abril de 1987 y 17 de diciembre de 1991) sino, en definitiva, de una situación de falta de formalización contable mediante la encuadernación y legalización de las hojas móviles de contabilidad. Ningún elemento de juicio aparece en los autos para interpretar que tales defectos oculten fraude o dolo de la quebrada y su propia existencia destruye la presunción “iuris et de iure” del artículo 890.3

*del Código de Comercio. Sexto. Cierto es que **estos libros de contabilidad no se han llevado en la forma y con los requisitos esenciales e indispensables** que se prescriben en los artículos 33 y siguientes del Código de Comercio, pues no sólo falta la legalización sino que **presentan defectos de redacción y de concepto**. Todo ello supone la declaración de quiebra culpable al amparo del número 1 del artículo 889 del propio texto legal».*

En cuanto al supuesto de llevanza de doble contabilidad, interesa la STS (Sala de lo Penal), de 30.01.1991: *«Segundo. El juez civil calificó de fraudulenta por él declarada, por concurrir las circunstancias previstas en el artículo 891 del Código de Comercio,... según los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, en los que asienta la información cardinal de que la quebrada llevaba constantemente una **doble contabilidad sistematizada** que, por completo, afectaba a todo el montante comercial de la empresa, de manera que un gran número de operaciones comerciales quedaban sólo reflejadas en la contabilidad oculta, llamada en la empresa Caja B, y detraídas al juego y resultado de la contabilidad transparente asentada en los libros oficiales que, por la razón dicha, no reflejaban la situación real de la empresa, y esa doble contabilidad que permitía al procesado ocultar en el balance cantidades en dinero, que procedía de las operaciones comerciales realizadas por la empresa, y del que en parte se lucraba, pone de manifiesto el ánimo de defraudar a los acreedores sociales, pues toda doble contabilidad tiene por finalidad ánimo defraudatorio, y el perjuicio real causado a estos al detraer del patrimonio alguna cantidad es causa, o al menos concausa determinante de la quiebra económica acaecida...».*

Por último, cuando se hace referencia a irregularidad relevante [en la contabilidad], para la comprensión de la situación patrimonial o financiera, cabe traer a colación lo dispuesto en la SAP de Bizkaia, de 3.11.1999: *«Fundamento Jurídico Segundo. Las premisas en las que basa la sentencia recurrida la calificación de la quiebra como fraudulenta, se concretan en las dos siguientes: 1.ª) no ser el conjunto contable ocupado a la quebrada fiel reflejo de la realidad, resultando por ello insuficiente a los fines de control o información a los que debe tender u orientarse una adecuada administración; y, 2.ª) la llevanza defectuosa de los libros de comercio, al no constar la memoria en el Libro de Inventarios y Cuentas anuales. La primera de las señaladas premisas se establece en la sentencia en función de las irregularidades que en la misma se achacan a la contabilidad de la quebrada, las que a su vez se concretan: a) en la existencia de operaciones contables sin soporte físico (facturas) y en la existencia de soportes físicos*

(albaranes) no contabilizados; b) en la existencia de descuentos de efectos sin soporte en facturas, esto es, de efectos ficticios; y c) en la existencia de grandes diferencias de... En definitiva, que las **irregularidades contables** a través de las que se construye, en la sentencia, recurrida la primera premisa de imputación, esto es, la de no ser el conjunto contable ocupado a la quebrada fiel reflejo de la realidad, resultando por ello insuficiente a los fines de control o información a los que debe tender u orientarse una adecuada administración, constituyen circunstancias suficientemente acreditadas y de procedente subsunción, dados sus términos, en las que reseñadas como 2.^a y 6.^a, en el artículo 890 del Código de Comercio, obligan a reputar la quiebra fraudulenta...».

«2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos». Concordante con los arts. 6.2 y 3, 21.1.3.º, 45, 46, 96 y 100.4 y 5, de esta Ley.

Puede servir de orientación, para delimitar el concepto de documento, la STS (Sala de lo Penal), de 19.01.1998: «Fundamentos de Derecho. Séptimo... Con carácter previo, conviene partir de la doctrina general que, en orden a este vicio sentencial, se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala que, de manera reiterada, viene delimitando el concepto de documento, requiriendo en primer término que se trate de un documento en sentido estricto, entendiendo por tal el escrito, en sentido tradicional, o aquella otra cosa que, sin serlo, pueda asimilarse al mismo, por ejemplo, un diskette, un documento de ordenador, un vídeo, una película, etc., con un criterio moderno de interacción de las nuevas realidades tecnológicas, en el sentido en que la palabra documento figura en algunos diccionarios como “cualquier cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo” (obsérvese que se trata de una interpretación ajustada a la realidad sociológica, puesto que, al no haber sido objeto de interpretación contextual y auténtica, puede el aplicador del Derecho tener en cuenta la evolución social), siempre que el llamado “documento” tenga un soporte material, que es lo que, sin duda exige la norma penal. (Por todas, SSTS 1114/1994, de 3 junio, 1763/1994, de 11 octubre y 711/1996, de 19 octubre). En la actualidad dicha fórmula jurisprudencial tiene adecuada correspondencia en la norma contenida en el artículo 26 del nuevo Código Penal, según el cual “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. Con arreglo a la

nueva fórmula legal, la interpretación literal del artículo 26 del Código penal de 1995 resulta insatisfactoria, y por ello, se impone hallar otra. Así, puede concluirse que documento, a efectos penales, es el resultado de combinar un soporte material y datos, hechos o narraciones; caracterizándose aquélla por las notas siguientes: a) En primer término, el documento al ser una materialización, debe de constar en un soporte indeleble...; b) Otra nota es que tenga procedencia humana. Se trata de que el contenido del documento resulte atribuible a una persona...; c) También el contenido de la declaración debe ser comprensible de acuerdo a los usos sociales, es decir, significativa en sí misma...; d) También se requiere la entrada en el tráfico jurídico...; e) Por último, el documento válido es el documento original y no tienen tal carácter las copias ni fotocopias. Sin embargo, esta afirmación es cada vez más relativa al aumentar el tráfico jurídico y, por tanto, el número de documentos...».

El art. 261 del Código Penal castiga a quien en procesos concursales presenten, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquellos.

La inexactitud grave, en los documentos presentados por el deudor, entraña apartarse de la realidad y de la fidelidad de los datos aportados, y es causa para la calificación de concurso como culpable, al igual que sucederá cuando de documentos falsos se tratase, es decir, no auténticos, fingidos o simulados, faltos de veracidad. Quizá, la inclusión de esta presunción de culpabilidad, evite algunos fraudes procesales, saliendo al paso del abuso que cunde, a veces, en el escenario judicial, cuando se acompañan a la solicitud de declaración de **suspensión de pagos** o de **quiebra**, al sancionar la presentación de documentos inexatos o falsos, v. g. las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria) o estados financieros intermedios.

García-Cruces¹⁹ advierte: «... el legislador supone la culpabilidad en el concurso cuando el concursado hubiera cometido “inexactitud grave” en los documentos que acompañan la solicitud de concurso o que entregara durante la tramitación de este procedimiento. Pues bien, la delimitación correcta de tal supuesto de hecho no deja de estar exenta de problemas, a la par que ocasiona serias dudas sobre la conveniencia de tal proceder, como bien lo atestigua su falta de acogida en los precedentes inmediatos del PLC (cfr. Art. 205.5.º PAPLC

¹⁹ GARCÍA-CRUCES, José Antonio, «El problema de la represión de la conducta del deudor», p. 267. *La reforma de la legislación concursal*, Jornadas, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2003.

de 1995). Si comparamos esta segunda previsión respecto del supuesto de la falsedad también acogido en la regla proyectada, me parece que podrán concretarse en las exigencias que han de darse en el supuesto de hecho de “inexactitud grave”. Así, la conducta contemplada requiere, en primer lugar, que se produzca el mismo resultado que en el supuesto anterior; esto es, que la información que se ofrece en la documentación entregada no se ajuste a la realidad. Ahora bien, de igual modo, será necesario que ese resultado de discordia entre lo expresado documentalmente y la realidad de la situación patrimonial financiera no pueda tener su origen en la falsedad como conducta intencional y querida por el deudor común, sino, mejor, en su involuntariedad. En definitiva, el supuesto de hecho ha de ser reconducido al de error en la noticia dada a través de los documentos».

«3.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado». Concordante con lo dispuesto en los arts. 140, 142.3 y 4, 143.1.5.º y 169.3.

La Sentencia, que declare el incumplimiento del convenio, deberá expresar la causa del mismo, como previene el art. 172.1²⁰ de esta Ley y a lo que coadyuva lo dispuesto en el art. 169.3²¹, en relación con el art. 167.2²², a los que me referiré en el epígrafe 2.5. García-Cruces²³ señala: «...parece razonable que concluyamos limitando la aplicación de esta regla de presunción de concurso culpable al incumplimiento del convenio que fuera doloso o con culpa grave del concursado».

«4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación».

Presentan destacado interés los delitos tipificados en los arts. 257 y 258 del CP, relativos al alzamiento de bienes en perjuicio de acreedores,

²⁰ La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación.

²¹ En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo 167, el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable.

²² Cuando se hubiera formado la sección de calificación como consecuencia de la aprobación de un convenio con el contenido previsto en el número 1.º del apartado 1 del artículo 163 y, con posterioridad, éste resultare incumplido...

²³ GARCÍA-CRUCES, José Antonio, *op. cit.*, pp. 271-272.

dada su relevancia en la antesala del fenómeno concursal, aunque estos tipos penales no se encuentren vinculados directamente a los procesos concursales, salvo la mención del art. 257: «3. *Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal*». Respecto de la modalidad de alzamiento, regulada en el art. 519 del anterior CP, en el vigente se tipifican dos nuevas conductas: a) el alzamiento procesal o procedimental del art. 257.1.2.º; y, b) el alzamiento para eludir la responsabilidad civil derivada del delito, ex art. 258 del CP.

Puede servir de guía, en este supuesto, la jurisprudencia dedicada al mismo hecho, en el vigente proceso de quiebra (art. 890.1 del C. de C.), a saber:

—Sentencia del TS de 10.12.1985, recogida por Baró Casals²⁴: «... *ha quedado probado mediante recibos el pago de escrituras de compra de un chalet a nombre de la esposa del administrador de la indicada sociedad quebrada, generando en consecuencia, con independencia del resultado que deparase el examen que pudiera llevarse a cabo de la expresada contabilidad que se dice sustraída, supuestos de fraudulencia comprensibles, cual se aprecia en la sentencia recurrida, en el ámbito de las circunstancias quinta y doce del artículo ochocientos noventa del Código de Comercio, dado que, con abstracción de los libros que se aduce han sido objeto de sustracción, no puede negarse que de tener un normal destino perceptor contable aquella suma superadora de los veinte millones de pesetas y los seis millones obtenidos, por préstamo personal, del Banco Occidental, S.A., fácil sería a la entidad quebrada, de no existir anomalía alguna que enmarque en la circunstancia quinta de dicho artículo ochocientos noventa, acreditarlo mediante medios probatorios independientes de la contabilidad reflejada en los relacionados libros que se dicen sustraídos, y no lo ha efectuado en tiempo adecuado y oportuno, y de tener una causa normal la relacionada adquisición del expresado chalet, no encajable en consecuencia dentro del ámbito de la precitada circunstancia doce del repetido artículo ochocientos noventa, también fácil hubiera sido destruir la lógica presunción de estarse en presencia de **compra puesta a nombre de tercera persona** en perjuicio de acreedores, toda vez que no resulta comprensible en el normal actuar humano el que, sin acreditación de causa justificante alguna y estando abocado a un desfase económico perjudicial, que incluso llevó a la solicitud de declaración*

²⁴ BARÓ CASALS, Antonio, *op. cit.*, p. 968.

de quiebra, satisfaga el importe de adquisición que se pretende efectúa con desvinculación patrimonial del quebrado que atiende a abonos a cargo de la adquisición llevada a cabo».

—Baró Casals²⁵ cita la STS de 19.10.1991: «No se incluyó en la contabilidad un terreno sito en..., lo que puede incluirse en el núm. 6.º del propio precepto» [890].

«5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos». Concordante con lo dispuesto en el art. 71, que regula las acciones de reintegración, aunque en éste no se requiere intención fraudulenta, pues tan sólo es suficiente que hubiese sido perjudicial para la masa activa, y está relacionado con el posible delito de alzamiento, si causase perjuicio a los acreedores. Debe probarse el ánimo defraudatorio, modalidad de conducta que constituye un comportamiento del deudor en fraude de acreedores, es decir, que la acción causante de la salida de bienes o derechos de su patrimonio ha contribuido al estado de insolvencia.

Puede servir de ayuda hermenéutica la jurisprudencia dedicada a este hecho en el vigente proceso de **quiebra**, sobre ocultación o desaparición de bienes (art. 890. 5.º, 10.º y 12.º), la STS de 6.05.1983. Baró Casals²⁶ selecciona las siguientes resoluciones: STS de 24.06.1927, SAT de Barcelona de 15.10.1987; SAP de Teruel, de 9.11.1996, SAP de Barcelona, de 8.07.1998: «Fundamentos de Derecho. Octavo. La apropiación o alzamiento de bienes fundamenta la sindicatura: 1) en la desaparición del material de oficina, que detalla, de herramientas; y de vehículos en poder de la quebrada; lo que está reconocido por escrito de 27 de mayo de 1994 de la quebrada, ignorándose el paradero en muchos casos, y sin que conste el ingreso en caja de contraprestación alguna en otros, en que se dispuso a favor de terceros vinculados a la administración de la empresa; 2) en la descapitalización por anticipos a administradores con ulteriores modificaciones de la denominación de la cuenta, que pasa a identificarse y traspasarse sucesivamente como “dividendo a cuenta”, “Máximo M.”, e integrarse finalmente en “deudores diversos”, omitiendo el título de la cuenta en el balance de comprobación de sumas y saldos; y 3) la existencia de dividendos pendientes de desembolso. Noveno. La falta de justificación convincente de la desaparición de bienes y su enajenación a terceros vinculados a los

²⁵ BARÓ CASALS, Antonio, *op. cit.*, p. 969.

²⁶ BARÓ CASALS, Antonio, *op. cit.*, pp. 946-947.

administradores de la sociedad, sin desembolso de las contraprestaciones correspondientes —la quebrada se ha limitado a una genérica negativa—, integran la circunstancia primera del artículo 890 del Código de Comercio, sin que lo expuesto quede enervado por el resultado de las diligencias penales seguidas a instancia de la sindicatura, toda vez que, como reitera unánime jurisprudencia (por todas, sentencias de 13 septiembre 1985 y 17 mayo 1988), las resoluciones que se dicten en la jurisdicción penal no producen excepción de cosa juzgada en la civil, salvo cuando se trata de hechos declarados probados, en las condenatorias, o en la declaración de no haber existido los mismos en las absolutorias».

García-Cruces²⁷ considera: «*La inserción de esta conducta como supuesto de hecho al que se le anuda la presunción de concurso culpable es absolutamente acertada y resulta totalmente oportuna. En efecto, la realización de actos de disposición fraudulenta que se produjeran en la época que fija la norma conlleva, por su propio significado, una alteración de la situación patrimonial del deudor común, determinando el origen o, al menos, el agravamiento de su futuro estado de insolvencia. La calificación de tales actos como fraudulentos afirma la coherencia de esta presunción respecto del criterio general de calificación del concurso como culpable, pues asegura la concurrencia de dolo en el deudor común al llevar a cabo tales actos de disposición patrimonial*».

«**6.º** Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia». Lo ficticio se contrapone a imagen fiel, macroprincipio de Derecho contable, que se destaca en el art. 34.2 del C. de C. y el art. 172 del TRLSA.

Permitirá su adecuada comprensión, la solución hermenéutica dada por la jurisprudencia a este hecho, en el vigente proceso de **quiebra**, a saber:

—Sentencia TS del 4.05.1987: «... *la responsabilidad del patrimonio ganancial, existente con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad del mismo carácter, perviva al efecto de que sobre los bienes que integraban dicho patrimonio puedan hacerse efectivas las deudas contraídas por el marido en el ejercicio de su comercio que, con el conocimiento y sin oposición expresa de la esposa, venía*

²⁷ GARCÍA-CRUCES, José Antonio, *op. cit.*, p. 272.

*desarrollando, según al respecto autorizaba la preceptiva contenida en los arts. 6 y 7 CC, derivando de ello que el negocio jurídico del otorgamiento de capitulaciones, constante matrimonio, estableciendo el régimen de separación de bienes en sustitución del de gananciales, al no poder perjudicar el derecho de los acreedores del esposo comerciante, para hacer efectivos sus créditos sobre todos los bienes que integraban la preexistente sociedad de gananciales, no se puede incardinar en la circunstancia del núm. 10 del artículo 890 C. de C., según la que se reputará quiebra fraudulenta cuando se hayan **simulado** por el quebrado enajenaciones de cualquier clase que éstas fuesen, ya que no se producen a virtud del alcance que ha de concedérsele a la preceptiva legal aquí invocada las “condiciones objetivas”, para que el fraude se origine».*

—Baró Casals²⁸ ofrece la jurisprudencia siguiente:

- a) Sobre el fondo de comercio, de fecha 20.06.1970: «*Por incluir en el balance una partida en concepto de fondo de comercio, fondo que la sentencia de instancia declara inexistente e incluido con la única finalidad de ocultar contablemente las pérdidas habidas e **inducir a error** a los acreedores*».
- b) En relación con el capital social, de fecha de 14.06.1929: «*Por incluir en el balance **capital social que en realidad nunca se ingresó** en la caja social, obteniendo mediante tal supuesto capital crédito para sus operaciones, originándose el estado de insolvencia determinante de la quiebra*».
- c) Respecto a los derechos de traspaso, de 28.03.1985: «*... se ha probado la inclusión en el activo del balance de bienes supuestos, que el Tribunal Sentenciador concreta en el derecho de traspaso de un establecimiento comercial, con respecto al cual se había renunciado al mismo en el contrato de arrendamiento suscrito con la propiedad, y cuyo valor se fija en diez millones de pesetas, sin que quepa tampoco admitir la alegación que hace la recurrente de que, dado lo irrisorio del precio del arrendamiento, y la gran valía del inmueble arrendado, tal estado de cosas supone un valor en favor del arrendatario que debe reflejarse en su activo, ya que la renuncia expresa al **derecho de traspaso** convierte en ilusorio el valor del mismo, por lo **que en modo alguno puede contabilizarse su existencia**, debiendo, por consecuencia, decaer este segundo motivo*».

²⁸ BARÓ CASALS, Antonio, *op. cit.*, pp. 947-948.

- d) Sobre deudas supuestas, la misma de 28.03.1985: *«por incluir créditos supuestos, pretendiéndose por el recurrente, con base de un motivo fundado en dicho ordinal primero, contradecir una afirmación fáctica como es la contenida en la resolución recurrida, de que **no se ha probado la existencia del crédito** a favor de..., sin que quepa alegar, como lo hace el recurrente, que no pueden imputarse a la entidad quebrada las consecuencias favorables o perjudiciales que se deriven de la defensa hecha por... de su crédito en la pieza cuarta, toda vez que, si bien la resolución recurrida, a mayor abundamiento, y como un simple “obiter dictum”, hace constar que tampoco en dicha pieza cuarta, en la que por la citada entidad... no se impugnó adecuadamente la exclusión de su crédito, se acreditó su existencia, es lo cierto que aclara expresamente que, con antelación al mismo, no se ha logrado acreditar la realidad de su existencia, por todo lo cual procede la desestimación de este primer motivo».*

García-Cruces²⁹ señala: *«De una atenta lectura de esta previsión del PLC lo primero que llama la atención es el alcance general e ilimitado de esta regla presuntiva. El tenor literal de la norma proyectada es extremadamente impreciso y una interpretación literal puede llevarnos a resultados absurdos. Todas las ideas anteriores nos han de obligar a buscar una interpretación más racional de la regla presuntiva, que se acomode a cuál pueda ser su finalidad y que evite resultados que no cabe amparar. En este sentido, me parece más acertado considerar que no todo acto de simulación ha de conllevar la aplicación de esta regla y la consiguiente calificación del concurso como culpable. En mi opinión, la aplicación de esta presunción debiera reducirse a los supuestos de simulación en que el acto llevado a cabo sea apto para conducir a tal resultado, pero, además, tenga una cierta relevancia, pues de lo contrario podría incurrirse en el absurdo».* Sin embargo, la exposición de motivos de la Ley es clara: *«La ley formula el criterio general de calificación del concurso como culpable y a continuación enuncia una serie de supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza...».*

2.2.2. PRESUNCIONES

El artículo 165 establece que se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso,

²⁹ GARCÍA-CRUCES, José Antonio, *op. cit.*, p. 273.

sus representantes legales, administradores o liquidadores, incurran en los siguientes supuestos de hecho:

«**1.º** Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso». Es decir, el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su insolvencia, que se presume cuando hayan transcurrido los plazos señalados en el art. 2.4.4.³⁰ (art. 5.1). Presunción de culpabilidad en la quiebra (art. 889.2.º), hasta la reforma del C. de C. en 1897, que explica detalladamente el auto, de fecha 29.12.1997, de la Audiencia Provincial de La Rioja.

Considera García-Cruces³¹: «*Este deber de instar el concurso, que obliga al deudor común a seguir tal proceder, obedece a un fundamento expreso y más que razonable, pues con su cumplimiento —concurso voluntario— se pueden anticipar las soluciones concursales y así evitar o minorar la producción de daños y el agravamiento de la deficitaria situación patrimonial, tal y como la práctica viene bien a enseñarnos*».

«**2.º** Hubieran incumplido el deber de colaboración con el Juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la Junta de acreedores». Es decir, por incumplimiento de los deberes de colaboración con los órganos concursales, establecidos en los artículos 21.1.3.³², 42³³, 45³⁴, así como del deber del concursado de asistir a la junta de acreedores para convenio, según dispone el art. 117.2³⁵. Es razonable la

³⁰ El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

³¹ GARCÍA-CRUCES, José Antonio, *op. cit.*, p. 276.

³² En caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6.

³³ 1. El deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el Juzgado de lo Mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso.

³⁴ 1. El deudor pondrá a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial.

³⁵ El concursado deberá asistir a la Junta de acreedores personalmente o hacerse representar por apoderado con facultades para negociar y aceptar convenios.

incorporación de esta conducta omisiva del deudor y otros, como elemento que coadyuve a lograr un comportamiento activo y positivo del concursado, que supere la actual desidia del suspenso o quebrado, en general. El art. 890.3.º del C. de C. considera culpable al quebrado, si dejare de presentarse en los casos ordenados por la Ley.

«3.º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso». Es decir, el incumplimiento de los deberes establecidos en las leyes mercantiles, sobre contabilidad y auditoría³⁶, en particular, el título III del libro I del Código de comercio (arts. 34 y 41) y el capítulo VII del referido TRLSA (arts. 171, 203, 212 y 218).

2.3. Cómplices

El artículo 166 dispone que se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de hecho como de derecho, o con sus apoderados generales, en la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

2.3.1. DERECHO CONCURSAL VIGENTE

Soto Vázquez³⁷ estudia la situación de los cómplices de las insolvencias fraudulentas, y anticipa que el tratamiento de la materia no es fácil, pues será preciso, en primer lugar, averiguar el sentido que se atribuye a la denominación de cómplice en las insolvencias fraudulentas, las secuelas civiles y mercantiles de incurrir en ese concepto, así como su posible relación con las consecuencias penales que ello lleva consigo; en segundo lugar, estudiar cada uno de los tipos recogidos en

³⁶ En sentido estricto, la ley (Código de Comercio de 1885, Ley de Auditoría de Cuentas de 1988 y Ley de Sociedades Anónimas de 1989) y, en sentido amplio, su desarrollo reglamentario (Plan General de Contabilidad de 1990, Normas para formulación de las cuentas anuales consolidadas de 1991, Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas de 1990, Normas Técnicas de Auditoría de 1991, etc.).

³⁷ SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo, *Quiebras y concurso de acreedores. Las situaciones de insolvencia y la responsabilidad penal del deudor*. Granada, Comares, 1994, pp. 319-337.

la ley; y, en tercer lugar, determinar el régimen procesal aplicable a la declaración de complicidad fraudulenta, puesto que la Ley de Enjuiciamiento Civil guarda absoluto silencio al respecto.

Serán considerados cómplices de las **quiebras** fraudulentas (se intercalan comentarios de Soto Vázquez³⁸), según el art. 893 del C. de C.:

1.º «*Los que auxilién el alzamiento de bienes del quebrado*». Se resuelve sobre este caso en la STS de 19.12.1975, con fundamentos en el anterior CP. La inclusión de este motivo concreto —que no figuraba en el antiguo art. 1010 del C. de C. de 1829— no es sino consecuencia de haber incluido como caso de insolvencia fraudulenta la quinta clase de quiebra de este último cuerpo legal: «el alzamiento de bienes». En puridad de conceptos habría que distinguir en torno a la naturaleza de los actos de auxilio perpetrados, puesto que si se trata de actos de cooperación necesaria, desde el punto de vista de los conceptos penales generales al menos, habría de reputarse un supuesto de autoría y no de complicidad. Ello no obstante, no procede insistir demasiado en todas estas sutilezas, si tenemos en cuenta que, como se dijo anteriormente, el concepto de complicidad en las insolvencias fraudulentas es un concepto sustantivo y autónomo que no tiene que coincidir con el de complicidad penal. En los procesos concursales se persigue la dilucidación de las responsabilidades económicas del deudor insolvente como tema principal, y solamente después de que éstas hayan sido calificadas desde el punto de vista mercantil o civil se da paso a un enjuiciamiento penal de su conducta. La calificación de «cómplices fraudulentos» está hecha asimismo desde el punto de vista no penal, y creo que por eso mismo carece de relevancia que las conductas descritas bajo ese epígrafe puedan merecer otra conceptualización desde el punto de vista punitivo.

El quebrado podrá ser castigado, en el proceso penal correspondiente, con las penas previstas en los arts. 257 y 258 del CP.

2.º «*Los que, habiéndose confabulado con el quebrado para suponer créditos contra él o aumentar el valor de los que efectivamente tengan contra sus valores o bienes, sostengan esta suposición en el juicio de examen y calificación de los créditos o en cualquiera junta de acreedores de la quiebra*». Examina este supuesto la STS de 23.01.1975, en relación con el anterior CP: «*Para ser calificados de cómplices de quiebra fraudulenta, no basta el acuerdo, sino que es necesario que se sostenga por tales presuntos acreedores en la junta de examen y calificación de los créditos, o en cualquier otra junta de acreedores*».

³⁸ SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 323-337.

El quebrado podrá ser castigado ex art. 260 del CP, en el correspondiente proceso penal, cuando estos hechos sean causantes o agraven dolosamente la situación de crisis económica del deudor, en perjuicio de sus acreedores.

3.º *«Los que, para anteponerse en la graduación en perjuicio de otros acreedores y de acuerdo con el quebrado, alteraren la naturaleza o fecha del crédito, aun cuando esto se verifique antes de hacerse la declaración de quiebra».*

4.º *«Los que deliberadamente, y después que el quebrado cesó en sus pagos, le auxiliaren para ocultar o sustraer alguna parte de sus bienes o créditos».* La jurisprudencia ha destacado otro elemento necesario en la consideración de complicidad fraudulenta que, no por obvio, deja de ser importante el subrayar: el acuerdo entre deudor y cómplice tiene que ser susceptible de originar un perjuicio real a los acreedores del primero; de manera que si no es así, no se puede hablar de complicidad fraudulenta.

De nuevo, puede ponerse en relación con el tipo del art. 260 del CP.

5.º *«Los que, siendo tenedores de alguna pertenencia del quebrado al tiempo de hacerse notoria la declaración de quiebra por el Juez o Tribunal que de ello conozca, la entregaren a aquél, y no a los administradores legítimos de la masa, a menos que, siendo de nación o provincia diferente de la del domicilio del quebrado, prueben que en el pueblo de su residencia no se tenía noticia de la quiebra».* Es fácilmente comprobable que, al referirse a la quiebra, este párrafo está sentando una auténtica presunción irrefutable de que incurren en complicidad fraudulenta los tenedores de pertenencias del insolvente que, teniendo su domicilio en la misma provincia, le hagan entrega de las mismas, en lugar de a los administradores; todo ello de acuerdo con lo que ordena el art. 1193 de la LEC, aplicable al concurso de acreedores, pero extensible a las quiebras por virtud del art. 1319, así como del art. 1057 del C. de C. de 1829.

6.º *«Los que negaren a los administradores de la quiebra los efectos que de la pertenencia del quebrado existieren en su poder».*

7.º *«Los que, después de publicada la declaración de la quiebra, admitieren endosos del quebrado».* Lógica tipificación, por demás manifestación específica de la prohibición de prestar cualquier auxilio encaminado a la ocultación de bienes del deudor, si se tiene en cuenta que la declaración de quiebra desapodera, a quien la sufre, de la habilitación para administrar sus bienes, según el art. 878 del C. de C. actual.

El quebrado que hiciese estos endosos, en favor de sus acreedores, con posposición del resto, puede incurrir en la sanción prevista en el art. 259 del CP.

8.º «*Los acreedores legítimos que, en perjuicio y fraude de la masa, hicieren con el quebrado convenios particulares y secretos*». En el caso de quiebra, los convenios, además de particulares, han de concertarse secretamente, con la salvedad de que es realmente poco verosímil que los conciertos particulares en perjuicio de tercero se estipulen de otra manera. Que el deudor insolvente no puede celebrar convenios particulares con sus acreedores, es algo que se deduce de la naturaleza misma del concurso o de la quiebra, así como de la misma inhabilitación que uno y otra llevan consigo para administrar por parte del insolvente (art. 1914 del CC y 878 del C. de C.), que con mayor motivo han de incapacitarle para concertar otros pactos que aquellos convenios que se estipulen regularmente en el curso del procedimiento de concurso o quiebra. De todas formas, el art. 899 del C. de C. es claramente expresivo al respecto, cuando ordena que los convenios entre los acreedores y el quebrado hayan de ser hechos en junta de acreedores debidamente constituida, sancionando con la nulidad los pactos particulares entre el quebrado y cualquiera de éstos, así como con la pérdida de los derechos en la quiebra al acreedor, y calificando de culpable al quebrado, siempre que no mereciese serlo como fraudulento. Es evidente, sin embargo, que esa sanción no implica por sí sola la declaración de complicidad fraudulenta a cargo de quien concertó los pactos particulares con el quebrado, en tanto no concurren las circunstancias que recoge este apartado.

9.º «*Los agentes mediadores que intervengan en operaciones de tráfico o giro que hiciere el comerciante declarado en quiebra*». Debe tenerse en cuenta que resulta totalmente improcedente que la simple declaración —sin haber sido publicada siquiera— de la quiebra dé lugar a una imputación de complicidad fraudulenta, a no ser que se demuestre que el agente mediador conocía el estado de insolvencia del comerciante. Y también que, como se desprende de lo dispuesto en el art. 88³⁹ del C. de C.,

³⁹ (i) los Agentes de Cambio y Bolsa (cuyo Colegio fue disuelto y sus miembros integrados en el Cuerpo de Corredores de Comercio Colegiados, por virtud de la Disposición Adicional Segunda de la Ley del Mercado de Valores - Ley 24/1988);

(ii) los Corredores de Comercio Colegiados (cuyos miembros han quedado integrados junto a los Notarios en un Cuerpo único de Notarios, por virtud de la Disposición Adicional Vigésimocuarta de la Ley de Acompañamiento 55/1999, de 29 de diciembre, que estableció el régimen de dicha integración); y

(iii) los Corredores intérpretes de buques, hoy conocidos como Corredores Intérpretes Marítimos o simplemente como Corredores Marítimos, que se rigen por los artículos 112 a 115 del C.Com. y por su Reglamento, aprobado por Orden Ministerial de 30 de noviembre de 1933 (modificada por la de 5 de mayo de 1934).

únicamente los agentes mediadores allí indicados se pueden considerar incluidos en el precepto.

Los cómplices de la quiebra serán condenados, civilmente, a perder cualquier derecho que tengan sobre la masa (normalmente su crédito) y a reintegrar los bienes y derechos sustraídos, con intereses e indemnización de daños y perjuicios (art. 894 del C. de C.). A los síndicos les compete exigir la responsabilidad, en su caso, previa determinación de aquéllos que hayan de ser considerados cómplices de las quiebras fraudulentas, en el ramo separado correspondiente seguido por el trámite de los incidentes. La calificación de quiebra fraudulenta y la declaración de complicidad pueden hacerse en un mismo procedimiento incidental, cuando sean conocidos con anterioridad a la apertura de la pieza de calificación los hechos constitutivos de complicidad, no habiendo norma procesal que lo impida, y sin que ello implique, por sí solo, indefensión para el tachado de cómplice, según se declara en la STS de 16.07.1991. *Contrario sensu* puede citarse la STS de 26.05.1972, que señala la posibilidad de que se ventile en incidente separado del de calificación la demanda de complicidad, cuando los hechos que la puedan producir sean conocidos con posterioridad a la sustanciación o resolución de la pieza de calificación.

Nada obstaculiza la pretensión de cualquier acreedor concursal a personarse y coadyuvar en este procedimiento de complicidad, a su exclusiva costa. Sobre la complicidad específica del art. 893 del C. de C., y sobre la culpabilidad genérica del Código Penal, se pronuncia la STS de 8.03.1979.

Ferrer Barriendos⁴⁰ considera que en caso de complicidad, si quisiera sacarse alguna consecuencia lógica a la pieza, debería emplazarse al alegado cómplice contra el que se pidiera alguna responsabilidad civil. Ante problemas de efectiva indefensión se ha considerado por la jurisprudencia el carácter inquisitivo del expediente y su función reducida a la cuestión de la procedibilidad penal. Con tales premisas, no puede extrañar que las piezas de calificación hayan dejado de ser verdaderos procesos civiles con eficacia civil y que, incluso el Tribunal Supremo, en alguna ocasión, sugiera la remisión de las cuestiones civiles, vinculadas con este problema, al juzgado penal. Esta última postura parece la adecuada y, en el derecho proyectado, existe clara preocupación por garantizar la adecuada defensa de aquellas personas concretas contra las que se dirigen las pretensiones civiles, derivadas de la calificación de fraudulencia, porque de la sentencia se derivarán pronunciamientos de notable

⁴⁰ FERRER BARRIENDOS, Agustín, *op. cit.*, pp. 571-572.

trascendencia civil. La perspectiva excesivamente «criminalista» y la referencia del art. 895 del Código de Comercio [*la calificación de la quiebra, para exigir del deudor la responsabilidad criminal, se hará siempre en ramo separado...*] ha lastrado un desarrollo razonable de las posibilidades de la pieza de calificación, que resulta más fácil de observar una vez la cuestión penal haya salido definitivamente de ella.

Resulta de interés el Fallo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Gijón, de fecha 31.01.1997, y la Sentencia de la AP de Oviedo, de fecha 9.01.1998, que confirma el anterior: «**FALLO:** *Que debo calificar y califico como fraudulenta la quiebra de la “Sociedad Promotora Urbanización el Rinconín, S.A.” y como cómplices de la quiebra a Dña. ..., D. ..., D. ..., “Edificaciones y Contratas Torre-mar, S.L.”, “Gómez Oviedo, S.L.” y “Banco Herrero, S.A.”, a quienes se condena a perder cualquier derecho que tengan a la masa de la quiebra y a reintegrar a la misma los bienes, derechos y acciones cuya sustracción ha dado lugar a su declaración de complicidad, con intereses e indemnización de daños y perjuicios; y una vez firme la presente resolución, procédase a la incoación de causa criminal para determinar la posible responsabilidad de este orden en que hayan podido incurrir la quebrada y los cómplices, deduciéndose testimonio del auto de declaración de quiebra, de la sentencia de fecha 31.05.1992 dictada en el incidente sobre revisión de la fecha de retroacción de la quiebra, del informe del señor comisario, junto con los documentos acompañados al mismo, exposición de los síndicos y censura del Ministerio Fiscal, así como de los escritos de oposición a la declaración de complicidad, la totalidad de los documentos aportados, salvo extractos bancarios y estados contables y de la presente sentencia; sin hacer expresa declaración de cuanto a las costas causadas en este incidente».*

2.3.2. EN EL NUEVO CONCURSO

Pese a su marcado carácter penal, en general, puede definirse como cómplice la persona que acompaña o ayuda a otra en la comisión de un hecho reprobable, es decir, en el concurso, según el citado art. 166, quienes cooperen en la realización de cualquier acto determinado en los arts. 164 y 165, que fundamenta la declaración de culpabilidad.

Puntualiza García-Cruces⁴¹: «... *atendiendo al tenor literal del art. 165 PLC “hubieran cooperado con el deudor...” pudiera surgir la*

⁴¹ GARCÍA-CRUCES, José Antonio, *op. cit.*, pp. 283-284.

duda de si este otro tipo de conductas —básicamente, aquellas reconducibles a la idea de encubrimiento— son susceptibles o no de quedar acogidas bajo la futura noción concursal de complicidad. Desde luego, la absoluta independencia de los órdenes penal y civil abogaría por una respuesta positiva, conforme a la cual no habría duda en subsumir bajo la noción de complicidad ex art. 165 PLC ese otro tipo de comportamientos y rehuir, de este modo, una interpretación del concepto de complicidad concursal basado en el significado técnico-penal del término. Pero, además, entiendo que la misma literalidad de la previsión que nos ocupa ha de llevarnos a igual resultado. En efecto, las conductas que no respondan al estricto significado penal de la complicidad y que encierren comportamientos propios del encubrimiento no repugnan al concepto concursal de complicidad, pues éste comprende la colaboración en los actos de causación de la insolvencia que permitieron la calificación del concurso como culpable, pero, también, en aquellos otros de agravamiento de tal estado y que permitieron igual calificación. Por ello, y atendiendo al significado material de esos otros actos de encubrimiento, no puede, desconocerse que con los mismos se agrava, mediante el ocultamiento, la realidad de la situación patrimonial y financiera del deudor común, razón que justifica la consideración del tercero encubridor como cómplice a los efectos previstos en el art. 165 PLC».

2.4. Informe

El artículo 169.1 establece que la administración concursal presentará al Juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes (artículos 164 y 165) para la calificación del concurso, con propuesta de resolución, y si la propuesta fuese como culpable expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación (el deudor o, si los tuviere, sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho) y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores. Dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para la personación de los interesados, la administración concursal presentará el mencionado informe. Insuficiente plazo, a mi juicio, dado el riguroso estudio que requiere y la trascendencia de este informe, con posibles consecuencias civiles e incluso penales para el deudor y terceros, como se deduce de los comentarios relativos a la sentencia de calificación.

Cuando el deudor concursado fuese empresario mercantil, los administradores concursales deben comprobar el cumplimiento de la legislación contable, revisar la contabilidad y verificar las cuentas anuales o estados financieros intermedios, de cuya función auditora podrán valorar la conducta del deudor:

- a) Si ha incumplido sustancialmente los deberes contables.
- b) Si ha llevado doble contabilidad.
- c) Si ha incurrido en irregularidad relevante en la llevanza contable.
- d) Si alguno de los documentos aportados con la solicitud de concurso o presentados durante la tramitación del mismo adolecen de inexactitud grave.
- e) Si la apertura de la liquidación ha sido acordada de oficio, por incumplimiento de convenio, con causa imputable al deudor.
- f) Si ha ocultado, hecho desaparecer o transmitido a terceros bienes propios del deudor, con el efecto de haberse generado o agravado el estado de insolvencia, mediante dolo o culpa grave.
- g) Si durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente de su patrimonio bienes o derechos. En particular, los administradores concursales deben investigar si se ha producido segregación de bienes del patrimonio del deudor, cuyo resultado es que el acreedor ha sido privado de las garantías de su crédito y que el deudor conserva su patrimonio, aunque ocultándolo.
- h) Si antes de la fecha de la declaración de concurso ha realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.
- i) Si ha incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.
- j) Si ha incumplido el deber de colaboración con el Juez del concurso y la administración concursal.
- k) Si no ha formulado las cuentas anuales.
- l) Si no ha sometido a auditoría las cuentas anuales, debiendo hacerlo.
- m) Si no ha depositado las cuentas anuales en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

El concurso fortuito se define por exclusión, es decir, será fortuito el que no es culpable, por lo que se requiere el mismo esfuerzo investigador de la administración concursal, en aras de indagar y conocer si no se dan los supuestos de hecho enumerados precedentemente para la calificación de concurso culpable. Por omisión, los adminis-

tradores concursales pueden incurrir en la responsabilidad prevista en el art. 36⁴².

El concurso culpable se anuda a la actuación dolosa o con culpa grave del deudor (arts. 164 y 165), que es causante de la incapacidad para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Del referido informe de la administración concursal se dará traslado al Ministerio Fiscal, para que emita dictamen sobre la calificación del concurso, en el plazo de diez días. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen, se entenderá conforme con la propuesta de calificación.

En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo 167⁴³, el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento, para dar respuesta a lo previsto en el art. 164.2.3.º, y si el concurso debe ser calificado como culpable.

2.5. Tramitación de la sección de calificación

Dispone el art. 170: «**1.** Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno».

El Juez deberá calificar el concurso como fortuito, por imperativo del mencionado art. 163.2, aunque el automatismo previsto le niegue toda posibilidad discrepante de los informes recibidos. Sin embargo, el precepto transcrito permite interpretar que no se calificará judicialmente el concurso, cuando los administradores concursales y, en su caso, el Ministerio Fiscal coincidan en su calificación como fortuito, ordenándose al Juez que archive las actuaciones, aunque de las alegaciones de los acreedores u otros interesados (art. 168⁴⁴) puedan deducirse indicios

⁴² 1. Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.

⁴³ Cuando se hubiera formado la sección de calificación como consecuencia de la aprobación de un convenio con el contenido previsto en el número 1.º del apartado 1 del artículo 163 [quita superior a un tercio o espera superior a tres años] y, con posterioridad, éste resultare incumplido...

⁴⁴ 1. Dentro de los diez días siguientes a la última publicación que, conforme a lo establecido en esta Ley, se hubiere dado a la resolución judicial de aprobación del convenio o, en su caso, de apertura de la liquidación, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante

razonables de culpabilidad, no compartidos por la administración concursal ni por el Ministerio Fiscal. La exposición de motivos de la Ley indica: «*Si el preceptivo informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal coincidieran en la calificación del concurso como fortuito, se archivarán las actuaciones sin más trámites. En otro caso, la calificación como culpable se decidirá tras un contradictorio, en el que serán partes el Ministerio Fiscal, la administración concursal, el deudor y todas las personas que pudieran resultar afectadas por la calificación*».

Cuando en alguno de los dos informes mencionados se hubiese calificado el concurso como culpable, el juez dará audiencia al deudor por plazo de diez días y ordenará emplazar a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso (el deudor o, si los tuviere, sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho ¿se olvida de los apoderados generales, incluidos en el art. 166 sobre complicidad? o ¿pueden ser considerados administradores o liquidadores de hecho?) o declaradas cómplices (doy por supuesto que los apoderados generales pueden ser considerados cómplices), a fin de que, en plazo de cinco días, comparezcan en la sección si no lo hubieran hecho con anterioridad. No parece que sean emplazados los acreedores, ni tan siquiera aquéllos que formularon alegaciones iniciales. A quienes comparezcan en plazo se les dará vista del contenido de la sección para que, dentro de los diez días siguientes, aleguen cuanto convenga a su derecho. Si comparecieren con posterioridad al vencimiento del plazo, se los tendrá por parte sin retroceder el curso de las actuaciones. Si no comparecieren, serán declarados en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos.

Según el artículo 171, en el improbable caso de que no se formulara oposición a la declaración de culpabilidad, el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días, y en el más probable escenario de que el deudor o alguno de los comparecidos formularan oposición, el juez la sustanciará por los trámites del incidente concursal. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán juntas en el mismo incidente (arts. 192 a 196). De nuevo, llamo la atención que se priva de legitimación a los acreedores concursales.

para la calificación del concurso como culpable. 2. En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente, los interesados podrán personarse en la sección o en la pieza separada dentro del mismo plazo contado desde la última publicación que se hubiere dado a la resolución judicial de apertura de la liquidación, pero sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.

2.5.1. SENTENCIA DE CALIFICACIÓN

El artículo 172 dispone:

«1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación». Además de satisfacer la natural curiosidad de las partes personadas y de quienes se asomen la Registro público correspondiente, la mención de la causa o causas, en que se fundamente la declaración de concurso culpable, resulta obligada para explicar los pronunciamientos que siguen, en el apartado siguiente, y como antecedente, no vinculante, también, de posibles acciones penales, que se mencionan en el art. 163.2⁴⁵.

«2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: 1.º La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición; 2.º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos, durante un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona, durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad de perjuicio; 3.º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados». En primer lugar, la Sentencia señalará la identidad de los afectados (el deudor o, si los tuviere, sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho ¿se olvida de los apoderados generales, incluidos en el art. 166 sobre complicidad?) y de los declarados cómplices, indispensable para acordar su inhabilitación y para privarles de los derechos de crédito que tuvieran reconocidos en el concurso, así como para condenarles a devolver lo que hubieran obtenido indebidamente del deudor o del concurso y a indemnizar los daños y perjuicios causados.

⁴⁵ El concurso se calificará como fortuito o como culpable. La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito.

El pronunciamiento de la Sentencia calificadora del concurso sobre este último inciso, dedicado a daños y perjuicios, trae causa en la estimación hecha por los administradores concursales en su informe, según el art. 169.1 *in fine*⁴⁶.

«3. Si la Sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica, cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa». Concordante con lo dispuesto en el art. 48.3⁴⁷, sobre medidas cautelares, aunque llama la atención (reitero la cuestión sobre los apoderados generales) que la sentencia de calificación pueda condenar a quienes hayan sido administradores o liquidadores de derecho o de hecho, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso ¿sin ser oídos?

«4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación». reitero que se impide la posibilidad de que un acreedor concursal cualquiera pueda recurrir la Sentencia, así como, al parecer, a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, que lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, pues no he encontrado disposición alguna en la que se les considere parte.

De la exposición de motivos de la nueva Ley, conviene acotar: «Los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia».

⁴⁶ ...determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores.

⁴⁷ Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.

2.5.2. SUSTITUCIÓN DE LOS INHABILITADOS

El art. 173 dispone: «*Los administradores y los liquidadores de la persona jurídica concursada que sean inhabilitados cesarán en sus cargos. Si el cese impidiese el funcionamiento del órgano de administración o liquidación, la administración concursal convocará junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados*». Parece deducirse que no todos los administradores o liquidadores de la entidad concursada pueden ser afectados por la calificación de concurso culpable, lo cual parece razonable, y que sólo las personas afectadas quedarán inhabilitadas y cesarán en sus cargos, cuando sean administradores o liquidadores sociales. No se contempla la posibilidad, más que probable, de que nadie se preste a aceptar el cargo para cubrir las vacantes de los inhabilitados.

3. Recapitulación

La calificación del concurso en la nueva Ley, objeto de anteriores comentarios, presenta notables cambios respecto de la vigente legislación concursal, que trataré de resumir.

Primero.—Sólo tendrá lugar la apertura de la sección sexta de calificación: a) Cuando en el convenio aprobado se establezca una quita superior a un tercio o una espera superior a tres años, para todos los acreedores o para las de una o varias clases; y, b) En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

Segundo.—Solamente dos clases de calificación concursal: fortuita o culpable.

Tercero.—La conducta del deudor, que puede determinar la calificación de concurso culpable, recuerda el tipo de las insolvencias punibles ex art. 260 CP: «*1. El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos será castigado..., cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre*».

Cuarto.—La culpabilidad se presume:

- A) *Iuris et de iure*: a) Por incumplimientos sustanciales contables; b) Por falsedad documental, que algo tiene que ver con el tipo del art. 261 CP: «*El que en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr*

indebidamente la declaración de aquéllos...»; c) Por incumplimiento de convenio, debido a causa imputable al concursado; d) Por alzamiento de bienes, también relacionado con los arts. 257 y 258 CP; etc.

- B) *Iuris tantum*: a) Incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso; b) Incumplimiento del deber de colaboración con los órganos concursales; c) Incumplimientos formales contables.

Quinto.—Sobre cómplices, llamo la atención del riesgo para asesores, auditores y otros profesionales, que hubiesen cooperado en el deudor en incumplimientos contables, falsedades documentales o simulaciones patrimoniales.

Sexto.—El informe de los administradores concursales sobre la calificación del concurso reviste importancia capital y requiere competencia pericial, sujeta a responsabilidades personales.

Séptimo.—La calificación culpable del concurso anuda consecuencias indeseables para las personas afectadas (deudor, representantes legales, administradores o liquidadores, de derecho o de hecho): a) inhabilitación; b) pérdida de sus derechos de crédito en el concurso; c) devolución de bienes o derechos; d) indemnización de daños o perjuicios. También, para los declarados cómplices: b), c) y d) precedentes.

Octavo.—Si la calificación de culpable tiene lugar como consecuencia de la apertura de la liquidación, la sentencia podrá condenar a las personas afectadas de la entidad concursada, y a quienes hubieran sido sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de masa activa. Pues bien, no parece que sean personas afectadas estos administradores y liquidadores anteriores ¿cómo pueden ser condenados, sin ser oídos?

Noveno.—La calificación de culpable conlleva la inhabilitación temporal de las personas afectadas para la administración de bienes ajenos y, en su caso, el cese como administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada, que deberán ser sustituidos, si su cese impidiese el funcionamiento del órgano de administración o liquidación.

Décimo.—A modo de conclusión, las consecuencias personales y patrimoniales (represivas) que se derivan de la calificación de culpabilidad, para el deudor, en el nuevo concurso, sugieren la siguiente reflexión o recomendación: Quienes se encuentren en estado de insolven-

cia o la prevean inminente, ahora y hasta el 1.09.2004, fecha de entrada en vigor de esta Ley, deben solicitar la declaración de suspensión de pagos o quiebra, según convenga, pues se acepta⁴⁸ que la Ley de 26 de julio de 1922 permite la tramitación de la suspensión de pagos, a instancia del empresario que no posee bienes suficientes para pagar todas sus deudas, y se interpreta⁴⁹ que este proceso se ha convertido en una quiebra abreviada, por la abrogación de los requisitos establecidos en los arts. 870 a 872 del C. de C.

⁴⁸ Circular 1/1995 de la Fiscalía General del Estado.

⁴⁹ TORRES DE CRUELLS, Joaquín, *op. cit.*, p. 229. GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, Joaquín, «En torno a la reforma del derecho mercantil», en *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Madrid, Civitas, 1979, p. 390. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Angel, BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. y CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, *Legislación y jurisprudencia concursales*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 108. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho procesal civil*, Barcelona, Bosch, 1980, p. 1117. MENÉNDEZ, Aurelio, «Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho concursal», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/ Marcial Pons, 1995, p. 1316. GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI, José M.^a y MIGUEL ROMERO, Mauro, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Valladolid, Emilio Zapatero (imp.), p. 153; TORRES DE CRUELLS, Joaquín, *op. cit.*, p. 83; SAGRERA TIZÓN, José M.^a, *op. cit.*, vol. I, pp. 164-166; BISBAL MÉNDEZ, Joaquín, *La empresa en crisis y el derecho de quiebras*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, pp. 150-151; MASCARELL NAVARRO, M.^a José, *Aspectos procesales de la Ley de suspensión de pagos*, Granada, Comares, 1994, pp. 12-13. MENÉNDEZ, Aurelio, «Sobre la reforma del Derecho concursal y el apoyo de los estudios económicos», *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, septiembre 1994, n.º 2, pp. 6-7. GUASCH MARTORELL, Rafael, «Aproximación crítica a la protección de la integridad del patrimonio concursal en la Ley de suspensión de pagos», *Revista de Derecho Mercantil*, abril-junio 1995 (núm. 216), p. 520.

LA FALTA DE CONFORMIDAD EN LA NUEVA LEY DE GARANTIAS EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO

Dr. D. Emilio González Bilbao

Profesor de Derecho mercantil
Universidad de Deusto

Sumario: 1. Contextualización de la nueva Ley. 2. Introducción. 3. Bienes de consumo. 4. Concepto de consumidor en la nueva Ley. 5. La conformidad de los bienes con el contrato. 5.1. Principio de conformidad. 5.2. Requisitos de conformidad. 6. Derechos del consumidor ante una falta de conformidad. 6.1. Sistema de primera opción de saneamiento y posterior de reducción de precio o resolución. 6.2. Limitaciones a la opción de saneamiento. 6.3. Reglas y condiciones de saneamiento. 7. Nuevo sistema de plazos. Recapitulación.

Objetivo del presente trabajo

Se desea perfilar el «marco de conflicto» del cual derivan los derechos de los consumidores en la nueva Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, Ley 23/2003 de 10 de Julio (BOE de 11.07.03) en adelante LGVBC o Ley de Garantías. Se dice «marco de conflicto» porque los defectos, el mal funcionamiento y los vicios ocultos generan una falta de conformidad a partir de la cual se constituyen los derechos de los consumidores.

A tal fin, se desarrolla un apartado de caracterización del consumidor y después el análisis de la falta de conformidad y plazos de cobertura legal para los consumidores. Conviene realizar una contextualización previa que nos ayudará a comprender la finalidad de esta ley y el efecto de saneamiento de los circuitos comerciales que procura. Conviene destacar, ya desde ahora, la existencia de un triple régimen de saneamiento por vicios ocultos relativo al ámbito mercantil, otro al civil y uno más específico respecto de la venta de bienes de consumo que se regula en esta Ley.

1. Contextualización de la nueva Ley

Se señalan a continuación algunas reflexiones sobre el origen de la nueva regulación, la necesidad social de su consideración y los efectos de mercado que se pueden derivar. También se medita sobre el uso de

técnicas de gestión alternativa de conflictos, al margen del procedimiento judicial.

- Coste de acceso a Tribunales*: Cualquier persona, física o jurídica, puede ejercer sus derechos ante los Tribunales mediante el ejercicio de las acciones correspondientes. Sin embargo, en ocasiones, cuando se trata de cuestiones de escasa cuantía, se vuelve difícil por no decir imposible la reclamación. Ello deriva del mayor costo de reclamación que la reparación o saneamiento del bien adquirido. Muchas empresas ante cuestiones pequeñas, optan por no reclamar y asumir el costo de este perjuicio derivado de una deficiencia del bien adquirido. En reclamaciones pequeñas, se rechaza acudir a la reclamación judicial.
- Plazos cortos de reclamación*: además, los plazos para el saneamiento por vicios ocultos son breves y, pasados éstos, por ser de caducidad, se perjudican las acciones. Sin embargo, los bienes que se adquieren muchas veces están aparentemente correctos pero luego, en su uso, presentan patologías que indiquen la existencia de una falta de conformidad del bien con el contrato de adquisición. Sin embargo, ya no existe posibilidad de reclamación alguna, por la existencia de plazos cortos y de caducidad.
- Reclamación más difícil para consumidor*: los consumidores están sujetos a estos mismos plazos, pero además con el agravante de no encontrarse preparados para poder iniciar reclamaciones o conocer el medio de defender sus derechos ante una falta de conformidad en la adquisición de bienes.
- Cauces de facilitación del ejercicio de derechos para los consumidores*: No obstante, se ha ido creando una administración encargada de consumo tanto a nivel municipal como autonómico y estatal. Así, se cuenta con las OMICs (Oficinas Municipales de Información al Consumidor) que ofrecen información y asesoramiento sobre posibles reclamaciones y abusos frente a consumidores. Además, se han establecido por la Administración cauces de solución arbitral de conflictos a través del sello de arbitraje de consumo. Se cuenta con una Administración que tutela a los consumidores en sus intereses y derechos en los actos de consumo.
- Abusos en el pase de la responsabilidad*: el consumidor adquiere un bien y se relaciona con su vendedor. Pero por detrás en el circuito comercial se sitúa el proveedor y el fabricante de dicho bien, a quienes no conoce el consumidor y con quienes no ha te-

nido relación alguna, salvo la compra al vendedor de ese producto. El consumidor es reenviado, muchas veces, a reclamar al fabricante o al proveedor cuando, en realidad, ninguna relación directa se ha establecido con ellos salvo la mediata de adquirir su producto al vendedor. Esta diversa relación comercial empresarial no puede afectar al consumidor, ya que se trata de un obstáculo más en la satisfacción del consumidor.

- Respuestas flexibles ante la falta de conformidad*: Frente a un posible defecto en la compra de un bien, se plantea el inicio de una acción judicial como único camino posible a la resolución del problema. Sin embargo, el consumidor necesita soluciones más sencillas y flexibles. Parece que en tal caso, la solución al consumidor pasa por la reparación o sustitución del bien, como fórmula de salida básica del conflicto ante una falta de conformidad. Cuando ya sea imposible el saneamiento del bien y se mantenga la falta de conformidad con el contrato, el comprador consumidor estará en disposición de insistir en la otra forma de saneamiento posible: que se aminore el precio o se proceda a la restitución de las aportaciones realizadas por las partes. En definitiva, la resolución del contrato. Parece que son derechos lógicos derivados de la propia posición que ocupa el consumidor y la necesidad de adecuar los bienes a su conformidad natural y contractual.
- Aseguramiento de la calidad NORMAS ISO*: La sociedad está cambiando y en el momento actual cualquier servicio o producto debe contar con una calidad adecuada. Debe existir una conformidad entre el bien y su destino. En nuestra sociedad, se están asentando criterios de calidad en la fabricación y comercialización de productos y las empresas adecuan su funcionamiento a normas de aseguramiento de la calidad denominadas normas ISO. También las empresas que ofrecen productos en el mercado, ofrecen una garantía de los mismos, de uno o dos años, e incluso hasta de cuatro años, según el tipo de producto y fabricante. Se identifica, pues, un binomio de producto y calidad, el cual quiebra cuando se produce una falta de conformidad del bien adquirido con el uso ordinario del mismo o aquello que pudiera esperarse fundadamente de su naturaleza y finalidad.
- Saneamiento de los circuitos comerciales*: Dentro de esta tendencia hacia la calidad, el ordenamiento jurídico dispone también normas que tratan de sanear los circuitos comerciales del mercado. Este saneamiento se inicia mediante la concesión a los consumidores de derechos frente a su vendedor para poder reclamar

el saneamiento del bien que adolece de falta de conformidad o, en su caso, las alternativas de reducción de precio o la resolución del contrato. Este conjunto de derechos del consumidor provocará en el vendedor la mejora de la calidad en el aprovisionamiento de productos. Y así, cuando el vendedor, se vea «salpicado» por reclamaciones de saneamiento en productos con falta de conformidad y cuyas reclamaciones no hayan sido atendidas por su proveedor o fabricante, se alineará con aquellos fabricantes o proveedores que le ofrezcan calidad en sus productos. Y además de calidad, también garantía y servicio en atención de aquellas faltas de conformidad que existieren. De esta manera, el circuito comercial se investirá de calidad y llegará, finalmente, al consumidor un producto, también, de calidad.

- Cauces de resolución alternativa de conflictos*: Por último, el consumidor que tope con una negativa fundada o infundada del vendedor respecto de la falta de conformidad, se verá abocado a un procedimiento judicial. Pero aquí también han de buscarse fórmulas alternativas y abiertas de resolución de conflictos que en base a pruebas técnicas dictaminen la razonabilidad de la reclamación y la existencia de falta de conformidad o no del bien con respecto a su uso y demás condiciones relativas a su propia naturaleza. La gestión de estos conflictos ha de profesionalizarse y administrarse por entes especializados que dispongan de peritos técnicos que puedan gestionar adecuadamente el conflicto y arbitrar soluciones alternativas a través de la negociación, la mediación o incluso el arbitraje. También aquí las administraciones y los colectivos empresariales pueden organizar estos cauces de solución alternativa, tal y como sugiere la directiva de la que trae causa la ley.

2. Introducción

La Ley 23/2003 incorpora al Derecho Español la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo.

Esta ley introduce el principio de conformidad de los bienes con el contrato. Se aplica a todos aquellos de contratos de compraventa de bienes de consumo celebrados entre vendedor y consumidor, cuyo desarrollo se contiene más adelante.

Por vendedores entendemos en esta Ley, a las personas físicas o jurídicas que, en el marco de su actividad profesional, venden bienes de

consumo. Los consumidores serían todos aquellos definidos como tales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 26/1984, de 19 de julio.

La Ley modifica el régimen del saneamiento por vicios ocultos en la venta de bienes de consumo. Así, existe una regulación propia de las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa previstas en dicha Ley, las cuales sustituyen, en el ámbito de las compraventas de bienes de consumo, a las acciones *redhibitoria* y *quantum minoris* derivadas del saneamiento por vicios ocultos, dejando a salvo las acciones indemnizatorias que asisten a los compradores.

La nueva Ley crea un régimen específico aplicable a los contratos de compraventa civil de bienes de consumo celebrados entre los consumidores y los vendedores profesionales. No hay que olvidar tampoco que aquellas compraventas civiles no comprendidas en el ámbito de la directiva seguirán regulándose por el régimen de saneamiento de vicios ocultos del Código Civil.

De la misma forma, aquellos aspectos de la garantía comercial no recogidos en esta Ley, continúan regulándose en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

Se dispone, igualmente, de un conjunto de medidas tendentes a garantizar un mínimo uniforme de protección de los consumidores con carácter imperativo. La finalidad es garantizar la conformidad de los bienes en los contratos de compraventa de consumo. Para ello, se articula una serie de derechos del consumidor ante esta falta de conformidad durante un período de dos años a partir de la compra del bien.

También se regulan en la nueva Ley medidas, acciones y otras cuestiones relativas a las garantías comerciales. Pero lo más relevante es la determinación de la falta de conformidad y el juego de las relaciones entre consumidor-vendedor, vendedor-proveedor/fabricante.

Se trata de una Ley que puede asustar al comerciante vendedor ante nuevas exigencias de reparación o de sustitución del bien. Existe una sensación en el empresario vendedor de «víctima», que tendrá que hacer frente a la reclamación de los consumidores y con dificultades para luego repercutir o resarcirse del proveedor/ fabricante.

Ante esta perspectiva, en primer lugar, hemos de señalar que el empresario elige posicionarse en un circuito de calidad de sus productos o en una venta con ausencia de calidad y de servicio. Es decir, que el empresario vendedor elige los productos que oferta a sus clientes, conoce las fuentes de aprovisionamiento del mercado y conoce a sus proveedores. Lo que la Ley pretende es dotar de calidad el circuito comercial, es

decir trata de sanear el circuito comercial, mediante la concesión de derechos a los consumidores y la facilitación de su reclamación primero frente al vendedor y después de éste en cascada frente al causante de la falta de conformidad. Parece que en definitiva, el vendedor tratará de alinearse con aquellos proveedores que más calidad y garantía le ofrezcan al vendedor y, por ende, al consumidor.

3. Bienes de consumo

¿Qué entiende la Ley 23/2003 por bienes de consumo? A los efectos de esta Ley, se consideran bienes de consumo los bienes muebles corporales destinados al consumo privado.

La clave está en reconocer cuáles son esos bienes muebles corporales. La Directiva de la CE 1999/44 define como bien de consumo cualquier bien mueble corpóreo, excepto los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento, el agua y gas cuando no estén envasados para la venta y la electricidad. La Ley de venta de bienes al consumo se ajusta a lo desarrollado por dicha Directiva, y establece al efecto los mismos parámetros.

En este sentido, el Real Decreto 1507/2000 actualiza los catálogos de productos y servicios de uso y consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera. A estos efectos, el Real Decreto distingue entre productos y servicios de uso común, ordinario y generalizado y bienes de naturaleza duradera. En los primeros, la clasificación se realiza en atención a productos alimenticios y alimentarios (carnes, pescados, leche...), productos no alimenticios (instrumentos de óptica, fotografía, muebles, artículos para vestido y calzado...) y servicios (sanitarios, de transporte...).

En los segundos, esto es, bienes de naturaleza duradera, la clasificación es más concreta. Forman parte de este tipo de bienes la herramienta, cuchillería y similares, muebles y en general, accesorios y enseres domésticos, aparatos eléctricos, electrónicos e informáticos y similares, vehículos, motocicletas...y sus piezas de recambio, juguetes, juegos...

Esto nos lleva a la conclusión de que todo bien corporal mueble, ya sea de uso o consumo común, ya sea bien de naturaleza duradera, entra dentro del concepto de bien de consumo establecido por la Ley 23/2003 de venta de bienes al consumo. Es importante recordar que el destino será el consumo privado, tal y como señala el art. 1 de la Ley, si el destino es otro, no podremos considerar el bien como de bien de consumo.

4. Concepto de consumidor en la nueva Ley

La nueva Ley de Garantías en ventas de consumo al señalar los principios generales repara en los conceptos de vendedor y consumidor. El vendedor, tal y como establece esta Ley, está obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme con el contrato de compraventa en los términos que establece la misma. Son vendedores, por tanto, las personas físicas o jurídicas que, en el marco de su actividad profesional, venden bienes de consumo.

La cuestión se complica cuando se pretende acotar la definición al concepto de consumidor. ¿Qué entendemos por consumidor en esta nueva Ley? Según señala la Ley, se consideran consumidores los definidos como tales en la Ley 26/ 1984, de 19 de julio, con lo que directamente nos remite a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En este sentido, y siguiendo la LCU, *son consumidores o usuarios* las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, suministran o expiden (art.1.2.º).

La misma Ley aclara también que *no tendrán la consideración de consumidores o usuarios* aquellos que, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (art.1.3.º). Veamos diferentes supuestos:

—**El consumidor como destinatario final:** La expresión «destinatario final» es la equivalente a la del consumidor final, esto es, que adquiere los bienes o servicios para utilizarlos o consumirlos él mismo, y que, en consecuencia, esos bienes o servicios quedan dentro de su ámbito personal, familiar o doméstico, sin que vuelvan a salir al mercado.

¿Y que ocurre con la transmisiones de los bienes adquiridos hechas a familiares o en el ámbito doméstico?, ¿Se puede impedir considerar como destinatario final al adquirente que hace esa transmisión?

La respuesta a estas preguntas y a otras que se planteen al respecto es que las transmisiones o cesiones ajenas al mercado no inciden en la consideración como destinatario final de los bienes o servicios. Es decir, el consumidor será el destinatario final de los bienes o servicios dentro del mercado, pero no será destinatario final si adquiere los bienes o servicios para volver a introducirlos en el mercado.

—**Integración en un proceso de producción de bienes o servicios para el mercado:** La referencia al mercado aparece implícita en cierto modo en el término *procesos*, y más claramente en el término *comercialización*. Ese destino (el mercado) hace que la actividad en cuestión no pueda considerarse personal, familiar o doméstica, y por ello, el adquirente de un bien o servicio que no lo vuelva a introducir en el mercado, pero lo utilice dentro de un proceso de producción de bienes o servicios para el propio mercado, no tendrá la consideración de consumidor o usuario.

¿Y qué pasa con las pequeñas empresas que adquieren bienes o servicios que van a ser utilizados tanto para fines personales, familiares o domésticos, como para procesos de producción o comercialización? En estos casos, la solución del problema dependerá del derecho que pretenda ejercitarse frente al transmitente y de las circunstancias en que tuvo lugar la operación. Otro criterio utilizado, a estos efectos, es el del uso al que se destine «*principalmente*» el bien adquirido, y a partir de ahí se le podrá considerar al adquirente como consumidor o no.

Distinto problema se plantea por la utilización de bienes adquiridos no para su integración en procesos empresariales de producción o de comercialización, sino para la realización de actos aislados de producción. En tales casos pueden plantearse dos situaciones diversas: por un lado, que el bien adquirido se utilice para la producción o comercialización de otros bienes o servicios que son los que realmente se ofrecen en el mercado, por otro, que el propio bien adquirido sea objeto de explotación en el mercado, aunque esa explotación no se integre en un proceso empresarial de producción o de comercialización o en una prestación profesional de servicios a terceras personas.

En el primer supuesto que se plantea, la solución sería la establecida por el apartado 3 del art.1 de la LCU (no tendrán la consideración de consumidores y usuarios...), y a partir de ahí habría que atender al supuesto de la doble utilización (privada y empresarial o profesional) de un determinado bien o servicio. En el segundo caso, habría que considerar que el adquirente no es consumidor, y ello porque no es destinatario final en virtud de lo establecido por el art.1 apartado 2.º.

—**Consumidor jurídico y consumidor material:** La LCU considera consumidores o usuarios a quienes «adquieran» (*consumidor en sentido jurídico*), «utilicen o disfruten» (*consumidor en sentido material*). Las dos condiciones pueden darse en la misma persona, pero a veces no ocurre siempre así. ¿Qué pasa cuando alguien compra un aparato o producto comestible para regalarlo?, el adquirente será distinto a quien utiliza, disfruta o consume el bien en cuestión, pero ambos ten-

drán la consideración de consumidores a efectos de la LCU. Esto no quiere decir que puedan ejercitar cada uno de ellos todos los derechos que la Ley atribuye a los consumidores, para ello habrá que atender a la regulación legal de cada derecho.

En relación al término «adquisición», no sólo adquiere quien «compra», sino también quién «encarga» o quien «arrienda». Adquisición no sólo se refiere a propiedad del bien, sino a cualquier acto que permita al adquirente obtener la posesión, utilización o disfrute del bien adquirido.

—**Objeto de la adquisición, utilización y disfrute:** El objeto de la adquisición, utilización o disfrute pueden ser «bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones».

5. La conformidad de los bienes con el contrato

5.1. Principio de conformidad

Se establece el principio de conformidad en la venta de bienes de consumo con el contrato. Así, se señalan una serie de requisitos cuya concurrencia implica la conformidad del bien al objeto del contrato. Además, se extienden los requisitos de conformidad al momento de la instalación del bien en determinados casos y una serie de excepciones como la falta de conformidad cuando el consumidor haya tenido participación en determinadas circunstancias de hecho respecto del bien.

5.2. Requisitos de conformidad

Han de cumplirse todos los requisitos que se expresan en la Ley para que el bien sea conforme con el contrato de adquisición. Estas condiciones de conformidad se determinan en algunos casos por la idoneidad de su uso, bien para su uso ordinario, bien para aquel uso especial aceptado por el vendedor. En otros casos, se trata de adecuar lo ofertado por el vendedor a su cumplimiento por el bien objeto de venta. Nos referimos a supuestos de desajuste entre la muestra o modelo o en la publicidad y declaraciones sobre el citado bien con la calidad y prestaciones fundamentalmente esperadas del bien en cuestión.

La falta de conformidad debe concurrir en el bien cuando fue objeto de entrega por el vendedor. Por ello, la responsabilidad del vendedor

deriva de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien. Veamos:

5.2.1. ADECUACIÓN A LA DESCRIPCIÓN Y CUALIDADES SEÑALADAS POR EL VENDEDOR EN LA MUESTRA O MODELO

Si el bien no se ajusta a la descripción realizada por el vendedor y no posee las cualidades que se han presentado al consumidor a través de una muestra o modelo, no existe conformidad. Por tanto, nacen los derechos a favor del consumidor.

5.2.2. APTITUD PARA EL USO ORDINARIO DE DESTINO DE LOS BIENES

Ha de concurrir una aptitud del bien respecto del uso normal al que se destinen dichos bienes. Al extenderse la garantía a dos años desde la adquisición del bien, nos podemos preguntar si aquellos desgastes del bien que respondan a un uso ordinario también son objeto de garantía. A este respecto, parece que la Ley protege los vicios ocultos en la venta de bienes y la extiende hasta el período de dos años desde la compra. El uso y desgaste normal del bien no parece que tenga cobertura dentro del supuesto de vicios ocultos. Sin embargo, la Ley concede una garantía legal de dos años para todos los bienes corporales. Por ello, si algún bien carece de una duración de vida útil de dos años, deberá así indicarlo. De esta manera se podría acoger el vendedor al conocimiento de dicha circunstancia por el comprador y al ser conocida y aceptada exonerarse de la cobertura legal. Esta menor duración debería determinarse por la naturaleza del bien y su duración útil, basada en criterios técnicos y derivados del propio bien. Por ejemplo, la vida útil de las baterías de los teléfonos móviles tienen una duración próxima a los dos años. Si se ha sometido a dicha batería a un uso continuo, puede empezar a fallar y es necesaria su reposición. Con la nueva ley de garantías, se podrá pedir su reparación o sustitución dentro del plazo legal. Por ello, es necesario arbitrar medidas de transparencia en la venta de bienes cuyo desgaste normal se produzca antes de los dos años de garantía legal.

5.2.3. APTITUD PARA USO ESPECIAL DEMANDADO Y ADMITIDO POR EL VENDEDOR

Este supuesto se refiere a aquellos bienes que tienen como destino un uso ordinario pero que también son capaces de adaptarse a un uso especialmente requerido por el consumidor y aceptado por el vendedor.

Se trata de supuestos en los que el comprador comunica al vendedor que quiere ese bien para el destino especial que hemos mencionado y el vendedor le señala que ese bien es apto para dicho uso especial. En esos casos, ha de hacerse realidad el uso especial, entendiéndose que si no es posible este uso especial, nos encontramos ante una falta de conformidad al haber sido admitido dicho uso por el vendedor. Este requisito nos traslada al acto o secuencia de venta en la que el vendedor oferta las grandes ventajas del producto que vende, pero cuyas condiciones, quizá, no se cumplen en su totalidad. Existe, pues, un riesgo en el acto de venta, al tratar de incorporar ventajas y usos del bien inapropiadas.

5.2.4. ADECUACIÓN DE LA CALIDAD Y PRESTACIONES HABITUALES DE UN BIEN A LAS FUNDADAMENTE ESPERADAS DEL MISMO

El bien debe contener la calidad y las prestaciones habituales de un bien de ese tipo y corresponderse con las que pudiera esperarse fundadamente de dicho bien.

Este apartado se conecta con

- la naturaleza del bien;
- con las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante en particular en la publicidad o el etiquetado. No obstante, puede producirse un desajuste entre la publicidad del fabricante y sus declaraciones públicas con el conocimiento del vendedor respecto del producto. En tales casos, el vendedor no queda obligado por tales declaraciones públicas, si demuestra que desconocía o que no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión.

Debería de fijarse un estándar de calidad y prestaciones habituales de cada bien. Después habría que valorar esa adecuación entre lo que ofrece el bien y lo que se podía fundadamente esperar.

5.2.5. EXTENSIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD A LA INCORRECTA INSTALACIÓN DEL BIEN

Se refiere a supuestos en los que la instalación esté incluida en el contrato de compraventa y haya sido realizada por el vendedor directamente o bajo su responsabilidad. También se extiende el supuesto a aquellos casos en los que el consumidor haya realizado la instalación defectuosa pero se deba a un error en las instrucciones de instalación.

5.2.6. EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR POR FALTAS DE CONFORMIDAD CONOCIDAS (TARAS, DESPERFECTOS) O DERIVADOS DE MATERIALES SUMINISTRADOS POR EL COMPRADOR

Evidentemente, no puede utilizarse esta Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo para plantear reclamaciones abusivas. Por ello, cuando el consumidor acepta la compra de bienes en los que es manifiesto un deterioro, defecto o tara, se excluye la responsabilidad del vendedor. El art. 3.3 LGVBC señala que en aquellos casos en los que el bien contenga una falta de conformidad que conociera el comprador o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato queda exonerada de responsabilidad al vendedor en tales supuestos por dicha falta de conformidad. El segundo supuesto de exoneración del vendedor se refiere a aquellos casos en los que el consumidor ha aportado materiales que han sido objeto de instalación por el vendedor. En tales casos, no podría exigir responsabilidad al vendedor por un producto que contiene materiales suministrados por el propio consumidor. Nos referimos al caso de una reparación de carrocería de automóvil en la que el consumidor, con el fin de abaratar el precio de la reparación, acude a un desguace, compra una aleta de su vehículo y se entrega al taller para su instalación.

En estos casos conviene anotar en el tique de venta o factura la tara o falta de conformidad del bien al efecto de evitar una reclamación abusiva por algo recibido a sabiendas de la falta de conformidad que contenía.

La responsabilidad del vendedor se extiende a la falta de conformidad de las mencionadas que existan en el momento de la entrega del bien, y se concede al consumidor el derecho a la reparación del bien, a la sustitución, a la rebaja del precio y a la resolución del contrato.

6. Derechos del consumidor ante una falta de conformidad

6.1. *Sistema de primera opción de saneamiento y posterior de reducción de precio o resolución*

El consumidor tiene una doble opción ante una falta de conformidad. En primer lugar, puede optar entre la reparación o sustitución. En caso de que el bien reparado o sustituido siga conteniendo esa falta de conformidad, dispondrá de una segunda opción. Así, podrá elegir entre la opción no realizada en primer lugar, esto es, la alternativa a la primera opción de saneamiento. Y entre las variables de esta segunda op-

ción, también puede optar bien por una reducción de precio, bien por la resolución del contrato. En todos estos casos, se ha de indemnizar al consumidor por los daños y perjuicios ocasionados al consumidor por la falta de conformidad.

Sin embargo, existen ciertos límites a la primera opción de saneamiento. Algunos derivan del desproporcionado coste entre un saneamiento por reparación y el de sustitución. Otros traen su causa en la naturaleza del propio bien, como es el caso de los bienes de segunda mano en los que no cabe la sustitución.

Recordemos que la responsabilidad del vendedor deriva de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien.

Por su parte, la reducción del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el bien hubiera tenido en el momento de la entrega, de haber sido conforme con el contrato, y el valor que el bien efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega.

El consumidor ha de comunicar al vendedor la falta de conformidad y, cuando le comunique la opción elegida, deberá atenerse a ésta.

6.2. *Limitaciones a la opción de saneamiento*

No será posible exigir la reparación o sustitución del bien cuando esta resultare imposible o desproporcionada. La Ley aclara el concepto de desproporcionalidad en atención a que la forma de saneamiento elegida imponga costes al vendedor cuando sea razonables en atención a varios criterios como:

- Valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad.
- Relevancia de la falta de conformidad.
- Forma de saneamiento alternativa, si pudiera realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor.

Tampoco es posible la sustitución de los bienes como forma de saneamiento en el caso de los bienes de segunda mano.

6.3. *Reglas y condiciones de saneamiento*

El proceso de reparación está muy regulado y cumple una función tuitiva del consumidor, valiéndose de medidas como la reparación gratuita y a realizar en un plazo razonable. De igual manera, se interrumpe el cómputo de los plazos de la garantía legal durante el período de reparación.

- Gratuidad para el consumidor*: esta gratuidad comprende los gastos necesarios para subsanar la falta de conformidad de los bienes y han de incluirse los gastos de envío, así como los costes de mano de obra y materiales.
- Reparación en plazo razonable*: la reparación del bien ha de realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran para el consumidor, y además en un plazo razonable. En este supuesto cabe pensar en la posibilidad de utilizar un bien de sustitución temporalmente hasta la reparación definitiva del bien adquirido.
- Suspensión del cómputo de plazos de garantía legal*: desde que el consumidor ponga el bien a disposición del vendedor hasta su devolución ya reparado se suspende el cómputo de los plazos de la garantía legal. Y, además, se establece una presunción de falta de conformidad de seis meses, posteriores a la entrega del bien reparado, en caso de falta de conformidad con el mismo origen que motivó la reparación.
- Condiciones de sustitución*:
 - Imposibilidad de sustitución en el caso de bienes de segunda mano: en este supuesto, el consumidor no puede exigir la sustitución de los bienes de segunda mano ni de aquellos bienes no fungibles.
 - Suspensión de los plazos: desde el ejercicio de la opción hasta la segunda entrega del bien, se suspenden los plazos como indica el párrafo 2.º del art. 9.1.

7. Nuevo sistema de plazos

Con la entrada en vigor de la nueva Ley, ha de considerarse el nuevo sistema de plazos para el ejercicio de los derechos que se contienen a favor del consumidor, así como de suspensión e interrupción de los plazos para la determinación de la falta de conformidad. Así, se señalan de manera sinóptica los siguientes plazos:

- (6 meses) *Presunción de conformidad del bien en la entrega*: En tales casos, se establece que durante los seis meses posteriores a la entrega, las faltas de conformidad que se manifiesten en ese plazo, ya existían cuando la cosa se entregó. Se exceptiona esta presunción cuando sea incompatible con la naturaleza del bien o la índole de la falta de conformidad.

- (2 años) *Aparición de la falta de conformidad*: se establece un plazo de dos años de responsabilidad del vendedor por las faltas de conformidad que se manifiesten en ese plazo, a contar desde la entrega del bien.
- Posible pacto de plazo menor (al de dos años) pero no inferior a un año en los bienes de segunda mano*: para el caso de bienes de segunda mano, el vendedor y el consumidor podrán pactar un plazo menor a los dos años, pero que en ningún caso podrá ser inferior a un año desde la entrega. La entrega se entiende hecha desde el día que figure en la factura o tique de compra o en el albarán de entrega correspondiente, si éste fuera posterior.
- (3 años) *Prescripción acción de reclamación*: para el ejercicio de los derechos prescritos en la Ley (arts. 1 a 8). El consumidor dispondrá de un plazo de tres años a contar desde la entrega del bien para iniciar las acciones judiciales correspondientes.
- (2 meses) *Deber de comunicación del consumidor sobre la falta de conformidad*: se establece un plazo de dos meses para que el consumidor comunique al vendedor la falta de conformidad desde que tuvo conocimiento de ella. No obstante, se establece una presunción *iuris tantum*, es decir, salvo prueba en contrario, en el sentido de que la comunicación del consumidor ha tenido lugar dentro del plazo establecido.
- (1 año) *Ejercicio del derecho de repetición del vendedor al proveedor o fabricante*: todo ello desde la fecha en la que se completó el saneamiento. El vendedor que hubiera respondido frente al consumidor dispondrá del plazo de un año para repetir del responsable de la falta de conformidad. Son las típicas relaciones entre vendedor y proveedor o incluso entre proveedor y fabricante, hasta que se completara el saneamiento, trasladándose la responsabilidad por la falta de conformidad, finalmente, al fabricante del producto y obviamente podría serlo por un plazo superior a los dos años de la garantía legal.
- Interrupción del plazo*: en el caso de reparación o sustitución, se interrumpen los plazos desde que el consumidor ponga a disposición del vendedor el bien, y concluirá con la entrega al consumidor del bien ya reparado. De igual manera, en el caso de reparación durante los seis meses posteriores a la entrega del bien reparado, el vendedor responderá de las faltas de conformidad que motivaron la reparación. Cuando se reproduzcan en el bien defectos del mismo origen que los inicialmente manifestados, se presume que se trata de la misma falta de conformidad.

Supuesto extremo de juego de los plazos de la Ley de Garantías

Se va a presentar a continuación un caso extremo de aparición de falta de conformidad y el inicio de una reclamación judicial en busca del saneamiento, que finalmente se produce, y la reclamación empresarial entre el vendedor que realizó el saneamiento frente a su proveedor y fabricante.

En principio, puede producirse la aparición de la falta de conformidad en el mes vigésimo tercero dentro del plazo de los dos años de garantía. A esto ha de sumarse la denuncia de dos meses para la comunicación al vendedor de dicha falta de conformidad así como la opción elegida por el consumidor. El consumidor puede ejercitar la acción en el plazo de tres años a contar desde la compra del bien. A esta reclamación judicial el vendedor puede oponerse, lo que deriva en una sentencia. La tramitación ante el Juez de Primera Instancia se dilata un año. Contra la sentencia se interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, lo que conlleva otro año más de duración para la resolución del recurso. En nuestro caso, la sentencia firme condena al saneamiento del bien por parte del vendedor. En la ejecución de la sentencia se produce el saneamiento por el vendedor, quien dispone de otro año más para repercutir el saneamiento al proveedor. De la suma de los años y períodos indicados, resulta que en el sexto año podría recibir el fabricante o proveedor una reclamación del vendedor que ha realizado el saneamiento con el propósito de repercutir el costo de saneamiento al proveedor.

Recapitulación

La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo es una medida legislativa coherente con el devenir de la sociedad y el entorno del mercado único europeo. La Ley es buena en sí misma y presenta medidas de protección útiles y eficaces para los consumidores. Pero el consumidor somos todos, y todos nos beneficiamos de dicha Ley. El nuevo sistema de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo influirá decisivamente en la mejora de la calidad y la toma de decisiones empresariales, apostando por aquellos proveedores que ofrezcan más calidad, garantía y servicio.

No obstante, se presentan incógnitas en la aplicación de la Ley por los Tribunales y el papel de las Administraciones, colectivos empresariales y de consumidores para establecer cauces de solución alternativa de conflictos. Es un momento inmejorable para canalizar este tipo de

reclamaciones en foros de gestión alternativa de conflictos que procuren una solución rápida, eficaz y amistosa.

Esta norma también produce efectos en el lado empresarial, en el que existe una sombra que acecha a aquel que coloque en el mercado productos que adolecen de falta de conformidad. Así, se han de establecer también acuerdos comerciales entre proveedores y vendedores para gestionar adecuadamente el conflicto, caso de que ocurra y ofrecer una solución rápida y adecuada al consumidor por parte del proveedor a través del vendedor.

Por último, desde el punto de vista jurídico se ratifica la existencia, no ya de una dualidad civil o mercantil de los contratos, sino la consideración de esa triple dimensión del saneamiento por vicios ocultos del ámbito mercantil, del ámbito civil y del ámbito de las compraventas civiles de consumo. Esta nueva característica viene a confirmar la conveniencia de contar con una regulación única de obligaciones y contratos que adapte la normativa a las peculiaridades de cada destinatario.

REFORMA RELIGIOSA Y CONSTITUCIONALISMO. UNA CLASE DE DERECHO CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL MONUMENTO INTERNACIONAL DE LA REFORMA DE GINEBRA

Eduardo J. Ruiz Vieytez
Universidad de Deusto

Sumario: 1. Introducción: religión y política en la historia europea. 2. El Muro de los Reformadores. 3. Los acontecimientos históricos y su relevancia constitucional. 4. Las bases del constitucionalismo moderno. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

1. Introducción: religión y política en la historia europea

Dibujar literariamente los grandes trazos de las relaciones entre religión y política es una labor tan arriesgada como sugerente. Sin embargo, la influencia recíproca que ambas esferas han ejercido en la historia europea muy difícilmente puede ponerse en duda. Esta influencia se plasma básicamente desde la religión a la política, máxime si la perspectiva de aproximación es la del estudio del constitucionalismo. En todo caso, nuestra herencia jurídico-política moderna ha necesitado fundamentarse en concepciones que deben mucho a la religión o a la estructuración de la misma, cuando no apoyarse en ella directamente. La separación entre poder espiritual y temporal, de hecho, no deja de ser un elemento muy reciente de la historia europea que, incluso aún en varios países de nuestro continente no ha llegado a consumarse definitivamente.

El Cristianismo es desde luego la religión que preside la evolución política europea prácticamente desde el siglo IV, si bien no puede olvidarse el influjo que otras experiencias religiosas como el judaísmo o el Islam han podido proyectar en la misma, particularmente en determinados ámbitos geográficos. Sin embargo, a nuestros efectos, cabe también distinguir entre unos y otros cristianismos y, más concretamente, entre unas y otras iglesias cristianas, puesto que la organización eclesiástica respectiva ha sido tradicionalmente no sólo reflejo de concepciones organizativas del poder, sino también inspiración y modelo de las mismas.

Si bien el Cristianismo originario parece ofrecer una visión del mundo en la que se propugna la separación del actuar político respecto de la experiencia religiosa, la adopción del mismo por el Imperio romano como religión prácticamente oficial a partir del siglo IV y la consi-

guiente adaptación eclesiástica realizada en el primer concilio ecuménico de Nicea (325) supone la identificación sucesiva entre culto cristiano e Imperio. Este es el primer cambio cualitativo de la historia política de la religión cristiana. La Iglesia se sumerge entonces en una simbiosis con la organización política dominante, que se traducirá en una dependencia recíproca no sólo material sino también espiritual y que acompañará tanto al ámbito europeo occidental como al oriental hasta la Edad moderna, época en la que desaparece definitivamente el Imperio de Oriente, mientras en Occidente adquiere fortuna variada el movimiento conocido como Reforma. Aún más, el proceso de progresiva cristianización del continente puede ser interpretado como una continuación en clave cultural de la romanización, incluso para las épocas en las que el Imperio de Occidente ya había dejado de existir.

En el mismo período en el que se opera la simbiosis con el poder político temporal, se produce el definitivo impulso del monacato, que sería la expresión reformadora más importante en el seno de las iglesias cristianas durante los primeros catorce siglos (Meyendorff, 13). En efecto, el monacato, tanto en su expresión original eremítica como cenobítica (Parry, 230), ha supuesto durante siglos el intento por recuperar una Iglesia cristiana más adecuada a los tiempos iniciales, una visión más austera y desvinculada de los fenómenos temporales y, en definitiva, una aportación del original orientalismo cristiano. La vivencia de este fenómeno reformador fue paulatinamente diferenciándose entre occidente y oriente a medida que la historia política y la evolución social de ambas esferas culturales iban igualmente divergiendo.

Del mismo modo, los substratos culturales iban marcando diferencias religiosas y políticas que se retroalimentarían progresivamente. A partir de la desaparición del Imperio romano en occidente, las realidades políticas y religiosas empezaron a diferenciarse. La Iglesia occidental, incuestionablemente liderada por el patriarcado romano, tuvo que vivir adaptada a una pluralidad cambiante de espacios políticos y reforzó una centralidad y un grado de independencia que se hacían necesarios para su propio mantenimiento. Por el contrario, en Oriente la Iglesia se encontró demasiado vinculada a un poder temporal que de hecho en gran parte la controlaba. A ello debe añadirse la pluralidad patriarcal de oriente y, desde luego, una tradición helenística dominante muy vinculada a la especulación filosófica y teológica. Las divisiones políticas y religiosas fueron de la mano, no ya sólo respecto a los cristianos que quedaban fuera del ámbito imperial, como los armenios y la mayor parte de los nestorianos, sino también para aquéllos que vivían sometidos a Constantinopla. Así se consumó en el Concilio de Calcedonia (451) la escisión monofisita, especialmente en los patriar-

cados de Antioquía y Alejandría, que llevó a la constitución de más iglesias paralelas nacionales y con el tiempo a la fácil islamización de los territorios sometidos a dichas sedes. Por otro lado, la expansión misionera bizantina hacia los pueblos eslavos, se hizo utilizando una nueva lengua litúrgica e incluso un nuevo alfabeto. En definitiva, en la esfera oriental todo apuntaba ya desde los comienzos de la Edad Media a una nacionalización o al menos compartimentalización del fenómeno religioso que lo haría más dependiente del poder político, pero al tiempo menos rígido y jerárquico que la Iglesia occidental.

Todas estas divisiones que se operan en el seno de una cristiandad que en teoría es o debiera ser única, influyeron desde luego en la formulación de las teorías políticas. Occidente consiguió mantener su unidad religiosa, aunque no sin dificultades. Durante buena parte de la Edad Media se discute sobre la primacía temporal de Imperio o Papado, al tiempo que cíclicamente se producirían movimientos de reforma en el propio seno de la Iglesia (Mitre, 59). Algunos de ellos serían eliminados como heréticos, pero otros se consolidan en una Iglesia que, a diferencia de la bizantina, admite pluralidad de jurisdicciones en su interior. A finales de este período es cuando llega a su punto culminante la discusión sobre la autoridad suprema de la Iglesia entre Papa y Concilio y la tensión acumulada durante siglos se romperá de modo brusco sólo cuando las monarquías nacionales están en un proceso imparable de consolidación y ceda de modo irreversible en la práctica la pretendida universalidad gubernativa del Imperio y del Papado. Será entonces cuando un movimiento complejo como la Reforma pueda tener un éxito que le hará desarrollar nuevas teorías eclesiásticas y políticas. Será en todo caso un movimiento apoyado en el poder político y que, en consecuencia, produzca nuevas legitimaciones y deslegitimaciones del mismo y que de lugar a acontecimientos que marcarán importantes consecuencias para nuestra evolución política posterior (Touchard, 214).

En Oriente, donde no se ha desarrollado una tendencia paralela a la escolástica y permanece poco alterada la nula diferenciación de saberes que se imponía por una visión teológica tradicional, la conquista otomana ayuda a bloquear otra suerte de desarrollos. Los Otomanos convierten al Patriarcado de Constantinopla en un importante foco de poder religioso y político sobre el conjunto de poblaciones cristianas sometidas a la Sublime Puerta, perpetuándose la dependencia de esta Iglesia respecto al poder temporal establecido. Esta tendencia no será alterada hasta el siglo XIX, con el despertar del nacionalismo y la intervención imperialista de potencias extranjeras. En ese momento, las iglesias orientales ortodoxas volverán a experimentar un proceso de división sobre la base de las diferencias nacionales que conducirá a la

situación de sometimiento al Estado respectivo que ha caracterizado la evolución de estas comunidades cristianas en el siglo XX.

En Occidente, puede decirse que tanto el nacionalismo como determinadas concepciones constitucionales se adelantan en parte gracias a la reforma religiosa del siglo XVI (Hernández, 215). El luteranismo y, sobre todo, el calvinismo van a dar lugar al desarrollo de ideas constitucionales e incluso protodemocráticas. Ello no se deberá, desde luego, a la ideología de los inspiradores de dichas corrientes reformadoras, sino principalmente a las circunstancias en las que las mismas se propagarán (Johnston, 160).

En efecto, entre los grandes temas que se suscitarán por o junto con la Reforma y que provocarán la aparición de nuevas teorías políticas, se encuentran el del tratamiento de la diferencia tanto religiosa como étnica, la apuesta por la formación literaria, la confianza moderna en la capacidad de aprendizaje y crítica del ser individual, el cuestionamiento de la resistencia frente al poder político establecido o la aceptación del subjetivismo. Al tiempo, el Estado se va consolidando como la única forma política viable que es capaz de garantizar el orden y, en su caso, los derechos de la Iglesia o de los creyentes.

Todos los factores que concurren irán poniendo las bases necesarias para legitimar el reconocimiento de derechos de los individuos y la limitación del poder político. La Reforma ayudará en términos generales a la lucha contra el absolutismo y a medio plazo a los primeros éxitos del constitucionalismo. Aunque en la aparición y desarrollo de éste concurren otras muchas fuerzas intelectuales y materiales, la Reforma va ligada de modo inevitable a la modernización de las sociedades europeo-occidentales, que en términos políticos se traducirá más adelante en constitucionalismo. La Europa oriental, sin embargo, ha debido recibir este influjo desde el occidente, dado que las circunstancias políticas y religiosas no permitieron desarrollar una teoría política propia en clave moderna. Sin embargo, sería precisamente en ese espacio geográfico en el que la libertad personal no había tenido tiempo de consolidarse religiosa y políticamente, donde triunfarían las revoluciones de inspiración marxista. La diferente asunción del socialismo revolucionario en una y otra parte del continente puede, por consiguiente, no sólo responder a las circunstancias que han operado en uno y otro ámbito, sino también a consideraciones más profundas que forman lo que denominamos habitualmente cultura política o cultura profunda de los pueblos o de las civilizaciones¹.

¹ Sobre las culturas profundas, *vid.* GALTUNG, J. (2003), *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Bakeaz - Gernika Gogoratuz, Gernika.

2. El Muro de los Reformadores

El Monumento Internacional de la Reforma, más conocido como Muro de los Reformadores, situado en el Parque de los Bastiones de Ginebra (Suiza), fue construido entre 1909 y 1917 para conmemorar el 400 aniversario del nacimiento de Juan Calvino y el 350 aniversario de la fundación de la Academia ginebrina en 1559. Se trata de una solemne pared que forma parte de las defensas iniciales de la villa, austera y esculturalmente esculpida alternando bajorrelieves y estatuas. El monumento, que ofrece una disposición casi simétrica, fue concebido por los arquitectos de Lausana Alphonse Laverrière y Jean Tailens y ejecutado por los escultores parisinos Henri Bouchard y Paul Landowski. La construcción del Monumento fue financiada a través de una suscripción popular a la que contribuyeron mayormente fieles protestantes de diversos países europeos y americanos, perteneciendo actualmente a la villa de Ginebra (Higman, 3).

El Monumento está presidido por un grupo central de 4 figuras, cada una de ellas de hasta 5 metros de altura, que representan a Jean Calvino, John Knox, Teodoro de Bèze y Guillermo Farel, es decir, los cuatro grandes reformadores presentes en Ginebra en el año 1559. Esta fecha es precisamente la que figura esculpida en los dos extremos laterales de este grupo central, junto a leyendas que recuerdan cuatro acontecimientos relevantes para la causa calvinista: la mencionada fundación de la universidad ginebrina, la firma del covenant de Perth, la primera predicación de la reforma en Edimburgo y la primera reunión del sínodo general de París. En los dos extremos del conjunto figuran igualmente conmemoraciones de acontecimientos señalados en la vida de la ciudad. Por una parte, la adopción en 1556 por parte del Consejo General de Ginebra de los edictos de reforma de su iglesia y el decreto relativo a la instrucción obligatoria. Por otro lado, la exitosa autodefensa de la villa frente al ataque del Duque de Saboya en 1602, victoria que permitió a Ginebra mantener su independencia política y religiosa hasta que, tras el paréntesis napoleónico, en virtud del congreso de Viena, fuera unida a la Confederación Suiza como un cantón más de la misma. Los nombres de Lutero y Zwinglio, así como los escudos de Ginebra, Berna y Escocia también adornan el conjunto, que está presidido por el lema de Ginebra y de su Reforma: *Post Tenebras Lux*.

Desde un punto de vista político, sin embargo, los elementos más relevantes se encuentran situados en los relieves de las dos alas del monumento. Los relieves conmemoran acontecimientos resaltados en la historia temprana de la Reforma, especialmente ligados al principio de tolerancia religiosa y, en consecuencia, a conceptos tan relevantes para

el Derecho constitucional como los derechos de los individuos y la limitación del poder. En cada ala figuran cuatro relieves con sendas inscripciones en francés, neerlandés, alemán, inglés y latín. Uno de los muchos méritos del monumento como instrumento pedagógico es, precisamente, el haber incorporado las inscripciones relevantes en el idioma original correspondiente, lo cual demuestra también su vocación internacional. Los cuatro relieves de cada ala del Muro se hallan separados por estatuas de menor tamaño que las del grupo central, y que representan a personajes tan históricamente señalados como el francés Gaspard de Coligny (1517-1572), el holandés Guillermo el Taciturno (1533-1584), el prusiano Federico Guillermo de Brandenburgo (1620-1688), los ingleses Roger Williams (1604-1683) y Oliver Cromwell (1599-1658) y el húngaro Estéfano Bocskay (1556-1606).

El análisis del papel desempeñado por estos personajes históricos, unido a la significación política de varios de los acontecimientos celebrados en el monumento es lo que nos permite realizar un interesante paseo histórico con el que comprender mejor el surgimiento de alguno de los principios básicos del Derecho constitucional moderno, así como la relación que existe entre determinadas diferencias religiosas y las ideas políticas que triunfarían en la modernidad.

3. Los acontecimientos históricos y su relevancia constitucional

Los ocho acontecimientos que aparecen conmemorados en el Muro corresponden a eventos de base mayor o menormente religiosa de la historia de Suiza, Hungría, Prusia, Inglaterra, Escocia, Francia, Países Bajos y Estados Unidos. Todos ellos se hallan ubicados temporalmente en la Edad Moderna, entre los siglos XVI y XVII, período en el cual se ponen las bases ideológicas y, en parte fácticas, del futuro constitucionalismo moderno. Los hechos reflejados en el monumento, ordenados cronológicamente, son los siguientes:

- a) *22 de febrero de 1534: Celebración del primer bautismo evangélico en Ginebra.* El acontecimiento aparece en primera instancia como básicamente religioso, pero no deja de presentar elementos políticos de honda significación para la posterior tradición constitucional suiza. En efecto, como señala el propio relieve, la Reforma es predicada en Ginebra «en presencia de los enviados de Berna». La primera mitad del siglo XVI asiste a una división religiosa en el seno de la Confederación Helvética que plasma dos formas de entender no sólo la Iglesia sino la

propia sociedad. Los cantones rurales se alinean con Roma, mientras los cantones de ambiente más urbano, en los que el humanismo ha tenido más campo de irradiación, apoyarían diversas vías de Reforma. Es el caso de Zurich, de Basilea o de Berna. El apoyo de esta última ciudad y de su poderoso ejército permite a Ginebra consolidar su Reforma, no sólo como un movimiento de renovación religiosa sino también como una afirmación de su independencia respecto del duque de Saboya y del propio Obispo de la ciudad. Ginebra tardaría aún mucho tiempo en incorporarse a la Confederación (no lo haría hasta 1815), pero a partir de la Reforma orientaría sus miras a ese espacio político diferenciado que formaría Suiza. Igualmente relevante es la participación directa del pueblo en la adopción de la reforma ginebrina, también reflejada en el relieve. Esta participación activa de la población está en la base de una concepción teóricamente más democrática de Iglesia (aunque con Calvino derivaría en una auténtica Teocracia), que a su vez servirá de substrato para las teorías políticas de Rousseau y para el desarrollo de los mecanismos de democracia directa, tan profusamente utilizados en el constitucionalismo suizo actual.

- b) *Agosto de 1565: John Knox predica la Reforma en la Catedral de Saint Giles, Edimburgo, delante de la Corte de María Estuardo.* Escocia sería el primer país en adoptar oficialmente la reforma religiosa de inspiración calvinista en 1572. Ello iría precedido de un período convulso en la historia política de este país, que se debatía entre dos influencias políticas contrapuestas, una capitaneada por la vecina Inglaterra y la otra por la potencia continental francesa. Pronto estas divisiones tuvieron un trasfondo religioso, especialmente aprovechando la minoría de edad de la soberana. En diciembre de 1557, un sector de notables escoceses, agrupados bajo el título de «Lores de la Congregación», se constituyeron en una Liga o Covenant con el declarado propósito de defender la Palabra de Dios. Tras la derrota de las tropas francesas por el apoyo inglés, el Parlamento escocés repudiará la autoridad de Roma y comenzará un paulatino proceso que llevará al establecimiento de la Iglesia presbiteriana escocesa. Durante el tiempo que duraría aún la independencia escocesa, la historia eclesiástica de Escocia es la historia del intento por crear o rechazar un sistema de presbiterios independientes y soberanos. Se trata de un proceso de consolidación eclesiástica que refleja en cierto modo la paralela lucha constitucional (Sabine, 289). Mientras la corona y el gobierno fueron

débiles, los presbiterios obtuvieron fuerza legal e independencia política. En los momentos en los que el gobierno era fuerte, los derechos reclamados por los presbiterios fueron derogados o disminuidos (Chadwick, 172).

- c) *26 de julio de 1581: Los Estados Generales adoptan en La Haya la Declaración de Independencia de las Provincias Unidas.* Esta Declaración, evidentemente ligada al proceso de reforma religiosa de los Países Bajos del norte, tiene fundamentalmente importancia política y puede considerarse como uno de los sucesos más relevantes de la historia europea moderna. La importancia del hecho deriva, por una parte, de la formación de una nueva comunidad política a través de la legitimación de una secesión unilateral, lo que serviría de referencia para la posterior independencia norteamericana. El hecho plantea, desde luego, la discusión sobre la creación o mantenimiento de las formas políticas como espacios de decisión y legitimación. Por otro lado, y en íntima conexión con la legitimación de la secesión, en la Declaración neerlandesa se encuentra el principio en virtud del cual el poder político está orientado al bien de los gobernados. En el mismo sustrato ideológico se esconde la justificación del derecho de resistencia, cuya legitimación plantearon en el mismo siglo XVI no sólo pensadores de inspiración calvinista, sino también varios jesuitas activos en la Contrarreforma (Touchard, 225). Derecho de resistencia y derecho a la secesión caminan, por tanto, de la mano en el proceso de legitimación de las ideas políticas contemporáneas. La declaración aquí aludida es no sólo el precedente de la Declaración de independencia norteamericana, sino también de la Declaración de Derechos inglesa de 1689.
- d) *13 de abril de 1598: Enrique III de Navarra, IV de Francia, firma el Edicto de Nantes.* Las guerras de religión desarrolladas a lo largo de casi todo el siglo XVI suponen un aldabonazo importante en la consolidación de la monarquía francesa. De su resolución, Francia y su institución real saldrán políticamente reforzadas para liderar el ámbito geopolítico europeo durante prácticamente dos siglos. La guerras de religión son precisamente el marco que impulsa a Bodino a desarrollar sus teorías de la tolerancia y a poner indirectamente las bases del posterior absolutismo (Sabine, 313). La división de las familias notables en dos bandos enfrentados plantea la necesidad de buscar soluciones a la división. Si bien éstas fueron por lo general traumáticas, el Edicto de Nantes marca un hito en la historia europea de la tolerancia. El llamado Edicto es en realidad un conjunto de tex-

tos que establecen una serie de limitaciones no sólo al poder político establecido sino también al poder uniformizador del Estado que posteriormente la Revolución acentuará hasta límites extremos. La tolerancia del Edicto fue, sin embargo, en Francia poco digerida por una sociedad no preparada culturalmente a la diferencia cultural, religiosa o lingüística y que bebería entusiastamente de las fuentes del racionalismo uniformizador en cuanto la prudencia política dejara de ser estrictamente necesaria (Wanegffelen, 224)².

- e) *13 de diciembre de 1606: Estéfano Bocksay presenta en la Dieta de Hungría la Paz de Viena.* En ocasiones se presenta esta Paz como el primer tratado internacional en el que se contiene una cláusula de protección de la libertad religiosa y, por ende, de grupos minoritarios. Sin embargo, es confusa la naturaleza internacional del acuerdo. En cualquier caso, lo políticamente relevante del hecho es el reconocimiento de la tolerancia religiosa y del derecho a la diferencia. Bajo la hegemonía otomana fue relativamente factible el mantenimiento de esta tolerancia en Transilvania, pero derivó imposible con la llegada a Centroeuropa de nuevas realidades y teorías políticas. El principio de la tolerancia religiosa está en la base de la idea de derechos humanos individuales y puede ser considerado como el primer derecho realmente positivizado en este sentido. Las ideas de Locke respecto a los derechos individuales y a la limitación de poder que ellos suponen entroncan con tradiciones anteriores, entre las cuales, la de la tolerancia a la disidencia religiosa en una Europa ya claramente dividida, resulta una de las corrientes más importantes.
- f) *11 de noviembre de 1620: Los Padres Peregrinos fundan la primera colonia en Nueva Inglaterra.* El llamado Pacto de Myflower implica no sólo el establecimiento de una nueva comunidad de fe, sino igualmente la construcción de una nueva comunidad política. El posterior constitucionalismo norteamericano beberá en las fuentes de los padres fundadores y de su inspiración puritana. Por una parte, se trata de fundar una nueva comunidad política, que más tarde se reflejará en una declaración de independencia.

² La llegada de los Borbón al trono francés tiene también consecuencias para el País Vasco, puesto que supone la unión personal de los reinos de Navarra y Francia. A través de la Casa de Albret, principalmente representada por la madre de Enrique III, la reina de Navarra Juana de Albret, el influjo de la Reforma también se había extendido por la Vasconia continental, dando como fruto literario la primera traducción y edición del Nuevo Testamento en lengua vasca, realizada por Ioannes Leizarraga en 1571.

Por otro lado, el acto del Myflower expresa hasta un punto una concepción en la que el poder político está basado en el consentimiento de los gobernados. Los peregrinos formarán a su vez una iglesia más democrática, si bien su gestión de la diferencia externa será terrible. El calvinismo predeterminista y la tradición veterotestamentaria del pueblo elegido llevaron a impulsar muy decididamente en ellos la idea de ser una comunidad escogida frente a las poblaciones indígenas y a justificar la aniquilación progresiva de ellas (Vidal, 301). También en este punto la tradición norteamericana será heredera de un sustrato semejante que no consiguió resolver jurídicamente hasta los años sesenta del siglo xx.

- g) *Octubre de 1685: El Duque de Prusia y elector de Brandenburgo acoge a los refugiados hugonotes*. La revocación del Edicto de Nantes por Luis XIV supone la respuesta de una mentalidad absolutista a las diferencias internas y un precedente de la supuesta racionalización (Touchard, 281). Es relevante considerar la ausencia de una política positiva de la diferencia en el posterior constitucionalismo francés, en el que la premisa igualdad no sólo se extiende a la condición jurídica, sino también al imaginario nacional en su sentido más amplio. La acogida del Duque de Prusia a un buen número de exiliados hugonotes no está exclusivamente basada en criterios identitarios, pero viene a reflejar una disposición diferente a dicho respecto en el mundo cultural germano.
- h) *15 de febrero de 1689: Los Comunes y los Lores presentan a Guillermo de Orange y María la Declaración de Derechos*. La Revolución Gloriosa tiene también su lugar en el Muro de los Reformadores. Huelga resaltar la importancia de dicho acontecimiento en la tradición constitucional británica. Desde el punto de vista religioso, el acontecimiento supuso la consolidación definitiva de la Reforma en Inglaterra, tras un siglo y medio de incertidumbres. El hecho supone también el triunfo definitivo del Parlamento sobre el ejecutivo, pero sobre todo la limitación del poder a través de la consolidación de derechos individuales que más tarde estarían en la base nuestros modernos Estados de Derecho.

4. Las bases del constitucionalismo moderno

En la mayor parte de los países en los que resultó exitosa, la Reforma protestante se vio obligada a pactar o a transigir con el poder secular nacional. En el ámbito geográfico en el que se acabó imponiendo el luteranismo, la Reforma dio lugar a iglesias nacionales severamente

controladas por los poderes seculares (Russell, 141), una disposición que venía ya produciéndose en el cristianismo oriental desde hacía siglos. Algo similar acabaría sucediendo en Inglaterra. Por el contrario, en los lugares en los que el calvinismo fue predominante, y siempre que el tamaño de la estructura política lo permitiera, la consecuencia de la Reforma fue la de la separación de Iglesia y Estado, pero desde la perspectiva de un poder secular al servicio del religioso, que en casos extremos, como el de Ginebra, acabó derivando en una teocracia (Chadwick, 82). En el espacio católico estas tendencias iban igualmente a reproducirse con otros ropajes ideológicos, siendo los jesuitas los que con mayor ahínco defendieron la separación de ambos poderes, identificándose en muchos lugares sus doctrinas con las de los propios calvinistas, frente a anglicanos, luteranos o galicanos (Sabine, 305).

Esta nueva situación de relación entre poder religioso y político se tradujo en el afianzamiento de las monarquías nacionales y de la forma política de Estado. El camino para la creación de los correspondientes Estados-nación quedaba así expedito, toda vez que el elemento religioso y las nuevas diferencias de culto se convertirían en los elementos más marcados de identidad, que sólo a partir del siglo XIX serían paulatinamente reemplazados en importancia por las diferencias de orden lingüístico (Petschen, 40).

El hecho de que la Reforma alentara estas circunstancias, creara un espacio europeo más plural y desarrollara nuevas ideas sobre la relación entre poder secular y poder temporal, ayudó a la aparición de diversas teorías políticas, entre las que encontramos la legitimación de los aspectos sustanciales del constitucionalismo moderno. Ahora bien, lo que realmente sienta las bases fácticas de ello, y motiva los acontecimientos que más arriba hemos relatado, no es tanto la propia Reforma en sí, sino las consecuencias de la misma, sin que puedan identificarse todas las ideas políticas que alumbrarían el Estado de Derecho con aquel movimiento, sino con el entorno propicio que el éxito de aquél movimiento provocó en los siglos XVII y XVIII. En aquellas zonas del continente en las que no aparecieron cambios relacionados con la pluralidad religiosa provocada por la Reforma, el desarrollo significativo de ideas políticas modernas quedó estancado hasta muy entrado el siglo XIX. Así sucedió, por ejemplo, en ámbitos como el de la Península Ibérica, los Balcanes o la Europa oriental.

En consonancia con todo ello, podemos resaltar que los acontecimientos que más arriba se han descrito como hitos fundamentales de la Reforma, condensan en mayor o menor medida la formulación de ideas políticas novedosas que sirven de base a las tradiciones constitucionales que suelen ser objeto de estudio en nuestras facultades o en nuestros

manuales de Derecho político. De las tres grandes tradiciones constitucionales que suelen servirnos de referencia, esto es, la británica, la norteamericana y la francesa, son las dos primeras las que mejor se ven reflejadas en este marco histórico político. Ya hemos señalado cómo la tradición constitucional francesa engarza con elementos que difieren del sustrato de la Reforma, en particular, el tema de la diferencia. Sin embargo, ello no deja de reflejarse también en el Muro ya que, como señalamos anteriormente, la adopción y posterior revocación de los edictos de Nantes marcan también una trayectoria previa al desarrollo constitucional francés establecido sobre bases sociológicas y religiosas diferentes a las de las islas británicas o las del nuevo mundo. Es posible, por el contrario, que podamos identificar más elementos de conexión con la tradición constitucional suiza, si bien ello resulta sin duda más complejo por el peculiar sistema jurídico-político de la Confederación Helvética.

Del pedagógico recorrido histórico y religioso del Muro, derivan fundamentalmente cuatro ideas fuerza que nos interesan desde el análisis del surgimiento del movimiento constitucionalista. En efecto, el cuerpo de enseñanzas políticas que derivarían de los acontecimientos narrados en el monumento religioso, podría condensarse en torno a cuatro temas que van a marcar los posteriores desarrollos constitucionales:

a) *La idea de la tolerancia frente a la diversidad religiosa*

No parece que la idea de la tolerancia pueda inferirse directamente de las propias enseñanzas de los principales reformadores, quizás con la excepción del Lutero anterior a 1525 (Wanegffelen, 71), pero sí es cierto que sus ideas dieron lugar a una mayor comprensión respecto a la disidencia religiosa (Touchard, 214-219). La exaltación de la conciencia como última razón imperativa y la insistencia en eliminar la función mediática para llegar a la fe, procurando que cada cristiano lo hiciera directamente a través de la lectura de los libros sagrados, tuvo mucha importancia en el desarrollo de la modernidad. La Reforma, al anular el peso de la Tradición y concentrarse en el de la Literatura como fuente de la Revelación, ayudó a consolidar el sujeto activo característico de la modernidad, como lo hicieron el racionalismo cartesiano y el paulatino desarrollo de las ciencias, inspirando una visión más antropocéntrica que teocéntrica de la realidad. Sin quererlo, los reformadores están abriendo la puerta al pluralismo y a la secularización de la sociedad, los dos máximos exponentes del paso de la misma a la modernidad (Velasco, 69-70).

La tolerancia frente a la divergencia o disidencia religiosa no fue, con mucho, la pauta común de actuación ni de argumentación en los si-

glos XVI y XVII. Antes al contrario, las separaciones religiosas, a diferencia de las lingüísticas, provocaron amargas controversias y nuevas identidades con una fuerte capacidad movilizadora, tendente a la auto-defensa, cuando no a la eliminación de la alteridad (Petschen, 41). Ello se extendió también, como resulta lógico, a quienes no profesan ningún culto cristiano, como los indios de América, y sentó las bases para las justificaciones no sólo de nacionalismos agresivos, sino de imperialismos posteriores, racismos y fundamentalismos excluyentes, más o menos fundamentados en ideas de Destino manifiesto o de elección natural o divina (Vidal, 300). No en vano, en torno al reconocimiento de las sociedades aborígenes del Nuevo Mundo gira otro debate paralelo que nos lleva al mismo tema del respeto por la diferencia, con consecuencias similares en la práctica en los ámbitos católico y protestante.

Sin embargo, es cierto al mismo tiempo que importantes reformadores defendieron con coherencia el principio de la tolerancia. El ejemplo más adecuado en este sentido es, desde luego, el de Roger Williams (Babel, 39), aunque otras figuras históricas representadas en el Muro pasen por ser también defensores de la idea de la tolerancia religiosa. Este concepto, teóricamente tan ligado al calvinismo, se tradujo en criterio político allá donde se pudo comprender que no había otra forma más rentable de solucionar las diferencias religiosas que incorporándolas a la estructura institucional del respectivo país. Son claros en este sentido los ejemplos del Edicto de Nantes en Francia (Carvalho, 22) y de la Paz de Viena para Transilvania, pero todo hace pensar que fue más la necesidad que la convicción lo que permitió que se concretara la sugestiva idea de la tolerancia (Wanegffelen, 53). En efecto, como puede leerse en el mismo Muro, Enrique IV sanciona la aprobación de los edictos con estas palabras:

«Ahora que Dios ha tenido a bien permitirnos disfrutar de un mejor sosiego, hemos estimado que no podríamos emplearlo mejor que ocupándolo en aquello que puede concernir la gloria de su santo nombre y servicio, y en procurar que él pueda ser adorado y rezado por todos nuestros súbditos. Y si no ha tenido a bien permitir que así sea todavía a través de una misma forma y religión, que lo sea al menos con una misma intención»³.

³ Hemos traducido libremente el texto en francés de la época que obra en el Muro y que reza de la siguiente manera: «*Maintenant qu'il plaît à Dieu commencer à nous faire jouir de quelque meilleur repos, nous avons estimé ne le pouvoir mieux employer qu'à vacquer à ce qui peut concerner la gloire de son saint nom et service et à pourvoir qu'il puisse être adoré et prié par tous nos subjects. Et s'il ne lui a plu permettre qu'il que ce soit pour encore en une même forme et religion, que ce soit au moins d'une même intention*».

El texto no deja de reflejar una cierta resignación frente a la falta de unidad de culto y busca el argumento que permita reubicar ambas profesiones de fe en torno a una misma lógica (la intención) que deslegitime la represión recíproca de ambos grupos. Ni qué decir tiene que esta tolerancia para con la poderosa minoría hugonote no se extendía a miembros de otras religiones, ni siquiera a otros grupos cristianos disidentes. En una línea parecida puede recordarse que el mismo Locke, que defendía la tolerancia como principio, justificaba no poder admitirla frente a miembros de otras religiones con otra suerte de argumento, ni tampoco para los católicos, pese a ser cristianos, precisamente por el poco religioso argumento de que obedecían a una autoridad política ajena a la del Estado. En este caso, la tolerancia religiosa cede ante la consolidación del Estado como forma política ideal (Botella, 200).

En el caso de Hungría, la aceptación de tolerancia en la Paz de Viena está redactada en términos más jurídicos y garantistas. Por ello pasa por ser un primer instrumento jurídico de protección de la libertad religiosa, que se adelanta en casi medio siglo a los posteriores desarrollos jurídicos internacionales (Ruiz, 24). El extracto del tratado que podemos observar en el Muro señala:

«Su majestad Imperial y Real nunca molestará o permitirá a otros que molesten a ningún estamento u orden del reino en su religión o confesión. El libre ejercicio de culto religioso es garantizado a todos... Las funciones públicas del reino serán conferidas en Hungría y sus territorios asociados a aquellos que lo merezcan, sin discriminación ninguna basada en la creencia religiosa...»⁴.

En esta línea, la tolerancia religiosa como idea, en parte defendida por los reformadores, fue inspirando a la larga, por un lado, una aceptación de la diversidad característica de las sociedades modernas y, por otro, un reconocimiento de la esfera individual de libertad de todo individuo. La libertad de religión es, quizás el primero de los derechos humanos reconocido jurídicamente con carácter general y abre la puerta a la existencia de derechos naturales previos a la constitución de cualquier poder político. Por vez primera debe admitirse que las comunidades políticas no se modelan a imagen y semejanza de su soberano y, en consecuencia, se abre la posibilidad también de un cuestionamiento de la sede en la que se reside dicha soberanía. La contribución de Bodino

⁴ Este texto figura en el Muro en latín, lengua original del tratado. A nuestros efectos, hemos hecho una traducción a lengua castellana cotejando al mismo tiempo las versiones inglesa y francesa que figuran en Higman, 24.

en este sentido es muy relevante y plenamente coherente con la situación descrita, pero la propia idea de tolerancia cristalizó de modos diversos en las diferentes sociedades, en función de las circunstancias de mayoría o minoría en las que cada grupo se veía forzado a vivir. Esto explica una tradición liberal común de respeto a la autonomía individual en las diferentes tradiciones constitucionales europeas, pero también posiciones muy diferentes en torno a la aceptación de la discriminación positiva respecto a los grupos cultural, religiosa o lingüísticamente minoritarios.

b) *La idea de la necesidad de limitar el poder temporal*

Las doctrinas protestantes, particularmente las de inspiración calvinista, ayudaron a cambiar la percepción que en determinadas sociedades se tenía de aspectos tan fundamentales para la vida social como el trabajo, el progreso social o la necesidad de organización comunitaria. Respecto al primer caso, si para el cristianismo tradicional el trabajo se entendía como una suerte de castigo divino con el que ganarse un sustento, con el calvinismo, el trabajo se transforma en el medio a través del cual Dios permite al hombre transformar el mundo. Por su parte, el estado de pobreza que para la visión tradicional venía a ser considerado como una condición querida por Dios, tras la doctrina calvinista se convierte en una auténtica desgracia y señal de predestinación negativa (Vidal, 288).

Del mismo modo, el calvinismo esconde una desconfianza radical hacia la naturaleza humana, dañada por la Caída, que no puede por menos de extenderse a todas sus realizaciones, entre las que se halla desde luego la organización política. Esta perspectiva ayudó al cuestionamiento de las autoridades tradicionales y a la consecuencia lógica de buscar límites respecto a un poder que en todo caos no puede estar sino al servicio de la Iglesia. La radical separación entre Iglesia y poder temporal que Calvino defiende se convierte en determinadas circunstancias en sometimiento total de éste a aquélla, al contrario de lo que ocurriría en el ámbito luterano. En todo caso, lo relevante en este punto es subrayar la generación de desconfianza frente al poder político, lo que supone una formidable base de partida para las teorías que buscan la limitación y debilitamiento del mismo, en parte, porque debe asegurarse la tolerancia religiosa anteriormente mencionada y otros derechos individuales.

En este sentido, la formulación del Bill of Rights de 1689 que nos presenta el Muro es contundente al limitar las prerrogativas regias y establecer un nuevo sistema constitucional de mayor equilibrio interno:

«Los Lores espirituales y temporales, y los Comunes, encontrándose reunidos en una representación libre y plena de esta nación, para la reivindicación y la defensa de sus tradicionales derechos y libertades, declaran: que el pretendido poder de suspender leyes por la autoridad real sin el consentimiento del Parlamento es ilegal... que percibir un impuesto sin el asentimiento del Parlamento es ilegal... que la elección de los miembros del Parlamento debe ser libre»⁵.

La limitación, en consecuencia, se hace con base en unos derechos y libertades previos, que a su vez son garantizados por la acción de los representantes populares reunidos en un Parlamento. Este será en lo sucesivo el órgano que dirá la última palabra en la organización constitucional británica. En alguna medida esta nueva realidad política tiene su legitimación en una desconfianza respecto de los poderes temporales, particularmente los ejecutivos, que permanecerá viva en la tradición anglosajona. A diferencia de ésta, la tradición francesa se expresará de modo bien distinto cuando un siglo más tarde estalle la Revolución.

El reforzamiento de las instituciones representativas o cuasiparlamentarias que se deriva de la necesidad de controlar el poder ejecutivo, se expresa igualmente en el mensaje que Guillermo el Taciturno dirige a los Estados Generales y que el Muro refleja parcialmente:

«Asumamos juntos la defensa de este buen pueblo. Espero, con vuestra ayuda y por la gracia de Dios, que he sentido tantas veces en el pasado y en asuntos tan complejos... que lo que sea resuelto por vosotros, yo lo mantendré»⁶.

c) *La idea de que el gobierno se fundamenta en el consentimiento de los gobernados*

Las dos citas históricas del Monumento incorporadas en el apartado anterior son también ejemplos indirectos de la idea de que el gobierno se fundamenta en el consentimiento de los gobernados. Así se infiere

⁵ El texto se encuentra en el inglés original en el propio Muro, con el siguiente tenor: «*The Lords spirituall and temporall and Commons being now assembled in a full and free representative of this nation doe for the vindicating and asserting their auntient rights and liberties declare: That the pretended power of suspending of laws by regall authority without consent of Parlyament is illegall... That levyng money without grant of Parlyament is illegall... That election of Members of Parlyament ought to be free*». La traducción es nuestra.

⁶ Este texto figura en el Muro en neerlandés. A nuestros efectos, hemos hecho una traducción a lengua castellana cotejando al mismo tiempo las versiones inglesa y francesa que figuran en Higman, 15.

del poder decisorio que en ambas ocasiones se reconoce al órgano que en mayor o menor medida representa al pueblo.

Este principio evoluciona también en paralelo a la creación de nuevas iglesias reformadas, cuando éstas se hallaban en situación de minoría frente a una sociedad mayoritariamente católica (caso de los hugonotes franceses) o bien cuando se encuentran con un poder político hostil y mientras no consigan imponerse. Este segundo sería durante un tiempo el caso de Escocia o de los Países Bajos. Respecto a estos últimos, la Declaración de Independencia de 1581 anteriormente aludida señala, como se recoge textualmente en el propio Monumento, que:

«Los súbditos no son creados por Dios para el Príncipe en orden a obedecerle en todo lo que pueda satisfacerle mandar, sea por Dios o contra Dios, razonable o irrazonable, y para servirle como esclavos. Bien al contrario, el Príncipe es creado para sus súbditos (sin los cuales no puede ser Príncipe) para gobernarlos según el Derecho y la razón»⁷.

La primacía corresponde, por lo tanto, a los súbditos, de los que en última instancia irradia todo poder. En el siglo posterior a esta formulación política aparecerían las teorías más sólidas del Contrato Social, que fueron facilitadas por algunas teorías políticas y eclesiológicas protestantes (Johnston, 143). La idea de covenant juega aquí un papel singular que reaparecerá en la tradición constitucional norteamericana. De alguna forma se recogen de nuevo las tradiciones germanas de creación del Derecho, acalladas y sometidas durante siglos por la tradición de inspiración romana.

El tema aquí planteado del necesario consentimiento de los gobernados para hacer legítimo el poder temporal, tiene a su vez una derivación importantísima en la discusión sobre el derecho de resistencia. Ni Lutero ni Calvino fueron defensores de dicho derecho y por lo general abominaban de los actos de resistencia, prefiriendo la tiranía a la anarquía (Johnston, 162). Ahora bien, Calvino no era tanto partidario de la monarquía cuanto de la aristocracia como forma ideal de gobierno y en alguna medida legítima una cierta capacidad de resistencia que no se atribuye a todos los súbditos sino solamente a determinados magistrados (Sabine, 290). Si posteriormente escritores calvinistas justificaron el derecho de resistencia, no lo hicieron por coherencia con las enseñanzas

⁷ Este texto figura en el Muro en neerlandés. A nuestros efectos, hemos hecho una traducción a lengua castellana cotejando al mismo tiempo las versiones inglesa y francesa que figuran en Higman, 15.

del gran reformador, sino en virtud de las particulares circunstancias políticas en las que se vieron inmersos. Tampoco puede olvidarse en este sentido la justificación del derecho de resistencia por parte de una escuela de religiosos jesuitas (Sabine, 305). Ambas corrientes, por motivos y con objetivos distintos, debían chocar con la justificación divina del poder de los reyes y ayudaban a minar los cimientos de las inminentes experiencias absolutistas.

d) *La idea de la constitución de nuevas comunidades políticas*

La misma doctrina del derecho de resistencia que se desarrolló en una segunda fase de propagación de la Reforma, condujo a la aceptación como lógica de otra importancia consecuencia política, a saber, la posibilidad del establecimiento legítimo de nuevas comunidades por segregación de los espacios ya existentes. A esta misma conclusión ayudó igualmente la idea de que el poder político descansa sobre el consentimiento de los gobernados y, por tanto, que aquél es alterable, cuando desaparece éste.

Así, por un lado se tiende a justificar la independencia de una determinada comunidad como una suerte de rebelión contra la tiranía de un monarca (inglés en el caso norteamericano, español en el caso neerlandés), pero al mismo tiempo se está legitimando la posibilidad de crear nuevas comunidades políticas si media un pacto fundacional para ello en el que participan los futuros gobernados. En última instancia se reconoce que la segregación o agregación de territorios de espacios políticos ya conformados debe hacerse con el consentimiento de la población allí residente. A través de una suerte de covenant, se crean nuevas formas políticas, cuya legitimidad no puede ponerse en duda, en la medida en que establecen sus propias fuentes normativas:

«En el nombre de Dios, amen. Nosotros, los abajo solemnemente firmantes, nos reunimos mutuamente por el presente pacto, delante de Dios y en presencia los unos de los otros, en un cuerpo civil y político para legislar y establecer aquellas leyes justas e iguales que se juzgará oportuno y conveniente para el bien general de la colonia»⁸.

⁸ El texto original del Muro se encuentra en el inglés de la época: «*In the name of God, Amen. We... doe by these presents solemnly and mutually in the presence of God and one of another covenant and combine ourselves together into a civill body politick,... and by vertue hearof to enacte, constitute and frame such just and equall lawes... as shall be thought most meete and convenient for the generall good of the colonie.*» La traducción es nuestra.

Como puede observarse en el texto, que corresponde al relieve del Muro representativo del Pacto del Myflower, los padres peregrinos no sólo se organizan como comunidad de fe sino que explícitamente constituyen un cuerpo cívico y político que se arroga potestad para legislar y organizar leyes justas e iguales. Se trata de una auténtica fundación constitucional que servirá de inspiración al posterior proceso de independencia norteamericano.

La misma experiencia histórica había sido ya vivida por los Países Bajos y sirvió temporalmente en otros países mientras el calvinismo se encontraba en minoría o en confrontación con un poder político vecino más importante. Este sería el caso de Escocia, Navarra o Transilvania durante parte del siglo XVI. Como ya hemos señalado con anterioridad, la Reforma anuncia claros elementos nacionalistas (Hernández, 215). En cualquier caso, se va construyendo también una legitimación política de los procesos de secesión sobre la base del gobierno consentido y del derecho de resistencia frente a la tiranía. Ello provocaría consecuencias políticas de primera importancia cuando las características nacionales sustituyan a las religiosas como fuente primordial de la identidad colectiva.

5. Conclusión

A través del análisis de algunos de los elementos del Muro de los Reformadores hemos podido ir dibujando una serie de trazos que conforman un cuadro de implicaciones complejas entre la Reforma y las principales tradiciones constitucionales de nuestro entorno cultural. Ni el estudio de los datos que el propio Monumento nos ofrece está agotado ni, mucho menos aún, el cuadro de acontecimientos políticamente relevantes de aquella época queda completado. Antes al contrario, es tiempo de relativizar el impacto de las nuevas realidades religiosas de la Edad Moderna, teniendo en cuenta que todos estos procesos aquí descritos se producen en un contexto sobre el que actúan también otros factores de no poca importancia. Entre éstos, son destacables fenómenos tan singulares como los siguientes:

- a) El desarrollo del Humanismo, que precedió a la Reforma y supuso impulsar unas nuevas bases culturales en parte de la Europa occidental.
- b) El llamado descubrimiento de América, que confrontó a los europeos con la existencia de nuevas realidades geográficas y antropológicas y con dilemas en relación con el gobierno de las mismas.

- c) El florecimiento económico, especialmente en Italia, Alemania y los Países Bajos, unido al desarrollo del capitalismo. Las conexiones entre capitalismo y calvinismo son desde luego sugerentes, puesto que la ética propugnada por Calvino responde bien a los intereses de la clase burguesa. Sin embargo, no puede olvidarse que el capitalismo se implantó en determinadas regiones de Europa con anterioridad a la Reforma y que se desarrolló igualmente en zonas en las que ésta no tuvo éxito.
- d) El desarrollo tecnológico, que permitió asimilar nuevos conceptos y realidades, que a su vez pondrían en cuestión determinados dogmas tradicionales e incluso la posición de la persona en el universo.
- e) Dentro de los progresos tecnológicos, requiere un lugar particular la generalización de la imprenta, creada en el siglo xv, que permitiría en los siglos posteriores una rapidez en la difusión de las ideas desconocida hasta entonces. Este hecho va unido también a un aumento significativo del número de personas alfabetizadas y al desarrollo y afianzamiento de una serie de lenguas nacionales que dividirían el espacio cultural europeo-occidental, hasta entonces unificado en torno al latín.
- f) La consolidación del Estado y de las monarquías nacionales como los espacios políticos de referencia de cara a la modernidad.

En definitiva, la Reforma y su éxito pueden ser considerados causa y consecuencia al mismo tiempo de muchos de los factores que interactúan para poner las bases del constitucionalismo moderno. En todo caso, hemos mantenido que, si bien la propia Reforma aportará elementos importantes de modernización de la política, es más definitiva en este sentido la situación de diversidad religiosa que plantea su extensión. Es esta diversidad y las diferentes circunstancias en las que se produce, lo que estimula la confrontación política también en clave ideológica. Los juegos de mayorías y minorías, las relaciones entre poderes políticos y religiosos o las confrontaciones entre unos poderes temporales y otros, crean un nuevo espacio privilegiado para el desarrollo de teorías y prácticas modernizantes, no todas ellas estrictamente novedosas, pero sí planteadas en un contexto históricamente más propicio que cualquier otro anterior. Más que un mérito atribuible a la Reforma, las bases del constitucionalismo moderno, al menos en algunos de los países de nuestro entorno, se vieron favorecidas por la situación fáctica derivada de las luchas religiosas del siglo xvi y de la confluencia de otros factores sociales, culturales y políticos, como los más arriba mencionados.

Como señalábamos más arriba, esto puede quedar demostrado por el hecho de que en las zonas del continente europeo en las que no se produjeron cambios profundos relacionados con la pluralidad religiosa provocada por la Reforma, o en las que la nueva diversidad religiosa no perduró sólidamente más allá de una generación por la reacción contrarreformista, la evolución de las teorías políticas permaneció llamativamente estancada. Con tímidas excepciones, tampoco hay en dichos espacios acontecimientos políticos prácticos durante la Edad Moderna que resulten especialmente significativos a este respecto. Es el caso de zonas como la Península Ibérica, la Europa oriental eslava y los Balcanes, sometidos en su casi totalidad al Imperio Otomano a lo largo de todo este período. España y Portugal permanecieron masivamente fieles a la fe católica, con un grado de disidencia muy reducido. Por su parte, la Europa oriental y la península balcánica, en su mayor parte se mantendrían bajo el influjo de las iglesias ortodoxas. La primera, bajo el dominio espiritual de la Tercera Roma, Moscú, cuyo patriarcado o sínodo extendían su influencia en paralelo al formidable proceso de expansión ruso. Los Balcanes, bajo soberanía otomana, albergaban algunas poblaciones sometidas a Roma (básicamente Hungría y Croacia hasta la Paz de Passarowitz en 1699), junto a una mayoría social que dependería eclesiástica y espiritualmente del Patriarca Ecuménico de Constantinopla hasta el siglo XIX.

En este sentido, la Reforma ahondó la división político-cultural del continente europeo y marcó el ámbito geográfico que ejercería el liderazgo intelectual en el continente durante los siguientes siglos. Las tradiciones constitucionales originarias, británica, norteamericana, francesa y helvética, vienen a insertarse en mayor o menor medida en dicho substrato político. Posteriormente, este liderazgo intelectual vendría a corresponderse cada vez más claramente con el liderazgo militar y económico y, tras ser ejercido desde Europa durante aproximadamente dos siglos, saltaría el Atlántico para consolidarse hasta nuestros días en aquel espacio que se empezaba a alumbrar cuando los peregrinos del Myflower suscribían su pacto fundacional.

En definitiva, el Monumento Internacional de la Reforma de Ginebra nos ofrece un incomparable marco pedagógico para sintetizar y relacionar al mismo tiempo elementos muy significativos de las tradiciones constitucionales vigentes hoy en Occidente. No en vano, la interacción entre política, religión, historia y cultura es el marco conceptual y fáctico en el que se incardina cualquier Derecho positivo y particularmente un Derecho constitucional. Un recorrido visual e imaginario por los acontecimientos que resalta artísticamente el Muro, e incluso por las biografías de los personajes allí representados, podría

traducirse en una sugerente y eficaz lección introductoria de Derecho constitucional.

En una época en la que el estudio del Derecho se orienta básica o mayoritariamente al análisis de un ordenamiento jurídico vigente, la parcela que representa el Derecho constitucional debe reclamar con mayor insistencia la conveniencia de enfoques pluridisciplinarios, en los que puedan combinarse aproximaciones contextuales mucho más complejas que las derivadas de perspectivas exclusivamente técnicas. Al fin y al cabo, mucho de los problemas del Derecho Constitucional son más cuestiones de la teoría política a las que debe proveerse posteriormente del adecuado ropaje jurídico, que asuntos de mera técnica jurídica sobre aspectos políticos. En fin, las sociedades desarrolladas actuales, cada vez más plurales en cuanto a los miembros que las integran, reclaman con fuerza creciente la necesidad de redefinir dinámicamente las bases de la convivencia política. Y esta adaptación progresiva de los fundamentos jurídico-políticos de nuestras comunidades institucionales sólo será viable desde la comprensión compleja y completa de las distintas tradiciones políticas, culturales y religiosas que se integran en ellas.

6. Bibliografía

- BABEL, H. *et alia* (1985), *Des Hommes, Une idée: la Réforme*, Fondation des clefs de Saint-Pierre, Ginebra.
- BOTELLA, J.; CAÑEQUE, C. y GONZALO, E. (eds.) (1994), *El Pensamiento Político en sus Textos. De Platón a Marx*, Tecnos, Madrid.
- CAÑELLAS, J.N. (2000), *Las Iglesias Apostólicas de Oriente; Historia y Características*, Ciudad Nueva, Madrid.
- CARVALHO, B. (2001), «Keeping the State: Religious Toleration in Early Modern France and the Role of the State in Minority Conflicts», en *European Yearbook of Minority Issues*, volume n 1, 2001/2, pp. 5-27.
- CHADWICK, O. (1979), *The Reformation (The Pelican History of the Church 3)*, Penguin Books, Middlesex.
- GREEN, V. (1998), *The European Reformation*, Sutton Publishing, Gloucester.
- HERNÁNDEZ BECERRA, A. (1997), *Las Ideas políticas en la Historia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- HIGMAN, F. (1993), *Monument International de la Réformation*, Genève, Fondation des clefs de Saint-Pierre, Ginebra.
- JOHNSTON, P. y SCRIBNER, B. (1998), *La Reforma en Alemania y Suiza*, Akal, Madrid.
- LADERO QUESADA; M.A. (2002), *Espacios del hombre medieval*, Arco-Libros, Madrid.
- MCCLELLAND, J.S. (1996), *A History of Western Political Thought*, Routledge, Londres.

- MEYENDORFF, J. (2002), *Saint Grégoire Palamas et la mystique orthodoxe*, 2.^a ed., Éditions du seuil, Paris.
- MITRE FERNÁNDEZ, E. (2000), *Las herejías medievales de Oriente y Occidente*, Arco-libros, Madrid.
- MORROW, J. (1998), *History of Political Thought. A Thematic Introduction*, Mcmillan Press Limited, Londres.
- PARRY, K. et alia (eds.) (1999), *The Blackwell Dictionary of Eastern Christianity*, Blackwell publishers, Oxford.
- PETSCHEN VERDAGUER, S. (1990), *Las minorías lingüísticas de Europa Occidental: Documentos (1492-1989)*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz.
- RUIZ VIEYTEZ, E.J. (1998), *La protección jurídica de las minorías en la Historia Europea*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- RUSSELL, B. (1995), *Historia de la Filosofía Occidental*, 6.^a ed., Austral, Madrid.
- SABINE, G.H. (1995), *Historia de la Teoría Política*, 3.^a ed., Fondo de Cultura Económica, México.
- TOUCHARD, J. (1998), *Historia de las Ideas Políticas*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid.
- VÁZQUEZ BORAU, J.L. (2003), *Las Iglesias Cristianas (Católica, Ortodoxa, Protestante y Anglicana)*, San Pablo, Madrid.
- VELASCO CRIADO, D. (2001), *Pensamiento Político Contemporáneo*, 2.^a ed., Universidad de Deusto, Bilbao.
- VIDAL, C. (1998), *Los textos que cambiaron la historia*, Planeta, Madrid.
- WANEGFFELEN, T. (1998), *L'Édit de Nantes. Une histoire Européenne de la tolérance (XVIIe-XXe siècle)*, Librairie Générale Française, Paris.

LA APLICACION E INTERPRETACION DE LA CONVENCION DE VIENA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS

Javier San Juan Crucelaegui

Profesor de la Universidad de Deusto

Sumario: Introducción. 1. Antecedentes; 2. La coexistencia y colaboración de la Convención con otros textos internacionales; 3. Observaciones generales sobre la Convención; 4. La particular influencia de las concepciones jurídicas anglosajonas en la Convención; 5. La estructura de la Convención. I. El carácter incompleto del contenido de la Convención: las cuestiones generales excluidas. II. El ámbito de aplicación de la Convención. 1. Los contratos de compraventa regulados por la Convención; 2. Las compraventas excluidas de la aplicación de la Convención; 3. Los contratos de compraventa que incluyen prestaciones contractuales diversas. A. El suministro de mercaderías para su manufactura o producción; B. La compraventa de mercaderías con suministro de mano de obra o prestación de servicios. III. Los criterios objetivos para la aplicación de la Convención. 1. Criterio general para la aplicación de la Convención; 2. La aplicación de la Convención por remisión de la norma de conflicto. IV. El carácter dispositivo de la Convención y su aplicación o inaplicación como consecuencia del principio de libertad contractual de las partes. 1. La voluntad de las partes y la restricción del campo de aplicación de la Convención; 2. La voluntad de las partes y la extensión del ámbito de aplicación de la Convención; 3. Las excepciones al poder de la voluntad de las partes. V. La interpretación de la Convención. 1. La necesidad de uniformidad en la interpretación de un texto internacional; 2. El principio de buena fe. A) Sistemas del Common Law; B) Sistemas de inspiración civilista; C) El alcance de la buena fe en la Convención de Viena. VI. La integración de las lagunas de la Convención. 1. El recurso a la analogía; 2. Los principios inspiradores de la Convención.

Introducción

La consecución de un derecho uniforme para la regulación del contrato internacional de compraventa ha sido, desde antiguo, cuestión que ha suscitado interés particular al ser el contrato paradigmático de entre todos aquellos cuya presencia se registra en las relaciones internacio-

nales y a la vista de las diferencias que al respecto ponen de manifiesto los ordenamientos jurídicos internos. Tal aspiración ha sido largamente perseguida, sin que fuera posible la obtención de resultados de entidad hasta fechas todavía cercanas.

1. *Antecedentes*

Las divergencias existentes entre los ordenamientos jurídicos internos acerca de la regulación del contrato de compraventa provocaron que, ya desde la década de los años veinte, se produjeran intentos de elaboración de un texto que pudiera constituir un marco jurídico uniforme para los contratos celebrados por los operadores del comercio internacional.

En 1929, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), a propuesta e iniciativa de RABEL, decidió iniciar los estudios preparatorios que finalizaron, en 1934, con la preparación de un borrador inicial sobre el contrato de compraventa de bienes que, tras su aprobación por UNIDROIT, fue puesto a disposición de los Estados para su comentario. Revisado el texto, se preparó una nueva versión, que quedó paralizada por la segunda Guerra Mundial¹.

Consecuencia de tales iniciales intentos fue la preparación de la Convención de La Haya, de 15 de junio de 1955², para la unificación de los sistemas de conflictos de leyes, que fue seguida de otras dos Convenciones de La Haya, ambas de 1 de julio de 1964, la primera (LUF) sobre la formación³ de los contratos de compraventa internacional⁴, y la segunda (LUVI) para la regulación de las obligaciones del vendedor y

¹ Acerca de los orígenes y trabajos preparatorios de la Convención, *vid.* BONELL, «La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: origini, scelte e principi fondamentali», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1990, pp. 716 y ss.; FERRARI, *La compraventa internacional: aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 21 y ss.; HONNOLD, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, 2.^a ed., Deventer/Boston, Kluwer, 1989; SCHMITTOFF, «The Vienna Sales Convention: History and Perspective», en VOLKEN y SARCEVIC (coords), *International Sale of Goods. Dubrovnik Lectures*, New York/London/Roma, Oceana, 1986.

² Sobre la Convención de La Haya de 1955, *vid.* FERRARI, *La compraventa internacional...* cit. pp. 47 y ss.

³ Acerca de la Convención de 1964 sobre formación del contrato, *vid.* LOUSSOUARN y BREDIN, *Droit du Commerce International*, París, Sirey, 1969, pp. 677 y ss.

⁴ Estas leyes uniformes únicamente entraron en vigor en Italia, Bélgica, Gambia, Gran Bretaña, Israel, Luxemburgo, Holanda, República Federal de Alemania y San Marino; sobre la LUVI, *vid.* KAHN, «La Convention de La Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels», en *Rev. Trimestrielle de Droit Comparé*, 1964, p. 697 y ss.; LOUSSOUARN y BREDIN, *Droit du Commerce International*, cit., pp. 678 y ss.

del comprador. De inspiración europea, y a pesar de su gran calidad, estas Convenciones no tuvieron el éxito esperado dado el momento político en que se produjo su nacimiento como consecuencia de la incorporación de los países del Este a la esfera comercial internacional, y por la importancia mundial adquirida por los EEUU.

Partiendo de las referidas Convenciones, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDCI/UNCITRAL) comenzó sus trabajos para la elaboración de un texto que supusiera la unificación de la regulación jurídica del contrato de compraventa internacional, los cuales desembocaron, en un primer momento, en la elaboración de la Convención de Nueva York de 14 de junio de 1974, texto de contenido restringido dedicado a la regulación de la prescripción en materia de contratos de compraventa internacional. Dicho texto recibió su definitiva y actual redacción en 1980, para su adaptación a la Convención de Viena de 1980⁵.

Finalmente, preparada por la UNCITRAL⁶, la Convención de Viena, de 11 de abril de 1980 sobre la venta internacional de mercancías, entró en vigor el 1 de enero de 1988 siendo suscrita inicialmente por once Estados⁷. El 1 de julio de 1989 eran diecisiete los Estados miembros de la misma, estando vigente en la actualidad en sesenta países⁸ entre los que se encuentran los de mayor relevancia mundial.

⁵ Esta Convención sobre prescripción, de la que España no es parte integrante, se encuentra en el Anexo II al Acta definitiva de la conferencia de la UNCITRAL de 1980; sobre la misma, *vid.* HONNOLD, *Uniform Law of International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer/Boston, Kluwer, 3.ª ed, 1999, pp. 10, 26 y 254; *Comentarios a la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Nueva York, 14 de junio de 1974, en vol. UNCITRAL, Nueva York, Naciones Unidas, 1987.

⁶ Se ha preferido la denominación inglesa de UNCITRAL por mayor eufonía así como por las razones expuestas por OLIVENCIA RUIZ, *La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL): balance de un decenio (1968-1977)*, en *Estudios Polo*, Madrid, 1981.

⁷ Por lo que a España se refiere, el día 30 de enero de 1990 fue publicado en el *BOE* el Instrumento de Adhesión de España a la referida Convención.

⁸ La Convención entró en vigor el 1 de enero de 1988 entre once países. Su primera ampliación tuvo lugar el 31 de enero del mismo, mediante la incorporación de otros cuatro Estados. En la actualidad, en el momento de conclusión del presente trabajo, son parte los siguientes Estados: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Canadá, Colombia, Croacia, Cuba, China, Chile, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, EEUU, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Georgia, Ghana, Grecia, Guinea, Hungría, Irak, Islandia, Israel, Italia, Kirguizistán, Lesotho, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Mauritania, México, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Perú, Polonia, República Árabe Siria, República Checa, República de Moldava, Rumania, San Vicente y las Granadinas, Singapur, Suecia, Suiza, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Yugoslavia y Zambia.

En los actuales momentos, tal como ponen de relieve GARRO y ZUPPI⁹, dos terceras partes de la población del globo han aceptado la Convención como el conjunto de reglas unificadoras que regulan la parte más significativa de su comercio internacional. La Convención ha sido aceptada por países de todas las tradiciones jurídicas, desde las legislaciones codificadoras de corte civilista y romanista y del *common law* hasta aquellas de inspiración islámica. Ha sido adoptada por países de economía planificada y centralizada, como por los que sustentan un capitalismo liberal sin intervención estatal; por países cuya economía depende fundamentalmente de la exportación de materias primas, como por aquellos cuya fuente de recursos es la exportación de bienes manufacturados con alto componente tecnológico. La Convención es derecho vigente en países de larga tradición democrática y también en países de tradición autocrática que transitan un frágil proceso de transición democrática.

Este crisol de ordenamientos jurídicos en el texto uniforme de la Convención sólo pudo lograrse a través de compromisos. Aunque éste es precisamente su punto más vulnerable, constituye a la vez uno de los pilares sin los cuales difícilmente hubiera sido posible obtener un reconocimiento tan difundido.

2. *La coexistencia y colaboración de la Convención con otros textos internacionales*

Dejando a un lado las aludidas Convenciones internacionales que alcanzaron escaso eco, el primer auténtico instrumento del que dispusieron los participantes en las relaciones y transacciones internacionales estuvo constituido por los «Términos Internacionales de Comercio» (*Incoterms*) publicados, por vez primera, por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París en los albores de la década de los años cincuenta y que han alcanzado prestigio y amplísima difusión.

Sin embargo, los *Incoterms*, en virtud de la fuente de la que emanan, carente de potestad normativa, carecen de fuerza obligacional y su utilización depende de la voluntad de las partes del contrato. Contemplan aspectos parciales y determinados de entre los que afectan a la regulación del contrato de compraventa internacional pues se refieren, únicamente, a la cuestión relativa a la transmisión del riesgo que puede afectar a las cosas o mercancías objeto del contrato de compraventa, sin entrar en la regulación de otras cuestiones de relevancia tales como la perfección del

⁹ Cfr. GARRO y ZUPPI, CISG, *Database Directory*, p. 1.

contrato, las obligaciones de las partes o la resolución del contrato. Largamente asentados y utilizados por quienes concluyen contratos internacionales de compraventa, establecen diversos momentos, entre los cuales deberán elegir las partes del contrato, en los cuales se opera la entrega de la cosa objeto del contrato por el vendedor al comprador. Esta fijación del momento en que tiene lugar la puesta a disposición de la mercancía determina, asimismo, la transmisión de los riesgos y los gastos. Su utilidad ha quedado ampliamente puesta de manifiesto salvando, al respecto, las diferencias normativas entre los distintos ordenamientos internos¹⁰.

La Convención en modo alguno pretende el arrinconamiento de los *Incoterms*, ni en ningún momento entra en colisión con los mismos, ni impide su utilización en grado alguno. Antes bien, más parece ofrecerles un espaldarazo y pretender una colaboración entre ambos textos que aparecen dibujados como complementarios.

Adicionalmente, en el año 1970 y al poco de su creación, la UNCTRAL comenzó sus trabajos para la elaboración de un texto que supusiera la unificación de la regulación jurídica del contrato de compraventa internacional. Dichos trabajos desembocaron, en un primer momento, en la elaboración de la Convención de Nueva York de 14 de junio de 1974, texto de contenido restringido dedicado a la regulación de la prescripción en los contratos de compraventa internacional. Posteriormente, dicho texto recibió su definitiva y actual redacción en 1980, para su adaptación a la Convención de Viena de 1980, sin que hasta el presente haya sido ratificada por España.

La existencia de los citados textos de nacimiento o producción anteriores a la Convención ha sido escrupulosamente respetada por esta última. Por tanto, su vigencia o utilización por las partes del contrato de compraventa internacional es, no ya sólo plenamente posible, sino que resulta precisamente pretendida o protegida por la Convención, la cual responde a una finalidad de utilización conjunta y complementaria de los diversos textos. Así, por ejemplo, las disposiciones de la Convención en lo relativo a la transmisión del riesgo que puede afectar a las mercancías vendidas, cuestión ésta tradicional y únicamente regulada de manera uniforme por los *Incoterms*, no sólo no impiden sino que, más bien, parecen propiciar el recurso a los mismos. Todo ello viene a poner de manifiesto la vocación de la Convención consistente en la búsqueda de una integración de los diversos textos existentes en la regulación de la compraventa internacional.

La existencia al día de hoy de tal cuerpo de derecho uniforme y sustantivo para la regulación del contrato de compraventa internacional no

¹⁰ Cfr. Publicación CCI n.º 560.

implica una regulación jurídica completa y autónoma de dicho contrato. Por el contrario, dicha existente regulación no es completa ni imperativa, pues su aplicación no se impone a la voluntad de las partes.

3. *Observaciones generales sobre la Convención*

En una primera aproximación a la Convención de Viena, son dos las observaciones generales que sobre la misma pueden formularse, cuales son las relativas al alcance incompleto de su texto que renuncia al tratamiento de todas cuantas vicisitudes pueden acaecer en relación al contrato de compraventa internacional de mercaderías, como a su carácter profundamente dispositivo, de manera que la voluntad de las partes del contrato resulta ser, en última instancia, el criterio principal del que se hace depender su aplicación.

En cuanto a su contenido, la Convención (art. 4. 1) regula, únicamente, lo relativo a la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías y lo relativo a las relaciones entre comprador y vendedor estableciendo sus respectivos derechos y obligaciones, pero sin contemplar ningún efecto frente a terceros¹¹.

Pero, además de tal limitación derivada del objeto general disciplinado por la Convención, hay otros aspectos asimismo expresamente ignorados por la misma, probablemente al objeto de evitar lo que podría ser interpretado como injerencia en la soberanía de los Estados y en las concepciones acerca del orden público de los distintos estados. Se trata de la capacidad de las partes, así como de otras cuestiones esenciales tales como la validez del contrato, las cláusulas del mismo, el momento en que se produce la transferencia de la propiedad de la cosa vendida así como sus consecuencias sobre el contrato de compraventa, la responsabilidad por daños corporales, el impacto de los usos, cláusulas de inejecución o variación del precio, imprevisión de las obligaciones precontractuales y sanciones, por lo que persiste la necesidad del recurso al sistema conflictual para la designación de un derecho interno que

¹¹ Por su parte, el art. 5 de la Convención expresa que ésta no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías (vgr. lesiones sufridas por el comprador de una máquina durante el proceso de montaje de dicha máquina en los locales del comprador). Ello es debido a la existencia en la materia de la directiva comunitaria n.º 83/372 de 25 de julio de 1985, así como al carácter sobreprotector de las legislaciones nacionales. Cfr. KAHN, «Convention de Vienne de 11 avril 1980: Caracteres et domaine d'application», en *Droit et Pratique du Commerce International*, 1989, vol. 15, n.º 3, p. 389.

provea la regulación jurídica de tales cuestiones no contempladas por la Convención.

Sin embargo, entre las finalidades buscadas por los textos de origen internacional que contienen una regulación uniforme y substantiva acerca de determinada relación internacional, se encuentran las de procurar mayores grados de certidumbre y seguridad jurídicas, de lo que, entre otras cosas, se deriva también la pretensión de eludir la aplicación del sistema conflictual en la regulación de las relaciones internacionales. Tal propósito es asimismo atribuible a la regulación uniforme del contrato de compraventa internacional de mercaderías. Sin embargo, la existencia de este cuerpo de derecho substantivo y uniforme, como consecuencia primordialmente derivada de sus silencios y de su aludido carácter incompleto, no elimina la necesidad del recurso a las normas de conflicto de aquel ordenamiento jurídico interno del Estado cuyos Tribunales debieren conocer del contrato de compraventa internacional que se hubiera convertido en litigioso.

Todo ello pone de relieve el carácter parcial e incompleto de la Convención, su carácter substancialmente interpretativo y la necesidad del consiguiente recurso a los sistemas jurídicos internos mediante la utilización del sistema conflictual, para la regulación de lo relativo a estas materias.

De otro lado, a pesar de que la Convención de Viena ostenta rango de auténtico Tratado internacional concluido en el ejercicio del *ius imperii* por los Estados signatarios, se trata, sin embargo, de una Convención internacional con algún rasgo de peculiaridad, pues su imperio y aplicación no se imponen a las partes del contrato de manera automática e inevitable en virtud de la calidad que sus fuentes revisten y que, sin embargo, no le comunican. Por el contrario, la Convención reviste un carácter dispositivo pues su aplicación depende en última instancia de la voluntad en tal sentido de las partes del contrato las cuales pueden, asimismo, excluir su aplicación.

Se consagra en el art. 6 de la Convención (cláusula *opting out*) y, en virtud del mismo, las partes pueden excluir no sólo la completa aplicación del texto uniforme (autonomía de la voluntad como facultad reconocida a las partes para la designación del ordenamiento jurídico aplicable a un contrato internacional) sino que, además, pueden establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos (autonomía de tipo negocial). El carácter dispositivo del contenido de la Convención hace que la autonomía negocial de los contratantes sea total en orden a la exclusión, modificación o variación de sus efectos.

Se dibuja así una convención internacional que muestra una peculiaridad impropia de los textos y tratados internacionales caracterizados

por su imperatividad y por su superior rango frente al derecho interno. Contrasta ello con el carácter dispositivo de la Convención cuya aplicación depende, en última instancia, de la voluntad de las partes. De todo ello surge la impresión de que la Convención significa un ofrecimiento o puesta a disposición que los Estados hacen a los participantes en las relaciones mercantiles internacionales en un intento no forzado de facilitar una regulación jurídica uniforme de las mismas¹².

4. *La particular influencia de las concepciones jurídicas anglosajonas en la Convención*

La existencia de un derecho uniforme libera a las partes del contrato, al menos en buena medida, del problema de la designación de la ley aplicable al contrato¹³. Tales reglas de derecho uniforme deberían responder a una triple exigencia: en primer lugar, ser normas que aseguren un equilibrio normativo, de forma que aseguren que *a priori* ninguno de los contratantes resultará favorecido por ellas en mayor grado; en segundo lugar, ser normas de fácil comprensión; en tercer lugar, ser normas completas. La Convención respeta el principio de igualdad entre las posiciones encontradas de comprador y vendedor, no contiene una regulación completa del contrato de compraventa internacional de mercaderías, y no es plenamente respetuosa para con el equilibrio entre los operadores en razón de su pertenencia a una u otra de las grandes familias jurídicas del mundo, puesto que la Convención está ampliamente inspirada en el derecho anglosajón y, de forma aún más particular, en el derecho norteamericano, resultando en ocasiones de difícil comprensión para las partes que no pertenecen al *Common Law*. La Convención de Viena¹⁴, no sólo adopta en numerosas ocasiones el estilo contractual americano en su redacción (por ejemplo, el art. 65 de la Convención, acerca de la especificación del objeto de la venta), en lugar del estilo imperativo de los sistemas jurídicos del continente europeo, sino que además está inspirada en el principio de libertad contractual a semejanza

¹² Esta técnica se está generalizando por lo que se refiere al derecho del comercio internacional, y es asimismo utilizada en otros textos internacionales uniformes, vgr. Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito *stand-by*. Vid. STOUFFLET, «La Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand-by*», en *Rev. de Droit Bancaire et de la Bourse*, 1995, pp. 132 y ss.

¹³ En tal sentido, cfr. THIEFFRY, «Les nouvelles règles de la vente internationale», en *Droit et Pratique du Commerce International*, 1989, T. 15, n.º 3, pp. 370-371.

¹⁴ THIEFFRY, art. cit., pp. 375-384.

del *Uniform Commercial Code* de los EEUU. Por otro lado, las sanciones que contempla¹⁵ son típicas de las concepciones anglosajonas, y adopta mayoritariamente conceptos del *Common Law*, entre los que cabe destacar los siguientes¹⁶:

- El concepto de «persona razonable» (art. 8) es utilizado para enjuiciar el comportamiento de las partes y averiguar su intención. En los sistemas de inspiración romanista es poco frecuente su uso en textos legales o jurisprudenciales, que aluden al concepto de «buen padre de familia», que no resulta plenamente coincidente con el concepto de persona razonable.
- El concepto de «confianza defraudada» (*detrimental reliance*) (art. 16. 2 b), es utilizado por la Convención en lo relativo a la formación del contrato y, de forma más concreta, en relación con la irrevocabilidad de la oferta, estableciendo que no es posible revocar una oferta si es razonable considerarla irrevocable por su destinatario *and the offeree has acted in reliance on the offer*. Para entender su significado hay que remontarse a la del *promissory estoppel*.
- El concepto de «contraoferta» (art. 19) implica una respuesta a una oferta, que altera sustancialmente sus términos respecto de elementos como el precio, pago, calidad o cantidad de la mercancía, lugar y momento de entrega, las consecuencias de la responsabilidad de las partes o la regulación de los posibles conflictos que surjan entre ellas, todo ello recogido del art. 2-207 del *Uniform Commercial Code* de los EEUU.
- El concepto de «incumplimiento esencial», o *fundamental breach* (art. 25), acuñado por la jurisprudencia anglosajona para establecer aquello que resulta de rango esencial o no en relación al incumplimiento del contrato. Ello comporta el análisis de aquellos hechos que afectan a la parte que sufre el incumplimiento, pues se trata de hechos que privan a ésta del beneficio derivado de la asunción de un compromiso que, finalmente, no es cumplido.
- El art. 29. 2 de la Convención acoge la noción de *waiver*, consistente en las modificaciones que pueden introducir las partes en el texto del contrato tras la conclusión del mismo, o cuando se ha producido una rescisión del mismo de común acuerdo. Así, una parte podrá modificar su comportamiento como consecuencia de

¹⁵ *Ibidem*, p. 383.

¹⁶ BIANCA et BONELL (CORDS), *Commentary on the International Sales Law* cit, pp. 150 y ss.; en el mismo sentido, HONNOLD, *Uniform Law for International sales*, cit. pp. 225 y ss.

un determinado comportamiento de la otra. Es un concepto contenido en el art. 2-209 del *Uniform Commercial Code* de los EEUU, que los jueces deberán limitar con la noción de *detrimental reliance*, al objeto de enjuiciar si el comportamiento de una parte confiere derecho o no a una modificación o rescisión del contrato.

- La noción de *merchantability* (art. 35 de la Convención) es utilizada por el art. 2-314 del *Uniform Commercial Code* de los EEUU, en referencia a la adecuación de las mercancías a los usos y utilizaciones propias de las mercancías de su clase.
- El art. 72 trata un supuesto que puede tener algo de incomprensible para los sistemas jurídicos civilistas o romanistas, pues contempla el supuesto en el cual una parte incurre en incumplimiento esencial del contrato antes de la fecha de ejecución del mismo, lo que faculta a la otra para dar por resuelto dicho contrato.
- Por su parte, el art. 75 autoriza al comprador a proceder a una «compra de reemplazo», es decir, a la adquisición de las mercancías que le deben ser entregadas por el vendedor, siempre que proceda de buena fe y en plazo no razonable. La adecuada interpretación del citado concepto probablemente obligará a la consulta de la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos, pues, una vez más, se trata de una noción procedente del *Uniform Commercial Code*, de los EEUU (art. 2-712).
- O bien, el art. 77 de la Convención, el cual establece que la parte que invoca un incumplimiento del contrato debe realizar todo aquello que sea razonable para limitar la pérdida sufrida.

Todo ello conlleva una dificultad añadida para los jueces internos de aquellos ordenamientos de inspiración jurídica distinta a la anglosajona, que se verán confrontados con la interpretación de conceptos de un sistema jurídico ajeno completamente al suyo. Ello lleva a la conclusión¹⁷ de que, para evitar distorsiones en la interpretación de la Convención, habrá que indagar en el sistema jurídico del que ha sido sacado el concepto de que se tratara para encontrar la manera de aplicar la regla contenida en la Convención¹⁸.

¹⁷ Cfr. THIEFFRY, art. cit., p. 377.

¹⁸ Sin embargo, también incluye nociones procedentes del derecho alemán y de los sistemas romanistas, adoptando la *Nachfrist* alemana, y siguiendo el sistema civilista en lo relativo al problema de la revocabilidad de la oferta; asimismo contempla la ejecución *in natura* como sanción generalizada, siendo ello excepcional en el sistema del *Common Law*. Cfr. MANWARING, «Reforming domestic sales law: Lessons to be learned on the international convention on the sales of goods». *Actas del Coloquio sobre la venta internacional*, Dirs. PERRET y LACASSE, Universidad de Ottawa, 1989, p. 153.

5. *La estructura de la Convención*

La Convención se encuentra dividida en cuatro Partes. La Parte I se refiere a la definición de su propio ámbito de aplicación y a las disposiciones de índole general de la Convención e incluye, asimismo, las cuestiones generales relativas al propio contrato de compraventa internacional de mercaderías. La Parte II contempla, exclusivamente, la formación del contrato, es decir, disciplina los requisitos para entender perfeccionado y nacido el contrato a la vida jurídica, de forma que se encuentre en condiciones de producir sus efectos. La Parte III es la más larga y compleja de la Convención pues regula, a lo largo de sus diferentes secciones, las obligaciones del vendedor y las obligaciones del comprador, especifica los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor, así como los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador. La Convención recoge en esta parte, amén de la enumeración de los derechos y obligaciones de las partes, la regulación de la transmisión del riesgo, así como los derechos y obligaciones de las partes que surgen, precisamente, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por una de las mismas, y finaliza regulando lo relativo a la transmisión del riesgo y disciplinando las obligaciones comunes del vendedor y del comprador. La Parte IV contiene, en lo substancial, declaraciones de índole diplomática, y define el régimen de reservas al alcance de los Estados frente a la Convención, por lo que resulta de interés menor en lo tocante a la regulación del contrato internacional de compraventa de mercaderías.

I. El carácter incompleto del contenido de la Convención: las cuestiones generales excluidas

En cuanto al contenido y aplicación de la Convención, se ha de poner de manifiesto su carácter deliberadamente incompleto. La Convención no regula todos los contratos de posibles clases de compraventa, lo que puede ser objeto de fácil comprensión y explicación¹⁹.

¹⁹ Sobre la aplicación de la Convención, *vid.* CARBONE, «L'ambito di applicazione ed i criteri interpretativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale», en *Rev. di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1980; DE NOVA, «L'ambito di applicazione "ratione materiae" della Convenzione di Vienna», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1990, p. 749 y ss.; FERRARI, *El ámbito de aplicación del Convenio de Viena sobre la compraventa internacional*, cit.; FERRARI, *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, Valencia, Tirant Lo Blanch,

En segundo lugar, muy en especial, no regula todos los problemas y vicisitudes que pueden acaecer en el cumplimiento de dicho contrato lo que, a diferencia de lo anterior, puede causar algún grado de sorpresa pues significa que la Convención se resiente de significativas lagunas, lo que alude a dificultades de consecución de consensos a lo largo de los trabajos preparatorios que terminaron en el alumbramiento de la Convención

La Convención no contempla todas las cuestiones que pudieran plantearse a propósito del contrato de compraventa internacional de mercaderías, sino que algunas de ellas que, además, ostentan relevancia, han resultado expresamente excluidas de la misma. Por otro lado, no todas las compraventas caen bajo el campo de aplicación de la Convención, pues algunas de ellas resultan marginadas como consecuencia de su objeto. Tras la delimitación del campo de aplicación de la Convención, se plantea la cuestión de los criterios que desencadenan la aplicación de la Convención²⁰.

De modo positivo, la Convención (art. 4. 1) afirma regular, únicamente, lo relativo a la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías y lo relativo a las relaciones entre comprador y vendedor estableciendo sus respectivos derechos y obligaciones, pero sin contemplar ningún efecto frente a terceros²¹.

1999; ILLESCAS ORTIZ, «La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: ámbito de aplicación y perfección del contrato», en *Derecho de los Negocios*, 1992, pp. 2 y ss.; KAHN, «La Convention de Vienne...», cit., pp. 385 y ss.; KRITZER, «The Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Scope, Interpretation and Resources», en *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1995, p. 223; OLIVA BLÁZQUEZ, *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de Aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002; VÁZQUEZ LEPINETE, «Las disposiciones generales de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías», en *Rev. de Derecho Mercantil*, 1995, pp. 1049 y ss.

²⁰ La bibliografía sobre la Convención es muy amplia. Existen una serie de publicaciones, de autores varios, entre las que cabe destacar: BIANCA (coord.), *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Padua, Cedam, 1991; BIANCA y BONELL (coords.), *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 1987; Díez PICAZO (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, Civitas, 1998; VOLKEN y SARCEVIC (eds.), *International Sale of Goods, Dubrovnik Lectures*, New York/London/Roma, Oceana, 1986; VON CAEMMERER y SCHLECHTRIEM (coords.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Munich, C.H. Beck, 1995.

²¹ Son igualmente de destacar las siguientes monografías generales: AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, París, LGDJ, 1990; ENDERLEIN y MASKOW, *International Sales Law. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods-Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods. Commentary*, New York, London, Roma, Oceana, 1992; FOUCHARD, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, París, GLN Jolly Edition, 1993; HONNOLD, *Uniform Law for International Sales...* cit.; KRITZER, *Guide to*

Viceversa, de modo excluyente, el art. 4 de la Convención hace mención de los aspectos expresamente marginados de su contenido²², probablemente en evitación de lo que podría ser interpretado como injerencia²³ en la soberanía de los Estados²⁴ y en las concepciones acerca del orden público de los distintos Estados²⁵. Se trata de cuestiones esenciales tales como:

Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Deventer, Kluwer, 1989; MING y NEUMAYER, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Lausanne, Ceditac, 1993; SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law. The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Viena, Manz, 1986.

²² Monografías generales en castellano, ADAME GODDARD, *El contrato de compraventa internacional*, México, Mc. Graw-Hill, 1994; GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, La Rocca, 1990; GUARDIOLA SACARRERA, *La compraventa internacional*, Barcelona, Bosch, 1994; HONNOLD, *Derecho Uniforme sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Madrid, Ederesa, 1987; MEDINA DE LEMUS, *La venta internacional de mercaderías*, Madrid, Tecnos, 1992; VÁZQUEZ LEPINETE, *Compraventa Internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 2000.

²³ Igualmente en castellano, cabe mencionar los trabajos, de alcance general, de ENRICH y MALET, «La Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías», en *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1991, pp. 133 y ss.; ESPLUGUES MOTA, *Contratación internacional*, 2.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 266-352; ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pp. 27-274; OLIVENCIA RUIZ, «La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías», en *Jornadas sobre Derecho marítimo de La Rábida (1980)*, Huelva, 1980.

²⁴ En la doctrina en inglés pueden mencionarse los artículos siguientes: BONELL y LIGUORI, «The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law», en *Uniform Law Review*, 1996, p. 148; DROBNIG, «Substantive Validity», en *American Journal of Comparative Law*, 1992, pp. 635 y ss.; GARRO, «Reconciliation of legal traditions in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *International Lawyer*, 1989, pp. 443 y ss.; son de destacar los diversos trabajos de HONNOLD, «The United Nations Commission on International Trade Law: Mission and Methods», en *American Journal of Comparative Law*, 1979; «The Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Overview», en *American Journal of Comparative Law*, 1979; «Uniform Law for International Trade. Progression and Prospects», en *International Lawyer*, 1986; «The Sales Convention in Action-Uniform International Words: Uniform Application?», en *Journal of Law and Commerce*, 1988; «The Sales Convention: Background, Status, Application», en *Journal of Law and Commerce*, 1988; JONES, «Warranties in International Sales. UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods compared to the US Uniform Commercial Code», en *International Business Lawyer*, 1989, pp. 497 y ss.

²⁵ Respecto a la doctrina en francés, *vid.* los artículos de BERAUDO, «La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'arbitrage», en *Bulletin de la Cour Internationale de l'Arbitrage de la CCI*, 1994; KAHN, «La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises», *cit.*; MOULY, «Présentation de la convention de Vienne (11 avril 1980) sur la vente interna-

- 1.^a) La validez del contrato o de las cláusulas del mismo, aun cuando la Convención no define lo que constituye cuestión de validez del contrato²⁶. Ello ha sido precisado por la doctrina²⁷ en el sentido de que constituyen cuestiones de validez aquellas que afectan a la ineficacia de las obligaciones y aquellas relativas a la capacidad de las partes, dolo, error y a la causa del contrato. Tal exclusión obedeció a la consideración de que, al estar la Convención destinada a los operadores profesionales del tráfico internacional, era improbable que, entre tales contratantes, por sus propias características profesionales, surgieran problemas relacionados con vicios de la voluntad, error o dolo. Junto a lo anterior se consideró que, si efectivamente se produjera un conflicto relacionado con una cuestión de validez, la normativa interna estatal resolvería la cuestión de forma tan satisfactoria como lo pudiera hacer cualquier norma uniforme²⁸.
- 2.^a) Los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas, en particular el momento en que se produce la transferencia de la propiedad de la cosa vendida. La Convención, sin embargo, impone al vendedor la obligación de transmisión de la propiedad de las mercaderías, con lo que contempla tal finalidad sin pronunciarse sobre el modo en que dicha obligación reciba cumplimiento. La determinación de lo anterior es cuestión que registra fuertes diferencias y oposición entre los ordenamientos jurídicos internos la cual, sin embargo, ha sido hábilmente orillada por los *Incoterms* CCI que regulan la transmisión de los riesgos

tionale de marchandises», en *Juris Classeur Periodique*, 1988, suppl. «Cahiers de Droit de l'Entreprise», n° 2; PLANTARD, «Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980», en *Journal de Droit International*, 1988; THIEFFRY, «Les nouvelles règles de la vente internationale», cit.

²⁶ En la doctrina en italiano, *vid.* los artículos de BONELL, «La revisione del diritto uniforme della vendita internazionale», en *Giurisprudenza Commerciale*, 1980; del mismo autor, «L'entrata in vigore della Convenzione di Vienna sulla vendita e le sue conseguenze nella prassi delle contrattazioni commerciali internazionali», en *Diritto del Commercio Internazionale*, 1987; SACERDOTI, «I criteri di applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: diritto uniforme, diritto internazionale privato e autonomia dei contraenti», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1990; VITTA, «La Convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano», en *Rev. di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1981, pp. 838 y ss.

²⁷ Cfr. GARRÓ, «Reconciliation of legal traditions in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *International Lawyer*, 1989, p. 447.

²⁸ *Vid.* en tal sentido, Informe del Secretario General, Doc. A (12), A/CN.9/128, Anexo II, pp. 92 y ss.

que puedan afectar a la cosa vendida pero ignoran la transmisión de la propiedad. Dado el asentamiento de los *Incoterms* en el momento de preparación de la Convención, puede entenderse que sus redactores quisieran dejar a un lado tal problema.

- 3.^a) El impacto de los usos, lo que pretende respetar el control de los Estados sobre tal elemento regulador cuya eficacia depende de normas internas.
- 4.^a) Por su parte, el art. 5 de la Convención expresa que ésta no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías (vgr. lesiones sufridas durante el proceso de montaje de una máquina en los locales del comprador). Con ello se persigue evitar la confrontación con las normas internas de los Estados en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos las cuales, en muchas ocasiones, ostentan carácter imperativo.

Todo ello pone de relieve el carácter parcial e incompleto de la Convención²⁹ del que se sigue la necesidad del consiguiente recurso a los sistemas jurídicos internos, mediante la utilización del sistema conflictual³⁰, para la regulación de lo relativo a tales materias³¹.

²⁹ Ello pone de relieve el carácter interpretativo de la Convención. Cfr. KAHN, «Convention de Vienne de 11 avril 1980, caracteres et domaine d'application...» cit., pp. 390-391.

³⁰ PELICHET, «La vente internationale de marchandises et le conflit de lois», en *Recueil de la Academie de Droit Internationale*, 1987, I, pp. 9 y ss.

³¹ Las exclusiones contempladas en el art. 4 de la Convención, tal como ha puesto de relieve la jurisprudencia, traen como consecuencia que todas aquellas cuestiones que no sean típicas de la compraventa no se rigen por la Convención sino por el derecho interno aplicable. Así, se ha determinado la inaplicabilidad de la Convención:

- a una cláusula penal en un contrato de compraventa internacional (laudo arbitral de la CCI n.º 7197 de 1992, en JDI, 1993, pp. 1028 y ss.);
- al afianzamiento del precio de la compraventa (St. de la *Cour d'Appel* de París, de 10 de noviembre de 1993, caso *Société Lorraine de Produits Metallurgiques c. BVBA Finecco y Paribas Belgique*, y la del OLG de Munich de 8 de febrero de 1995, en CLOUT n.º 133;
- a una cláusula de reserva de dominio, St. del OLG de Coblenza, de 16 de enero de 1992, en <http://cisg3.law.pace.edu/cases/920116g2.html>.
- a la cesión de los créditos derivados de una compraventa, St. del *Kammergericht* de Berlín, de 24 de enero de 1994, en RIW, 1994, pp. 683 y ss.; OLG Hamm, de 8 de febrero de 1995, CLOUT n.º 132; St. de la *Cour d'Appel* de Grenoble, de 13 de septiembre de 1995, *Caiato c. Société Française du Factoring*, en CLOUT n.º 202.
- a una asunción de deuda, St. del *Oberster Gerichtshof*, de 24 de abril de 1997, comentada por FERRARI en *Forum International*, (FET 3/1997), pp. 89 y ss.
- a una prohibición de compensación entre créditos y deudas, St. del OLG de Munich, 11 de marzo de 1998, en <http://cisg3.law.pace.edu/cases/970709g2.html>.

II. El ámbito de aplicación de la Convención

Tras la precisión del contenido general de la Convención, corresponde, a continuación, la precisión de los contratos de compraventa a los que se extiende el ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Convención, pues determinados contratos resultan excluidos de dicho campo de aplicación mientras que la inclusión de otras compraventas resulta dudosa en razón de la índole mixta o heterodoxa del contrato considerado en su conjunto.

1. Los contratos de compraventa regulados por la Convención

La Convención no define el concepto de contrato de compraventa por ella disciplinado, ni contiene precisión jurídica para la acotación del objeto del contrato de compraventa.

La Convención de Viena no define el contrato de compraventa en ella disciplinado. Sin embargo, implícitamente, la Convención proporciona elementos para su configuración que se derivan de la consideración de lo dispuesto en los arts. 30 y 53, preceptos ambos dedicados a la definición de las obligaciones de las partes del contrato³².

El primero de ellos estatuye que el vendedor deberá entregar las mercancías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas. Mientras que el segundo de los citados preceptos, frente a dichas obligaciones del vendedor, contrapone las correspondientes al comprador, consistentes en el deber de pago del precio de las mercaderías y en el deber de su recepción en las condiciones establecidas en el contrato. De la consideración conjunta de las obligaciones impuestas a las partes, surge una configuración del contrato de compraventa que no difiere de la existente en los sistemas internos, de forma que la compraventa contemplada se refiere a los contratos dirigidos a conseguir la entrega de mercaderías y la transmisión de su propiedad a cambio de un precio³³.

En cuanto al objeto del contrato de compraventa disciplinado por la Convención, es de señalar la elección del término «mercadería»

³² Al respecto, *vid.* KAHN, «Convention de Vienne du 11 avril 1980. Caractères et domaine d'application», cit. p. 387; ILLESCAS ORTIZ, «La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional...» cit., pp. 2 y ss.

³³ Cfr. KAHN, art. cit., p. 388. La definición apuntada es de PILTZ, «La Convención de Viena de 1980 de Compraventa Internacional de Mercaderías en la jurisprudencia internacional», en *La Ley*, 1992-3, pp. 942 y ss.

(*goods*, en su versión inglesa), término que carece de significación jurídica mercantil. En relación a la misma cuestión, las antecedentes Convenciones de La Haya de 1955 y 1964 habían utilizado la expresión «objetos muebles corporales», lo que implicaba la automática exclusión de las compraventas de bienes inmuebles y las de bienes inmateriales. La Convención ha preferido la elección de un término primordialmente profesional, de lo que se sigue una conclusión significativa cual es la irrelevancia del carácter mercantil o civil de la compraventa.

2. *Las compraventas excluidas de la aplicación de la Convención*

El art. 2 de la Convención contiene el criterio de exclusión de diversos contratos de compraventa de su ámbito de aplicación.

El primer bloque de tales contratos excluidos recoge aquellos cuyo objeto está constituido por determinados bienes que no caen bajo el apuntado concepto de mercadería, y que resultan ser: 1.º) los valores mobiliarios, por su régimen particular; 2.º) los barcos y aeronaves, dado que han venido siendo considerados más como bienes inmuebles en razón de su necesaria inmatriculación, y 3.º) la electricidad, probablemente como reminiscencia de la Convención de 1964 que excluía de su ámbito los bienes incorporeales.

El segundo grupo lo constituyen aquellos contratos de compraventa que, amén de no ajustarse a las reglas de la Convención para la formación del contrato, son otorgados por una autoridad judicial (subastas, ventas judiciales), con lo que, en términos generales, se incardinan en el Derecho Procesal del país a que pertenezca tal autoridad.

Finalmente, el art. 2. 1 contiene otra exclusión expresa, que es la relativa a las ventas para uso personal, familiar, o doméstico. De este modo, el contrato se aplicará de manera general a las ventas entre profesionales y sólo de manera excepcional a las transacciones entre no profesionales, siempre que no tengan el fin aludido en el art. 2. 1. La exclusión resulta general en los textos reguladores de relaciones mercantiles internacionales³⁴ y es consecuencia de su carácter profesional. Esta exclusión se debe a la existencia de legislaciones nacionales protectoras de los consumidores, de aplicación a los contratos personales, familiares o domésticos.

³⁴ A igual propósito responde asimismo la Convención de UNIDROIT, Ottawa, 1988, sobre *leasing* internacional. La idea es puesta de relieve por BONELL, «La Convenzione di Viena sulla vendita internazionale...», cit., pp. 727 y ss.

3. *Los contratos de compraventa que incluyen prestaciones contractuales diversas*

Junto a las cuestiones generales y a los contratos de compraventa expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Convención, el art. 3 contempla determinados tipos especiales de contrato de compraventa en los que las prestaciones contractuales típicas del contrato de compraventa van acompañadas de otras prestaciones contractuales mixtas, estableciendo los criterios para la inclusión o exclusión de tales contratos mixtos de la aplicación de la Convención.

En el análisis de contratos como los aludidos puede darse la dificultad añadida de que, en ocasiones, se producen contratos en los que, en un solo documento, se recoge tanto la prestación de diversos servicios como suministros de mercancías, además de la venta de las mismas. Este problema formal deberá solucionarse en función de la finalidad pretendida por el contrato, de forma que, si dicha finalidad hubiera consistido en la refundición de varios contratos en un mismo documento, cada uno de ellos se someterá a la ley que le corresponda y, caso de que fueren inseparables de acuerdo con la voluntad de las partes, todos ellos entrarán en el campo de la Convención, si lo permitieran las calificaciones y las exclusiones del art. 3.

A) EL SUMINISTRO DE MERCADERÍAS PARA SU MANUFACTURA O PRODUCCIÓN

El art. 3. 1 establece que «se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción». El precepto contempla el problema, en absoluto novedoso, de la calificación de la transacción en la que el comprador suministra al vendedor las materias primas necesarias para que éste fabrique las mercaderías que aquél desea comprar. Probablemente se pueda afirmar que la Convención no es demasiado precisa en este punto, pues dicha transacción quedaría mejor encuadrada en la categoría de contrato de compraventa de cosa futura con suministro accesorio de materiales por parte del comprador³⁵.

En términos generales, la Convención considera que los contratos en los que el suministro de la mercancía no es parte esencial del contrato pueden ser asimilables al contrato de compraventa, así como aquellos

³⁵ Cfr. ILLESCAS ORTIZ, art. cit., p. 4.

otros contratos en los que estas prestaciones adicionales citadas no constituyen la parte principal de las obligaciones del vendedor³⁶. Por tanto, tales transacciones se incardinan, a título de criterio general, en el concepto de contrato de compraventa de la Convención, si bien con una excepción consistente en que el comprador asuma la obligación de proporcionar una parte substancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción, supuesto éste que no queda regulado por la Convención. Ello puede explicarse por la consideración de la Convención en el sentido de que tal contrato sería más un contrato de arrendamiento de servicios que de compraventa.

El citado precepto contempla operaciones complejas que se producen con alguna frecuencia en las relaciones mercantiles internacionales, en las cuales la figura de la compraventa no siempre se produce en su más simple materialización tradicional. La descripción del supuesto no es particularmente problemática, pero la cuestión de difícil resolución radica en la precisión de los criterios para la medición de la relevancia de cada una de las prestaciones contractuales, es decir, el precepto plantea la cuestión de la apreciación de la substancialidad de la prestación que lleva a cabo el comprador consistente en la aportación de los materiales necesarios para la manufactura de las mercaderías.

Al respecto, se ha sugerido la utilización de criterios de índole primordialmente jurídica, tales como la consideración de la causa y del objeto del contrato³⁷. Sin embargo, la doctrina se ha orientado mayoritariamente hacia la consideración de la valoración económica de cada una de las diferentes prestaciones contractuales asumidas por el vendedor. En tal sentido, 1.º) HONNOLD³⁸ adopta un criterio basado en el valor económico de las diversas prestaciones, de forma que los materiales proporcionados por el comprador deben ser superiores a los proporcionados por el vendedor; 2.º) asimismo, se ha formulado el criterio que toma en consideración la naturaleza y funcionalidad de las mercaderías suministradas³⁹, las cuales determinan la aplicación de la Convención;

³⁶ Siguiendo la exposición de KAHN, se hubiera debido partir de un criterio más jurídico como la causa o el objeto del contrato para determinar su carácter o no de contrato de compraventa. Otra de las materias que no se tratan en el texto es la responsabilidad del fabricante cuando se producen muertes o lesiones corporales producidas por la mercancía, lo que es debido a la existencia en la materia de la directiva comunitaria n.º 83/372 de 25 de julio de 1985 (36), así como al carácter protector de las legislaciones nacionales. Cfr. art. cit., p. 389.

³⁷ KAHN, art. cit., p. 388.

³⁸ HONNOLD, *Uniform Law...*, cit. pp. 113 y ss.

³⁹ FERRARI, «Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing», en *Journal of Law and Commerce*, 1995, n.º 15, nota 389.

3.º) el criterio de la cantidad implicaría que la cantidad de los materiales aportados por el comprador debe ser superior a los aportados por el vendedor, supuesto en el que quedaría descartada la aplicación de la Convención⁴⁰.

B) LA COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS CON SUMINISTRO DE MANO DE OBRA O PRESTACIÓN DE SERVICIOS

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 3. 2 de la Convención, «La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios».

El precepto se refiere a otra cuestión de más reciente planteamiento, consistente en la calificación a otorgar a aquellos contratos en los que, además de la venta de mercaderías, el vendedor presta una pluralidad de servicios, tales como los de montaje, puesta a punto de maquinarias e instalaciones, formación del personal, etc., que podría englobar a los contratos denominados «llave en mano». Tales contratos, en los que la prestación de mano de obra o de otros servicios presenta mayor relevancia, no caen bajo el ámbito de aplicación de la Convención.

III. Los criterios objetivos para la aplicación de la Convención

Los criterios objetivos, de índole general, que desencadenan la aplicación de la Convención son los siguientes:

1. *Criterio general para la aplicación de la Convención*

El primer criterio general que desencadena la aplicación de la Convención es el contenido en su art. 1. 1, y consiste en que ésta resultará de aplicación en el caso de que ambas partes tuvieran sus establecimientos en distintos Estados, todos ellos miembros de la Convención.

La Convención no recoge una definición del concepto de establecimiento, por lo que podría surgir alguna duda en el supuesto de que alguna de las partes tuviera más de uno. De ser tal el caso, del art. 1. 2

⁴⁰ GARRO y ZUPPI, *Compraventa Internacional de Mercaderías...* cit. p. 74.

parece deducirse con claridad que el establecimiento a considerar, entre los varios que una parte pudiera tener, deberá ser aquel que guarde una relación más estrecha con el contrato, que será el que determine la internacionalidad del contrato

El mismo precepto establece que no se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte expresamente del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su declaración.

En consecuencia, en un mismo Estado podrán existir compraventas internacionales sometidas a la Convención, o excluidas de su ámbito de aplicación, pues quien tuviere en dicho Estado su establecimiento o residencia podrá contratar con residentes en otro Estado que también hubiere ratificado la Convención, o con residentes en un Estado no signatario de la misma⁴¹.

2. *Aplicación de la Convención por remisión de la norma de conflicto*

En segundo lugar, se aplicará en caso de que resultare necesario el recurso al sistema conflictual, de forma que, si la norma de conflicto de un Estado designara al derecho de un país miembro de la Convención, resultará ésta de aplicación y no su derecho interno⁴².

IV. El carácter dispositivo de la Convención y su aplicación o inaplicación como consecuencia del principio de libertad contractual de las partes

El carácter substancialmente dispositivo de la Convención otorga un poder amplísimo al poder de la voluntad de las partes del contrato en lo atinente a la aplicación total o parcial de la misma, así como en lo relativo a su completa inaplicación. Tal entronización de la libertad contractual puede traer consigo, asimismo, la extensión del ámbito material de aplicación de la Convención.

⁴¹ Adicionalmente, en caso de que, llegado un conflicto ante la justicia arbitral, los propios árbitros la eligieran como aplicable en cuanto derecho material internacional de la compraventa internacional o como reflejo de los usos profesionales en la materia.

⁴² Al respecto, *vid.* PELLICHET, *op. cit.*, pp. 9 y ss.; FERRARI, «Uniform Law of International Sales: Issues of Applicability and Private International Law», en *Journal of Law and Commerce*, 1995, pp. 159 y ss.

1. *La voluntad de las partes y la restricción del campo de aplicación de la Convención*

A ello se refiere el art. 6 de la Convención (cláusula *opting out*) y, en virtud del mismo, «las partes pueden excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos». En consecuencia, la voluntad de las partes puede:

- 1) determinar la inaplicación completa de la Convención a su contrato (autonomía de la voluntad para la designación del ordenamiento jurídico aplicable a un contrato internacional);
- 2) la voluntad de las partes puede determinar la aplicación parcial de la Convención estableciendo cualesquiera excepciones a cualesquiera de sus disposiciones;
- 3) la voluntad de las partes puede, asimismo, modificar los efectos de las disposiciones de la Convención (autonomía de tipo *negocial*)⁴³.

En suma, el carácter dispositivo de la Convención hace que la voluntad de las partes que negocian un contrato de compraventa internacional de mercaderías ostente unas potestades *cuasi* plenas en orden a la exclusión, modificación o variación de los efectos de sus disposiciones⁴⁴. Este principio general se encuentra, a continuación, expresado de forma concreta en diversos pronunciamientos concretos de la Convención.

⁴³ La aplicación de la Convención puede verse asimismo afectada por la reserva recogida en su art. 92, que contempla la posibilidad de que los Estados puedan excluir la Parte II relativa a la formación del contrato, o la Parte III que regula las obligaciones de las partes. Los Estados que pudieren abrigar reticencias acerca de dichas partes de la Convención de Viena podrán hacer uso de esta reserva, de lo que resultará la aplicación de un derecho interno a las cuestiones reguladas por tales pasajes de la Convención de acuerdo con el dictado de las normas de conflicto. Sin embargo, ello no impide que, en tales casos, se puedan aplicar en dicho Estado las disposiciones de la Parte II cuando sus normas de conflicto remitan al ordenamiento jurídico de otro Estado contratante que fuere signatario de la totalidad de la Convención (art. 1. 1). *Vid.* PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato...* cit. pp. 655 y ss.

⁴⁴ A tal objeto, el oferente podrá indicar en su oferta que el contrato, en lo concerniente a su formación, no se sujetará a la parte segunda de la Convención, sino a las disposiciones de aquel derecho interno que resultare de aplicación y que podrían ser distintas a las contenidas en la Convención. Cfr. WITZ, «L'exclusion de la convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties. Convention de Vienne du 11 avril 1980», en *Rec. Dalloz-Sirey*, 1990, p. 107. En igual sentido, ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, *op. cit.* pp. 107 y ss.

2. *La voluntad de las partes y la extensión del ámbito de aplicación de la Convención*

Viceversa, cabe considerar el supuesto contrario, es decir, la virtualidad de la voluntad de las partes del contrato para la determinación de su sumisión a la Convención cuando ésta no resulta de aplicación objetiva, lo que puede plantearse en casos diversos:

- 1) El primero de ellos abarca aquellos supuestos en que no corresponde la aplicación de la Convención por tratarse de contratos excluidos de su ámbito de aplicación. La respuesta general de la doctrina es positiva, aun cuando se matiza que ello dependerá de los límites establecidos imperativamente por las normas del derecho interno de aplicación al contrato lo que, previsiblemente y a título de ejemplo, impedirá la aplicación de la Convención a un contrato de consumidores.
- 2) El segundo caso se refiere a la aplicación de la Convención a contratos suscritos entre partes no residentes en países signatarios de la misma. La respuesta mayoritaria de la doctrina vuelve a ser positiva, aun cuando es de matizar que la generalidad de los sistemas conflictuales contemplan, únicamente, la posibilidad de que las partes del contrato elijan un ordenamiento interno para la regulación del mismo, lo que podría pensarse excluye la elección de una regulación supranacional, por lo que el pronunciamiento de las partes en favor de la aplicabilidad de la Convención tendría carácter negocial. Sin embargo, otras convenciones internacionales posteriores a la de Viena recogen expresamente tal posibilidad⁴⁵.

3. *Las excepciones al poder de la voluntad de las partes*

La amplitud de la virtualidad de la voluntad de las partes, aun respaldada por la Convención en amplísimo grado, encuentra, sin embargo, algunas excepciones:

⁴⁵ Ello es lo permitido por la Convención de la UNCITRAL sobre Garantías Independientes y Créditos Documentarios *Stand-by*. Sobre la misma, *vid.* STOUFFLET, «La Convention des Nations Unies sur les Garanties Independantes et les Lettres de Credit *Stand-by*», en *Rev. de Droit Bancaire et de la Bourse*, 1995, pp. 132-142. Acerca de la posibilidad de sometimiento a la Convención por residentes en países no signatarios de la misma, *vid.* VÁZQUEZ LEPINETTE, *Compraventa internacional de mercaderías*, cit. pp. 91-92; en particular ENRICH y MALET, «La Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías», cit., p. 137. En especial, SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law*, cit. pp. 32-36.

- 1.^a) La voluntad de las partes del contrato de compraventa no puede afectar a lo previsto en el art. 12 de la Convención, objeto de la reserva del art. 96 de la Convención la cual faculta a los Estados signatarios, cuya legislación exija la constancia por escrito del contrato, para proscribir tal libertad de forma y obligar a las partes del contrato, que tuvieran establecimiento en dicho Estado, a hacer constar por escrito aquellas manifestaciones o actos respecto de los cuales la Convención permite la oralidad. Si tal fuera el caso, la voluntad de las partes del contrato no podrá orillar tal exigencia de que el contrato de compraventa conste por escrito.
- 2.^a) Las partes del contrato no pueden excluir la aplicabilidad del art. 7 de la Convención, relativo a los criterios generales de interpretación de la Convención, ni introducir variaciones respecto de la significación del mismo.
La cuestión no resulta completamente pacífica en la doctrina. Sin embargo, la decisiva importancia de la uniforme interpretación internacional de la Convención se constituye en interés superior que debe permanecer ajeno a interpretaciones particulares de su texto. Por otro lado, las partes que pudieran tener interés en determinada especificación que, a su vez, pudiera no entroncar adecuadamente con algún pronunciamiento de la Convención, siempre podrán hacerlo así constar en el texto de su contrato en ejercicio del amplísimo poder de su voluntad de derogación o variación de la Convención, sin necesidad, para ello, de alterar la uniformidad de los criterios para su interpretación.
- 3.^a) Por razones similares, las disposiciones del art. 8 de la Convención, relativo a la interpretación de lo declarado y actuado por los contratantes, y del art 9, relativo a la valoración e impacto contractual de los usos y prácticas observados entre las partes, no parece puedan ser afectados por la voluntad de las partes, al menos en lo que afecten a la propia interpretación de la Convención⁴⁶.

V. La interpretación de la Convención

Tras la precisión del contenido y del ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Convención, el propio texto de ésta plantea, a continuación, dos cuestiones: la primera de ellas es una cuestión tradicional,

⁴⁶ Cfr. BONELL, «Comentario al art. 7», en BIANCA y BONELL (Coords.) *Commentary on the International Sales Law*, Milán, 1987, pp. 93-94.

común a cualquier texto jurídico, relativa a los problemas que pudiere presentar la interpretación de su texto y la significación precisa del mismo; la segunda pone de manifiesto un mayor grado de complejidad, y es la relativa a la definición de los criterios a utilizar para colmar las lagunas de que el texto pudiera resentirse. La interpretación de la Convención es la cuestión contemplada en el art. 7. 1 de la misma⁴⁷, mientras que su párrafo segundo se refiere a las reglas para la integración de las lagunas de que la Convención se pudiera resentir.

Los criterios para la interpretación de la Convención consisten, en primer lugar, en la consideración de su carácter internacional de lo que se deriva la necesidad de uniformidad en su interpretación potencialmente universal, ajena, por tanto, a los criterios hermenéuticos de los ordenamientos internos; en segundo lugar, la interpretación de la Convención debe ser guiada por la observancia del principio de buena fe. Lo buscado consiste en la evitación de la aplicación a la Convención de los criterios de interpretación pertenecientes a un ordenamiento jurídico que, por su particularismo, habrán de resultar generalmente inadecuados para la hermenéutica de un texto de origen y aplicación internacionales, pretendiéndose, de esta forma, la preservación de la uniformidad que se intenta conseguir en la interpretación y aplicación de la Convención.

1. *La necesidad de uniformidad en la interpretación de un texto internacional*

La consideración del carácter internacional de la Convención implica la evitación de las reglas interpretativas propias de un ordenamiento nacional, así como una aplicación hermenéutica desvinculada del significado propio y tradicional de los términos en los ordenamientos nacionales⁴⁸,

⁴⁷ Sobre los criterios para la interpretación de la Convención, *vid.* BONELL, «La Convenzione di Viena sulla vendita internazionale: origini, scelte e principi fondamentali», cit. pp. 727 y ss.; FERRARI, «Interpretation Uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la Vente Internationale», en *Rev. Internationale de Droit Comparé*, 1996, n.º 4, pp. 814-852; PERALES VISCASILLAS, «Una aproximación al artículo 7 de la Convención de Viena 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 16, 1995, pp. 55 y ss.

⁴⁸ Es de decisiva importancia que la Convención reciba una interpretación homogénea por parte de la jurisprudencia de los diferentes países signatarios, por lo que los fallos jurisprudenciales pronunciados en por los tribunales de cada país no pueden resultar indiferentes en los demás. En lo que a jurisprudencia sobre la Convención se refiere, *vid.* BONELL, «Rasegna giurisprudenziale in tema di vendita internazionale», en *Diritto del Commercio*

es decir, en la interpretación de la Convención de Viena es preciso desvincularse de conceptos particulares que sean privativos de un determinado ordenamiento jurídico⁴⁹. Ello se pone más claramente de manifiesto si se tiene en cuenta que la Convención es igualmente auténtica en seis idiomas, lo que conduce inexorablemente a evitar una interpretación de cada uno de sus términos no sólo según las diferentes lenguas, sino también en función del significado propio que les otorgan los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales⁵⁰.

Adicionalmente, en lo relativo a la metodología de acuerdo con la que se ha de realizar la interpretación, se viene generalmente recomendando una interpretación amplia del texto que se complementará con una interpretación gramatical, teleológica, histórica y sistemática⁵¹.

2. *El principio de buena fe*

En segundo lugar, la observancia de la buena fe en el comercio internacional es principio de interpretación tanto de la Convención de Viena como del propio contrato de compraventa internacional de mer-

Internazionale, 1993, 1994, 1995, 1996; FERRARI, «Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing», cit.; del mismo autor, *La compraventa internacional: aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, cit. pp. 327-332; PILTZ, «La Convención de Viena de 1980 de Compraventa Internacional de Mercaderías en la jurisprudencia internacional», en *La Ley*, 1992-3, pp. 942 y ss.; VÁZQUEZ LEPINETE, «Primera jurisprudencia sobre la Convención de Viena», en *Rev. General de Derecho*, 1996, pp. 3437 y ss.; WILL, «International Sales Law under CISG. The UN Convention on Contract for the International Sale of Goods. The First Hundred Decisions», en *Cahiers des Etudiants Allemands en Droit a Genève*, Ginebra, 1994; reproducido en *Rev. of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1995; del mismo autor, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. International Bibliography 1980-1995. The First 150 or so Decisions 1988-1995*, Ginebra, 1996; del mismo autor, *The First 464 or so decisions*, Ginebra, 1998; WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)*, París, LGDJ, 1995. Por su parte, la UNCITRAL publica colecciones de Sts. relativas a convenciones, entre las que es de destacar el *Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT)*.

⁴⁹ La afirmación es de FERRARI, *La compraventa internacional...* cit., p. 31.

⁵⁰ Cfr. ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional* cit. p. 116.

⁵¹ *Vid.*, VAN DER VELDEN, «Indications of the Interpretation by Dutch Courts of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *Netherlands Reports to the Twelfth Congress of Comparative Law: Sidney-Melbourne 1986*, pp. 33 y ss., para quien, caso de que la fuente de una disposición de derecho uniforme pueda identificarse en un derecho nacional, éste derecho nacional lógicamente constituye un instrumento de ayuda en la interpretación de las disposiciones de derecho uniforme; en igual sentido, MANN, «Uniform Statutes in English Law», en *Law Quarterly Rev.*, 1983, p. 383.

caderías. De esta forma, el art. 7. 2 evita el recurso prematuro a un derecho interno, a la vez que intenta la creación de un sistema autosuficiente que no pretende regular todas las cuestiones que en una compraventa puedan suscitarse.

A) SISTEMAS DEL *COMMON LAW*

El principio de la buena fe en los países del *common law* no encontró su origen en el derecho británico, fuente tradicional de las nociones generales o básicas del *common law*, sino en los EEUU, pues, aun cuando es cierto que, ya en 1766, Lord MANSFIELD se había referido a la buena fe como «un principio rector... aplicable a todos los contratos»⁵², dicho principio nunca arraigó en Gran Bretaña⁵³. El principio ha suscitado interés, recientemente, en los ámbitos jurídicos británicos. El Lord of Justice STEYN⁵⁴ sostuvo, en 1991, que, como consecuencia de la carencia del principio de buena fe, el derecho inglés debía servirse de la doctrina de la *implication of terms*. Por ello, la atención se debería centrar en el propósito del contrato o, lo que es lo mismo, la promoción de la *good faith and fair dealing*

El principio fue retomado en los EEUU con ocasión de la preparación del *Uniform Commercial Code* (UCC) inspirado en el principio *Treu und Glauben* del Código Civil alemán (BGB)⁵⁵, momento, a partir del cual, el principio de buena fe alcanzó preeminencia significativa. Bajo la influencia del UCC, los redactores del *Restatement (Second) of Contracts* añadieron una previsión según la cual todo contrato impone a cada una de las partes del mismo, en lo relativo a sus derechos y obligaciones, *a duty of good faith and fair dealing*⁵⁶.

Por su parte, los tribunales de EEUU han aplicado diferentes definiciones de la noción de buena fe para la justificación de aquellos pronunciamientos fundamentados en tal doctrina:

⁵² Pronunciamiento recaído en el caso *Carter vs. Boehm*, 97 English Rep. 1162, 1164, K.B. 1766.

⁵³ Vid. CHESHIRE, FIFOOT and FURMSTON's *Law of Contract*, 1991, p. 141.

⁵⁴ Cfr. STEYN, *The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law, a Hair Shirt Philosophy*, 1991, DENNING L.J. 131, p. 133. Sobre el principio de buena fe en los sistemas anglosajones, vid. en general, FARNSWORTH, «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, Relevant International Conventions and National Laws», en *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, vol. 3, pp. 47 y ss.

⁵⁵ Art. 242 BGB. «El deudor está obligado a efectuar la prestación de acuerdo a los requisitos de la fidelidad y buena fe, teniendo en consideración los usos del tráfico». Cfr. EIRANOVA ENCINAS, *Código Civil Alemán*, Barcelona, Marcial Pons, 1998.

⁵⁶ *Restatement (Second) of Contracts*, n.º 205, 1981. UCC, sección 1-203, 1990.

- 1.º) El criterio más restrictivo acerca del significado del principio expresa⁵⁷ que la buena fe es simplemente un nuevo bautizo de los principios fundamentales del derecho contractual, de forma que el significado del principio resulta equivalente al significado de la doctrina *implying terms of the agreement*.
- 2.º) Para una segunda concepción⁵⁸, la buena fe es un criterio de exclusión, es noción que carece de significación general en sí misma, pero sirve como fundamento para la exclusión de diversas formas de la mala fe.
- 3.º) En tiempos más recientes⁵⁹ se propuso una tercera definición del principio, según la cual la buena fe significa una limitación en el grado de discreción en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, aun cuando tal discreción hubiera sido otorgada por el contrato a favor de una de las partes. En consecuencia, constituye mala fe la práctica discrecional en la búsqueda de oportunidades en el acuerdo o, dicho de otra forma, la negativa al pago de los costes que entraña el cumplimiento del contrato.

Los tribunales de los EEUU han utilizado estas tres concepciones a propósito de la definición del principio de buena fe, con frecuencia sin distinguir apropiadamente entre ellas, lo que no es tan sorprendente puesto que la significación del principio varía en función de las circunstancias del caso, y lo apropiado de cada una de tales definiciones puede depender de la función que el principio está llamado a servir.

B) SISTEMAS DE INSPIRACIÓN CIVILISTA

Por lo que al Derecho español se refiere, la buena fe es invocada por los artículos 1.258 CC y 57 Cco. a propósito del cumplimiento de los contratos. En nuestro sistema, la expresión buena fe tiene un doble sentido, porque unas veces se refiere a la creencia y consiguiente intención de los sujetos de derecho (art. 433 CC); y otras veces se refiere a la conducta del hombre en su relación jurídica con los demás, en donde se tiene en cuenta, más que sus móviles internos de carácter psíquico,

⁵⁷ Pronunciamiento del Juez SCALIA en el caso *Tymeshare vs. Covell*, Fed. 2d, 1145, 1152, DC, Cir. 1984. Sobre el principio de buena fe, en su aplicación por los tribunales de los EEUU, vid. FARNSWORTH, art. cit. pp. 47-63.

⁵⁸ Cfr. el influyente estudio de SUMMERS, «“Good Faith” in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code», en *Harvard Law. Rev.* 1968, pp. 195 y ss.

⁵⁹ Cfr. BURTON, «Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith», en *Harvard Law. Rev.* 1980, 94, p. 369.

su obrar conforme a las reglas normales y comúnmente recibidas de la honestidad y de la rectitud (art. 1.258 CC). A esta segunda acepción de regla de conducta exigible, según los criterios morales y sociales dominantes, es a la que refiere el principio. La *bona fides* ha sido considerada siempre como de necesaria observancia en la vida humana de relación, y forma parte de los principios jurídicos fundamentales, del *honeste vivere*⁶⁰. Se trata, en suma, de un principio informador del sistema jurídico que halla su aplicación a través de la interpretación e integración de las normas, así como de la suplencia de éstas y de la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos. Por otra parte, la buena fe es un concepto básico para determinar el ejercicio normal o abusivo de los derechos a que se refiere el núm. 2 del propio artículo 7.º del CC, ya que entre mala fe y abuso hay una evidente conexión. Asimismo, es postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico⁶¹.

Por su generalidad el precepto adolece de una natural vaguedad en cuanto a su formulación, y en cada caso concreto en que haya de aplicarse habrá que considerar lo que por conducta normal, recta y honesta se entiende. Esta conducta habrá de ser apreciada por la comúnmente seguida por un hombre corriente, un hombre medio, lo que tradicionalmente se ha llamado un buen padre de familia, en función de la circunstancia de que se trate. Bien entendido que no se trata de buscar el patrón del hombre ideal (como debería ser), sino el patrón del hombre corriente (como es) en el momento histórico determinado. Todo ello inducido del ambiente y los usos sociales dominantes⁶².

Como una de las reglas de aplicación concreta de la buena fe se menciona el de que «nadie puede ir contra sus propios actos», variando, sin causa justificada, lo que él mismo estableció, por actos concretos y a través de su conducta, defraudando con ello la confianza de los demás, basada en la natural consecuencia de las diversas acciones de

⁶⁰ Cfr. BATLLE, en ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, Madrid, Edersa, 1993, pp. 78 y ss., quien reproduce la máxima de Ulpiano: *ius praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere*.

⁶¹ Vid. la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de Mayo de 1974.

⁶² La jurisprudencia del TS. es abundante en lo tocante al reconocimiento del principio de la buena fe. Sin embargo, se debe hacer mención especial de la STS, de 3 de Abril de 1968, que indica de modo claro su carácter de «principio general de nuestro sistema jurídico» y precisa que «consiste en el respeto a las normas de conducta colectiva que son propias de toda conciencia honrada y leal y van implícitamente exigidas en cada caso como necesarias para el normal y feliz término de todo negocio jurídico».

una persona, inspiradas por una línea directriz que se revela a los otros por los propios actos de aquélla⁶³.

En la generalidad de los ordenamientos jurídicos de inspiración civilista que, en términos generales, tienen una mayor tradición en lo relativo al principio de buena fe que los pertenecientes al *common law*, el citado principio ostenta una triple funcionalidad⁶⁴:

- 1.º) En primer lugar, los contratos deben ser interpretados de acuerdo con la buena fe, de modo que, si las intenciones de las partes no aparecieran reflejadas con claridad, el contrato debe ser interpretado de acuerdo con aquel significado que le hubieran dado unas partes razonables, y no de acuerdo con los términos literales del contrato.
- 2.º) En segundo lugar, el principio de buena fe tiene una función complementaria, de manera que determinados derechos y obligaciones no expresamente aludidas en el contrato podrían, sin embargo, surgir entre las partes. Esta función es la equivalente a la doctrina *implication of terms* anglosajona.
- 3.º) Por último, la buena fe ostenta una función derogadora o restrictiva, de manera que una norma obligatoria para las partes, contenida en el texto del contrato, no se aplica si el resultado de su aplicación resultara contrario a la buena fe. Esta función restrictiva del principio ha inspirado pronunciamientos diversos, tales como la adaptación del contrato a unas circunstancias cambiantes, la revisión de las cláusulas del contrato que no fueren racionales, o la regla del *venire contra factum proprium*.

La distinción entre estas diversas funciones no siempre resulta clara. Puede resultar dificultosa la distinción entre la función interpretativa y la función complementaria, o la distinción entre esta última y la restrictiva.

Cabría suponer que los ordenamientos de la Europa continental hubieran especificado claramente las funciones del principio de buena fe reconocidas en los diferentes sistemas, pero no es éste el caso. Aún así, todos los sistemas aceptan la función de la buena fe en la interpretación de los contratos. El código alemán y el italiano así lo hacen⁶⁵, pero los

⁶³ En este punto, también es abundante la jurisprudencia del TS. *Vid.* STS de 17 de Mayo de 1941 y 11 de Octubre de 1966.

⁶⁴ Cfr. HARTKAMP, «The Concept of Good Faith in the Unidroit Principles for International Commercial Contracts», en *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, vol. 3, pp. 65 y ss.

⁶⁵ Art. 157 BGB, y art. 1366 del *Codice Civile*.

códigos francés, belga o el holandés no contienen tal expresa manifestación⁶⁶. A su vez, la función complementaria del principio de buena fe está expresada en los códigos francés, italiano y holandés, pero no lo está en el sigo alemán o en el suizo, aun cuando es también aceptada en estos últimos sistemas citados⁶⁷.

Finalmente, la función restrictiva del principio de buena fe resulta ser la más problemática. El único código civil que la recoge expresamente es el nuevo código holandés de 1992⁶⁸, que estatuye que una obligación que recae sobre las partes derivada de un contrato no se aplica en la medida en que, bajo ciertas circunstancias, pudiera resultar inaceptable de acuerdo con los criterios de razonabilidad y equidad, expresión ésta última que resulta equivalente a la anglosajona *good faith and fair dealing*⁶⁹.

En otros países, la función restrictiva del principio de buena fe resulta de la interpretación de la noción, un tanto imprecisa en la norma, aplicada en determinados pronunciamientos jurisprudenciales. Por ejemplo, el derecho suizo impone que todas las partes ejerciten sus derechos y cumplan con sus obligaciones de acuerdo con la buena fe. De forma parecida, el código alemán estatuye que un deudor debe cumplir de acuerdo con la buena fe, cuando, de acuerdo con la jurisprudencia, el acreedor esgrime un derecho no contrario a la buena fe.

C) EL ALCANCE DE LA BUENA FE EN LA CONVENCION DE VIENA

El alcance y significado del principio de buena en la Convención es cuestión objeto de opiniones diferentes. En efecto, la Convención hace mención del principio de buena fe en lo atinente a la interpretación de su texto por lo que, tomado el art. 7 (1) en su literalidad, tal función interpretativa es la única respaldada por el citado precepto y, por lo mismo, substancialmente dirigida a jueces y árbitros llamados a la práctica interpretativa. El citado precepto ha sido objeto de comentarios críticos y apelativos tales como los de que se trata de «un desafortunado compromiso»⁷⁰, «una previsión ciertamente peculiar»⁷¹ o, no sin una cierta

⁶⁶ Art. 1134 del *Code Civil*, y art. 6. 2 del NBH.

⁶⁷ Cfr. HARTKAMP, art. cit. pp. 66-68.

⁶⁸ NBH. Art. 6. 2.

⁶⁹ Cfr. HARTKAMP, art. cit. p. 68.

⁷⁰ La expresión «an awkward compromise», es utilizada por CARBONNEAU y FIRESTONE. Cfr. «Transnational Law Making: Assessing the Impact of the Vienna Convention and the Viability of National Adjudication», en *Emory Journal International*, 1986, p. 51.

⁷¹ Cfr. BONELL, *Commentary on the International Sales Law: The Vienna Sales Convention*, art. 7, Milán, Giuffrè, 1987, n.º 2. 4.

ironía, «compromiso propio de hombres de estado»⁷², que no entraña la imposición a las partes de un deber de buena fe.

La turbulenta historia de la preparación de la Convención pone de manifiesto que la introducción del principio constituyó un compromiso de difícil construcción. Mientras algunos países eran favorables a su introducción, otros argumentaron que contenía un mandato demasiado impreciso en relación a lo requerido por una diferencia internacional que tendría que ser cumplido por los jueces por lo que hicieron patente su fuerte oposición a cualquier referencia a cualquier referencia general al principio de buena fe. De resultas de ello, son diversas las posturas doctrinales sobre el alcance del principio de buena fe en la Convención:

- En primer lugar, la Convención puede ser enfocada desde su estricta literalidad, de lo que podría colegirse que el principio no estaría recogido en la Convención. A ello cabría adjuntar la consideración de que tampoco podría ser extraído de los principios generales en que se fundamenta la Convención. Y aún cabría argumentar que podría constituir auténtica perversión dar cabida a un principio general de buena fe por la puerta de atrás⁷³.
- En segundo lugar, la Convención puede ser enfocada desde su literalidad, de forma que, al igual que en el supuesto anterior, no abarcaría al principio de buena fe, pero podría considerarse que dicho principio podría ser extraído de los principios generales en que la Convención se fundamenta. En tal caso, tal deber de conducta sería exigible a las partes con el contenido y significado un juez podría entender contemplado por la Convención. Esta lectura de la Convención podría fundamentarse en la consideración de que un cierto número de preceptos que hacen concreta referencia a la buena fe constituyen particular aplicación de dicho principio, por lo que cabría sostener que la buena fe es uno de los principios generales en que se fundamenta la Convención en su conjunto⁷⁴.
- En tercer lugar, podría realizarse una más amplia lectura de la Convención, marginando su estricta literalidad, con lo que cabría la conclusión de que la previsión que impone al juez la observancia

⁷² Cfr. FARNSWORTH, *Problems of Unification of Sales Law from Standpoint of the Common Law Countries*, 1980, p. 19, quien usa la expresión «a statesmanlike compromise».

⁷³ FARNSWORTH, «Duties of Good Faith and Fair Dealing...», cit. p. 55.

⁷⁴ Cfr. BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, cit. n.º 2. 4. 1.

de la buena fe en la interpretación de la Convención, impondría igualmente tal deber de buena fe a la conducta de las partes. Otros autores, aun reconociendo que la literalidad de la Convención no impone a las partes un deber de adecuación de su conducta a la buena fe, insisten en la afirmación de la existencia de tal obligación⁷⁵.

En cualquier caso, probablemente cabe afirmar que la aplicación del principio de buena fe a los contratos internacionales puede tener una gran influencia en la consecución de resultados satisfactorios. Sin embargo, el principio debe ser aplicado con un adecuado grado de restricción. En el campo del comercio internacional, las partes del contrato están normalmente en situación de establecer los términos de su relación. Por tanto, las partes deben poder confiar en los términos por ellas mismas elegidos. Sólo cuando tal confianza conlleve un resultado no razonable (tomando en consideración la naturaleza y finalidad del contrato y otras circunstancias relevantes) sería procedente que un juez o un árbitro procedieran a complementar, modificar o restringir cualesquiera de los contenidos del contrato⁷⁶.

VI. La integración de las lagunas de la Convención

La apreciación de la existencia de una laguna dependerá, en gran medida, del alcance interpretativo que se dispense a las disposiciones de la Convención. El método para la integración de las lagunas de que la Convención pudiera resentirse, relativas a cuestiones que, aun regidas por la Convención, no estén expresamente resueltas en ella, consiste en: 1.º) el recurso a los propios principios generales en que se basa la Convención de Viena. 2.º) en su defecto, por recurso al derecho interno que resultare aplicable de conformidad con las normas de conflicto. Pese a esta enunciación, aun no mencionada por la Convención, puede haber ocasiones en que la laguna pueda ser solucionada por recurso al mecanismo de la analogía.

⁷⁵ En tal sentido, FARNSWORTH, «Duties of Good Faith and Fear Dealing...», cit. p. 56; sosteniendo igual opinión y sobre las negociaciones acerca de la inclusión del principio de buena fe en la Convención y las dificultades y discusiones suscitadas al respecto, cfr. EÖRSI, «A propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *American Journal of International and Comparative Law*, 1983, vol. 31, n.º 2, pp. 348-349; asimismo, ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional*, cit. p. 118.

⁷⁶ Cfr. HARTKAMP, «The Concept of Good Faith...», cit. p. 71.

1. *El recurso a la analogía*

Sin embargo, a pesar de la literalidad del art. 7. 2 de la Convención, antes de recurrir a la aplicación de alguno de los principios generales en que aquella se fundamenta e inspira, es preciso hacer mención, en primer lugar, del recurso a la analogía. En tal sentido, diversos autores⁷⁷ han sostenido que, cuando se trata de colmar una laguna, se debe intentar su solución por recurso a la analogía antes de proceder a la integración por recurso a los principios de la Convención. Para ello será necesario el cumplimiento de un doble requisito, pues será necesaria la identificación de la norma rectora de un supuesto semejante al carente de regulación, para analizar, a continuación, la similitud entre el caso efectivamente previsto por la norma y las características del caso que se trata de resolver.

2. *Los principios inspiradores de la Convención*

Cuando la Convención carezca de norma aplicable y la analogía no proporcione solución al silencio del texto, procederá la integración de tal laguna mediante la utilización de aquellos principios que subyacen a la Convención, y en los cuales ésta se inspira. El problema, sin embargo, estriba en que la Convención no enumera tales principios generales⁷⁸. La doctrina y la jurisprudencia han intentado la precisión o definición de los principios sobre los que la Convención se estructura.

En cuanto al origen de la norma mencionada, cabe mencionar que es consecuencia de la reacción producida frente a la incertidumbre que anteriormente se derivaba del art. 17 de la LUCI, de forma que el art. 7 (2) de la Convención vino a constituir un compromiso entre quienes temían que los tribunales experimentaran una querencia que les llevara a una precipitada y prematura utilización del derecho interno aplicable, a quienes iba dedicada la mención a los principios generales; y de otro lado, aquellos que dudaban de que los principios generales pudieran ser precisados, en atención a los cuales el citado precepto finalizó con la inclusión de la remisión a un sistema interno por el intermedio de la norma de conflicto.

⁷⁷ Cfr., en particular, BONELL, en BIANCA y BONELL (coords.), *Commentary on the International Sales Law*, cit. p. 78.

⁷⁸ UNIDROIT ha preparado una codificación de los principios generales de la contratación internacional, y se intenta la consecución de una codificación europea al respecto. Vid. BOELE-WOELKI, «Principles and Private International Law: the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts», en *Uniform Law Rev.*, 1996, pp. 652 y ss.

El recurso a los principios generales de la Convención para la integración de alguna laguna responde a los siguientes requisitos:

- 1.º) La identificación y utilización de los principios generales inspiradores de la Convención es una posibilidad de integración de las lagunas de la Convención que queda exclusivamente circunscrita a las materias que, aun cuando regidas por la Convención, no están sin embargo expresamente resueltas en ella.
- 2.º) En cuanto a las pautas para la identificación de los principios⁷⁹,
 - 1) el primer paso debe consistir en el examen de los supuestos regulados expresamente por las disposiciones específicas de la Convención.
 - 2) El segundo paso es la formulación de alguna de las dos conclusiones siguientes: a) la Convención rechazó deliberadamente la extensión de estas disposiciones específicas; b) la carencia de una disposición específica para regir el caso en cuestión, resulta de un fallo para anticipar y resolver esta cuestión.
 - 3) Si se llegara a esta última conclusión, el tercer paso consistiría en la consideración de si los casos regulados por las disposiciones específicas de la Convención, y el caso en cuestión, son tan análogos que un legislador no habría elegido deliberadamente unos resultados discordantes para un grupo de situaciones similares. En este caso, parece apropiado concluir que el principio general que abarque estas situaciones está comprendido en el artículo 7.2 de la Convención. Por tanto, el método incluye la aplicación analógica de las disposiciones específicas de la Convención.

En suma, siguiendo la exposición de HONNOLD⁸⁰, una respuesta medida a la invitación de la Convención a considerar la aplicación de los principios generales, lo que debe producirse con anterioridad a la utilización de un sistema interno, puede suavizar la confusión inherente a las normas de conflicto y evitar la aplicación no crítica y torpe del Derecho extranjero. Tal concepción del artículo 7.2 puede ayudar a la Convención, a través de la casuística y de la doctrina, a crear un Derecho uniforme que responda a las circunstancias cambiantes.

A continuación, el citado autor identifica: 1.º) el principio de confianza en las manifestaciones de la otra parte (*pacta sunt servanda* o *estoppel*); 2.º) la obligación de comunicar la información que la otra parte necesita (con fundamento en los arts 19, 21, 26, 39, 65); 3.º) el

⁷⁹ HONNOLD, *Uniform Law...* cit. pp. 152 y ss.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 154.

principio de que una parte debe procurar evitar el deterioro de las mercaderías, evitando así daños innecesarios a la otra parte, incluso en el supuesto de que la otra parte hubiera enviado una mercadería defectuosa o incurrido en cualquier otro incumplimiento del contrato (*mitigation*).

Por su parte, AUDIT⁸¹ añade a los anteriores: 4.º) el principio del *favor negotii* que busca la preservación de la vigencia del contrato y no su resolución (con fundamento en los arts. 25, 26, 34, 37, 47, 48, 49, 63, 64); 5.º) las partes tienen obligación de cooperar de buena fe con independencia de las estipulaciones concretas (arts. 32, 60); 6.º) la medición de la razonabilidad de una conducta o actuación, ampliamente presente en la Convención y consistente en aquello que haría una persona normalmente diligente, que se hallara en circunstancias similares (arts. 18, 33, 38, 39, 43, 47, 49, 63, 64, 65, 72, 73, 75); 7.º) el principio de que una parte tiene el deber de no incurrir en contradicción en relación a declaraciones o comportamientos que hubieren resultado decisivos para la otra parte puesto que adaptó su conducta a tales declaraciones y comportamientos (arts. 16, 29, 47, 63);

Más recientemente, MAGNUS⁸² ha proseguido con la identificación de los siguientes: 8.º) libertad de contratación, 9.º) buena fe, 10.º) protección de la apariencia, 11.º) prevalencia de los usos, 12.º) informalidad, 13.º) deber de indemnizar los daños, 14.º) transmisión del riesgo únicamente en los casos de identificación de las mercancías en el contrato, 15.º) transmisión de los beneficios y cargas en el momento de la transmisión del riesgo, 16.º) vencimiento de las deudas sin necesidad de intimación al deudor, 17.º) imputación de la conducta y conocimiento de terceros a quien los contrató o de quien dependen, 18.º) la moneda de pago en caso de duda corresponde a la del establecimiento del vendedor, 19.º) lugar de pago en relación con el establecimiento del vendedor, 20.º) derecho al cobro de intereses.

La jurisprudencia, a su vez, ha inducido del texto convencional los siguientes principios: 1.º) el principio de que todos los pagos derivados de la Convención (incluso los indemnizatorios) deben hacerse, en defecto de pacto, en el domicilio del acreedor (art. 57.1 a)⁸³; 2.º) el de que

⁸¹ AUDIT, *La vente internationale de marchandises...* cit. pp. 50 y ss.

⁸² Cfr. MAGNUS, «Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht», en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1995, n.º 59, pp. 470 y ss.

⁸³ St. del OLG de Dusseldorf, de 2 julio de 1993, CLOUT, núm. 49. Por su parte, PÉRALES VISCASILLAS, ha defendido que, en ausencia de pacto de las partes, el tipo de interés moratorio será el determinado por la ley nacional del país en el que radique el establecimiento acreedor. Cfr. «La determinación del tipo de interés en la compraventa internacional», en *Cuadernos Jurídicos*, julio-agosto 1996, pp. 5 y ss.

el perjudicado por un incumplimiento contractual deber se reintegrado por la totalidad de los daños patrimoniales sufridos (arts. 74 y 78)⁸⁴; 3.º) la prohibición de *venire contra factum proprium* (arts. 7.2, 16.2 b y 29.2)⁸⁵; 4.º) el de que la carga de la prueba de los defectos de las mercaderías y de su denuncia en plazo corresponde al que los alega (arts. 38 y 39)⁸⁶; 5.º) el de que los intereses debidos, en defecto de pacto, son los del país en cuya divisa se pactó que se pagaría el precio⁸⁷; 6.º) el de que las partes, en una relación que se prolonga a lo largo del tiempo tienen una obligación de comunicarse para aclarar las ambigüedades⁸⁸; 7.º) el de que la resolución del contrato de compraventa no afecta a las cláusulas arbitrales que se hayan pactado⁸⁹ y, finalmente, el principio de que en defecto de pacto sobre la divisa en que haya de hacerse el pago, ésta será la del lugar de pago (arts. 54 y 78)⁹⁰.

⁸⁴ Laudo arbitral de la Cámara Federal de Comercio de Viena, de 15 junio de 1994, CLOUT, núm. 93.

⁸⁵ Laudo arbitral de la Cámara Federal de Comercio de Viena, de 15 junio de 1994, CLOUT, núm. 94.

⁸⁶ St. del *Handelsgericht* de Zurich, de 9 de septiembre de 1993, CLOUT, núm. 97.

⁸⁷ Laudo arbitral de la Cámara Húngara de Comercio e Industria, de 5 de diciembre de 1995, CLOUT, n.º 164.

⁸⁸ St. del *US District Court, Southern District of New York*, de 14 abril de 1992, caso *Filanto Spa. vs. Chilewich International Corp.*, CLOUT, núm. 23. Se ha afirmado al respecto que «...The opinion may...be read as saying that the parties in a long-term relationship owe to each other a duty to communicate, a duty which ultimately may be derived from a duty to act in good faith». Cfr. WINSHIP, «The UN Sales Convention and the Emerging Case Law», en NEUMAYER (coord.) *Emptio-Venditio Internationales*. Basilea, 1997, p. 228.

⁸⁹ La misma sentencia del caso *Filanto Spa. vs. Chilewich International Corp* estableció que «...contracts and the arbitration clauses included therein are considered to be “severable”, a rule that the (CISG) itself adopts with respect to avoidance of contracts generally».

⁹⁰ St. del *Kammergericht* de Berlín, de 24 enero 1994, CLOUT, núm. 80.

INFORMACION VERAZ SOBRE LOS EPISODIOS DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL*

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático Emérito de la Universidad de Deusto
Ex-Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Sumario: 1. Reflexión preliminar. 2. Designio pedagógico de la libertad informativa. 3. Predicción del signo de las resoluciones judiciales. 4. Títulos y fuentes de información. 5. Equivocidades conceptuales e históricas del lenguaje. 6. En pro y en pos de las verdades que liberan. 7. Frecuencia de la malinterpretación. 8. Incorruptibilidad de los juicios sobre la independencia judicial. 9. Acciones de los poderes de Derecho. 10. Conductos de intercomunicación informativa. 11. En pro de una resuelta y razonable defensa de la independencia judicial.

1. Reflexión preliminar

A lo largo de la que dio en llamarse transición democrática, la conciencia colectiva del cuerpo judicial aceptaba que, sin más novedades que las esperadas del decisionismo del constituyente, el legislador ordinario desarrollase —por la vía declarativa del reconocimiento y no al uso constitutivo de una carta otorgada— el acervo innato de los derechos fundamentales y las libertades públicas, así como la expresión que de ambos implicaba la independencia del Poder Judicial. Sus perspectivas no incluían, de entrada, el papel de los medios de comunicación que, como agentes y animadores del cambio políticosocial, ampliaban su competencia informativa al examen y crítica de las actuaciones judiciales. Parte de la conciencia colectiva comulgaba con el modelo de juez intuitivo, conforme al signo de los tiempos, por los restauradores del novísimo Estado social y democrático de Derecho en que España se constituía. Eco de la que —al idearse, un siglo atrás, la judicatura contemporánea como clave arbitral de las contiendas políticas y valedora de los derechos naturales de libertad religiosa, libertad de asociación y libertad de expresión— le dotaba de una condición venerable y al margen de las censuras públicas. La revisión de este dogma se produjo a

* Razones de delicadeza y discreción —que no empañan el examen y las conclusiones relativas a los supuestos aquí analizados— explican la ausencia de otras precisiones históricas que la naturaleza y comprensión de este estudio tampoco exigen indispensablemente.

través de una doble denuncia. La primera apelaba al origen burgués de la judicatura, cuya extracción, se decía, violaba el dogma de que la justicia emanaba del pueblo y encendía las reivindicaciones propias de tal proposición. La segunda invocaba la evidencia de un acuerdo social, por el que los intereses de la burguesía —renuente a debatir sobre la aparición y el desafío de la nueva clase— se sentían mejor protegidos por un estamento judicial arraigado en la zona de sus realidades sociales —a la que se ceñían su conocimiento y experiencias— e identificado con las ideologías que las habitaban.

Otro sector beligerante —que tomaba partido en el curso de aquellas mudanzas— preconizaba un estado de cosas que integrase los hechos judiciales en la curiosidad y actividad de los medios de comunicación. Mantenía contactos, oscilantes entre la absoluta afinidad ideológica y la templanza de una política de información comprometida, con minorías judiciales que impulsaban los avances acordes con esas ideas. Defender, sin medias tintas, el dogma de la procedencia popular de la justicia, llevaba a sostener que los acontecimientos judiciales no escapaban al control, directo o indirecto, del titular de la soberanía. La importancia de observar sus actuaciones, ejercitando las libertades adecuadas, e informar verazmente de sus vicisitudes, desvelaba las servidumbres y grandezas de la independencia judicial, y borraba la imagen de un poder blindado frente a las críticas mejor intencionadas.

Hasta aquí la que, sin reservas, merece el justo título de buena doctrina antecedente. La fenomenología de los episodios judiciales y la complejidad de los acontecimientos políticos sobrevenidos han demostrado cómo, andando el tiempo, lo transparente de unos propósitos idílicos se vio empañado por lo prosaico de las experiencias que desnaturalizaron las ilusiones de origen.

2. **Designio pedagógico de la libertad informativa**

Es de desear que la reseña de los acontecimientos judiciales —fiel al pie forzado de la realidad y no de la improvisación ignorante o imprudente— contenida en los medios de comunicación, goce de una credibilidad que compendie el reflejo de la verdad objetiva y la atención a los aspectos —moral y jurídicamente axiológicos— de la independencia judicial. Nada de ello se logra, como a menudo ocurre, presentando los antecedentes históricos de manera dividida o difusa, cuando no silenciando —como si fuese un elemento irrelevante— la razón principal de decidir o las aseveraciones centrales, distintas de las afirmaciones de pasada, con que las resoluciones judiciales responden, motivada y persua-

sivamente, a las cuestiones objeto de su conocimiento. Suelen, en cambio, omitirse —optando por lo sensacional de las versiones y eludiendo el fondo de las cosas— referencias de base que, lejos de obnubilar el juicio sobre las decisiones criticables, son obligadas para comprenderlas. Quedó atrás, con todo el descrédito histórico de su desatino, la consigna de ocultar al conocimiento de las partes el grueso del discurso que orientaba la lógica de los fallos judiciales, so pretexto de que ilustraba más y mejor impresionarlas a lo vivo —dándoles cuenta de su victoria o su derrota— que castigar su entendimiento con cavilaciones sobre los fundamentos jurídicos de la suerte corrida en el proceso.

Estos claroscuros y/o verdades traslúcidas convierten las reproducciones de lo sucedido —que, una vez cursada la noticia, sus destinatarios acatan sin asomo de crítica— en juicios parciales, visiblemente hostiles, o episodios lastrados por la velocidad de unos sucesos cuyos divulgadores aseguran, como quien asiente a un dogma de fe, haber agotado la diligencia necesaria para obtener y procurar información veraz. Se abstienen de exponer la cantidad y calidad de los datos tendentes a garantizar el veredicto de una opinión pública que, para pronunciarse sin error, tiene que disponer de una reseña fiel de los hechos susceptibles de su reprobación o elogio. El cuerpo de los opinantes —que, por hipótesis, no es tal sin la ilustración que permita un ejercicio, cabal y responsable, de sus facultades de acción y de reacción— termina resignándose a las referencias incompletas y a las deficientes actuaciones de una crítica frenada por tantos y tan graves obstáculos. El éxito de la comunicación descansa —frente al desaliento que produce el triunfo de la osadía fulminante sobre la fidelidad histórica— en informar, antes que nadie, sobre todo y en hacer tabla rasa de los inconvenientes de una elección precipitada y fuera de curiosidad respecto a la exactitud de la noticia. Todo, pues, lo contrario del deber de llevar adelante, con esfuerzo de método y amor a la verdad, el trabajo —tardío, si se quiere, pero implacablemente honesto— de selección y hallazgo del material utilizable.

Nadie ignora lo complejo y escaso de los elementos de juicio de que la opinión pública dispone para ajustar su raciocinio a la importancia de los temas que le compete analizar. Parte de ellos se afrontan con instrumentos de trabajo mellados, que ofrecen un rendimiento muy escaso. Son cuestiones que la opinión asumiría con garantías óptimas de acierto, si gozase de las oportunidades y probabilidades de verificación consecuentes con la trascendencia y la repercusión de sus pareceres. Tales impedimentos frenan la percepción y la virtud didáctica de una metodología que, así las cosas, no redundan en provecho de unos grupos sociales inhabilitados para alcanzar la necesaria información. Es de lamentar que, otras veces, las privaciones —no carencias, como impro-

piamente se les denomina— sufridas por los sujetos pasivos de la información, les desconcierten o intimiden ante la arrogancia que, con los *resplandores del sol de la muerte*, revelan los términos y la fisonomía de la noticia difundida, ya que se echa de menos el mínimo de base cultural y de resistencia intelectual que exige su asimilación o su repulsa. El contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho fundamental a conseguir, por cualquier medio, información veraz, no adquiere entonces la plenitud que constitucionalmente se le presupone, ni se refuerza con una dotación moral e intelectualmente bastante —esto es, no intervenida ni mediatizada— de las personas y comunidades a las que se destina la información cognoscible.

Cuando los medios de comunicación ilustran sobre una resolución judicial cuyo tenor es, a primera vista, piedra de escándalo y motivo de reprobación, puede que omitan —intencional o inadvertidamente— razones o particularidades históricas que, de tenerse en cuenta, obligan a paliar la dureza de las invectivas de origen y eliminan la alarma social que ha suscitado la noticia. Basta la injerencia de una razón de Derecho —comprensible para el pueblo llano y acaso poco grata para los empeñados en industrializar el suceso— que devuelve su racionalidad y naturalidad a la pequeña historia del hecho anunciado. Ciertamente que no se prodigan las rectificaciones de este signo, ni hay demasiada prisa —cuando no ninguna— en salvar los yerros de las planas que, escritas con renglones torcidos, la flaqueza y terquedad humanas se niegan a enmendar. Se pretende imponer la regla de oro, empecinada y dogmática, de que un relato exhaustivo —plagado de luces y de sombras— de las noticias cursadas a la ciudadanía, pertenece a una peripecia histórica cuya versión, auténtica y no desfigurada, frena la espontaneidad y el ritmo cuasideportivos de la información, convierte a sus profesionales en eruditos anacrónicos, se desentiende del signo de los tiempos y hiere de muerte el sensacionalismo de sucesos que —destinadas a la conmoción y el escalofrío de la audiencia— hay que servir, como *comida rápida*, sin etiqueta ni demoras. Prevalece la idea —vulgar y moralmente depresiva— de que lo mejor es enemigo de lo bueno. El objetivo doméstico de saciar avideces consumistas y aumentar el morbo de los desasosiegos, achica el afán de adueñarse de toda la verdad en la llamada sociedad del conocimiento, como si el viejo *asombro filosófico* se redujese a un cegador hallazgo de anteayer.

Esta escuela —más que método— de heterodoxia informativa, detesta la exposición didáctica y exacta, por sobria y elemental que sea, de una totalidad que abarque la génesis, las mutaciones y el desenlace de los hechos procesales y extraprocesales que —coincidentes o conexos con las realidades típicas de las actuaciones judiciales y los problemas de su independencia— contribuyen a reconstruirlos, según las

circunstancias del tiempo y del lugar, y promueven la libertad de difusión. Es también habitual —dicho sea de paso, pero en honor a la verdad— que los titulares gráficos de las noticias o versiones, cuya elección y redacción se reserva el medio de comunicación correspondiente, recojan textos accidentales o sensacionalistas que enajenan la atención de la audiencia y disuaden de analizar la subsiguiente información. Si ésta no se condice con la recta razón y el buen sentido, es instintivo y explicable que, sin más referencias, los grupos sociales expresen su abominación y condena. Si un dato informativo —sabido e intencionalmente silenciado— puede y debe enervar los aspectos desfavorables de ese juicio, pero no llega a tiempo de lograrlo, no hay duda de que la opinión pública sanciona injustamente, con la impresión social de su error invencible, la conducta del juez que, pese a lo intachable de su independencia, sufre el estigma de una divulgación deformadora.

Cuando la información concierne a decisiones de los jueces que, notoria y escandalosamente, atentan contra las bases culturales del Derecho, lo contundente de la revelación desaconseja defender estérilmente una independencia judicial que brilla por su ausencia. Si la evidencia está en tela de juicio, porque los datos manejados carecen de poder persuasivo o de rigor, los medios de comunicación han de esmerarse en hacer comprensibles —con todo el miramiento que exige la *devoción a la verdad*— las circunstancias de una situación en que, muy al contrario de las noticias que han cundido, no consta el menoscabo de la honestidad y la independencia del juez. Hay decisiones judiciales que, ante el pasmo del sentido común de las personas físicas y/o los grupos sociales, proclaman, a primera vista, la renunciabilidad del derecho fundamental a la integridad física y siembran el desconcierto colectivo, salvo si, detenida y pedagógicamente, se detallan —combatiendo la etiqueta del dislate jurídico— el cómo y el por qué de no ser no ésa, ni de lejos, la conclusión a que en Derecho se ha llegado. Hay resoluciones que, sin perjuicio de su sensacionalismo, reposan en fundamentos de Derecho necesario —que nadie osa objetar— y no alteran el juicio de la opinión pública sobre la independencia de quienes las dictan. El cumplimiento de las obligaciones didácticas de los medios de comunicación —reñidas, si se atienden responsablemente, con el perfil productivista y los prejuicios, ideológicas o cuasideológicas, de la competencia informativa— permite que la opinión pública diagnostique, con conocimiento de causa, si los razonamientos judiciales encierran una expresión —suficientemente sugestiva y, como tal, justificante— de la independencia que su naturaleza reclama, o si vale la pena servirse, comulgando con ellos, de mensajes informativos cuyas líneas de pensamiento aumentan las vacilaciones y las dudas.

El *método mayéutico* —fundado en los alicientes del acercamiento, gradual y tentador, a la verdad que, inteligentemente sugerida, se descubre, al fin, por el ingenio de un entendimiento solícito y curioso— encarna la contrafigura de la coerción informativa que pervierte muchas de las verdades judiciales. La vocación y calidad de lo mayéutico agitan la conciencia del conocimiento empobrecido —cuando no de la ignorancia sustancial— que sufren las personas llamadas a informarse y, poco a poco, liquidan el hábito de dar por buenas, sin la correspondiente aduana, las versiones prefabricadas cuyo acatamiento se quiere imponer por la tremenda, más allá de lo que significa —previa invitación a cerciorarse de su veracidad— una sensata insinuación de conformidad y/o de aquiescencia. No es el placer mayéutico y sí la saciedad inerte de las lagunas del conocimiento, la moda que hoy impera para situar los episodios judiciales al alcance de la ciudadanía y entorpecer los éxitos de un derecho fundamental que ejercita sin mucha fortuna. La desfiguración que así sufre la actuación independiente del juez y la multiplicación de esos adornos, merman el crédito de la independencia judicial y fragmentan, cuando no pulverizan, la verificación de los hechos imprescindibles para afirmar o negar su concurrencia. A la vez que quiebran el prestigio y la distinción que se merece, prosperan, más o menos soterradamente, los instrumentos agresivos que obligan a reacciones de tutela —frecuentemente fracasadas— para defender la independencia judicial y evitar que padezca más de lo que humanamente puede soportar la estabilidad psicológica de cuantos la sirven de continuo.

Ciertos pareceres —propagados a través de los medios de comunicación que mantienen consultorios de problemas jurídicos o dependencias afines— quedan al margen del examen, que se hace frente al público, de los aspectos relativos a la independencia judicial. Trátase de vulgarizar decisiones que, desde una perspectiva técnica, no engendran las dificultades que aquí y ahora se plantean.

La mayéutica propiciaba el estilo de una insinuación intelectual con la que el maestro inductor situaba al discípulo —predispuesto a ir en busca de lo verdadero— en los parajes próximos al umbral de la verdad avizorada y, sin abandonarlos, le acompañaba en tan escabrosa aventura. A saber, la de sortear los escollos que cerraban el acceso a un punto en que la certidumbre ganase la batalla librada contra la obcecación y la perplejidad. Los medios de comunicación no ayudan a constituir una opinión que —según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar— robustezca la costumbre social de censurar, con argumentos sanamente lógicos, la justicia material de las resoluciones judiciales, la independencia de los jueces que deben dictarlas conforme a Derecho y

los efectos, inclasificables y diversos, que de esas decisiones traen causa. El ambiente explosivo —plagado de versiones tendenciosas o equívocas, aunque rectificadas, si conviene, a la primera de cambio— está huero de líneas sustanciales de fuerza, estigmatizado por el tremendismo de los titulares y/o encabezamientos del texto de las informaciones, y, si hace falta, por la terquedad —que raya, a veces, en el desatino— en sostener, sin propósito de enmienda, las predicciones asociadas al pensamiento de deseo. Se frustra así la perfección didáctica que el pleno desarrollo de la personalidad —expresivo de la cosmoeminencia o dignidad del individuo— demanda y antepone a cualquier otro requerimiento antropocéntrico. Se abre un proceso inundado de vacilaciones —que acusan las flaquezas del pensamiento débil— y de laxitudes históricas, cuyo demérito consiste en violar el *principio ontológico de no contradicción*, por el que una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo.

Los medios de comunicación —que apoyaban las preferencias culturales o ideológicas de los grupos sociales de sus destinatarios— integraban el que retóricamente llevaba el nombre de cuarto poder, pero no constituían un *poder de hecho* —dotado de efectividad transformadora— a causa de las modestas dimensiones que a la sazón les caracterizaban. Los fenómenos de la reconversión informativa se ligan a las vastas operaciones de concentración de esos medios y a la voluntad endurecedora de un poder que, hasta entonces parcelado o difuso, transforma el estado de cosas que refuerza con los útiles de su agresividad. La energía competitiva, de que los medios de comunicación alardean, no sólo está al servicio —variable, muchas veces, de signo— de credos ideológicos o actitudes políticas, sino que su demoledora maquinaria eleva el rótulo analógico de poder a la contundencia de un poder de hecho sumiso a las voluntades de los estados mayores, que mandan en la sombra, y apto para operar en todas direcciones. Controla y/o condiciona el funcionamiento de los poderes de Derecho, sin renunciar a ingerirse en las acciones de la independencia judicial, aconseja posturas políticas de las que se ignoran los designios inconfesables y temibles, mientras que se hacen públicos los digeribles y rudimentarios, administra las crisis y los conflictos sociales, y asume las experiencias de esas concentraciones. Las minorías afectas a la verdad son marginadas y las reconversiones —que consuman la deglución del adversario— se jactan de una omnipotencia que la opinión pública —más aturdida que encantada por lo efectista de esos éxitos— termina confundiendo con la posesión de la única de las verdades cognoscibles.

Resulta ilusorio —no tanto a causa de reparos técnicos, cuanto de lo inviable de coordinar compromisos y lealtades que sólo los ingenuos

ignoran— pretender que los titulares individuales y colectivos de las libertades informativas se atribuyan, de consuno, un espacio común y que, situados en él, aborden la operación de inventariar, sin dogmatismos ni prejuicios, los experimentos y episodios notables de la independencia judicial, justipreciando cuantas decisiones revelen sus impecabilidades o flaquezas. Sólo así es dable que, al cabo del tiempo preciso para constituir una opinión pública ilustrada y activa, ésta realice las contribuciones que la sociedad pluralista espera de su solicitud y puesta al día.

Resuenan ahí los ecos del retorno incesante a un punto de inflexión del tratamiento del derecho de propiedad sobre los medios de comunicación. Medios que, en ese tema como en tantos otros de afines indigencias, han invadido el campo del pensamiento de problemas sobre el derecho fundamental al ofrecimiento y difusión de información veraz, el derecho cuasifundamental de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado —que, a la luz del principio de primacía del Derecho Comunitario, mejora de rango y progresa en intensidad de protección— y la función social de estímulo de una opinión pública capaz de escrutar sabiamente los interrogantes que salen a su paso y afrontarlos de modo eficaz. Una opinión que, sin perjuicio de las predilecciones pluralistas, acredite destreza de juicio sobre el conjunto de verdades inherentes a las actuaciones del Poder Judicial, y que, fiel a su compromiso de ilustración crítica, no soslaye ningún aspecto relativo a las luces y sombras de la independencia cuestionada. Censura que, además de exhaustiva y honesta, tiene que ser templada en la forma e insoportable en el fondo de sus recomendaciones y dictámenes.

3. Predicción del signo de las resoluciones judiciales

La independencia judicial presupone la ausencia de lastres o gravámenes que, al olvidar las pautas de la moralidad innata y los criterios tecnicojurídicos de aplicación del Derecho, arriesgan los mínimos de objetividad exigidos para que el discurso —consistente en los actos de dilucidación que abocan a las conclusiones de un razonamiento— y/o la voluntad judiciales —trasunto de la soberanía del Estado y efecto de la unidad de jurisdicción— se sometan exclusivamente al imperio de la ley fundamental y de la legalidad ordinaria. Cuando el pueblo llano muestra su interés por una resolución judicial que afecta a bienes jurídicos notables —de espectro más o menos amplio— y /o sensibiliza a la opinión pública pendiente del resultado de un proceso, los medios de comunicación no se contentan con diversiones proféticas que, a mitad

de camino entre lo vulgarizador y lo académico, prodigan el arte de la divagación. Avidos de adquirir una versión plausible del futuro, que dicen estar tocando con la mano, prescinden de las premoniciones de urgencia y acuden al auxilio de los expertos en Derecho.

Pueden ser los mismos profesionales de los medios de comunicación quienes —sin erudición jurídica de base o provistos de un liviano bagaje— realizan la tarea con entusiasmo tal, que, pese a sus deficiencias formativas, transmiten su fervor a la expectante opinión pública, bien por lo solemne de la puesta en escena, bien por la habilidad con que, absorbiendo el entendimiento de las personas informadas, les atan a sus premoniciones. A veces, se echa mano de un método ejemplificador o analógico que, en el caso de estos compromisos, es efectivamente comunicativo. Cuando así no sucede y se trata de trances más arduos, intervienen profesionales del Derecho —de prestigio notorio y espíritu crítico— que, sin sometimiento alguno, anticipan los pareceres paralelos —todo, de nuevo, *sucedió mañana*— que los medios de comunicación diseminan a petición de los autores o en virtud del encargo que les han confiado. De ahí, las tomas de partido que traslucen reacciones de adhesión y confianza en la autoridad del dictamen y en lo poderoso de los argumentos con que, a favor de la postura defendida, respaldan las conclusiones que cierran su discurso. Se apunta el signo probable de la decisión que, según su leal saber y entender, se espera de un órgano jurisdiccional cuya independencia, dicho sea de paso, contabiliza el impacto del *cuero de doctrina precoz* y advierte lo tenue de la sugerencia, cuando no la dosis de coerción intelectual que el dictamen pretende introducir. Las consideraciones de esta naturaleza se tiñen de un antagonismo especial ante ciertos algunos estados de conflicto que enrarecen la escena política o dividen hondamente a la opinión.

Ningún imperativo deontológico —salvo la comprensión de la dura tarea que el juzgador afronta y lo reprobable de desestabilizar su equilibrio psicológico— obliga a moderar la frecuencia y el ímpetu de unas predicciones que, hoy por hoy, constituyen todo un género de literatura jurídica. Dicho ello con las reservas que se siguen de la fijación de sus fuentes de origen y del crédito tecnicojurídico que se les otorga. Conviene recordar que, aun respetando los fueros de la libertad de expresión, hace falta —pues la devoción a la verdad lo exige a voces y, sin verdad a mano, *la esclavitud sofoca la liberación*— una especial delicadeza para cohonestar estos anuncios con el incierto signo de la decisión prejuzgada. Hay que diferenciar lo que los pareceres —recabados por el sector informativo o fruto de las iniciativas que ha puesto en rodaje— tienen de consistencia doctrinal, de lo que —con complacencia frívola— añaden las divagaciones gratuitas, los pensamientos de

deseo, los consejos mejor o peor intencionados, o el afán de agrandar las divergencias que, debiendo regularizarse, surgen entre la realidad del Poder Judicial —consecuente con las pautas constitucionales— y la imagen que del mismo se forman los grupos integrantes de la sociedad pluralista.

Este aspecto de la reflexión no incluye el caso de las decisiones judiciales cuyos contenidos circulan en supuestos más toscos, si bien no exentos de censura. Así sucede cuando, pendiente de notificarse a los interesados la resolución recaída, los circuitos informativos se apresuran a dar noticia de ella antes del acto procesal de comunicación, sin que una elemental delicadeza induzca a aplazar su divulgación a quienes —con la coartada usual de cobertura— justifican su conocimiento a partir de *fuentes judiciales autorizadas*. Concepto, éste, jurídicamente indeterminado, pero bueno para evocar la protección del manto con que un famoso personaje vetotestamentario vio aliviada la exhibición de sus vergüenzas. Otra hipótesis surge cuando el privilegio de la información oficiosa permite anunciar desde ya —gracias a filtraciones cuyos autores, invitados a confesar de boca su pecado, le niegan impasiblemente— la sucesión de actuaciones judiciales que los medios de comunicación —orgullosos del rendimiento de sus pactos— tienen a bien anticipar. Lo hacen inmoderadamente, bien por medio de entendimientos esotéricos, bien conectándolas, en perjuicio de la independencia, con otros acontecimientos judiciales. Subsiste un permanente motivo de sonrojo en tanto falte voluntad para arbitrar los medios rehabilitadores de la discreción vulnerada o, lo que es improbable, mientras no se produzca la descalificación y/o el arrepentimiento de quienes, con éxito probado, organizan las operaciones de ingeniería informativa.

4. Títulos y fuentes de información

La adulteración de la veracidad de los episodios judiciales pervierte, en dos aspectos, los valores de la independencia sujeta a esos maltratos. El primero muestra cómo los controles de la expresión de una libertad muy valiosa —a saber, las acciones constitucionales del juez independiente— utilizan un filtro conversor para determinar la versión —ungida y definitivamente circulante— a la que sus destinatarios prestan acatamiento ciego, sin intentar las reservas críticas que su recepción aconseja, ni asumir, si es del caso, las actitudes objetoras que deben adoptarse. Se prejuzga, contra todo atisbo de lo verdadero, que, gracias a dicha información, resurge —orgullosa y pagada de sí misma— una verdad que, examinada a fondo, resulta, en realidad, desgasa-

tada y maltrecha. Se corea, sin un ápice de mala conciencia, y se obliga a admitir que ese es el modo de realzar los más importantes alicientes del pluralismo de la sociedad. Es harto deprimente la opinión formada por aquellos sectores de la audiencia social que denuncian el artificio de unas manipulaciones en que las verdades de la independencia judicial se confunden con las distorsiones del mensaje viciado de ciertos medios de comunicación.

La otra especie erosiva de la independencia judicial se da cuando, en un raptó de recolección urgente, se acopian antecedentes y noticias sobre acaecimientos judiciales parecidos al estudiado por el juzgador que —celoso de preservar su acción independiente— sabe de su existencia y —aunque agote, hasta la extenuación, la crítica depuradora de sus afinidades aparentes— no escapa a la voluntad contaminante que les inscribe en el marco de una misma razón de decidir. Los medios de comunicación eluden las sutilezas relativas a las nociones de identidad, afinidad, analogía y semejanza, porque la técnica jurídica tampoco ha completado los perfiles de una distinción que maneja con flexibilidad o laxitud. Prefieren airear el desafío de unos rasgos comunes que presumen sin el previo análisis que les autorice a declararlo así. Resueltos a influir en la libertad judicial de decisión, suscitan dudas o avalan su tesis con afirmaciones en que la buena lógica se echa siempre de menos. No les preocupa, ni de lejos, abordar la diferencia —de conocimiento indispensable— entre razonamientos centrales y afirmaciones de pasada, bien porque la ignoran de raíz, bien porque carecen de interés en emplearla y temen convertir en fracaso estentóreo el éxito visible de la explosión informativa.

No puede ocultarse, bajo el piadoso velo del silencio, la actitud aquiescente —habrá que preguntarse a quiénes o a qué instituciones e intereses— de los medios de comunicación que obtienen, de primera mano, las revelaciones que, sobre procesos de grueso calibre, les hacen llegar algunos —no muchos, por fortuna— jueces que pasan por alto sus *deberes de discreción y reserva*. No contentos con officiar de poco cautos en sus relaciones con aquéllos, ejercitan una suerte de derecho emimente sobre la difusión de las actuaciones judiciales, facilitando textos íntegros que los medios de comunicación agraciados publican en extenso, si sólo lo han sido en extracto, o adelantan, si van a producirse. No les arredran las eventuales acciones represivas que nunca se intentan, por pánico a la irrestricta libertad de expresión, o que, si se inician, fracasan por sistema. Algunos responsables del gobierno judicial comulgan —sin estremecerse lo más mínimo ante lo grave de la crisis— con la tesis, difícil de aceptar, de que se trata de un mal de crecimiento irresistible e imponente. Han sido vanos los esfuerzos hechos para perse-

guir las anomalías, liquidar las divulgaciones que se coalimentan e identificar a las personas físicas y/o equipos que, al organizarlas, se benefician de esta industria. La sinceridad y la arrogancia no figuran entre sus virtudes. Algún superior de los profesionales —tan despiertos como gratificados por esa generosa selección— ha hecho saber, siempre en privado, que no está en condiciones —*rectius*, que en modo alguno le interesa— de conocer las complicidades entabladas entre sus inferiores y quienes les abastecen de materia prima sobre los episodios judiciales. Cae de su peso que, en la zona de lenguajes tibios y de verdades hechas trizas, reside una de las afecciones tumorales —privadas de tratamiento terapéutico— de la información recogida. Si la discreción y la reserva se exponen a la volubilidad de la negociación y del trueque, fácil es colegir las ambiciones de quienes, como si esos valores no rezasen con ellos, desatienden en absoluto su defensa. El correspondiente anecdotario colmaría una o varias tesis doctorales de sociología y sicología jurídicas, presentando modelos de conducta provechosos para emprender —¿quizás contra toda esperanza?— la tarea de eliminar sus vicios o acentuar, cuando menos, el propósito de corregirlos. Se ha impuesto un estado de conciencia —muy poco depurado y numantamente defendido— que, en perjuicio del fuero de la verdad histórica, invoca, con estruendo, el derecho fundamental de información y arruina las ambiciones regeneradoras. Abundan las consignas de congelar las tentativas moralizadoras de este signo y de coartar —irrumpiendo, si llega la ocasión, en los pagos de la intimidad y de la fama— las voluntades de quienes tienen la osadía de ponerlas en práctica.

El juez profesional ha de reunir las dosis de energía y convencimiento necesarias para impedir —en la esfera de sus preferencias ideológicas y de las cualidades subjetivas que hacen de él una *buena persona*— la vulneración, elíptica o directa, de su imparcialidad. Lo que, como tesis general, es de fácil enunciado y defensa, registra versiones fugitivas que, sin atentar directamente contra las manifestaciones de la independencia judicial, la gravan o desgastan. Erosiones imperceptibles, muchas de ellas, pero, al fin y al cabo, ingratas y onerosas. Del juez profesional —exclusivamente sometido al imperio de la ley— se espera y exige que resuelva sin otras molestias o embarazos que los inherentes al examen, pausado y reflexivo, del problema jurídico que se le ha planteado. Hay que preguntarse, aun cuando sólo sea de paso, si no vulnera la independencia del oficio judicial —cuya deuda reside en cumplir las obligaciones de medios o de simple actividad que materializan la relación jurídicoprocesal formada entre el juez y las partes— la exigencia de obligaciones de fines o de resultado, que canonizan un

concepto —el de la *productividad mecanicista*— mayoritariamente rehusado e impropio del carácter de las funciones jurisdiccionales.

El Estado social y democrático de Derecho concibe el sistema judicial como el escenario en que desenvuelve sus funciones sociales un poder libre de servidumbres que turben la espontaneidad del razonamiento jurídico y la entereza de la voluntad inexcusable para no arreararse ante las consecuencias negativas —impredecibles y escabrosas— que esa actitud puede engendrar. Su acervo de seguridades periféricas se consume y debe reforzarse, si la resolución que, con toda naturalidad, habría dictado en un medio con tales garantías, se produce —porque el siquismo individual no los arrincona del todo— venciendo los prejuicios que le salen al paso.

Los influjos que así se generan, obran directamente o al modo de los golpes blandos. Los medios de comunicación pueden —con rudeza exenta de respeto y pulcritud— alterar la normalidad moral y psicológica de la persona física cuya independencia, llamando a las cosas por su nombre, se quiere destrozar. Cabe asimismo generar condiciones de coacción ambiental que la erosionan o hacen temer por su conservación. Aunque la coerción inmediata y visible es más álgida, tiene la ventaja de que estimula a defender, tempestiva y vigorosamente, el fuero de la independencia conmovida. La apariencia inofensiva y tenue de la coacción ambiental produce la modesta alarma de un *pecado venial*, pero, magnificada en los medios de comunicación, adquiere una virulencia temible para la tutela de la independencia judicial.

5. Equivocidades conceptuales e históricas del lenguaje

La prosa de los medios de comunicación presta un flaco servicio —quizás, porque el hacerlo quede fuera de sus objetivos— a la imagen del Poder Judicial, cuando obstinadamente acude a la división nominativa —harto simplificada— entre *derecha e izquierda judiciales*, omitiendo los matices que definen una fenomenología rotulada toscamente y sin conocimiento de causa. La distinción revive, guardadas las distancias, una vieja doctrina —a saber, la de la *correa de transmisión*— que concebía las acciones del sindicato clásico como una implacable resonancia de las consignas que las formaciones políticas dictaban para que las libertades sindicales secundasen los planes de futuro de los partidos revolucionarios. Hay datos reveladores de que, si no todos, ciertos experimentos del asociacionismo judicial de hoy día reiteran el modelo histórico de esas afinidades y acreditan el mimetismo que les acompaña. Sin olvidar que la escisión equivale a abdicar del significado de la

acción de gobierno, cuyos desencuentros constructivos —interiores y previos a las decisiones adoptadas frente al exterior— no deben airearse por sistema, so pena de desmoralizar a la opinión pública y llevarla a formar un dudoso concepto de los valedores de la independencia judicial. Desconcierta el distanciamiento —hecho público— de voluntades que se presumen coincidentes y aunadas en el propósito de defender esos valores. Coherencia quebradiza y frágil, en la sinuosa línea que separa el respeto de la independencia judicial de la libertad de expresión que se actúa para controlarla.

La consideración del binomio derecha judicial-izquierda judicial admite una triple perspectiva. La primera de ellas —crudamente institucional— destaca cómo, pese a las reformas catárticas de su composición, las mayorías y las minorías de los órganos del gobierno judicial no dejan de exhibir, ante la crítica opinante, lo anecdótico y lo categórico de sus contradicciones internas. Las posturas de los afectos a una y otra de las orientaciones en pugna, se identifican, más o menos, con las que, bajo los respectivos títulos de *conservadora* y *progresista*, no logran una síntesis —tranquilizadora y persuasiva— de sus antagonismos. El segundo aspecto encara la fenomenología de las asociaciones judiciales que, sin grandes esfuerzos de averiguación, da fe de sus alineaciones con los sectores políticos del arco parlamentario. La tercera posición atañe a la influencia de las predilecciones ideológicas en el ejercicio ordinario de la jurisdicción. Cada individuo que pertenece a un órgano jurisdiccional adquiere, con la acomodación a los ámbitos y hábitos de la profesión elegida, una imagen en la que se dan cita y se condensan el sedimento básico de su educación universitaria, la refacción de su sistema de valores, el muestrario cuantitativo y cualitativo de sus experiencias, y las repercusiones de todo ello en los procesos de reintegración de la persona. El diagnóstico simplificador de los medios de comunicación, que hace caso omiso de esta complejidad, encaja la actividad de los jueces en alguno de los compartimentos o modelos que aquel binomio indica.

Cuando la doctrina del uso alternativo del Derecho fue presentada en sociedad, sus mentores —honrando a la verdad de los hechos y denunciando las falsificaciones de sus novedades— cuidaron de advertir que las etiquetas atribuidas a los jueces, en función de sus preferencias ideológicas, no mermaban la entereza de su independencia ni encerraban compromisos de signo político, sino que resultaban de la luz que los estudios estadísticos arrojaba sobre realidades dispersas y dignas de sistematización. La idea de una política judicial —fruto de las consignas ideológicas que un grupo hace suyas con vistas a las transformaciones deseadas— no se condice, ni de lejos, con las características de la

independencia judicial, porque, sin ignorarse el mérito y/o la originalidad de las orientaciones propuestas, defiende una masificación de criterios y preconiza un cuerpo de doctrina inconciliable con la libertad del sometimiento exclusivo de los jueces al imperio de la ley. Cuesta separar la protección de la imparcialidad y objetividad judiciales —impregnadas de opciones ideológicas internas e inmunes a las consignas exteriores— de las repercusiones de éstas en lo que el raciocinio propio de la independencia tiene de intelección y de emoción individualizadas.

6. En pro y en pos de las verdades que liberan

Cuando la opinión pública se encrespa ante decisiones judiciales cuya visible injusticia causa enojo, los medios de comunicación —que, sin haber tomado la iniciativa de la información, la industrializan— se adhieren, con armas y equipo, al dictamen que su censura encierra. Esas reacciones deontológicas deben completarse. No estaría de más que recordasen —poniendo las cosas en su sitio y señalando que la desesperación tiene remedio— la necesidad y garantías del auxilio que brinda el sistema de recursos contra las resoluciones judiciales. No en vano, permanecen abiertas unas vías de impugnación que, en el campo de las disciplinas del espíritu, salvan los defectos de la falibilidad humana y presumen la confianza social en el celo de una Administración de Justicia capaz de admitir y enmendar sus equivocaciones. Es más efectista —invocando, a partir de la vulneración de los deberes de discreción y reserva, la calidad de las fuentes judiciales autorizadas— asociarse a la inercia condenatoria del sentimiento popular y acoger el diagnóstico de lo incorregible. Algunos ejemplos pueden darse de ello.

Un tópico —especialmente dañoso para la independencia judicial— reside en el reclamo escandalizado de los medios de comunicación que alzan la voz cuando confunden los que ni siquiera son errores, y sí meras disidencias interpretativas, con actos reprobables que, sin pensárselo dos veces, les excitan a exigir sanciones disciplinarias o ejercicio de acciones penales contra el juez cuya independencia se maltrata *como no digan dueñas*. Se provoca una alarma social que, a falta de información debida y ponderada, generaliza los recelos frente a la Administración de Justicia y denuncia, como comportamientos negligentes o dolosos, yerros rectificables gracias a la interposición y la prosperidad de los recursos procedentes. Nada tan funesto para el crédito de la independencia judicial y la presunción de su recto ejercicio, como esas informaciones de resonancia indefinida, que, al cabo del tiempo, no se aclaran inequívocamente con la noticia tardía e insignificante del capí-

tulo final que las desautoriza conforme a Derecho. Viene a triunfar el desprestigio —tan aparatoso como injusto— de que inicialmente se acusaba.

Las experiencias personales inciden en los estados de ánimo que dominan cada siquismo individual y afectan a las reservas de su disposición crítica. El juez —mortificado por lo inmisericorde de unas agresiones que poco o nada tienen de censura objetiva— puede ceder a las impresiones de una sensibilidad preventiva que es cualquier cosa, menos buena, para la defensa de su imparcialidad. Quienes soportan un ataque obediente a móviles extrajurídicos e inconfesables —que no constituyen espectáculos de ciencia-ficción— deben reaccionar, con el desnudo máximo, para que la tozudez de esas versiones no despedace su dignidad personal ni aniquile su voluntad de ser libres.

De nuevo, una figura ideada de antiguo por los privatistas para diseñar la teoría de los vicios de la declaración de voluntad, resucita inquietudes en los pagos del Derecho Judicial. La coacción ambiental no sofoca, en corto y por derecho, el esfuerzo de una voluntad que inmediatamente no percibe las restricciones impuestas a su libre ejercicio, pero propicia estados de opinión que atrapan, hasta el sometimiento, las conciencias de muchos sectores sociales. Crea un entorno que, enardecido por los medios de comunicación, achica la sensibilidad volitiva del juez resuelto a preservar la sustancia de su independencia. Perjudica el método con que, racionalizando el propio pensamiento, su discurso se empeña en anular las tentativas de reducir el Derecho a un objeto maleable, expuesto al desvarío o la imaginación —poco ilustrada— de sus agresores.

La libertad expresiva de los medios de comunicación facilita ideas respecto al sí y el cómo de las resoluciones judiciales cuyos contenidos propagan. Pueden, si se empeñan en hacerlo, desfigurarlas hasta el punto de impedir la identificación de sus antecedentes o de la doctrina que fijan. Logran incluso convencer, a golpe de sofisma, de que dicen lo contrario de lo que parecen estar afirmando. Si el problema planteado incluye aspectos económicos, de comprensión intelectualmente fatigosa, o atañe a peripecias —poco edificantes— de los poderes temibles de ese mundo, los medios de comunicación prestidigitan, si es esa la consigna impartida, las lecturas de los textos que se les dedican. Sostienen, si ello viene a cuento, que el tenor de las resoluciones judiciales y los defectos que se les imputan, se deben a la inesciencia y falta de conocimientos especializados de las personas físicas que las han acordado. Afirman, cuando conviene entenderlo de otro modo, que —si bien el juzgador domina las claves técnicas de la cuestión pendiente y goza de erudición bastante para abrirse camino en sus senderos laberínti-

cos— prefiere desistir de manejarlas y reducirse a una simplicidad que prueba lo menguado de su independencia frente al avasallamiento de los poderes económicos que operan en sus proximidades.

No falta, en cambio, información veraz —motivo de sonrojo y estupefacción— sobre situaciones aireadas por los medios de comunicación, en que la sociedad —resignada a la peor de las suertes posibles o ávida de justicia— contempla el desencuentro de la negligencia y/o laxitud de las instituciones obligadas a perseguir conductas censurables —registradas en el mundo económico— con la tenacidad del juez que, contra viento y marea, va en pos de su castigo, pese al tesón empleado en ocultar la gravedad que revisten y en borrar los perfiles de su fisonomía penal.

Del mismo modo que —sin destacar lo llamativo de la resolución, ni concretar sus antecedentes, ni especificar sus fundamentos— se anuncia la exoneración súbita de responsabilidades penales en favor de personajes públicos vinculados al movimiento y destino final de cuantiosas sumas de dinero.

El uso de términos cuya equívoca elección no es casual, fomenta entendimientos que la semántica de los medios de comunicación gestiona según las circunstancias y la receptividad que llevan consigo. Cuando una noticia que se cursa y esparce a su través, destaca, con énfasis, que la decisión de un órgano jurisdiccional desautoriza lo acordado por otra instancia o poder del Estado, se impone una lectura arreglada al ánimo de los informadores. Si quiere decirse que *desautorizar* equivale a retirar justificadamente la razón que, para sí, recaba el decisionismo del poder afectado, la desautorización equivale a privar del carácter o *enervar la presunción de legitimidad* propia del acto que queda sin efecto. Tratándose, como es lo más frecuente, de actos emanados del Poder Ejecutivo, se entiende que les falta la savia moral y jurídica que impregna sus deberes de pleno sometimiento a la ley y al Derecho. Desautorizar es negar el valor vital de una resolución y despojarla de la juricidad otorgada, a primera vista, por el ordenamiento jurídico que aplican sus autores. Queda claro que, al elegirse este discurso, prepondera la crítica intelectualista de una intervención desacerpada del poder. Hay otras ocasiones en que desautorizar revela el *propósito vejatorio de desacreditar* —retirándole todo o parte de la razón que parece asistirle— a un poder cuyo modo de actuar provoca división de opiniones sobre la legitimidad de sus iniciativas. Si la opinión pública prefiere la segunda lectura, se convence de que el Poder Judicial se ha propuesto minar el prestigio del otro poder. Se advierte la hostilidad tenue con que se transmite al poder afectado algún reproche que, explícitamente o entre líneas, rebasa los límites tecnicojurídicos de la mera

desautorización. Sendas etiquetas —a saber, la de desautorización medicinal y la de desautorización de escarmiento— convienen a la distinción que se apunta.

Los medios de comunicación han renunciado a examinar, con minuciosidad informativa, algún suceso muy reciente que clama por una exposición neutral de sus antecedentes, de su estado actual y del futuro que la política legislativa le reserva.

7. Frecuencia de la malinterpretación

La legislación orgánica judicial, por citar un ejemplo al día, debe —según la conocida regla de oro que no siempre se cumple— preceder a las reformas procesales inspiradas en su filosofía. El principio da idea de la delicadeza tecnicojurídica de la tarea pendiente y de la selectividad con que han de adoptarse los criterios empleados por la ciencia de la legislación o política legislativa que le imprime carácter. Cae de su peso la necesidad de que los medios de comunicación informen, con precisión rabiosa, de los cambios que se adivinan o se anuncian. Las novedades de una reforma de este fuste obligan a una presentación —atenta y concienzuda— de lo que son y lo que significan. Hay que reforzar, hasta la extenuación, la fidelidad a los datos del pasado histórico y recomponer sus verdades identificadoras, sin las debilidades de una memoria flaca que, con inexplicable ligereza, da el nombre de nuevos hallazgos a la resurrección de propuestas antiguas, desatendidas a su tiempo y hoy rescatadas del olvido en que, como clarivamente se repite, *está la muerte que anula las aptitudes de la creatividad y del amor*. Son muchas y muy variadas las claves manejables para perfeccionar una reforma merecedora de este nombre, sobre la que no puede opinarse con solvencia, si se ignoran el fondo de sus motivaciones, el clima existencial que le rodea y los referentes experimentales que en ella concurren.

Los medios de comunicación —ávidos de ofrecer impresiones que escapan a lo módico de sus métodos y elementos de juicio— adelantan interpretaciones sensacionalistas, a las que se objeta el confundir lo nuevo con lo secundario y parar la atención en aspectos parciales de la reforma analizada. Prefieren que la precipitada espectacularidad de la noticia prime sobre la precisión —más arriesgada y laboriosa, si se quiere, pero también más convincente— de cuáles han sido las razones que aconsejan la iniciativa y la acción de legislar, de los valores predilectos del legislador y del espíritu animador de sus mudanzas. Aunque su fin publicitario esté servido, son poco positivas las conclusiones que deparan estas informaciones de urgencia.

Uno de los enfoques que los medios de comunicación pueden hacer de las reformas orgánicas, consiste en suponerles —con razón o sin ella— móviles cercanos a preferencias personales, que empañan la generalidad del discurso o dan la impresión de estarse ante una *legislación de caso único*. La novedad data, otras veces, de agresiones políticas pensadas para afianzar situaciones futuras frente a poderes de hecho o agentes sociales que reciben el tratamiento de un adversario o la hostilidad que se reserva al enemigo.

Cuando, superadas las conjeturas y comentarios de urgencia de los medios de comunicación, se examinan los textos abordados con premura inicial, las conclusiones resultan menos frívolas. Se tamiza el cuerpo de los principios políticolegislativos tenidos en cuenta y se discurre sobre la formación jurídica y las inclinaciones de quienes ejecutan el trabajo, siempre y cuando el secretismo de los pasos iniciales y el fundamentalismo parlamentario —versión revisada y puesta al día del rodillo de antaño— no hurten estos detalles a la crítica de quienes deben sopesarlos. Se comprueban situaciones poco comprensibles, de entrada, pero esclarecidas por episodios menores o ambiciones de alguna pequeñez. Se exhuman anécdotas de peso que, ello no obstante, acampan fuera de los diarios de sesiones. Se acumulan los elementos de juicio necesarios para efectuar una valoración pausada y reflexiva. La calidad del trabajo, su esmero en la obtención de la verdad buscada y la relación de todo ello con las garantías de la independencia judicial, crean las condiciones favorables a una información positiva de fondo. Es posible que, con estas ayudas, los medios de comunicación mejoren su conocimiento de causa para discurrir sobre el presente y el futuro de la independencia judicial, aunque su cooperación no vaya más allá. Quedan de manifiesto las fragilidades —nada fortuitas— de una información que, sin desdeñarse de su pretensión divulgadora, no siempre la refuerza con los complementos de doctrina que exigen la satisfacción del derecho fundamental a la educación, en general, y, en especial, el servicio de las funciones sociales que se le atribuyen.

La cuidadosa puesta en orden del torrente informativo de esa legislación orgánica, marca las diferencias entre una descripción gruesa y monolítica de la intención legislativa —con reparos, quizás muy sensibles, acerca de la suerte de la independencia judicial— y el delicado examen que excluye o ratifica lo superficial de las observaciones primerizas. La celeridad crítica de los medios de comunicación se debe, una vez más, al convencimiento de que una investigación exhaustiva —cuyos recursos se dicen derrochados en exhumar, cara a la audiencia, realidades de fondo que, aunque irreconocibles de entrada, lo dejarán

de ser andando el tiempo— no puede averiar la supuesta creatividad de las que, bajo el emblema de noticias buenas y de primera mano, son citas e impresiones que, a efectos publicitarios, no interesa ni conviene aclarar.

8. Incorruptibilidad de los juicios sobre la independencia judicial

La democracia constitucional ha mostrado el celo justiciero de su verdadero rostro, al no escatimar tiempo ni esfuerzos para perseguir, con renovadas energías, delitos tipificados en normas ayunas de vigor vital y a cuyo beneficio parecía haber renunciado la conciencia colectiva. Una secuencia de inhibiciones lamentables había rebajado a la condición de letra muerta ciertos pasajes en que el legislador penal situaba la protección y continencia de valores primordiales de la sociedad. La *civilización del Derecho Penal* —pionera del fenómeno neoliberalizador— sirvió de coartada a sus impunidades. Al rescatarse todos y no sólo algunos de los objetivos de la pena, la persecución de esas conductas recobra su función testimonial y acentúa la función disuasoria del castigo con que se conminan. Así se han desplomado muchos usos que, sin agotar su vasto espacio criminógeno, poblaban los ámbitos de la corrupción.

Corrupción —de los supuestamente mejores y más obligados a la bondad de sus acciones— que los moralistas consideran pésima, debido a su indemnidad y mal ejemplo, y los protagonistas óptima, ante lo lucrativo del entrenamiento a que obliga. La jurisdicción penal se ha ocupado, por imperativos del oficio, de la vida y milagros de conocidos personajes públicos, de los de algún que otro banquero merecedor de su atención, de las andanzas de hombres de negocios respetados y temidos hasta la quiebra del favor de que disfrutaban, y de particulares cuya adscripción a estratos intangibles les dejaba fuera, ya que no de toda sospecha, si de los riesgos que turbasen su placentera vida. Algún que otro juez ha bebido en el caliz de esas amargas.

Sería injusto silenciar que, en ciertos casos de información cualificada, los medios de comunicación han procurado a la jurisdicción —espoleando el ejercicio de su independencia— antecedentes veraces y abundantes para perseguir formas de corrupción en que incurrieran responsables de altas instancias gubernamentales.

Los medios de comunicación juzgan severamente las conductas que así se configuran, pero, al pronunciarse sobre la naturaleza punible de los acontecimientos, anteponen la virulencia de su activismo antagónico al *socratismo sobrio* de las disidencias académicas. Consumen dosis

de agresividad innecesaria. Cada una de las posiciones en pugna sostiene criterios —categóricos e incompatibles— sobre una independencia judicial que, escrupulosa y apasionadamente, enjuicia desde todos los flancos. Los medios de comunicación —que, al definirse, califican las resoluciones judiciales de acuerdo con las predilecciones que manifiestan y no esconden— dan la impresión de que sus conclusiones claudican por obra del manejo inerte de prejuicios y no de la voluntad de acceder serenamente a la objetividad jurídicopenal. Una forma de corrupción profesional, frecuentada por algunos de ellos, consiste en reputar agresiones o ataques vitandos las que sólo son actuaciones judiciales ingratas para los afectados, cuando indudablemente puede verificarse si la independencia judicial cuestionada sobrevive o brilla por su ausencia. He ahí cómo, pese a la dificultad de los trances y la falibilidad de los juicios, el principio ontológico de no contradicción recobra su pujanza y enseña que —visto el carácter de disciplina del espíritu que al Derecho conviene— esas diferencias maniqueas o *cambios de etiqueta* no derivan de entendimientos alternativamente razonables de los hechos comunes, sino de dictados unilaterales que, bajo quién sabe qué cantidad y calidad de imposiciones, exigen sumisión absoluta y acusan el relativismo moral de quienes mandan y obedecen. No se puede servir a dos señores, ni alinearse en bandos que reclaman, contra viento y marea, la exclusividad de unas verdades que lo son a medias o carecen de tan excelsa condición.

Cuando un medio de comunicación toma exceso de partido —atacando la independencia judicial, que se discute, con argumentos de sutiliza sospechosa— o se abstiene de denunciar los arbitrios cuasicorruptos de otros medios, incurre en la deslealtad informativa que es también una especie de la corrupción. Variante que se agrava si depende de acuerdos concluidos para cegar los caminos de la verdad o impedir que la recta razón mantenga su propósito de defenderla a ultranza.

Ninguna instancia informativa alza su voz lo suficiente para denunciar esta contrariedad de juicios que, al franquear las fronteras de la libertad de expresión más generosa, se adueña —con sorpresa que luego degenera en desinterés y/o en apatía— de una opinión pública cautiva, incapaz de separar la certidumbre de la duda y de distinguir lo verdadero de lo falso. Parece, más bien, lo contrario. Los medios de comunicación no deben aplaudir por su cuenta, sin cuestionar el concepto de la moral e independencia judiciales, el activismo de jueces cuya conducta, puesta en cuestión públicamente, no se ha rehabilitado. Ni deben adoptar posiciones que, más que sujetos activos de información fiable, les asemejan a seguidores de las iniciativas judiciales que, a la medida de sus afectos o sus fobias, ensalzan o desprecian.

9. Acciones de los poderes de Derecho

Los atentados que el Poder Ejecutivo o sus agentes interpuestos consuman contra la independencia judicial se silencian o acusan indulgentemente, relatando la superficie de los hechos en que han consistido y omitiendo datos —por lo común, antecedentes— que, bien relacionados, facilitan la comprensión de la situación analizada. Los medios de comunicación pueden reducir la denuncia —si, al menos, así llaman a la noticia transmitida— a una información cuyo sensacionalismo impresionista, sin excitar la atención crítica del público, porque, pese a la trascendencia del anuncio, lo impide la vaguedad intencional de los términos en que se formula.

Cabe que esa denuncia se haga —ampliando el conocimiento de sus destinatarios— cuando al hecho noticiable se suman pormenores biográficos de los personajes que, por parte de uno y otro poder, han entrado en escena e intervenido en el conflicto. Es infrecuente, por no decir que excepcional, que, adueñándose de los antecedentes y las consecuencias finales, los medios de comunicación reconstruyan —de modo exhaustivo y sin concesión a las medias verdades— el proceso histórico de aquella invasión, y actúen con la fuerza moral necesaria para ofrecer información veraz sobre la magnitud y alcance de sus vicisitudes. Operaciones de este corte —difíciles de implementar con medios adecuados a las verdades que transmiten— se exigen para comprobar si, al acusar el golpe, los grupos sociales afrontan —combatiéndolas— las perversiones denunciadas, o si, al contrario, la noticia se esfuma, porque ha fracasado el compromiso de la audiencia a que va dirigida y cuya reacción se hace esperar o no se llega a producir.

El recurso a los géneros de la entrevista o de la encuesta —si los sujetos pasivos de la operación, además de hacerse accesibles, facilitan contestaciones homogéneas y significativas— parece solución aceptable para que los medios de comunicación se ilustren a sí mismos y arrojen luz sobre esos *episodios penales de gran cabotaje*. Sucesos disimulados, muchas veces, por las coerciones del sistema establecido, cuando no orquestados con campañas de descrédito de las personas físicas o instituciones cuya funesta manía de pensar —discurriendo por las vías de la honestidad y de la lógica— despierta reacciones coléricas y/o particularmente vengativas.

Contra la naturalidad ética de estas exigencias, los poderes de hecho y de Derecho se alienan en la faena de reconstruir una *pía versión* de lo ocurrido y cursan instrucciones para que —según la línea informativa de turno— se exagere y divulgue, a cualquier precio, la parte de verdad artificiosamente fabricada, o se convenza a la opinión de que

los restos de una verdad hecha jirones valen también como enunciado serio de la verdad completa. Imponen traslaciones e interpretaciones fragmentadas, que ocultan los excesos denunciados infructuosamente y oscurecen la evidencia de su gravedad. Venidos a más e irritados incluso, los medios de comunicación son libres para decir, a su albedrío, la última palabra y cerrar ventajosamente cualesquiera debates molestos, diferentes del diálogo de sordos, compuesto de sendos monólogos unilaterales, o del diálogo del lobo y el cordero. Desfiguran la acción de la justicia, reuniendo informaciones vejatorias o inventando especies, que nunca son casuales, contra personas físicas de las que la dignidad profesional y la honradez individual quedan entredicho irreversible. Sus ejercicios —asaz premeditados y crueles— de *linchamiento moral* impresionan a un público que ignoraba hasta entonces la existencia e identidad de los jueces cuya independencia se niega o, por mejor decir, cuya fama y honor se vilipendian sin apenas oportunidades de recuperación.

Estas anomalías son tan difíciles de combatir con éxito, que —abrumada por ellas y por sus efectos secundarios— la persona vejada se siente de antemano vencida, sucumbe a los temores consiguientes y desiste de responder a las afrentas. Intimidada por la personalidad o el significado social del agresor, prefiere pasar página. La implacable animosidad del adversario convence de que el desgaste de su intento no le va a devolver la fama escarnecida y sí a desencadenar, para su mal, una sobrecogedora retorsión. La rapidez con que surgen nuevos temas espectaculares y la voluntad—¿afín al *síndrome de Estocolmo*?— de dejar atrás, sin distinciones, lo memorable y lo digno de olvido, esfuman el propósito de reivindicar la honorabilidad lesionada. Se puede acabar admitiendo, con resignación muy forzada, que la agresión no ha sido tan grave y que la protección de la independencia judicial no exigía semejante actitud. La *crónica del gobierno judicial* no se señala, en este punto, por una postura exenta de equivocidades y acreedora a la unanimidad del elogio.

¿Cabe mayor ultraje para la independencia judicial que atribuir, con descaro infinito, a un juez determinado, confabulaciones o connivencias con un poder político que, si eventualmente se beneficia de sus resoluciones, es porque la aplicación responsable y consciente del Derecho así lo exige? Lo repulsivo de la imputación aumenta si emana de personajes públicos que —abusando de su condición y fieles a la regla de la *esencial enemistad política*— la trasladan a los medios de comunicación que les dan la oportunidad de propagarla y acreditar, de paso, su buen obedecer. Enganchados a su idea de la libertad de expresión, desbordan los cauces de esta causa excluyente de antijuricidad penal e in-

vitan —con insultante prosa y desprecio de la veracidad de los hechos— a compartir su descalificación de la independencia judicial y sus difamatorias conclusiones. Máxime, si la vehemencia y la torpeza de las acusaciones prueban hasta dónde llega su capacidad de sumisión.

El juez agredido queda indefenso ante unos ataques que las comunidades —guiadas por la estima de los valores de la moral civil y de sus corolarios— presencian indignadas y estiman un agravio. Si los responsables del gobierno judicial tienen voluntad de impedirlo, pueden poner remedio —sin restricciones mentales ni proposiciones circulares— a cuantas situaciones encajan en estos modelos de agresión. Los excesos de la libertad de expresión —asistemáticamente volcados en un descomunal cajón de sastre— arruinan, más pronto que tarde, las reservas éticas de una democracia cuya tradición queda herida de muerte si no se alimenta, a partes iguales, de prudencia política y de energía frente a las aberraciones que la desfiguran. Los órganos del gobierno judicial —que refrendan, con apagado platonismo, la crítica responsable de las decisiones de los jueces— no han prodigado las acciones tutelares de su independencia, ni forjado el cuerpo de doctrina obligado para su defensa. De ahí, la frustración de quienes no se explican los ejercicios de morigeración —desalentadora e inauténtica— cuyos efectos últimos engendran más peligro que las contemporizaciones en que se manifiestan.

Sería aleccionador y positivo que, haciendo caso omiso de consolidaciones demagógicas, la solicitud del legislador penal —urgido a contener los torrentes desordenados y nada ejemplares de conmoción social— repusiera, sin parcialidades ni rencores, la figura del *desacato judicial* que, cuando se rebasan gravemente los límites de la libertad de expresión, recobra su sentido y oportunidad. Su recreación no es un arbitrio del voluntarismo político y sí un factor disuasorio de las demasías en que los medios de comunicación incurren al ofrecer la imagen de una independencia judicial desfigurada, si las cosas no han sido de ese modo, y deprimir el trato que, en su momento, se le debe. Aunque sea sólo para garantizar la calidad de la justicia que, en cada ocasión, ha de impartirse. ¿No es ésta una de las *obligaciones naturales* que gravan a los poderes públicos con la carga de garantizar una igualdad efectiva, purgada de abusos dominantes y temores injustificables? La igualdad efectiva neutraliza lo tendencioso de las críticas que erosionan el crédito de un Poder Judicial cuyos integrantes se conducen con independencia y, ello no obstante, cuentan con recursos muy módicos para defenderla. Devuelve la estima de una ciudadanía privada de la veraz información que, para soslayar y/o reparar males tan graves, tiene derecho a recibir.

10. Conductos de intercomunicación informativa

La puesta en conocimiento —inmediata e informativamente suficiente— de los medios de comunicación de los acuerdos relevantes de los órganos jurisdiccionales, respalda la verdad de lo resuelto y/o expone a la crítica el verdadero rostro de la independencia judicial. La experiencia reciente, dispersa y ayuna de tratamientos unitarios, prueba que este trabajo exige infraestructuras que —como las *oficinas de prensa* gestionadas por profesionales nombrados según sus condiciones de mérito y capacidad, y no elegidos por las presiones de sus valedores o las flaquezas amistosas de la digitación— depuren y difundan homogéneamente las noticias que van a divulgarse. La comunicación es imperfecta si, como ocurre subsidiariamente, sólo existe un *servicio de prensa* a cargo de un personal —no especializado— que comparte estas funciones con las propias de la Administración de Justicia. Los textos cursados, cuya elaboración satisfactoria exige habilidad y tiempo, se reproducen íntegros con más facilidad, si provienen de una oficina de prensa ya constituida, que si emanan de los escuetos y, a veces, escuálidos servicios de prensa que ejecutan voluntariamente las tareas que se les confían. Es lamentable que las versiones remitidas por estos servicios a los medios de comunicación dejen de publicarse, se reduzcan a un resumen modesto o esquemático, o se descompongan en pasajes que, al impedir su entendimiento contextual, malversan lo sustancial de la noticia. Lo cual no se daría, si el buen régimen y la continuidad de la marcha de una oficina de prensa lo evitasen.

Si, hechos estos reparos, los comunicados se formulan en los términos propios de una coincidencia de pareceres y de formas, no ha lugar —salvo si se opta por la *ceremonia de la confusión*— a añadir reinterpretaciones auténticas, innovar matices superabundantes o pretender que digan más, menos o cosa distinta de lo que indica su tenor de origen. Huelgan las declaraciones adicionales de quienes, tras aceptar la redacción en que han intervenido colegiadamente, aportan precisiones tardías que parecen iluminar algo que el texto transmitido no expresa con comprensión o claridad bastante. Ninguna utilidad tiene esas iniciativas, si la intervención previa de quienes las promueven aprobó, en su momento, el contenido pacífico de la noticia propagada.

Llama, por otra parte, la atención lo abultado de algunas difusiones. Cuando un órgano de gobierno adopta acuerdos propios de su competencia, la dimensión de la noticia depende de la sensibilidad informativa de los encargados de retransmitirlos. Este criterio prudencial conci-

lia las garantías del derecho a conocer la verdad, con la regla de que sólo los interesados pueden acceder al texto íntegro de la resolución recaída. Sorprende el que al resumen —comprensible y didáctico— de la voluntad del órgano colegiado, se enfrenten las versiones completas de los votos particulares o vencidos que, sin omitir una tilde, sus autores envían a los medios de comunicación que seguidamente las publican. ¿Cómo reacciona entonces la opinión pública? Sospechando, quizás, que la noticia —comprimida y lacónica— de la opinión mayoritaria encubre una postura injusta o menos acertada que la de los votos discrepantes que, usando de esta divulgación por cuenta propia y sin fronteras, parecen cargarse de la razón que se les ha negado.

11. En pro de una resuelta y razonable defensa de la independencia judicial

Los accidentes históricos de la independencia judicial —siempre afectada por los impredecibles ejercicios de la libertad de expresión— provocan reflexiones abstractas que no agotan las hipótesis de sus interacciones. Algo hay que subrayar al respecto.

La libertad de expresión representa un derecho fundamental que, a seguido de su reconocimiento, el constituyente pondera, con máxima delicadeza, para añadir a la regla general —de colimitación de los derechos ejercitables— restricciones concretas en pro de los derechos, también fundamentales, al honor, a la intimidad y a la propia imagen. He aquí, fuera de duda, la que cabe considerar buena doctrina frente al amago de privilegiar, sin tasa ni tregua, los fueros de una libertad que, en otro caso, se aprovecha de una petición de principio aclamada por sus devotos incondicionales. La independencia profesional de cada juez pertenece al núcleo invulnerable de la tutela judicial efectiva, como parte de un derecho fundamental que, aunque susceptible de críticas autorreguladas, no tolera violaciones de su contenido esencial.

El retorno a la figura penal del desacato no quebranta las normas de cultura ni entraña regresiones, porque las realidades sociales prueban lo vorazmente desmedido de muchos ataques a la independencia judicial, la deformación deplorable de la opinión pública y los errores de juicio que le aquejan ante la imposibilidad de rehacer, así las cosas, la verdad o las verdades discutidas.

Si el gobierno de la judicatura no aplica fórmulas de empuje —siempre arregladas a Derecho— para paliar los atentados contra la independencia de los jueces, aun cuando no logren el efecto deseado, se ciega

una vía indispensable para atajar y/o erradicar estos males y se olvida que la energía es, de antiguo, un atributo indeclinable de la democracia.

Los caracteres del panorama informativo permiten a los medios de comunicación jugar con ventaja, tanto en el aspecto examinado como en otros de análoga importancia. La centralización de las fuentes, que distorsiona la visión del mundo, prefabrica su arsenal de verdades —incluso futuras y relativas a sucesos que se intuyen y no han acaecido todavía— y anula las más generosas tentativas de que, para general conocimiento, sólo circulen las verdades fielmente ajustadas a los acontecimientos históricos. Decepciona, por demoledor, el resultado de trasladar este discurso a las tensiones existentes entre la libertad de expresión y la independencia judicial. Hace poco que la verdad oficial pretende sustraer a su verdadera historia el conflicto —larvado o acuciante, según las circunstancias— entre las instituciones que respectivamente velan por la interpretación de la legalidad fundamental y el entendimiento uniforme de la legalidad ordinaria. Asombran las dosis de voluntarismo que asiste a las versiones —múltiples, acres y desfiguradas— de esta contrariedad.

Los medios de comunicación periféricos —atenazados y cautivos— difunden los episodios judiciales conforme a su visión centralizada, sin querer darse por enterados del secuestro de la verdad oculta. No cuentan con facilidades para una empresa que supone la busca de la bondad social, en vez de compartir el relato de seudoverdades de corto recorrido y gran frecuencia de circulación. Un bien merecedor de la curiosa exploración periodística, un bien tan insustituible como el respeto al conocimiento del prójimo, se resiente, sin apenas remedio, de tan enorme desventura.

Algunas descripciones de la independencia judicial se maquillan para que produzcan su impacto. Otras se exageran para comprometer y alienar a la opinión pública. Es prácticamente imposible entrar en el juego de paralizar estos efectos. No se puede discriminar ni embellecer la información para adaptarla a las preferencias ideológicas o los caprichos políticos de los grupos servidos por ciertos medios de comunicación. Resulta, cada vez, más difícil acatar el imperio del *periodismo-ficción* que, a diario, se permite mayores licencias para delimitar inapelablemente la verdad y objetividad de los hechos. ¿Hay, frente a esta derrota cotidiana, algún atisbo de esperanza revolucionaria o, desde ya, se ha de dar por perdida la batalla contra la desfiguración universal de la verdad y las complicidades que están a su servicio?

Queda fuera de duda que, en nombre de la independencia judicial, para su crédito y —¿cómo no?— también para el de la libertad de ex-

presión, la defensa de aquélla —no obstante, las noches tristes que la entenebrecen y le aguardan— se asocia a este mensaje que todo juez independiente debe asimilar y que viene a rezar como sigue. *Aprende a dejar de decir que no eres, cuando aun sigues siendo, ... que nada puedes, cuando tu buena voluntad lo puede casi todo, ... que estás atado, cuando te sientes invenciblemente libre.*

CONGRESOS Y CONFERENCIAS

EMPLEO Y DESEMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA: HACIA EL OBJETIVO DEL PLENO EMPLEO¹

Sol Ruiz de la Cuesta Fernández
Profesora Asociada del Departamento
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante

Sumario: 1. Una visión global. 2. Los primeros años de la nueva Europa: al margen del empleo. 3. El inicio de una nueva actitud: el desempleo como problema relevante. 4. Hacia un alto nivel de empleo mediante la coordinación de políticas nacionales: la Estrategia Europea para el Empleo. 5. Redefinición del objetivo: el pleno empleo en la sociedad del conocimiento. 6. El objetivo de Lisboa en 2003. Logros, retos y asignaturas pendientes.

1. Una visión global

En los últimos años, el problema del desempleo parece haber anclado firmemente entre las preocupaciones de la Unión Europea, hasta el punto de poder hablarse en la actualidad de un objetivo preferente: el de lograr el pleno empleo.

Los Consejos Europeos que se han ido sucediendo en los últimos años han marcado una nueva línea de actuación frente al desempleo, consistente en la coordinación de las distintas políticas nacionales en materia de economía, empleo y medio ambiente, con el fin de conseguir que todos y cada uno de los pasos que en estos ámbitos se den tengan como consecuencia la creación de más y mejores empleos.

Sin embargo, nada nuevo se añade al afirmar que no siempre ha sido éste el camino seguido por la Europa unida. Muy al contrario, los primeros años de vida de nuestra actual UE se labraron completamente al margen de una mínima preocupación por el problema del desempleo, y hubo que esperar a que la primera gran crisis económica de los 70 hiciera saltar la alarma y posicionara a los Estados miembros frente a una nueva necesidad, la de solucionar el problema del paro. Pese a ello, los siguientes años pasan sin que existan acciones concretas verdaderamente eficaces, ni objetivos claramente definidos, y no será hasta los

¹ Comunicación presentada al XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *Desempleo*, 23 y 24 de mayo, Oviedo, 2003.

años noventa cuando la preocupación empiece a transformarse en auténtica acción comunitaria en materia de empleo. Los primeros pasos en este sentido tienden hacia la consolidación de lo que se ha venido a llamar Estrategia Europea de Empleo, cuyo objetivo será la coordinación de las políticas nacionales de empleo, dictándose unas pautas básicas de actuación en esta materia e intentando que las experiencias positivas llevadas a cabo en diferentes Estados miembros sean exportadas a otros. Puesta en marcha esta línea de acción, la UE no tarda en comprobar lo insuficiente que resulta proceder tan acotadamente, restringiendo los esfuerzos al ámbito exclusivo de las políticas de empleo. Así, el siguiente elemento con el que se incrementa la Estrategia de Empleo es el relativo a las políticas económicas, estableciéndose la necesidad de una actuación coordinada también en esta materia y, lo que es más importante, coordinada asimismo con las políticas de empleo. En este punto, el aspecto económico, estandarte por antonomasia de la UE en sus primeros pasos, se presenta por vez primera como interdependiente de la cuestión del empleo. Se camina, pues, hacia una Europa económicamente fuerte, tal y como se pretendía desde su nacimiento, pero ya no a cualquier precio, menos aún cuando ese precio se cifra en millones de desempleados.

La apuesta definitiva se producirá a las puertas del siglo XXI, tomando como referencia fundamental la de la *sociedad del conocimiento*, aquella en la que la tecnología y lo digital se presentan como pilares básicos; el reto europeo en este sentido será el de conseguir una Europa en la que la nueva economía sea capaz de generar nuevos y mejores empleos, continuando para ello con la línea emprendida de coordinación de políticas económicas y de empleo. El último eslabón consistirá en añadir una nueva dimensión a la acción comunitaria coordinada, cual es la relativa al medio ambiente, no sólo por razones obviamente ecológicas, sino también porque se cree que la coordinación de actuaciones medioambientales con las económicas y de empleo dará como resultado una Europa de desarrollo sostenible, apta para generar empleo. De este modo, empleo, economía y medio ambiente parecen caminar en paralelo hacia la consecución del objetivo del pleno empleo. Sin embargo, definidos y consagrados los objetivos comunitarios en este sentido, la efectiva consecución de los mismos requiere de actuaciones nacionales, de una eficaz puesta en marcha por parte de los Estados miembros de todas y cada una de las líneas de trabajo, lo que no sólo depende de las posibilidades reales de cada país, sino también de la voluntad y el empeño con los que cada Estado miembro decida asumir las pautas comunitarias. La actual situación de desaceleración económica ha llevado a la UE a hacer un llamamiento de urgencia a los paí-

ses miembros: es el momento de afrontar seria y decididamente todos los retos propuestos si se quiere conseguir la Europa del pleno empleo.

El objetivo de este trabajo no es otro que el de dar cuenta de los pasos concretos seguidos por la UE hasta consolidar una estrategia plena de coordinación de políticas al servicio del empleo, tomando como referencia fundamental los distintos Consejos Europeos, por ser la sede en la que tradicionalmente se han venido gestando las decisiones más importantes en esta materia. A partir de ellos, se entiende más claramente cuál es el objetivo, cuáles las medidas destinadas a alcanzarlo y cuáles, en fin, las virtudes y carencias de los Estados miembros a la hora de actuar a nivel nacional.

2. Los primeros años de la nueva Europa: al margen del empleo

Como es sabido, la Comunidad Económica Europea, germen de la actual Unión Europea (UE, en adelante), nace con el objetivo fundamental de alcanzar la creación de un mercado interior común o único², orientada, por lo tanto, a la consecución de fines estrictamente económicos. Sin embargo, y pese a ese clarísimo objetivo unidireccional, el Tratado de Roma no desconocía de forma absoluta la relevancia de los aspectos sociales. En el Preámbulo del mismo se hace constar como fin esencial de los esfuerzos de la CEE el de la constante mejora de las condiciones de vida y trabajo de sus pueblos, y se vislumbra la importancia, nula aún a efectos prácticos pero teóricamente prevista, de los aspectos sociales de cara a la construcción de un único espacio de intereses económicos: se conviene en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores a fin de conseguir su equiparación³, se establece la tarea de la Comisión de fomentar la colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social (con referencia expresa al empleo)⁴ y, entre otras cosas, se prevé la creación de un Fondo Social Europeo con el objeto de mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores en el mercado interior y contribuir a la elevación del nivel de vida⁵.

² Constituida formalmente a partir del Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, que entraría en vigor el 1 de enero de 1958.

³ Artículo 117 Tratado de Roma.

⁴ Artículo 118 Tratado de Roma.

⁵ Artículo 123 Tratado de Roma; el Fondo Social Europeo, creado en 1961, financió durante los años siguientes numerosas acciones relativas a la formación y movilidad geográfica y ocupacional de los trabajadores.

No obstante estas referencias a la importancia de los aspectos sociales, expresamente se indica que la evolución en tales materias se producirá por sí sola, como resultado del funcionamiento del mercado común, de manera que la proclamación de tales objetivos es únicamente instrumental respecto del económico que de ser alcanzado, se piensa, resolverá por sí mismo los problemas del desempleo. O, dicho en otros términos: el crecimiento económico será la vía por la que los problemas de empleo queden resueltos⁶. Así las cosas, la única regulación comunitaria en materia de empleo sería la relativa a la libre circulación de trabajadores⁷, pilar maestro del objetivo del mercado común⁸. La regulación del empleo desde un punto de vista general y al margen de los aspectos relacionados con la circulación de mano de obra, sería, pues, competencia exclusivamente nacional. Sin embargo, en los siguientes años, siendo todavía la meta principal de la Comunidad la del mercado común y sus objetivos prioritarios netamente económicos, parece apreciarse una tímida preocupación de los Estados miembros acerca de los aspectos sociales⁹. El cambio en la situación económica global del inicio de la década de los setenta, con los consiguientes aumentos de las tasas de desempleo, sirven de catalizadores de un incipiente cambio de orientación¹⁰. En las Conferencias de la Haya (1969) y París (1972) se

⁶ Así, entendiendo que el empleo no formaba parte en modo alguno de los objetivos comunitarios, RODRÍGUEZ PIÑERO, M. «De Maastrich a Amsterdam: derechos sociales y empleo», *RRL*, n.º 4, 1998, p. 6.

⁷ Artículos 48, 49 y 50 del Tratado de Roma.

⁸ Cfr. PEREA ACOSTA, E., (coord.), *La Política de Empleo en la UE (I). La Estrategia Europea del Empleo*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2000, páginas 11 y 12. Entre otras regulaciones, cabe destacar las efectuadas en la Directiva 68/ 360/ CEE, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad; y el Reglamento (CEE) 1612/68 del Consejo, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad.

⁹ En Turín, el 18 de octubre de 1961, se firmaría la Carta Social Europea, continente de un catálogo de derechos sociales entre los que se encuentra el derecho al trabajo, regulado en el artículo 1, Parte I, respecto del que expresamente se indica que los firmantes de la Carta se comprometen a «reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible de empleo, con el fin de lograr el pleno empleo». Se trataría, sin embargo, de una mera declaración formal, lejos todavía de acciones concretas al respecto.

¹⁰ MORALES ORTEGA, J.M., *La comunitarización del empleo: su recepción por parte del Reino de España*, CARL, Sevilla, 2003, p. 19, se refiere en este sentido a «(...) la primera crisis energética, y en la que ha influido, además de la crisis, otros factores como el aumento de la población activa, debido principalmente a la incorporación de la mujer al mercado laboral, la falta de adecuación entre la oferta y la demanda de empleo o de adaptación del mercado laboral a los cambios rápidos y profundos de nuestra economía».

apunta ya la importancia par de los aspectos económicos y los sociales, creándose en 1970 el Comité Permanente de Empleo de las Comunidades Europeas¹¹ y llegándose a 1974 con la creación del *Programa de Acción Social*¹², destinado a la consecución escalonada de una serie de objetivos: la realización del pleno y mejor empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo y el incremento de la participación de los interlocutores sociales en las decisiones de la Comunidad. Aunque la mayoría de las acciones programadas no llegaron a realizarse, a partir de ese primer *Programa de Acción Social* puede hablarse ya de germen de lo que llegaría a ser la política de empleo comunitaria, ligada todavía en este punto a la política social¹³.

Ya en 1986, el texto del Acta Unica Europea¹⁴ reconocerá como objetivo social el de la mejora del medio laboral, pero la necesidad de que la dimensión social estuviera presente en el ámbito de las actividades de la Comunidad, encaminadas a instaurar un mercado único, se pone firmemente de manifiesto con ocasión de la Cumbre de Hannover, en 1988. A partir de las conclusiones y reflexiones de esta Cumbre, la Comisión encargará al Comité Económico y Social una evaluación global sobre el contenido de una posible *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales*, que será finalmente aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno, en Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989, acogiendo todo un catálogo de derechos de contenido netamente social, estableciendo los principios sobre los que se basará el modelo europeo de Derecho Social y determinando el lugar que ocupa el trabajo en la sociedad europea. Los Estados signatarios de la Carta garantizarían el cumplimiento de su contenido en el ámbito de sus respectivas competencias internas¹⁵, sin que el texto aprobado sea jurídicamente vinculante. La Comisión se limitará a

¹¹ Mediante Decisión 70/532/CE del Consejo, de 14 de diciembre de 1970, modificada por la Decisión 75/62/CEE, de 28 de enero de 1975, a su vez modificada por la Decisión 99/207/CE de 9 de marzo de 1999.

¹² Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, relativa al Programa de Acción Social, *DOCE* C 13, de 12 de febrero de 1974.

¹³ MORALES ORTEGA, J.M., *La comunitarización del empleo...*, *op. cit.*, p. 28, indica que en la praxis, el empleo, también en este Programa, se relegó a un segundo plano a favor de otros objetivos como la igualdad de oportunidades y la seguridad y salud laboral.

¹⁴ Entraría en vigor el 1 de enero de 1987. Entre sus innovaciones, destaca la creación a nivel institucional del Consejo Europeo, entendido como reunión periódica de los Jefes de Estado y de Gobierno, en la que tendrían lugar las grandes negociaciones políticas la toma de decisiones estratégicas.

¹⁵ El artículo 27 de la Carta establece que la aplicación y garantía efectivas de los derechos que reconoce competen a los Estados miembros de conformidad con sus respectivas prácticas nacionales, en particular mediante su legislación y convenios colectivos.

realizar propuestas al Consejo¹⁶ y a redactar un informe anual acerca de la situación del marco social europeo¹⁷: la Carta nace, por lo tanto, como una mera declaración política sin virtualidad jurídica alguna, y el empleo se mantiene como competencia exclusivamente nacional.

3. El inicio de una nueva actitud: el desempleo como problema relevante

La sanción de la competencia comunitaria en materia de política social no se produciría hasta el Tratado de Maastrich (TUE) de 1992¹⁸. Anejo a él, se aprueba el Protocolo n.º 14, *Acuerdo sobre la Política Social*, base de la futura política social comunitaria, entre cuyos objetivos figuran los de fomentar el empleo y desarrollar los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero¹⁹. Recién nacida, de este modo, la política social europea, sería en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Copenhague, en junio de 1993, cuando se manifestara la gravedad de la situación del desempleo en Europa, considerándose que se trataba de un problema que debía ser abordado de forma prioritaria e independiente a cualquier otra consideración. Fruto de esta preocupación es el *Libro Blanco sobre el Crecimiento, Competitividad y Empleo: Retos y Pistas para entrar en el siglo XXI*²⁰. En este documento se pone de manifiesto que el crecimiento económico por sí solo, al contrario de lo que se creía en los inicios de la CEE, no es suficiente para solucionar los problemas de desempleo que afectan a la mayoría de los mercados laborales de la UE²¹. En consecuencia, se plantean una serie de medidas de actuación en torno a tres pilares fundamentales y coordinados: la necesidad de una nueva gestión macroeconómica más adecuada,

¹⁶ Artículo 28 de la Carta.

¹⁷ Artículo 29 de la Carta.

¹⁸ Firmado el 17 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

¹⁹ A partir de esta incorporación de los objetivos sociales se permite a las instituciones comunitarias actuar en vía legislativa, como complemento y ayuda a las acciones de los Estados miembros en los ámbitos mencionados, a través de mayoría cualificada, abandonándose, por lo tanto, la rígida exigencia de unanimidad con el fin de agilizar la intervención comunitaria en esta materia, a través del procedimiento previsto en el artículo 189 TCE.

²⁰ COM (93) 700.

²¹ La bonanza económica no servirá no ya para reducir el desempleo, «sino fundamentalmente para posibilitar la incorporación al mundo laboral de la *reserva potencial de empleo* que se cifra en algo más de 20 millones de personas», ROJO TORRECILLA, E., «Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos», *RRL*, 1998-I, p. 432.

la potenciación de nuevas actividades (los llamados Nuevos Yacimientos de Empleo²², NYE) y la urgencia de llevar a cabo una serie de reformas estructurales en diversos ámbitos comunitarios²³. Se aborda así por primera vez el problema del desempleo de forma independiente y global, y se analiza la necesidad de actuar en la mejora de la situación del empleo como vía para constituir un mercado único más competitivo, insistiéndose en la importancia de las políticas activas de empleo, principalmente a través de la investigación, el desarrollo y el perfeccionamiento de sistemas educativos y formativos.

A partir del Libro Blanco de 1993 quedan, pues, sentadas las bases sobre las que se irá construyendo, independientemente de la política social, la futura política de empleo de la UE, tendente a garantizar el éxito en la consecución del objetivo económico comunitario. La reacción ante el texto no se haría esperar. Así, en el Consejo Europeo de Essen de 1994²⁴ se perfilarán las líneas fundamentales en materia de empleo sobre las que deberán pivotar las políticas nacionales, que constituirían la llamada *Estrategia de Crecimiento y Empleo de Essen*²⁵, y, paralelamente, se creará un proceso de seguimiento de la evolución de las políticas nacionales en materia de empleo y de avances logrados en los mercados laborales²⁶, con lo que la línea de acción de la UE en materia de desempleo queda articulada a partir de una estrategia de coordinación de las políticas nacionales de empleo²⁷.

En el Consejo Europeo de Cannes, en 1995²⁸, parece asistirse a un cambio de prioridades en los objetivos de la UE. Si las primeras aproxi-

²² Sector audiovisual, servicios de proximidad, ocio y cultura, tecnología, transportes, entre otros.

²³ MARTÍN NAVARRO y RODRÍGUEZ RAMOS, «Mercado de Trabajo y Políticas de Empleo en la Europa de fin de siglo»; *Temas Laborales*, n.º 59/2001; Monográfico sobre Derechos Fundamentales en la UE, p. 280.

²⁴ 9 y 10 de diciembre.

²⁵ Necesaria mejora de la empleabilidad a través del fomento de las inversiones en formación profesional y continua; urgencia de una organización más flexible del trabajo y del tiempo de trabajo, política salarial más ajustada y explotación de los nuevos yacimientos de empleo de cara a incrementar la intensidad de creación de empleo; reducción de los costes salariales; mayor eficacia de la política aplicable al mercado laboral, pasándose de arma política meramente pasiva a una activa; y, por último, refuerzo de las medidas a favor de los grupos particularmente afectados por el desempleo (especialmente mujeres, jóvenes y desempleados de edad).

²⁶ A través de un informe de carácter anual que deberán elaborar los Consejos de Asuntos Sociales, ECOFIN y la Comisión Europea.

²⁷ A instancia del Consejo Europeo de Essen, la Comisión elaboró una Comunicación en la que proporcionaba a los Estados miembros una serie de orientaciones acerca de la manera en que debían afrontarse los retos propuestos en Essen: COM (95) 74 final.

²⁸ 26 y 27 de junio.

maciones comunitarias al problema del desempleo obedecían a la necesidad de que éste no se convirtiera en un obstáculo a la hora de alcanzar el fundamental objetivo de instauración de un mercado único, con el Libro Blanco y la Estrategia de Essen la preocupación comunitaria por el desempleo pareció alcanzar una cierta independencia respecto de la meta económica de la UE. Será en Cannes, sin embargo, cuando el carácter independiente del problema del desempleo claramente se consolide, pues se requerirá a los Estados miembros una adaptación de sus políticas macroeconómicas nacionales a fin de priorizar el problema del desempleo y la igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo. Ya no se trata de actuar en materia de empleo de forma instrumental para la consecución de un mercado único, sino de adaptar políticas de índole económica con el objeto de ponerlas al servicio de la creación de empleo²⁹. En esta misma línea, el Consejo Europeo de Dublín de 1996³⁰, supondrá la confirmación de que la lucha contra el desempleo pasa a ser prioritaria para la UE, destacándose que la responsabilidad en esa lucha era fundamentalmente de los Estados miembros, que debían albergar en sus programas de empleo nacionales las medidas adoptadas en la Estrategia de Essen³¹, insistiéndose asimismo en la necesidad de

²⁹ «(...) Europa contempla un renacimiento de *lo social* y un cuestionamiento de la primacía de *lo económico*, probablemente porque el riesgo de fractura social que implica dar una prioridad absoluta a las cuestiones económicas y monetarias, en perjuicio de las cuestiones sociales, ha llevado a los gobiernos progresistas a poner el acento nuevamente en las cuestiones que interesan mayoritariamente a la ciudadanía, entre ellas el empleo y la calidad de vida. Esta realidad se produce no sólo en Europa sino también en otros ámbitos geográficos, al hilo de las convulsiones económicas ocurridas recientemente (en especial en el sureste asiático) y debido al incremento de las desigualdades sociales, paradójicamente acompañadas de crecimiento económico, lo que plantea la ineludible necesidad, tal como acaba de manifestar el sociólogo Alain TOURAINE, de acabar con el largo silencio de la época neoliberal y revivir el debate público sobre los medios y los fines de la economía», ROJO TORRECILLA, E., «Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos menos favorecidos», *RRL*, 1998-I, pp. 431 y 432.

³⁰ 13 y 14 de diciembre.

³¹ Frutos de este Consejo Europeo serán los textos *Acción a favor del Empleo: Pacto de Confianza* y la *Declaración de Dublín sobre el Empleo*, en los que se hará hincapié en la importancia de una estrategia macroeconómica de crecimiento y empleo, a través de la conexión entre políticas económicas y políticas de empleo. En el ámbito de la protección social, mediante Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, relativa al contenido de los sistemas de protección social en la lucha contra el desempleo (*DOCE* C386, de 30 de diciembre), se insta a los Estados miembros a incorporar a sus políticas de protección social los objetivos de luchar contra el desempleo y de reinsertar en la sociedad a través del empleo a las mujeres y hombres desempleados.

explotar los NYE³² y el desarrollo local³³, mejorar los mercados laborales invirtiendo en recursos humanos, conseguir que los sistemas fiscales y de seguridad social favorezcan la creación de empleo, desarrollar los indicadores comunes de empleo y prestar apoyo especial a los grupos vulnerables al desempleo. Se trataba, en definitiva, de conjugar el objetivo de reducción del déficit con el mantenimiento de un crecimiento económico estable que fuese capaz de crear empleo, y el de una política salarial que fomentara la competitividad y el empleo, elementos todos ellos esenciales para cumplir las premisas de la Unión Europea Monetaria³⁴.

4. Hacia un alto nivel de empleo mediante la coordinación de políticas nacionales: la Estrategia Europea para el Empleo

En la Cumbre de Amsterdam de 1997³⁵ se aprobará el Tratado de igual nombre «por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados

³² «Todos los países de la UE tienen el empleo concentrado en el sector servicios. Esta especialización es quizás más relevante si tenemos en cuenta que los empleos de futuro, correspondientes a los llamados Nuevos Yacimientos de Empleo, están concentrados de forma significativa en estos sectores. (...) Las tendencias de futuro derivadas de las previsiones comunitarias en aspectos tales como (...) las nuevas demandas de una sociedad más educada (en la que se valora de forma muy significativa el ocio y el disfrute de los espacios naturales y de la cultura) permiten esperar un relevante desarrollo de empleo asociado a este tipo de actividades.» MARTÍN NAVARRO, J.L. y RODRÍGUEZ RAMOS, A., «Mercado de trabajo y políticas de empleo en la Europa de fin de siglo», en *Temas Laborales*, Monográfico sobre Derechos Fundamentales en la Unión Europea, 59/2001, p. 275.

³³ «Los entes locales son numerosos en la Comunidad (unos 800.000) y tienen competencias en materia muy diversas, como por ejemplo, asistencia social, educación, salud, vivienda, medio ambiente u otras. Precisamente, son en estas materias donde se encuentran las actividades que pueden generar empleos (al menos así se estima) en el futuro (NYE). Por tanto, los entes locales que cuentan con competencias en los NYE, conocen las particularidades del empleo y del desempleo de su zona, así como las ventajas competitivas que pueden ofrecer, se constituyen en agentes básicos del desarrollo económico de la región y de la creación de empleo en las mismas», MARTÍN NAVARRO, J.L. y RODRÍGUEZ RAMOS, A. *op. cit.*, p. 285.

³⁴ La base de la acción de la UE en materia de empleo se produciría en estos años al amparo del Protocolo n.º 14, «Acuerdo Sobre la Política Social», anejo al Tratado de Maastrich y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales. Sin embargo, conviene recordar que si bien el Acuerdo garantizaba que la UE pudiera tomar medidas en los ámbitos sociales previstos en la Carta, ésta no era jurídicamente vinculante, y el Reino Unido, además, no había suscrito ninguno de estos instrumentos, con lo que las medidas adoptadas en este ámbito sólo habían sido aplicables a 14 de los 15 miembros de la UE.

³⁵ 16 y 17 de junio.

actos conexos»³⁶. Se declara en el nuevo texto que el empleo es una cuestión de interés común y que es misión de la Unión promover un alto nivel de empleo³⁷, indicándose que la acción comunitaria en esta materia se orientará hacia el fomento de la coordinación entre las políticas nacionales de empleo a fin de aumentar su eficacia mediante el desarrollo, ahora normativamente consagrado, de una estrategia coordinada para el empleo. Se añade un título específico dedicado al Empleo (el VIII), al margen del destinado con carácter general a la Política Social (con lo que se separan formalmente política social y de empleo) y se incorporan al Tratado la Carta Social Europea (1961) y el Protocolo Social de Maastrich, adquiriendo estos textos valor normativo y pasando a formar parte del Derecho Originario de la Comunidad³⁸. El empleo, siendo anteriormente competencia exclusivamente nacional, se configura como una competencia compartida, a partir del principio de subsidiariedad, de tal modo que la real eficacia de una estrategia coordinada para el empleo pasa necesariamente por el desarrollo adecuado de las políticas nacionales de empleo³⁹, fijándose las competencias de la UE en torno al fomento de la cooperación interestatal en esta materia, el apoyo y el complemento necesarios, con respeto siempre a las competencias propias de los Estados⁴⁰.

El control y seguimiento de las acciones nacionales en materia de empleo se realizaría a partir de un minucioso procedimiento previsto en el propio Tratado⁴¹, cuyo resultado más evidente son las llamadas Directrices para el Empleo, orientaciones suministradas por el Consejo

³⁶ DOCE C 340, de 10 de noviembre de 1997, firmado el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

³⁷ Artículo 2 del Tratado.

³⁸ MORALES ORTEGA, J.M. *La comunitarización del empleo... op., cit.*, p. 39.

³⁹ Artículo 126 del Tratado.

⁴⁰ Artículo 127 del Tratado.

⁴¹ Según prevé el artículo 126, párrafo segundo, del Tratado, el Consejo Europeo realizará un examen anual de la situación de empleo en la UE, adoptando las conclusiones al respecto con base en un informe conjunto elaborado por el Consejo y la Comisión; a partir de las conclusiones del Consejo Europeo, el Consejo elaborará anualmente una serie de Orientaciones (las llamadas Directrices para el Empleo) que los Estados miembros habrán de tener en cuenta a la hora de desarrollar sus respectivas políticas de empleo. Por su parte, cada Estado miembro facilitará al Consejo y a la Comisión un informe anual sobre las medidas adoptadas en función de las orientaciones para el empleo para la aplicación de sus políticas internas, así como sus planes nacionales para el empleo y, con base en tales documentos, el Consejo examinará anualmente la aplicación de las políticas de empleo en los Estados miembros, pudiendo formular recomendaciones dirigidas individualmente a los Estados. Por fin, sobre la base del examen anual llevado a cabo por el Consejo, éste y la Comisión prepararán un informe anual conjunto para el Consejo Europeo sobre la situación de empleo en la UE y la aplicación nacional de las orientaciones para el empleo suministradas.

en las que se fijan unos objetivos concretos en materia de empleo, y que deberán ser incorporadas a los Planes Nacionales de Acción para el Empleo (PNAE), con respeto, en todo caso, al principio de subsidiariedad y a las competencias de los Estados en materia de empleo⁴². Con el fin de que la puesta en marcha de este novedoso procedimiento, base de la nueva línea de coordinación de las políticas nacionales de empleo, pudiera llevarse a cabo lo antes posible, el Consejo Europeo de Luxemburgo de 1997⁴³, de carácter extraordinario y dedicado exclusivamente al empleo, decide dotar de efectos inmediatos a las disposiciones sobre esa materia contenidas en el Tratado de Amsterdam, de manera que no hubiera de demorarse su entrada en vigor hasta la fecha prevista con carácter general (1 de mayo de 1999) y pudiera comenzar a aplicarse en 1998. Asimismo, en Luxemburgo se destacan dos causas fundamentales de la limitación en la creación de empleo en Europa en los últimos años: la incapacidad de la economía europea para adaptarse a los cambios macroeconómicos de las dos últimas décadas, y la falta de adaptación y modernización de los mercados laborales en función de esos cambios económicos⁴⁴. Sobre estas carencias se perfila el objetivo inmediato en materia de empleo: el desarrollo de una política de empleo más activa. Al efecto, se concreta el primer grupo de Directrices para el Empleo: las correspondientes a 1998⁴⁵. En ellas se indica que la estrategia europea de empleo pasa por un especial énfasis en la empleabilidad, en el espíritu de empresa, la adaptabilidad de empresarios y trabajadores al cambio económico y tecnológico y la igualdad de oportunidades entre sexos, así como para las

⁴² Se trata, pues, de una estrategia articulada como proceso cíclico anual rotatorio de coordinación, planificación, seguimiento, evaluación y readaptación de las políticas nacionales de empleo, coordinado desde las instancias comunitarias y que ha demostrado dar buenos resultados. La existencia de un seguimiento continuo de las políticas nacionales desde el nivel comunitario, con la posterior plasmación en documentos oficiales de las deficiencias detectadas en los Estados miembros, sirve de estímulo para que aquéllos se esfuercen en la lucha contra el desempleo. Por otra parte, el establecimiento de unos objetivos comunes (las Directrices) permite identificar buenas prácticas y transferirlas de unos a otros Estados miembros. De esta forma, el Informe Conjunto sobre la situación de empleo en la UE cumple la doble función de evaluar la eficacia de las políticas nacionales y difundir las buenas prácticas detectadas. Debe atenderse, no obstante, a cuales sean las medidas concretas recogidas en el PNAE de cada Estado miembro, en cumplimiento de las Directrices marcadas por la UE, si se quiere comprender en qué se traduce la Estrategia Europea de Empleo. PEREA ACOSTA, E., (coord.), *La Política de Empleo en la Unión Europea (I)*, op. cit., p. 29.

⁴³ 21 y 22 de noviembre.

⁴⁴ PEREA ACOSTA, E. (coord.) *la Política de Empleo en la Unión Europea (I)*, op. cit., pp. 23 y 24.

⁴⁵ Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1997 sobre las Directrices para el Empleo en 1998 (DOCE C 30/01, de 28 de enero de 1998).

personas con discapacidades, constituyéndose de este modo los que se considerarán los cuatro pilares básicos de la acción comunitaria en materia de empleo⁴⁶.

En la Cumbre de Cardiff de 1998⁴⁷ se destacará la importancia de alcanzar en Europa un crecimiento económico sostenible, absolutamente necesario para fomentar la creación de empleo⁴⁸. Por otro lado, el Fondo Social Europeo será redefinido en el Consejo Europeo de Berlín de 1999, convirtiéndose en una institución de apoyo financiero en el desarrollo de los recursos humanos y la política de mercado de trabajo, colaborando, en fin, con los Estados miembros en la aplicación efectiva de las Directrices para el Empleo⁴⁹.

5. Redefinición del objetivo: el pleno empleo en la sociedad del conocimiento

Los pilares fundamentales de la acción comunitaria en materia de empleo se reiterarán en el *Pacto Europeo para el Empleo*, adoptado en

⁴⁶ A partir de estos pilares básicos en materia de empleo se irán elaborando anualmente las nuevas Directrices para el empleo; en cada grupo de Directrices el énfasis sobre las medidas concretas varía en función de las específicas necesidades anuales y la evolución en la consecución de objetivos, si bien es cierto que en pocas ocasiones se producen cambios importantes de uno a otro grupo de Directrices.

⁴⁷ 15 y 16 de junio.

⁴⁸ En este sentido, se apunta la importancia de establecer un diálogo macroeconómico más efectivo en el que se contemplen reformas económicas coordinadas con la Estrategia Europea para el Empleo, para lo cual los Estados miembros y la Comisión se comprometen a elaborar informes anuales sobre los mercados de productos y capitales, en tanto los Consejos de Asuntos Sociales y Economía y Finanzas trabajarán conjuntamente intercambiando información acerca de cuáles sean las prácticas económicas más adecuadas, evaluando el desarrollo de los PNAE y considerando las Directrices de Empleo para el año siguiente. Cfr. Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Cardiff, 15 y 16 de junio de 1998.

⁴⁹ Las Directrices para el Empleo para 1999 serían aprobadas por Resolución del Consejo SEC (98) 2175 final-DOCE C 69 de 12 de marzo de 1999. Específicamente en este año, el empleo español aumentó en un 4,64% (EPA, 2000), lo que llevó a afirmar que «el empleo está aumentando considerablemente y estamos asistiendo a una fase (...) en que la creación de empleo en España supone más de la mitad del crecimiento de la ocupación en el conjunto de la UE. (...) los aumentos del PIB se están traduciendo en creación neta de empleo», sin embargo, parece detectarse una circunstancia central que explica el mayor dinamismo del empleo en esta época: «Me refiero a la flexibilidad laboral (...) fenómeno que, aunque ha servido para mejorar la satisfacción de la demanda de empleo, presenta una cara preocupante por la forma en la que ello se produce, al pivotar sobre una contratación temporal de escasa duración y con una proliferación desmesurada de las contrataciones llamadas atípicas», GRIÑÁN MARTÍNEZ, J.A., «El empleo: viejos problemas, nuevos retos», en *Temas Laborales*, 57/2000, pp. 52 y 54, respect.

el Consejo Europeo de Colonia de 1999⁵⁰, pero será en el Consejo Europeo Extraordinario celebrado en Lisboa en 2000⁵¹ donde se apuntalen firmemente los objetivos concretos, se integren decididamente empleo y economía, y se redefina la estrategia comunitaria para la próxima década: convertir a la UE en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible, con más y mejores empleos y con mayor cohesión social⁵². Se decide que los fines principales serán el refuerzo del empleo, la reforma económica y la cohesión social, entendidos como medios para alcanzar una sociedad basada en el conocimiento y de pleno empleo, objetivo que precisa de una estrategia global y coordinada⁵³. El problema del empleo, pues, se convierte en el efecto principal de una nueva economía basada en el conocimiento⁵⁴.

⁵⁰ 3 y 4 de junio; Así, se refuerzan las claves de crecimiento y creación de empleo previstas en los Consejos Europeos de Luxemburgo y Cardiff: 1) necesidad de un diálogo macroeconómico de cara a la coordinación de las políticas económicas, monetarias, presupuestarias y financieras de los Estados miembros, así como la evolución salarial, con el objeto de alcanzar un nivel de crecimiento no inflacionista y duradero que favorezca la creación de empleo, 2) centrar la Estrategia Europea para el Empleo en los objetivos de la empleabilidad, la promoción del espíritu de empresa, la adaptación de empresas y trabajadores a la evolución tecnológica y la participación igual de las mujeres en la actividad laboral; 3) urgente reforma, de cara a su modernización, de las estructuras necesarias para mejorar la capacidad de innovación y la eficacia de los mercados de bienes, servicios y capitales.

⁵¹ «Empleo, reformas económicas y cohesión social - por una Europa del conocimiento», 23 y 24 de marzo.

⁵² Se trata de la respuesta comunitaria ante un marco de gran transformación social y económica, producida como consecuencia de los dos grandes paradigmas de final del siglo XX: la Revolución Tecnológica y la Globalización; un marco de profundos cambios en la empresa y en la sociedad que están alterando los parámetros legales, económicos y laborales del contrato social y que está alumbrando una nueva forma de trabajar y de vivir. Sin embargo, cierto es que hay nueva economía y con ella nuevas formas de trabajar, pero no lo es menos que a su lado conviven la vieja economía y todo su contexto socio laboral; se apuntan líneas de actuación. Se atisban grandes oportunidades y grandes peligros. Nadie puede asegurar si habrá trabajo para todos, sobre qué tasas de población activa, cuánto trabajaremos cada día, cada año, a lo largo de nuestra vida. Cómo será el trabajo, incluso cómo será la sociedad del trabajo en la llamada sociedad del conocimiento. A qué llamaremos trabajo en la sociedad del conocimiento. JAUREGUI, R., «El futuro del empleo. El trabajo en el futuro (Conferencia en la Universidad de Murcia)», en AS, n.º 1, abril, 2001, pp. 66-70.

⁵³ A partir de los siguientes perfiles: 1) preparar el cambio hacia una economía del conocimiento, de carácter dinámico y competitivo; 2) modernizar el modelo social europeo a través de la lucha contra la exclusión social, la inversión en capital humano y la constitución de un Estado Activo de Bienestar; 3) desarrollar políticas macroeconómicas que consoliden las perspectivas de crecimiento y que permitan aplicar coherentemente las políticas de empleo.

⁵⁴ GRIÑÁN MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, p. 67.

Respecto de las Directrices para el Empleo se indica en Lisboa que habrán de fijar objetivos más específicos y establecer procedimientos más eficaces que permitan la participación de los interlocutores sociales en la elaboración, aplicación y seguimiento de las mismas, fijándose un objetivo numéricamente determinado, el de aumentar la tasa de empleo desde la actual media del 61% hasta el 70%, en el año 2010, aumentando también el número actual de mujeres empleadas (51%) hasta más del 60% para el mismo año⁵⁵. Se prevé la celebración de un Consejo Europeo Extraordinario cada primavera (los llamados Consejos Europeos de primavera) a fin de evaluar las aplicaciones que desde los Estados miembros se haga de las Directrices para el Empleo y la situación global de la UE en esta materia. Así, a partir del Consejo Europeo de Lisboa y del reto propuesto (convertir la economía europea en la más competitiva y dinámica del mundo capaz de alcanzar, en el futuro, el pleno empleo, haciendo converger los ámbitos económico y social), el camino que se recorre es claramente continuista.

El Consejo Europeo de Niza⁵⁶, basándose en el encargo hecho en Lisboa de establecer un Programa Social Europeo, aprueba la *Agenda Social Europea*⁵⁷, en la que se definen las prioridades de actuación concretas para el siguiente lustro, en torno a seis orientaciones estratégicas en todos los ámbitos de la política social, la primera de la cuales se refiere al objetivo de conseguir un mayor número y una mejor calidad de los puestos de trabajo⁵⁸. Las propuestas específicas para conseguir paliar el desempleo se concretan en el desarrollo de estrategias activas de prevención y de reeducación basadas en la determinación anticipada de las necesidades y en la mejora de la capacidad de inserción⁵⁹. En este marco, se insiste en la importancia de fomentar las dimensiones

⁵⁵ Las Directrices para el Empleo para 2000 serían aprobadas por Decisión del Consejo de 13 de marzo de 2000, *DOCE* L72, de 21 de marzo de 2000.

⁵⁶ 7, 8 y 9 de diciembre de 2000.

⁵⁷ Decisión del Consejo 2001/C/02, a partir de las conclusiones del Consejo de Lisboa y con base en la Comunicación de la Comisión sobre la Agenda de Política Social, COM (2000) 379.

⁵⁸ Sobre la aplicación de la Agenda, consúltese la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «Cuadro de indicadores sobre la aplicación de la Agenda de Política Social», COM (2001) 104, de 22 de febrero de 2001.

⁵⁹ Se trata, en definitiva, de modernizar los mercados laborales y basarse en la educación, la formación, la innovación y la investigación, a fin de anticiparse y no permanecer pasivos ante la evolución de la sociedad y la tecnología, cfr. FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R., y BOIX CUENCA, A., «Políticas sobre el mercado de trabajo y estrategia de inserción sociolaboral», *Revistas de Treball, Economia i Societat*, n.º 13, CES, 1999, p. 41.

local y regional⁶⁰ y en mejorar el acceso efectivo a la educación y a la formación permanente⁶¹, sobre todo en materia de nuevas tecnologías, con objeto de evitar carencias de cualificación⁶². Igualmente, la movilidad geográfica se perfila como un elemento central en la lucha contra el desempleo⁶³. Por su parte, el primer Consejo Europeo de Primavera, celebrado en Estocolmo en 2001⁶⁴, se centra en buscar las claves para conseguir modernizar el modelo europeo y alcanzar el objetivo estratégico de la UE previsto en Lisboa: el pleno empleo en una Unión competitiva⁶⁵. Se pone de manifiesto una considerable mejora en los resultados económicos de la UE durante los últimos cuatro años y la paralela creación de 2,5 millones de puestos de trabajo, con lo que el desempleo alcanza su nivel más bajo desde 1991⁶⁶. El Consejo, valorando positivamente las mejoras alcanzadas, acuerda establecer un objetivo intermedio para la tasa de empleo en toda la UE para 2005: el 67% en general y el 57% para las mujeres, invitando a los Estados miembros a estudiar la posibilidad de establecer en sus PNAE unos objetivos de este tipo, teniendo en cuenta las particulares circunstancias nacionales y regionales. La recuperación del pleno empleo, recuerda el Consejo, no implica únicamente crear más puestos de trabajo, sino crearlos de mejor calidad, definiendo enfoques comunes para mantener y mejorar la calidad del trabajo, incluyéndose como objetivo general en las Directrices para el Empleo⁶⁷.

⁶⁰ En este ámbito, puede consultarse el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, Parlamento Europeo, Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: «Actuación local a favor del empleo. Una dimensión local para la Estrategia Europea de Empleo», *DOCE* C14, de 16 de enero de 2001, así como la Comunicación de la Comisión «Fortalecimiento de la dimensión local de la Estrategia Europea de Empleo», COM (2001) 629, de 13 de noviembre de 2001.

⁶¹ Cfr. Resolución del Consejo de 13 de julio de 2001, sobre el papel de la educación y la formación en las políticas con relevancia para el empleo, *DOCE* C204, de 20 de julio de 2001.

⁶² Sobre la importancia de las nuevas tecnologías en materia de empleo, cfr. Dictamen del Comité Económico y Social «Nuevos conocimientos. Nuevos empleos», *DOCE* C14, de 16 de enero de 2001.

⁶³ Las directrices para la política de empleo de los Estados miembros para 2001, a partir de tales prioridades, se aprobaron mediante Decisión del Consejo 2001/51/CE, de 24 de enero de 2001.

⁶⁴ 23 y 24 de marzo.

⁶⁵ Cfr. Conclusiones de la Presidencia - Consejo Europeo de Estocolmo, 23 y 24 de marzo de 2001.

⁶⁶ En 2000, la UE experimentó un crecimiento económico aproximado del 3,5%, según se pone de manifiesto en las Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Estocolmo, 23 y 24 de marzo de 2001.

⁶⁷ Y es que «se puede hablar de crisis del empleo en un doble plano: el del paro y el de la calidad de empleo», JÁUREGUI, R., *op. cit.*, p. 67. Sobre calidad en el empleo, puede consultarse el Dictamen del Comité Económico y Social, «Mejora cualitativa de la política social y de empleo», CES 1124/2001 FR-GL/mf.

Lo económico, pues, parece decididamente puesto al servicio del empleo a través de acciones basadas en la coordinación de ambas políticas, de tal manera que el crecimiento económico empiece a ser sinónimo de empleo. Con el Consejo Europeo de Gotemburgo de 2001⁶⁸, al binomio dimensión económica - dimensión social y empleo de la UE, se une un tercer elemento destinado a integrarse igualmente, de forma coordinada y global, en la consecución de la Europa del conocimiento y el pleno empleo. El concepto de «desarrollo sostenible» se convierte en el tercer vértice de la estrategia europea, dando cabida a la dimensión medioambiental y estableciéndose como principio el de estudiar las repercusiones económicas, sociales y ambientales de todas las políticas de forma coordinada, teniéndolas en cuenta a la hora de tomar decisiones⁶⁹.

Meses después, tendría lugar el Consejo Europeo de Laeken⁷⁰, en el que se pondrá de manifiesto la evidencia de un periodo de desaceleración e incertidumbre mundial que agudiza la necesidad de aplicar prontamente las reformas estructurales previstas en Lisboa y Estocolmo⁷¹; sin embargo, el aspecto más relevante de este Consejo Europeo fue, sin duda, la contribución de los interlocutores sociales, insistiendo en la necesidad de desarrollar una mejor articulada concertación tripartita en torno a los diferentes objetivos de Lisboa, poniendo de manifiesto la escasa virtualidad del Comité Permanente de Empleo creado en 1970 y proponiendo su sustitución por un Comité Tripartito para el Crecimiento y el Empleo que proporcionara un ámbito real de concertación entre los interlocutores sociales y las instituciones públicas con el objeto de afrontar coordinadamente la estrategia definida en Lisboa. Así, el Consejo Europeo de Laeken acuerda la celebración de una Cumbre Social Tripartita anual, que deberá tener lugar antes de cada Consejo Europeo de Primavera⁷² y cuyo

⁶⁸ 15 y 16 de junio de 2001.

⁶⁹ Conclusiones de la Presidencia - Consejo Europeo de Gotemburgo, 15 y 16 de junio de 2001.

⁷⁰ 14 y 15 de diciembre de 2001.

⁷¹ No obstante, se constata la consecución de ciertos logros respecto de la estrategia de Lisboa, fundamentalmente de índole económica: se alcanzaron acuerdos durante 2001 en torno a la liberalización de los servicios postales y sobre el paquete de Directivas en materia de telecomunicaciones; cfr. Conclusiones de la Presidencia - Consejo Europeo de Laeken, 14 y 15 de diciembre de 2001; al mismo tiempo, (MEMO/02/237), se indica desde Bruselas que el empleo ha mostrado una cierta resistencia frente a la desaceleración: en 2001 la tasa global de empleo aumentó en un 0,6% y la cifra de desempleo bajó en el mismo porcentaje. Se insiste de modo particular en la tasa de empleo de los trabajadores de más edad, tan sólo un 38,5%, muy por debajo del objetivo Lisboa del 50%.

⁷² Sobre la base de la Comunicación de la Comisión «Diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio y propuesta de Decisión que establece una Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo, COM (2002) 341, de 26 de junio, el Consejo

cometido será garantizar la participación de los interlocutores sociales, concertados con el Consejo y la Comisión, en los distintos componentes de la estrategia económica y de empleo de Lisboa y completada en Göttingen⁷³.

Se llega así al Consejo Europeo de Barcelona de 2002⁷⁴, en el que se analizan detalladamente los avances conseguidos y los puntos débiles a reforzar. El Consejo constata ciertos logros en la aplicación de la estrategia de Lisboa, respecto de las políticas de mercado de trabajo (más activas y centradas en las posibilidades de empleo de colectivos con dificultades de inserción laboral debido a su escasa formación), así como respecto de la reducción de la carga fiscal del trabajo, en el conjunto de la UE y, especialmente, en relación a los puestos de trabajo que exigen menor especialización⁷⁵. Además, y como propuestas concretas

adoptará la Propuesta de Decisión por la que se establece una Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo, 2002/C 227 E/31.

⁷³ Cfr., artículo 2 *Funciones*, de la Propuesta de Decisión del Consejo, 2002/C 227 E/31. La primera reunión de la Cumbre Social Tripartita tuvo lugar en Bruselas, el 20 de marzo de 2003, produciéndose en ella un intercambio de puntos de vista sobre el papel y las iniciativas que llevan a cabo actualmente los agentes sociales a favor de la realización de los objetivos de Lisboa, según se pone de manifiesto en *Sociedad y vida política - Política Social*, Boletín Multimedia: www.aquieuropa.com/indices/cuadernos/eso.htm.

⁷⁴ 15 y 16 de marzo.

⁷⁵ No obstante, se enumeran una serie de objetivos sobre los que «hay que seguir esforzándose» y que deberán abordarse desde la doble perspectiva económica y de empleo: 1) medidas fiscales que aumenten la demanda laboral y la participación en el mercado de trabajo, dándose prioridad en las rebajas fiscales a los trabajadores con salarios más bajos; 2) sistemas de protección social que hagan que compense trabajar y fomenten la búsqueda de empleo como medio para mantener a los demandantes de empleo a salvo de las trampas de la pobreza y del desempleo (en este punto, el Consejo propone reformas en aspectos tales como la condicionalidad de las prestaciones, los requisitos para ser beneficiarios, la duración de las prestaciones, la tasa de recolocación y la posible existencia de prestaciones conectadas al trabajo. Apela, además, a una modernización de los sistemas administrativos y a un mayor rigor en la gestión); 3) mejora de la eficiencia del mercado laboral, indicando ser frecuentes las situaciones en las que coinciden altas tasas de desempleo y escasez de mano de obra, para cuyo equilibrio se propone el aumento de la movilidad profesional y geográfica de los trabajadores, mejorando los métodos de reconocimiento de los distintos sistemas nacionales de formación profesional y aumentando el tiempo de formación del trabajador para mejorar las competencias que serán requeridas por una sociedad del conocimiento (en este sentido, el Consejo recuerda la importancia que están llamados a tener los sistemas de educación y formación de cara a la mejora del mercado de trabajo); 4) eliminar barreras y medidas disuasorias a la participación de las mujeres en el mercado laboral, por ejemplo, indica el Consejo, mejorando las ofertas de guarderías (en consonancia con los modelos nacionales de asistencia, los Estados miembros deberán esforzarse en prestar para 2010 servicios de acogida que alcance, al menos, al 90% de los niños de edad comprendida entre los tres años y la de escolarización obligatoria, y al menos al 33% de los niños menores de tres años).

de actuación, el Consejo Europeo de Barcelona señala que la Estrategia para el Empleo deberá reforzarse reduciendo el número de Directrices para el Empleo, evaluando los avances en un plazo intermedio fijado en 2006, y reforzando el papel y la responsabilidad de los interlocutores sociales al aplicar y supervisar las Directrices.

6. El objetivo de Lisboa en 2003. Logros, retos y asignaturas pendientes

En enero de 2003, la Comisión de las Comunidades Europeas, en el Informe anual al Consejo de Primavera de 2003⁷⁶, llevó a cabo un análisis global de la situación europea desde la puesta en marcha de la estrategia de Lisboa. La Comisión entiende que las pautas fijadas en Lisboa y la línea de coordinación entre las dimensiones económica, de empleo y medioambiental siguen siendo las adecuadas para alcanzar el objetivo del pleno empleo en la sociedad europea del conocimiento. Sin embargo, se pone de manifiesto que las condiciones en las que se establecieron aquellas medidas han cambiado hoy radicalmente; en este sentido, la Comisión se refiere a que «la incertidumbre política y el prolongado deterioro económico de los últimos dieciocho meses han afectado a la confianza de las empresas y los consumidores. La vulnerabilidad de nuestra economía a las condiciones externas hace aún más necesario acelerar el ritmo de las reformas»⁷⁷. Así, los próximos doce meses serían decisivos de cara a poder alcanzar los objetivos de Lisboa.

⁷⁶ COM (2003) 5 final, de 14 de enero de 2003, «Optar por el crecimiento: Conocimiento, innovación y empleo en una sociedad cohesionada. Informe al Consejo Europeo de primavera de 21 de marzo de 2003, sobre la estrategia de Lisboa de renovación económica, social y medioambiental».

⁷⁷ Específicamente, respecto del desempleo, las conclusiones de la Comisión pueden sintetizarse del siguiente modo: 1) pese al aumento global del desempleo como consecuencia del deterioro económico las reformas estructurales propuestas en Lisboa han demostrado ser capaces de generar empleo en numerosos mercados laborales europeos, aunque no en todos; los resultados no son homogéneos y las reformas, en determinados Estados miembros, no han sido suficientemente globales; 2) se precisa de un esfuerzo adicional de aquellos Estados que no han contribuido de forma significativa al crecimiento del empleo, siendo prioritario reforzar las medidas de activación de los desempleados; 3) para incrementar no sólo el número de empleos, sino también su calidad, es fundamental el objetivo de dotar a los trabajadores de las capacidades necesarias para integrarse en una economía del conocimiento, ámbito en el que la situación se presenta altamente desigual en los distintos Estados miembros. Una alta proporción de los empleos creados en los últimos diez años se corresponde con sectores que requieren de un nivel de estudios de medios a altos, a pesar de lo cual, el gasto público de educación permanece estancado desde los años noventa.

Las medidas son claramente viables, pero no existen garantías de éxito dada la desaceleración económica actual y las condiciones políticas del momento: a nivel nacional, deben impulsarse y reforzarse el ritmo de las reformas. Y es que, insiste la Comisión, los datos demuestran que los países que más han avanzado en los últimos años son aquellos que han aplicado un amplio abanico de reformas, acompañando las reformas del mercado laboral con otras de carácter estructural en el mercado de productos⁷⁸. De esta forma, los Estados miembros deberán centrar sus acciones en dos objetivos prioritarios (y, desde luego, amplísimos): establecer las condiciones para incrementar la inversión en conocimiento e innovación —objetivo fundamental de cara a la creación de empleo⁷⁹—, y acelerar el ritmo de las reformas que han sido acordadas. A partir de 2003, las Directrices para el Empleo⁸⁰ deberán adoptar una perspectiva trienal, de cara a proceder a su revisión en el plazo intermedio de 2006.

Sobre la base de este Informe Anual presentado por la Comisión, el Consejo Europeo de primavera, reunido en Bruselas en marzo de 2003⁸¹, definió las prioridades inmediatas de la acción comunitaria, diseñando las medidas tendentes a impulsarlas y detallando las acciones concretas que habrá que emprender para poner en práctica tales medidas durante los próximos doce meses⁸², a partir de las nuevas Orientaciones Generales de Política Económica y Directrices para el Empleo, abarcando éstas ahora un periodo de tres años y presentándose en un

⁷⁸ Balance de 2002 de Economía de la Unión, COM (2002) 712, de 11 de diciembre de 2002. Se pone de manifiesto que Dinamarca, los Países Bajos, Suecia y Reino Unido cumplen en la actualidad el objetivo de alcanzar una tasa de empleo del 70% para 2010, en tanto Portugal, Austria y Finlandia superan ya el objetivo intermedio del 67% fijado para 2005.

⁷⁹ El gasto total en I+D (1,9% del PIB) permanece estancado desde la segunda mitad de los noventa, según constata la Comisión en su informe.

⁸⁰ Junto con las orientaciones generales de política económica y la estrategia de mercado interior.

⁸¹ 20 y 21 de marzo de 2003.

⁸² Así, el Consejo Europeo identifica las siguientes prioridades: 1) incrementar el empleo y la cohesión social, lo que exigirá reformas estructurales profundas orientadas al pleno empleo, una mayor productividad y un empleo de mejor calidad; 2) dar prioridad a la innovación y el espíritu empresarial, puesto que el sector industrial se presenta como una fuente imprescindible de crecimiento y empleo en el seno de una sociedad del conocimiento; 3) potenciar el mercado interior y la interconexión de Europa, ya que la productividad y el crecimiento exigen un mercado interior dinámico y competitivo; 4) potenciar la protección medioambiental para alcanzar un mayor crecimiento y más empleo: los objetivos ambientales deben servir de catalizadores para la innovación y la modernización de sectores clave como lo son la energía y el transporte, fomentando nuevas inversiones en tecnologías limpias, lo que generará crecimiento y empleo.

formato nuevo y conciso, con recomendaciones claras de actuación, y cuya aprobación tuvo lugar en el Consejo Europeo, reunido en Salónica en junio de 2003⁸³.

Así las cosas, la acción comunitaria en materia de empleo se asienta hoy por hoy sobre los mismos pilares y líneas de actuación que quedaron marcados en Luxemburgo (incentivo de la empleabilidad, espíritu de empresa, adaptabilidad a las nuevas tecnologías e igualdad de oportunidades entre sexos), redefinidos en Lisboa (pleno empleo en una sociedad europea del conocimiento, a través de una acción comunitaria coordinada y global) y ampliados en Gotemburgo (añadiéndose la dimensión medioambiental). Se trata, en definitiva, de hacer converger las políticas económicas, de empleo y medioambientales en pos de un solo objetivo: la creación de una Europa del conocimiento, tecnológica y digital, competitiva y sostenible, capaz, por todo ello, de ser al mismo tiempo una Europa sin desempleo.

⁸³ 19 y 20 de junio. «En consecuencia, el Consejo Europeo da su respaldo al proyecto de orientaciones generales de políticas económicas y al proyecto de directrices para el empleo. Es la primera vez que ambos conjuntos de orientaciones se han presentado con arreglo a nuevos procedimientos racionalizados: el Consejo Europeo expresa su satisfacción por el hecho de que abarquen ahora un periodo de tres años y se presenten en un formato nuevo y conciso, con recomendaciones claras de actuación. (...) Los Estados miembros deberían garantizar la compatibilidad y coherencia en la aplicación de ambas series de orientaciones.», *Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo - Salónica, 19 y 20 de junio de 2003*.

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL NUEVO PAPEL DE LA ENTIDAD GESTORA ANTE EL POSIBLE USO FRAUDULENTO DE LA CONTRATACION TEMPORAL¹

Sol Ruiz de la Cuesta Fernández
Profesora Asociada del Departamento
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante

Sumario: 1. Breve recordatorio: denegación de prestaciones por inexistencia de situación legal de desempleo. 2. Refuerzo normativo con base en la jurisprudencia y nuevo papel de las Entidades Gestoras ante la contratación temporal fraudulenta. 3. El nuevo art. 145 bis LPL: breves apuntes para una aproximación. 4. Valoración final.

1. Breve recordatorio: denegación de prestaciones por inexistencia de situación legal de desempleo

El artículo 208 LGSS², en su apartado 1, número 1, letra f), considera que se encontrará en situación legal de desempleo el trabajador vinculado temporalmente a su empresario cuando se produzca la expiración del tiempo convenido o tenga lugar la realización de la obra o servicio objeto del contrato, «siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador». Por su parte, el número 2 del apartado 2 del mismo precepto no consideraba en situación legal de desempleo a quien, habiendo sido despedido, no reclamase en tiempo y forma contra la decisión empresarial³. Pues bien, a partir de una censurable interpretación de este último precepto, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social venían denegando las solicitudes de prestaciones por desempleo en los casos en los que, siendo el solicitante un trabajador que había estado vinculado temporalmente a la empresa, existieran indicios de tratarse en realidad de una relación laboral indefinida, por haberse actuado de forma fraudulenta en el uso de la contratación temporal. Ese

¹ Adaptación de la Comunicación presentada a las I Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 7 y 8 de marzo, Alicante, 2003.

² Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

³ Salvo en el caso de despidos basados en causas objetivas.

uso abusivo, entendía el Ente Gestor, calificaba el contrato de indefinido, de tal modo que el aquietamiento del trabajador frente a la decisión extintiva empresarial se venía interpretando, según los supuestos, bien como extinción consentida, bien como despido frente al que el trabajador no reaccionó⁴. En ambos casos la consecuencia era el rechazo de la solicitud por inexistencia de situación legal de desempleo.

El Tribunal Supremo, sin embargo, se pronunció repetidamente al respecto⁵, señalando que cuando el vínculo mantiene una apariencia de temporalidad y se produce la extinción por las causas previstas en el contrato, no cabe imponer al trabajador la exigencia inexcusable de que demande por despido para que nazca el derecho a la prestación de desempleo, pues eso supondría atribuirle una carga que no viene establecida en la Ley, la que sólo requiere que se acredite el hecho cierto de la extinción del contrato temporal por la voluntad del empresario con base en las causas válidamente establecidas en el mismo.

2. Refuerzo normativo con base en la jurisprudencia y nuevo papel de la Entidad Gestora ante la contratación temporal fraudulenta

Cerrando el paso definitivamente a aquella interpretación que venían realizando las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, 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 Ocupabilidad⁶ añadió un nuevo apartado 4 al artículo 208 LGSS, relativo a la solicitud y nacimiento del derecho a la prestación, en el que se hace constar que «en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo». A partir de esta expresísima indicación legal se deja indubitado constancia de que la extinción de un contrato temporal, al margen de su eventual fraudulencia, no requiere en modo alguno de

⁴ Cfr., ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A., *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto-Ley 5/2002*, Tirant Lo Blanch, Colección Laboral, n.º 136, Valencia, 2002, pp. 85 y 86.

⁵ STS de 2 de abril de 1984, RJ 2021, dictada en recurso de interés de la ley; STS de 7 de mayo de 1994, RJ 4006; STS de 20 de diciembre de 1995, u.d., AR, 9487; STS 6 marzo de 2001 ud, AR 2835, entre otras. Sorprende la reciente STS de 29 de enero de 2002, RJ 5976, que se aparta de esta línea jurisprudencial y deniega el subsidio de desempleo a una trabajadora eventual por considerar que la verdadera naturaleza del vínculo contractual era del contrato fijo discontinuo.

⁶ BOE 25 de mayo.

impugnación por parte del trabajador, conclusión a la que no obstante, como se señaló, debía haberse llegado igualmente a partir de la anterior normativa⁷. En definitiva, y por si alguna duda pudiera asaltar todavía a los Entes Gestores, resulta ya de todo punto imposible aquella interpretación conducente a la denegación de una solicitud de prestaciones que reúna los requisitos previstos por la LGSS, por mucha sospecha de fraudulencia que la contratación temporal extinguida pudiera infundir. Así las cosas, extinto el contrato temporal que vinculaba al trabajador con el empresario y solicitada por aquél la prestación en tiempo y forma, en cuanto reúna todos los requisitos habrá de serle concedida.

Paralelamente a esta nueva regulación, el RDL 5/2002 articuló un nuevo cauce de actuación de la Entidad Gestora para esos específicos supuestos en los que la contratación temporal pudiera revelarse como fraudulenta. A través de la DA Tercera se estableció un sorprendente proceso mediante el cual, y ante la probable existencia de fraude a la ley en materia de contratación temporal, la Entidad Gestora podría comunicarlo a la autoridad judicial, demandando la declaración de la relación laboral como indefinida y la readmisión del trabajador, al tiempo que se establecía el reconocimiento provisional de la prestación y, en caso de sentencia estimatoria firme, la aplicación de lo previsto en la letra b) del apartado 5 del artículo 209 LGSS⁸. Los objetivos perseguidos a través de esta novedosa disposición eran, desde luego, plausibles: se trataba de arbitrar un mecanismo que posibilitara al Ente Gestor la recuperación de prestaciones indebidas (las abonadas como consecuencia de la extinción de ese último contrato temporal y aquellas otras que se hubieran podido percibir durante la secuencia contractual declarada

⁷ «En realidad, no parece que fuera preciso crear una nueva situación legal de desempleo porque quien cesa por expiración del término en un contrato de trabajo temporal está ya en la situación prevista en el artículo 208.1.1.f) LGSS. Pero se trata sólo de una aclaración», DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., en AAVV, Coord. García-Perrote, I., *La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo (La «reforma» de la reforma del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo)*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 40.

⁸ También introducido por el mismo RDL 5/2002: «Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso se produzca la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme (...) las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador. En tal caso, la Entidad Gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará las cotizaciones de Seguridad Social efectuadas. El empresario deberá ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido según lo establecido en el apartado 57.1 de la Ley del Estado de los Trabajadores, con el límite de la suma de tales salarios».

fraudulenta, así como las correspondientes cotizaciones), asegurando de este modo que la pasividad del trabajador ante un uso abusivo de la contratación temporal no repercutiría negativamente en los activos patrimoniales de la Seguridad Social. Puesto que no es posible descargar sobre el trabajador la responsabilidad de la falta de impugnación, ese papel activo, antes exigido por el Ente Gestor al solicitante de la prestación, se traslada directamente a aquél, con cuya actuación se consigue no sólo el objetivo recaudatorio inmediatamente perseguido por la norma (con el que se intenta compensar, probablemente, la merma en el ahorro que la denegación de prestaciones suponía), sino también, si bien de manera mediata o instrumental, el no menos importante de restablecer el orden jurídico que pretendió eludirse a través del fraude de ley, con las consecuencias que de ello se derivaban sobre la esfera contractual del trabajador.

Sin embargo, siendo, como se dijo, loable la intención del ejecutivo, la DA Tercera del RDL 5/2002 nació asentada sobre una serie de desajustes y problemas de hondísimo calado, de los que la doctrina no tardó en hacerse eco y relacionados en su mayoría con la estructura procesal de la actuación prevista. La primera de las observaciones que podían hacerse quedaba referida al instrumento normativo empleado para introducir esta nueva acción, una norma de naturaleza sustantiva que en modo alguno modificaba la Ley de Procedimiento Laboral pero que a ella reenviaba implícitamente, lo cual es, desde el punto de vista de la técnica legislativa, todo un dislate⁹. El reenvío a la norma procesal era necesario, no obstante, si se querían colmar las múltiples lagunas que ese nuevo proceso presentaba. En primer lugar, ¿cuál debía ser el cauce procesal adecuado?, porque, pese a una superficial apariencia, no parecía ser en puridad materia de Seguridad Social¹⁰.

⁹ Cfr., ALEMÁN CANO, J., *Los procesos de oficio*, Colección trabajo y Seguridad Social, n.º 13, Comares, Granada, 2003, pp. 131-132. En otro orden de ideas, VALDÉS DAL-RE, F., «Reforma de la protección por desempleo, concertación social y legislación de urgencia (I)», en *Relaciones Laborales*, n.º 15-16, 2002, p. 13, señala que la DA Tercera del RD-L 5/2002, no innova el ordenamiento jurídico, precisamente por la ausencia de modificación en la norma adjetiva, «no modifica, por decirlo en términos de la SSTC 29/1986, de 31 de mayo, de manera instantánea una situación jurídica existente, por lo que de ella no puede predicarse en absoluto la justificación de extraordinaria y urgente necesidad. La respuesta normativa no puede calificarse de adecuada a la necesidad perseguida».

¹⁰ MARTÍNEZ GIRÓN, J. «Reiteración de la contratación temporal, fomento de la contratación indefinida y fomento de la movilidad geográfica», en *AL*, n.º 33, Número Extraordinario: RDLEY 5/2002: Análisis Técnico-Jurídico, 2002, p. 690, señala que lo ventilado en ese pleito será materia laboral estricta.

La respuesta prácticamente unánime de la doctrina aterrizó en el terreno de los procesos de oficio (artículos 146-150 LPL) a partir del recurso a la analogía¹¹, si bien, claro estaba, «Entidad Gestora» no es «Autoridad Laboral»; algún autor apuntó, sin embargo, que la vía procesal adecuada era la del laboral ordinario¹². Se pusieron de manifiesto, además, dificultades tales como el carácter y acumulación de las acciones planteadas, el *dies a quo*, el plazo de actuación o las situaciones litisconsorciales, entre otros¹³. Pero también existían problemas residenciados en la vertiente sustantiva de la disposición, como lo era la incertidumbre doctrinal acerca de si se estaba resucitando la figura del despido nulo radical por fraude de ley¹⁴ y, en caso de que así fuera, su acotamiento a los supuestos exclusivos de la DA Tercera¹⁵. En definitiva, eran tantas las lagunas y tan escasa la virtualidad práctica de la solución contemplada que no faltó quien apuntó que «no debería sorprender que durante el trámite parlamentario la referida disposición sufra alguna modificación que la acerque más al establecimiento de algún método a través del cual, a sus propios efectos y sin proyección sobre la esfera contractual del trabajador afectado, se establezca la posibilidad de que la calificación de la verdadera naturaleza indefinida del contrato tenga efectos únicamente en materia de responsabilidad (empresarial) en materia de prestaciones y no en la readmisión del trabajador.»¹⁶

¹¹ ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, p. 88, si bien con ciertas dudas al preguntarse, desde el mismo título, si nos encontramos o no ante un nuevo proceso de oficio; ALEMÁN CANO, *op. cit.*, pp. 179 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. «Reformas en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2002», en AAVV, *Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo (Nuevo régimen jurídico del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo)*, Tecnos, 2002, p. 105.

¹² MARTÍNEZ GIRÓN, J., *op. cit.*, p. 691, para quien ello explica que el RDL 5/2002, no haya tenido necesidad alguna de enmendar la LPL; SEMPERE NAVARRO, A., «La reforma del despido y el desempleo mediante Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 536, 2002, p. 7, npp 63.

¹³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, *op. cit.*, p. 106.

¹⁴ Sin dudas al respecto, MARTÍNEZ GIRÓN, *op. cit.*, p. 692, para quien nos encontrábase, llanamente, ante la figura del despido objetivo nulo por defecto de forma.

¹⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, *op. cit.*, p. 89.

¹⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, *op. cit.*, p. 106. Para RÍOS SALMERÓN, B., En AAW, Coord. A. V. Sempere Navarro, *Empleo, Despido y Desempleo tras las Reformas de 2002 (Análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre)*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 108-109, «...el conferimiento de tan genérica legitimación extraordinaria a un tercero, aunque sea un Ente Gestor, implicaba una exagerada intromisión en la privacidad jurídica de un sujeto, que es el trabajador, por más que se piense en la desigualdad material que normalmente sufre.»

3. El nuevo artículo 145 bis LPL: breves apuntes para una aproximación

Y así fue, efectivamente. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad¹⁷, manteniendo las modificaciones introducidas por su antecesor en cuanto a la consideración de la situación legal de desempleo¹⁸, da un giro radical a la actuación de la Entidad Gestora. Como primer acierto de esta nueva regulación se encuentra el de procederse a ella a través de una modificación de la Ley de Procedimiento Laboral con la que se añade un nuevo artículo, el 145 bis (Capítulo VI del Título II, Libro II, *De la Seguridad Social*) que acoge un novedoso proceso específicamente creado para estos casos. Se colman así las lagunas creadas por la DA Tercera del RD-L 5/2002, de manera que ya no es necesario el recurso a la analogía para decidir cuál es el cauce procesal adecuado, al tiempo que se despejan otra serie de dudas. Se estructura, en definitiva, un proceso acotado y, en este sentido, es de agradecer la infinitamente mayor claridad y precisión del legislador frente a la nebulosa del ejecutivo a través de la DA Tercera. Sin embargo, el nuevo proceso del artículo 145 bis LPL se presenta como un raro híbrido, ubicado en el capítulo relativo a los procesos de Seguridad Social (con los que, como se verá, tiene escasas similitudes) pero asentado sobre pilares propios de los procesos de oficio¹⁹, además de abrir nuevos interrogantes.

¹⁷ BOE 13 de diciembre.

¹⁸ E introduciendo un nuevo apartado 4 al artículo 208 LGSS, en el que específicamente se prevé que «En el supuesto previsto en el artículo 145 bis LPL y sin perjuicio de lo señalado en el mismo, los trabajadores se entenderán en la situación legal de desempleo establecida en el párrafo f) del apartado 1 de este artículo por finalización del último contrato temporal y la Entidad Gestora les reconocerá las prestaciones por desempleo si reúnen el resto de los requisitos exigidos».

¹⁹ Considerando que «...es más bien el ejercicio de una peculiar acción revisora de anteriores actos administrativos, aunque la letra del precepto aparente lo contrario, cuando dice que la posibilidad establecida por la norma no conllevará la revisión de las resoluciones que hubieran reconocido el derecho a las prestaciones de desempleo. Esto no impide, se insiste, que estemos ante una revisión, bien que muy peculiar», RÍOS SALMERÓN, B., en AAVV, Coord. A. V. Sempere Navarro, *Empleo, Despido y Desempleo...*, op. cit., p. 109. En similar sentido, DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., en AAVV, Coord. I. García-Perrote, *La Ley 45.7/2002, de reforma de la protección...*, op. cit., p. 41. Para ALEMÁN CANO, J., *Los Procesos de Oficio*, op. cit., p. 129, se trata, pese a su ubicación, de un verdadero proceso de oficio... pese a todo y contra natura, si se toma en consideración la filosofía irradiada por el legislador de la ley procesal laboral y asumida en este nuevo proceso (mimetismo incluido, con el «procedimiento de oficio», y por el tenor del número tercero, apartado a, del art. 145 bis)». Asignándole naturaleza de proceso de Seguridad Social, cfr., ALBIOL MONTESINOS, I., en AAVV, *Derecho Procesal Laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 320-321.

Por otro lado, y a diferencia de lo que sucedía a partir de la DA Tercera del RDL 5/2002, en el proceso previsto por el artículo 145 bis LPL, se huye de proyección alguna sobre la esfera contractual del trabajador, pues la Entidad Gestora ya no demandará la declaración de la relación laboral como indefinida y la readmisión del trabajador, sino únicamente la condena del empresario al reintegro de prestaciones y cotizaciones, cuando quede probado que existió fraude en la utilización de la contratación temporal. El afán recaudatorio del Ente Gestor no alcanza ahora a esa última prestación solicitada por el trabajador, que será abonada por la demandante sin repetirla de la empresa, sino que queda limitado a prestaciones por desempleo percibidas por el trabajador con anterioridad a esa última extinción contractual (durante los cuatro años anteriores, exactamente) a partir de correlativas extinciones de contratos temporales celebrados con ese mismo empresario. Es por ello que ya no se utiliza el mismo presupuesto de partida para poner en marcha la actuación de la Entidad Gestora: si con la regulación contenida en la DA Tercera del RDL 5/2002, se posibilitaba la reacción del Ente Gestor por la mera contratación temporal con visos de fraudulencia, de cara a recuperar la última prestación por desempleo abonada provisionalmente al trabajador (además de aquellas anteriores que pudieran también ser recobradas), con el nuevo art. 145 bis LPL se introduce expresamente la necesidad de que el trabajador haya percibido prestaciones «por finalización de varios contratos temporales», pues son éstas, y no la última, las que pretenden recuperarse. Desde este punto de vista, debe atenderse a otra importante diferencia entre la actual y la anterior norma: pese a la falta de mención expresa, la doctrina entendió en su momento que la demanda de la Entidad Gestora prevista por la DA Tercera RDL 5/ 2002 no se limitaría únicamente a los supuestos de contratación temporal en cadena, sino que abarcaría también aquellos otros en los que tuvo lugar un único contrato temporal de carácter fraudulento²⁰. Esta razonable interpretación decae totalmente a los efectos de la nueva normativa, pues la existencia de un único contrato temporal posiblemente realizado en fraude de ley ya no pondrá en marcha el proceso del artículo 145 bis LPL²¹. Si lo que se pretende recuperar con el nuevo proceso son las prestaciones anteriormente cobradas, y no la última, la existencia de un solo contrato, por muy evidente que pueda resultar su

²⁰ MARTÍNEZ GIRÓN, *op. cit.*, p. 693; ALBIOL MONTESINOS y BLASCO PELLICER, *op. cit.*, pp. 87 y 88.

²¹ Así lo observan también GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., en AAVV, Coord. I. García-Perrote Escartín, *La Ley 45/2002 de reforma de la protección...*, *op. cit.*, p. 131.

fraudulencia, deviene en no relevante de cara a los objetivos recaudatorios del Ente Gestor.

Por lo demás, se dice que la actuación de la Entidad Gestora no conllevará la revisión de las resoluciones en que se reconocieron dichas prestaciones, considerándose debidas al trabajador²², y no deja de sorprender, sin embargo, este artificio con el que se intenta alcanzar el objetivo recaudatorio sin efectos contractuales. Nos encontraremos en estos casos con unas mismas prestaciones que de cara al trabajador tendrán la consideración de debidas, en tanto se calificarán de indebidas, frente al empresario. Y desde luego es la única vía posible para recuperar prestaciones sin incidir directamente en la relación jurídico-laboral, pero desde esta perspectiva, precisamente, no se entiende muy bien porqué la calificación de indebida y la correspondiente repetición del empresario no alcanza también a la última de las prestaciones por desempleo disfrutada por el trabajador. Ciertamente es que su situación jurídico laboral se ve ahora inalterada, pero la ficción a la que nos referíamos podría perfectamente abrazar también a esa última prestación²³.

Por lo que se refiere al carácter fraudulento de la contratación temporal, la nueva norma no despeja determinadas incógnitas que ya existían con su antecesora, relativas a los criterios de calificación del fraude de ley. Respecto de la DA Tercera ya se alertó de que la secuencia contractual considerada como posiblemente fraudulenta podría haber sufrido interrupciones superiores a los veinte días entre contrato y contrato²⁴, lo que

²² Art. 145 bis 1, párrafo cuarto, LPL.

²³ Para MARTINEZ MOYA, J. y BUENDÍA JIMÉNEZ, A., en AAVV, Coord. A. V. Semper Navarro, *Empleo, Despido y Desempleo tras las Reformas de 2002 (Análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre)*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 158, se trata, sin embargo, de una «... previsión lógica, pues en su nacimiento aparece desconectada de la existencia o no de fraude en la contratación, en sí misma resulta lícita en su causación». Por su parte, DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., en AAVV, Coord. I. García-Perrote Escarpín, *La Ley 45/2002 de reforma de la protección...*, op. cit., p. 41, entienden que «... la posible improcedencia del cese como consecuencia de la contratación fraudulenta no afecta a la última prestación solicitada, a pesar de que presumiblemente estamos ante el mismo supuesto que ha determinado los ceses anteriores». BLANCO MARTÍN, J.M., en AAVV, Dtores. P. Gete Castrillo y F. Valdés Dal-Ré, *Nuevo régimen jurídico del Despido y del Desempleo (Análisis crítico de la Ley 45/2002)*, Cincica, Madrid, 2003, p. 117, manifiesta que «... nos sorprende el hecho de que la devolución no alcance el periodo de prestación por finalización del último contrato temporal, cuando en la mayoría de los casos será este último el que determine lo fraudulento de la cadena total de los mismos».

²⁴ Cuando así es, sólo procede el examen del último de los contratos celebrados, y no el control de legalidad de toda la cadena contractual, según reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 29 de mayo de 1997, u.d., Ar. 4473; 6 de julio de 1998, u.d., Ar. 7010; 25 de marzo de 1999, u.d., Ar. 3516; 10 diciembre de 1999, u.d., Ar. 9731).

dejaba abierta la posibilidad de entender que se estaba arbitrando una especial forma de calificación del fraude, distinta de la prevista con carácter general para los supuestos en los que es el propio trabajador quien ejercita la acción e interpone la pretensión²⁵. Como se dijo, esta duda se mantiene con el art. 145 bis LPL. Las combinaciones son muy diversas, pues tan probable será que esos veinte días se hayan rebasado con creces como que no se hayan llegado a consumir, intercalándose incluso enlaces entre uno y otro contrato de duración inferior a los veinte días con otros de duración superior. Cuando los veinte días no se hayan superado la calificación del fraude se apoyará necesariamente en los criterios tradicionalmente suministrados por la Jurisprudencia, pero en los demás supuestos no queda claro cuál deba ser la respuesta. Si entendemos que no se pretende una alteración de los criterios jurisprudenciales, la respuesta restringe sobremanera la actuación de la Entidad Gestora, que sólo accionará cuando la secuencia contractual no presente interrupciones de más de 20 días, de tal modo que el objetivo recaudatorio se ve así altamente mermado. Sin embargo, no debe olvidarse que los tradicionales criterios de calificación del fraude de ley han sido construidos en atención a aquellos plazos de caducidad a los que necesariamente se somete el trabajador a la hora de accionar por despido²⁶, de tal manera que podría resultar razonable entender que cuando quien interpone la demanda es el Ente Gestor no tendría por qué verse limitado por ellos.

En cualquier caso, constatado el cobro de prestaciones por la Entidad Gestora e insertos en una secuencia contractual temporal de apariencia fraudulenta, ésta dirigirá comunicación-demanda a la autoridad judicial solicitando la condena del empresario en los términos expresados, siempre que quede probada la fraudulencia de la contratación. El plazo de que dispone el Ente Gestor para dirigir la comunicación («que tendrá la consideración de demanda», dice la norma) al órgano judicial, sin necesidad de conciliación previa²⁷, es el de los tres meses siguientes a la fecha en que se hubiera formulado la última solicitud de prestaciones en tiempo y forma²⁸. En cuanto a los requisitos de la comunicación-

²⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

²⁶ Art. 59.3. ET (Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).

²⁷ Tanto por incluirse dentro de los procesos de seguridad social como por los rasgos propios de los procesos de oficio; en este sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, en AAVV, *El nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo (Análisis de la Ley 45/2002)*, Ediciones Laborum, Colección Derecho Laboral (Temas puntuales), Murcia. 2002, p. 72.

²⁸ Art.145 bis 1, párrafo tercero, LPL. El plazo parece ser de prescripción, a falta de previsión en otro sentido. Para DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., en AAVV, Coord. I. García-Perrote Escarpín, *La Ley 45/2002 de reforma de la protección*, *op. cit.*, p. 41, el plazo es de caducidad.

demanda, se exigen los propios de los procesos ordinarios²⁹, disponiendo la demandante de un plazo de diez días para la subsanación de defectos u omisiones³⁰ y debiendo acompañar a ella copia del expediente o expedientes administrativos en que se fundamente³¹, característica esta última propia de los procesos de Seguridad Social³². Admitida la demanda a trámite el proceso continuará por los cauces propios del ordinario, con determinadas especialidades. En primer lugar, se indica que empresario y trabajador serán parte en el proceso, no pudiendo ninguno de ellos solicitar la suspensión ni el trabajador desistir; en caso de que no asistieran, el proceso se seguiría de oficio³³. Se trata, claramente, de la importación de un rasgo propio de los procesos de oficio regulados por los artículos 146 a 150 LPL. Que el empresario debe ser parte en el proceso resulta lógico, pues contra él se dirigirá la demanda. La posición como parte del trabajador no resulta, en principio, tan razonable³⁴.

Tomando como punto de partida el dato de que la llamada del trabajador al proceso se asienta sobre postulados propios de los procesos de oficio, resulta sin embargo que en éstos la Autoridad Laboral tan sólo impulsa el procedimiento, sin constituirse como parte del mismo, pues no es la titular del interés legítimo debatido ni tampoco de la relación jurídica material sobre la que se litiga³⁵, de tal forma que el trabajador, verdadero titular de los mismos, es considerado parte en estos procesos. Sin embargo, en el proceso que nos ocupa la Entidad Gestora no es una mera impulsora del mismo, sino parte legítima; de hecho, la estimación o desestimación de su pretensión de condena afecta únicamente a la

²⁹ Arts. 80 y ss. LPL.

³⁰ Art. 145 bis 2 LPL.

³¹ Art. 145 bis 1, párrafo segundo. LPL.

³² Arts. 139 a 145 LPL.

³³ Letra a) del n.º 3, art. 145 bis LPL.

³⁴ Para RÍOS SALMERÓN, B., en AAVV, Coord. A. V. Sempere Navarro, *Empleo, Despido y Desempleo...*, op. cit., p. 111, el trabajador es un mero co-litigante de la Administración. MARTÍNEZ MOYA, J. y BUENDÍA JIMÉNEZ, A., en AAVV, Coord. A. V. Sempere Navarro, *Empleo, Despido y Desempleo...* op. cit., pp. 158 y 159, señalan que la referencia normativa al desistimiento del trabajador podría conducir a pensar que «... la posición del trabajador es la de demandante o litisconsorte activo necesario, pero con ciertas facultades disminuidas respecto de la parte demandante principal». Para DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., en AAVV, Coord. I. García-Perrote Escarpín, *La Ley 45/2002 de reforma de la protección...*, op. cit., p. 42, el trabajador sólo puede considerarse un interviniente, sin una posición de interés clara para todos los supuestos, pues su derecho a las prestaciones no queda afectado por la sentencia.

³⁵ En este sentido, cfr. MONTERO AROCA, IGLESIAS CABERO, MARÍN CORREA y SAMPE-DRO DEL CORRAL, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral* (Tomo I), Civitas, Madrid, 1993, pp. 862-866.

relación deudor-acreedor que se establece entre ella y el empresario, sin que la sentencia (eliminada ya aquella posibilidad contemplada por la DA Tercera del RDL 5/2002) produzca efecto alguno en la esfera contractual del trabajador. Ciertamente es para que la pretensión de la Entidad Gestora sea estimada será necesaria una previa prueba del fraude de ley, momento en el que el debate girará desde luego en torno a una relación de la que el trabajador sí es (ha sido) titular, pero ello no justifica su condición de parte. Una posible explicación podría encontrarse en conexión con la cuestión relativa al carácter fraudulento de las contrataciones temporales.

Como se ha señalado ya, el resultado del proceso no afecta al trabajador en absoluto, permaneciendo ajeno a las consecuencias que de él se deriven y que se circunscribirán a la relación empresario-Ente Gestor. Sin embargo, no es menos cierto que, aun de forma instrumental y de cara únicamente a obtener una sentencia de condena del empresario, en el proceso se debatirá e intentará ser probado el carácter fraudulento de la contratación temporal que ha venido uniendo al trabajador con el empresario demandado, hasta el punto de que la condena a éste descansará necesariamente sobre el convencimiento del juzgador acerca de la existencia de un uso abusivo de los contratos temporales. Si se alcanza durante el proceso esta certeza, podría entenderse que el trabajador debería contar con la posibilidad de ejercer el derecho de acción en su vertiente concreta (artículo 24 CE) cuando, con base precisamente en la verdadera naturaleza de su relación de trabajo, se condena al empresario al reintegro de prestaciones y cotizaciones. El trabajador, pues, debería poder accionar ante los tribunales por despido, dentro de los 20 días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia firme, interpretación ésta que, desde luego, requeriría para su efectividad de las oportunas medidas legislativas³⁶. La respuesta, en todo caso, depende de la extensión que quiera darse a la actuación del Ente Gestor, pues, si bien es cierto que desde la misma norma sus efectos se limitan exclusivamente al ámbito recaudatorio, pudiera no ser descabellado aspirar a que lo actuado en ese específico proceso tenga alguna repercusión en materia estrictamente laboral, a través de la impugnación por despido a la que nos hemos referido anteriormente. Desde esta perspectiva, sí parece acertado considerar al trabajador como parte del proceso, a fin de asegurar que la sentencia le será notificada y que podrá posteriormente plantear la oportuna demanda. No obstante, desde la actual configuración

³⁶ En el mismo sentido, ALEMÁN CANO, J., *Los procesos de oficio*, op. cit., p. 138, y GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 75.

normativa, tal interpretación decae totalmente, máxime si se tiene en cuenta que, de haber sido esa la intención, se habrían tomado desde la propia Ley 45/2002 las medidas necesarias para su efectividad. Así las cosas, el trabajador es parte del proceso sin que se sepa muy bien cuál es la utilidad real de esta llamada, que parece colmar más bien exigencias meramente formales.

En otro orden de ideas, desde el análisis que la doctrina hacía de la DA Tercera del RDL 5/2002, se ponían de manifiesto las dificultades probatorias con las que, en atención a una distribución común de la carga de la prueba, tropezaría la Entidad Gestora a la hora de acreditar la fraudulencia de las contrataciones³⁷. Con el nuevo proceso del artículo 145 bis LPL se adopta, por el contrario, la misma solución que en los procesos de oficio: las afirmaciones de hechos que se contengan en la comunicación base del proceso harán fe, salvo prueba en contrario, incumbiendo la carga de la prueba al empresario demandado. A este respecto, tal y como se señala en relación a los procesos de oficio, debe tenerse en cuenta que la presunción de certeza se refiere únicamente a las afirmaciones de hechos que se contengan en la comunicación base del proceso, sin que alcance a los razonamientos jurídicos, presunciones o deducciones que consten en la comunicación o en el expediente administrativo³⁸. Se trata, por otro lado, de una presunción *iusuris tantum*, de modo que al empresario incumbirá probar la inexactitud de las afirmaciones de hechos referidas o su falta de certeza³⁹.

Por otro lado, y según prevé el n.º 4 del art. 145 bis LPL, la sentencia que estime la demanda de la Entidad Gestora será inmediatamente ejecutiva, con lo que el legislador se aparta en este punto de los procesos de oficio para trasladar a este nuevo proceso una característica propia de los de seguridad social⁴⁰. La sentencia estimatoria, pues, producirá su

³⁷ ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, *Desempleo y despido en la reforma laboral del RD-L 5/2002*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral, n.º 136, Valencia, 2002, pp. 90 y 91.

³⁸ MONTERO AROCA, IGLESIAS CABERO, MARÍN CORREA y SAMPEDRO DEL CORRAL, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, p. 872. Como apoyo jurisprudencial se ofrecen las SSTCT de 9 de julio de 1981 y 4 de mayo de 1984, entre otras.

³⁹ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., en AAVV, Coord. I. García-Perrote, *La Ley 45/2002 de reforma de la protección...*, *op. cit.*, p. 43, entienden que la presunción de veracidad a favor de las afirmaciones de hechos contenidas en la demanda-comunicación de la Entidad Gestora «... supone una ventaja que rompe el equilibrio de las partes en el proceso y que, por tanto, puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad.»

⁴⁰ Art. 145.4 LPL.

eficacia normativa aunque contra ella se interponga el recurso procedente⁴¹ y en caso de posterior revocación de la misma habría de procederse a la restitución al empresario de las cantidades ejecutadas provisionalmente en concepto de prestaciones indebidas.

Por último, el n.º 5 del artículo 145 bis LPL prevé la comunicación de la sentencia firme a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pero impide la aplicación de lo dispuesto en el artículo 149.2 LPL. Así, en el caso de que con base en la declaración de hechos probados que figuren en la sentencia se extienda acta de infracción, la autoridad administrativa no podrá iniciar un proceso de oficio cuando el sujeto responsable (el empresario deudor de las prestaciones, en este caso) impugne la misma con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo del asunto está atribuido al orden jurisdiccional social según el artículo 9.5 LPOJ.

En cuanto a la delimitación temporal de la actuación del Ente Gestor, la Disposición Transitoria Novena de la Ley 45/2002 señala que ésta sólo podrá tener lugar cuando el último de los reiterados contratos temporales entre trabajador y empresario (aquél, en definitiva, por cuya extinción se solicita la última prestación) «se hubiera concertado tras la entrada en vigor de la presente Ley».

4. Valoración final

Nos encontramos ante un nuevo proceso introducido a través del cauce normativo adecuado y dotado, en sus pilares básicos, de una más concreta delimitación que su antecedente inmediato, lo cual, como se dijo, debe ser valorado positivamente. Sin embargo, la mayor lucidez del legislador de la Ley 45/2002 tampoco es merecedora de aplauso. Empezando por la ubicación sistemática del precepto (pocos son, como se han visto, los rasgos que este proceso comparte con los de Seguridad Social regulados en ese mismo capítulo VI) y continuando con los equilibrios procesales que se hacen para llegar a conformarlo. Fundamentalmente basado en los principios que rigen los procesos de oficio, tampoco puede adoptar su nomen, pues ni la demandante es Autoridad Laboral ni, aún superado artificiosamente este escollo, acciona en nombre e interés de otro, lo que hace desaparecer el espíritu propio de

⁴¹ Cabe el recurso de suplicación, a partir de lo dispuesto por el art. 189.1 LPL, respecto de las sentencias recaídas en reclamación de cuantía litigiosa que exceda de 1.803 euros. Cuantía, en todo caso, determinada por la demanda, no por la condena.

aquellos procesos. Quizás hubiera sido lo más deseable crear para este nuevo proceso un espacio estanco en el articulado de la LPL.

En general, se trata de una norma cargada de nuevas incógnitas que tarde o temprano habrán de ser despejadas; no obstante, y desde una perspectiva sustantiva, resulta positivo el hecho de que a través de este nuevo proceso, si bien de manera mediata, se establezca un mecanismo que, a fin de cuentas, promete repercutir en un mayor control de la contratación temporal fraudulenta, habida cuenta de que el empresario a partir de ahora podrá ser «atacado» desde dos frentes diversos: el tradicional de impugnación por parte del trabajador y el proporcionado por este novedoso proceso⁴².

⁴² BLANCO MARTÍN, J.M., en AAVV, Dtores. P. Gete Castrillo y F. Valdés Dal-Ré, *Nuevo régimen jurídico del Despido...*, op. cit., p. 118, muestra su inquietud respecto de las reales consecuencias prácticas del 145 bis LPL, ya que « ... teniendo en cuenta que el supuesto de hecho parte inexorablemente de la contratación sucesiva del mismo trabajador y no estrictamente del incumplimiento de las modalidades contractuales, tampoco nos sorprendería que uno de sus efectos consistiese en fomentar la alternancia de trabajadores en el mismo puesto de trabajo, mediante fórmulas de contratación temporal igualmente fraudulentas, pero que no estarían sujetas a la penalización que esta nueva modalidad procesal presupone para el empresario incumplidor».

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

