

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 12/2012

CONSEJO EDITORIAL:

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)

COMITÉ CIENTÍFICO:

Gregorio Peces-Barba Martínez

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Javier de Lucas Martín

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

María Rosario Valpuesta Fernández

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Emilio Beltrán Sánchez

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad CEU San Pablo de Madrid

Marta Lorente Sariñena

Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

José Ramón Cossío Díez

Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de México

Owen M. Fiss

Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

Ruth Zimmerling

Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Héctor Olásolo

Catedrático de Derecho Internacional Penal y Procesal de la Universidad de Utrecht (Países Bajos)

Angelika Nußberger

Jefe del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

PVP número suelto: 55 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 99 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitio web: www.teoriayderecho.tirant.com

Correspondencia

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita

Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: tlb@tirant.com

<http://www.tirant.com>

ISSN: 1888-3443

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Diseño y maquetación: PMc Media

Imprime: Guada Impresores, S.L.

SUMARIO

DEBATE

Perspectivas actuales de derecho concursal

Concurso y contrato de trabajo, demasiadas preguntas	8
<i>Jesús R. Mercader Uguina</i>	
Concurso y proceso	24
<i>Carmen Senés Motilla</i>	
Actuación del deudor en fase de ejecución del convenio y reintegración de la masa activa en la liquidación	42
<i>Aurora Martínez Flórez</i>	
Concurso y sociedad mercantil	66
<i>Esperanza Gallego Sánchez</i>	
Régimen económico matrimonial y concurso de acreedores. Aspectos problemáticos	86
<i>Matilde Cuenca Casas</i>	
Operaciones societarias sustitutivas del concurso de acreedores	104
<i>Emilio M. Beltrán</i>	

ESTUDIOS

La seguridad jurídica y sus paradojas actuales	124
<i>Antonio-Enrique Pérez Luño</i>	
Democracia, derechos y políticas migratorias en tiempos de crisis.....	142
<i>Javier de Lucas</i>	
El Derecho Romano y Europa.....	164
<i>Ricardo Panero Gutiérrez</i>	
El derecho de sufragio activo y la mayoría de edad.....	190
<i>David Giménez Gluck</i>	

TEMAS DE HOY

Regularización fiscal y responsabilidad penal. La propuesta de modificación del delito fiscal	210
<i>Araceli Manjón-Cabeza Olmeda</i>	
Jurisprudencia penal y libertad: crítica de algunas disfunciones recientes	230
<i>Caty Vidales Rodríguez</i>	

VARIA

La jurisprudencia como fuente del derecho (una evolución histórica y teórica)	251
<i>Giuseppe Zaccaria. Traducción Manuel Lanusse Alcover</i>	
In memoriam. Gregorio Peces-Barba. Un hombre de Derecho y de Poder	271
<i>Javier de Lucas</i>	
Normas de la revista	275

SUMMARY

DISCUSSION

Current trends of Bankruptcy Law

Bankruptcy and employment contract..., too many questions	8
<i>Jesús R. Mercader Uguina</i>	
Bankruptcy and judicial procedure	24
<i>Carmen Senés Motilla</i>	
“Debtors’ performance during the execution of the insolvency arrangement and recovery of the bankrupt’s estate throughout liquidation”	42
<i>Aurora Martínez Flórez</i>	
Insolvency Law and Companies	66
<i>Esperanza Gallego Sánchez</i>	
Economic matrimonial regime and Bankruptcy. Problematic issues.....	86
<i>Matilde Cuenca Casas</i>	
Substitute Corporate Transactions of the Insolvency Proceeding.....	104
<i>Emilio M. Beltrán</i>	

STUDIES

Legal certainty and its current paradox	124
<i>Antonio-Enrique Pérez Luño</i>	
Democracy, rights and migration policies in times of crisis.....	142
<i>Javier de Lucas</i>	
The Roman Law and Europe.....	164
<i>Ricardo Panero Gutiérrez</i>	
Right to vote <i>vs</i> age of majority	190
<i>David Giménez Gluck</i>	

TODAY’S ISSUES

Fiscal regularization and criminal liability. The Proposal to amend the tax offense	210
<i>Araceli Manjón-Cabeza Olmeda</i>	
Criminal jurisprudence and freedom: a critique of some recent dysfunctions.....	230
<i>Caty Vidales Rodríguez</i>	

VARIA

Jurisprudence as a source of law (A historical and theoretical evolution).....	251
<i>Giuseppe Zaccaria. M Lanusse Translator</i>	
In memoriam. Gregorio Peces-Barba: A Man of Law and Power.....	271
<i>Javier de Lucas</i>	
Rules of the journal	275

DEBATE

Perspectivas actuales de derecho concursal

Concurso y contrato de trabajo, demasiadas preguntas

Jesús R. Mercader Uguina

Concurso y proceso

Carmen Senés Motilla

Actuación del deudor en fase de ejecución del convenio y reintegración
de la masa activa en la liquidación

Aurora Martínez Flórez

Concurso y sociedad mercantil

Esperanza Gallego Sánchez

Régimen económico matrimonial y concurso de acreedores. Aspectos
problemáticos

Matilde Cuenca Casas

Operaciones societarias sustitutivas del concurso de acreedores

Emilio M. Beltrán

BANKRUPTCY AND EMPLOYMENT CONTRACT..., TOO MANY QUESTIONS

RESUMEN

El presente estudio trata de abrir nuevas vías de reflexión y debate en relación con los complejos problemas que plantea la tutela de los intereses laborales en el seno del concurso de acreedores. Cuestiones no definitivamente resueltas como el clásico debate sobre la preferencia de la tutela del interés de los acreedores o de la conservación de la empresa; los efectos que produce que la legislación concursal haya construido en nuestro país por remisión a la laboral; el alcance y garantía de los créditos sociales en el concurso o, en fin, las cuestiones relativas a la virtualidad real de las reglas sobre la transmisión de empresa son temas objeto de análisis y de propuestas de posible reforma.

PALABRAS CLAVE

Conservación de la empresa. Extinción, suspensión y modificación del contrato de trabajo. Créditos laborales en el concurso. Altos cargos. Derechos laborales en la transmisión de empresa

ABSTRACT

This study is aimed to open new ways for reflection and debate on the complex questions related to the labour interests' protection affecting the insolvency proceedings. There are some questions which have not been solved yet, like the classic debate about the preference between the creditors' interest and the company's safeguard; the fact that the insolvency's regulation has been built in Spain related to the labour regulation; the extension and guarantees of the social credits within the insolvency process; and, finally, the real efficacy of the rules regarding the company's transfer. All these matters are studied here and some proposals for reform are given.

KEYWORDS

Preservation of the company. Expiry, suspension and amendment of the employment contract. Labour credits in the meeting. High-ranking positions. Labor rights in the transmission of companies.

CONCURSO Y CONTRATO DE TRABAJO, DEMASIADAS PREGUNTAS...

Jesús R. Mercader Uguina

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. ¿Tutela del interés de los acreedores o conservación de la empresa?, un debate con claros tintes laborales. 2. ¿Es bueno que la legislación concursal sea un espejo de la laboral? O de los perversos efectos que produce la simetría entre la legislación laboral y la concursal. 3. Más asimetrías...ahora informativas: la posición de los altos cargos en el concurso: ¿son también trabajadores? 4. ¿Tienen sitio los representantes de los trabajadores en el concurso? 5. ¿Deben tutelarse los créditos laborales a través de instituciones de garantía? ¿Es suficiente la garantía crediticia en relación con determinados colectivos? 6. ¿Son eficaces las reglas sobre la transmisión de empresa en el concurso? Nota bibliográfica

1. ¿TUTELA DEL INTERÉS DE LOS ACREEDORES O CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA?, UN DEBATE CON CLAROS TINTES LABORALES

La crisis económica por la que atraviesa nuestro país posee un alcance y una magnitud difícilmente apreciable desde la perspectiva actual pero la misma trasciende la de una mera coyuntura superable a corto plazo. La singularidad de la economía española hace, sin duda, que la etapa en la que ahora nos encontramos sea una de las más duras y con más incertidumbres que se han abierto en nuestro país a lo largo de su historia y sólo encuentra paralelismo con la devastadora de 1929. No es posible, por tanto, efectuar ningún análisis ni extraer conclusión alguna sin tener en cuenta nuestra cruel realidad económica.

Los tres primeros meses de 2012 registraron un nuevo récord histórico en el número de empresas en concurso. Las insolvencias de compañías en España, entre enero y marzo de este año, alcanzaron los 1.665 concursos. El número de concursos publicados se ha incrementado un 21%, si se compara con los 1.379 registrados en los tres primeros meses de 2011, según el Baremo Concursal correspondiente al primer trimestre de 2012, elaborado por PwC, a partir de la información publicada en el Boletín Oficial del Estado. Si se atiende a la evolución histórica desde 2004 hasta el primer trimestre de 2012, se observa una tendencia claramente creciente. Las cifras absolutas de empleados afectados por concursos representan una pequeña parte del total de trabajadores en desempleo. Aun así, ha aumentado el número de profesionales que ha perdido su empleo por encontrarse en empresas en concurso. La ma-

yor parte de las empresas entran en concurso tras haber agotado otras vías para resolver su situación de insolvencia; en muchos casos, estos procesos incluyen despidos, suspensiones y reducciones de plantilla, por lo que al llegar al concurso las plantillas se encuentran ya seriamente debilitadas.

De este modo, si existe un terreno sensible para lo laboral y un ámbito en el que se pone a prueba de forma evidente el conjunto de principios tuitivos que informan esta rama del ordenamiento jurídico es, precisamente, en materia concursal. El conflicto de intereses que se produce en esta situación extrema en la que se cuestiona la propia supervivencia de la empresa y, por tanto, la de los contratos de trabajo existentes es evidente. Surge, así, frente al interés de los trabajadores en dar prioridad a cualquier solución que dé respuesta a la situación de insolvencia en términos de conservación y continuidad de la misma, el interés de los acreedores a la satisfacción de sus créditos. Hasta qué punto y hasta dónde deba llegar la conservación de la empresa y la estabilidad del empleo como criterio preferente para salvar la citada ponderación es una cuestión en la que se integran factores económicos, jurídicos e, incluso, ideológicos.

Las instituciones relacionadas con las crisis de empresas suelen tener dos finalidades: la satisfacción ordenada de los acreedores del concursado y la conservación de la empresa. En la primera, de lo que se trata es de lograr el pago de los créditos, bien mediante un acuerdo entre el deudor y sus acreedores o mediante la liquidación del patrimonio de aquél y la distribución de los ingresos obtenidos, de acuerdo con unos criterios de ordenación que ponderan el principio de igualdad de trato entre los acreedores y las excepciones al mismo que derivan del régimen de garantías y de privilegios legales. La segunda función presta, desde distintas valoraciones, una atención prioritaria a las medidas tendentes al mantenimiento de la estructura productiva de la empresa y, en la medida de lo posible, del empleo, sea a través de la reorganización de la empresa o de su transmisión a un tercero, y con independencia

igualmente de que la conservación se alcance a través de convenio o por medio de su liquidación.

Pero, siendo ello así, desde una perspectiva económica, el concurso se concibe como un procedimiento que permite que los acreedores decidan sobre el modo más óptimo de maximizar la utilidad del patrimonio del deudor, y resulta instrumental a dicha finalidad cuáles sean los medios conservativos de la empresa y el empleo que ella proporciona. La citada idea encuentra un enfoque paradigmático en la legislación alemana que nuestro país adoptó en su momento como modelo. En ella se destaca que la finalidad principal del concurso no es la recuperación y conservación de la empresa en crisis, sino la satisfacción de los acreedores de manera que el saneamiento y conservación es tomado en consideración tan solo en la medida en que ello contribuya a la satisfacción más eficiente de los deudores. La Ley Concursal lo reconoce con claridad en su exposición de motivos donde, de forma inequívoca, dice que “la satisfacción de los acreedores” es “la finalidad esencial del concurso”. Más adelante afirma de manera más matizada que “la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio a cuya propuesta se acompaña un plan de viabilidad”. Pero esta afirmación se acompaña de una corroboración de que “la finalidad del concurso” no es “el saneamiento de las empresas”. Desde esta perspectiva, un convenio de continuación podrá “ser un instrumento para salvar las (empresas) que se consideren total o parcialmente viables”, pero siempre que ello redunde “en beneficio de los acreedores” y no sólo “del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses”, por ejemplo, los de la economía nacional.

La propia Ley ha sido testigo de esta tensión dialéctica y, pese a que ha tratado de intervenir situando el centro de gravedad en la solución conservativa del concurso, es consciente de que ha fracasado en dicho intento. Así se extrae de la propia Exposición de Motivos de la reciente Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en

la que se afirma con rotundidad que “(...) el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la Ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Hoy por hoy, la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores. Realidad que tensiona el sistema legal, al que se acude menos y, en su caso, más tarde que en otros países, habida cuenta del estigma que pesa todavía sobre el concurso, como consecuencia de una concepción histórica y cultural, y sin que se haya conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios”.

La anterior realidad pone sobre la mesa la difícil compatibilidad entre la conservación de la empresa y su necesidad de liquidación para dar satisfacción a los créditos de los acreedores. Nuevamente, la necesidad de alcanzar la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial, lleva a priorizar la liquidación de empresas antes que su conservación. Esta prioridad por la que opta la Ley no deja de tener sus consecuencias prácticas. Como muestran las estadísticas, más de un noventa y cinco por ciento de las empresas que entran en concurso terminan en liquidación. La cuestión que debe plantearse no es otra que la de la real efectividad del sistema concursal a los fines de la conservación de la empresa.

La conservación de empresas difícilmente puede conciliarse con el largo y costoso procedimiento judicial que el concurso representa y, salvo en los contados casos vinculados con ciertas entidades deportivas, el resultado de la solución por la conservación de la empresa no encuentra satisfactorios resultados. Pese a que, con sólidos argumentos, desde la doctrina laboralista se ha afirmado cómo la opción por la conservación constituye una regla asentada en la responsabilidad social de la empresa, la realidad es tozuda y soluciones como el convenio en pocas ocasiones resulta satisfactoria al

llegar al mismo la empresa agonizante, tras un largo proceso judicial, con poquísimas posibilidades de salvamento. Cabe plantear, por ello, si quizá pudiera resultar más operativo dejar el concurso para lo que realmente nació: liquidar ordenada y colectivamente el patrimonio del deudor común para dar satisfacción a los créditos de los acreedores cuando la actividad no resulte viable, siempre que dicho remedio no olvide las cuestiones sociales latentes y opere una mejora razonable de la protección de los trabajadores afectados.

En este contexto, cobra especial importancia por ello el llamado derecho preconcursal, integrado, según su clásica definición, por todas aquellas normas o instituciones no concursales referidas a situaciones anteriores a la crisis empresarial y cuya finalidad es su prevención. Se trataría, en definitiva, de poner a disposición de los empresarios un elenco de herramientas de reestructuración que sirvan para atacar las situaciones de crisis empresarial en el terreno de la preinsolvencia, cuando los derechos de los acreedores no están tan seriamente amenazados y el principio de conservación de empresas puede tomar prevalencia sobre el de la satisfacción de los acreedores.

En el plano laboral, las actuaciones preconcursales adquieren un especial protagonismo. La reforma laboral recientemente aprobada pudiera convertirse en un eficaz instrumento que sirviera para reforzar el conjunto de actuaciones previas a los estados declarados de insolvencia. El desarrollo de medidas que favorezcan la flexibilidad interna constituye una garantía de conservación de empleo y un instrumento que favorece la empleabilidad. La finalidad de la reforma es clara y el propio rótulo del título de medidas concibe la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la “destrucción” de empleo. En estos momentos anteriores a la insolvencia empresarial es donde los órganos de representación de los trabajadores pueden jugar un papel relevante. Un buen ejemplo lo ofrece la normativa francesa que quizás es la que, en el ámbito europeo, más ampliamente ha desarrollado mecanismos de prevención de las dificultades empresariales

y ha dado participación en los mismos a los órganos de representación de los trabajadores. Así, se reconocen al Comité de Empresa importantes derechos de acceso a información económica empresarial y la posibilidad de iniciar el mecanismo de alerta, cuya finalidad es sensibilizar a los dirigentes empresariales de los riesgos económicos que amenazan a la empresa. El procedimiento de alerta permite que el Comité de Empresa, cuando tenga conocimiento de hechos que puedan afectar negativamente a la situación económica de la empresa, solicite información específica al empresario y, en caso de que ésta sea insuficiente o confirme las previsiones negativas, elabore un informe económico que deberá ser analizado y valorado en el Consejo de Administración de la empresa al efecto de adoptar las medidas que se consideren oportunas para prevenir la crisis.

2. ¿ES BUENO QUE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL SEA UN ESPEJO DE LA LABORAL? O DE LOS PERVERSOS EFECTOS QUE PRODUCE LA SIMETRÍA ENTRE LA LEGISLACIÓN LABORAL Y LA CONCURSAL

La vida, cualquier forma de vida, se asienta en simetrías, expresa o no simetrías. Tradicionalmente, en Derecho español, las normas concursales no han recogido referencia alguna al destino de las relaciones laborales en situación de insolvencia, sino que sus efectos sobre los contratos de trabajo se han regulado, de forma dispersa y asistemática, en normas laborales sustantivas y procesales. No puede decirse que haya existido un *Derecho Concursal laboral* o un derecho regulador de las relaciones laborales en situación de insolvencia. Existían, eso sí, referencias normativas no específicamente dirigidas a supuestos concursales, pero aplicables también a ellos (vicisitudes contractuales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción —modificaciones, suspensio-

nes y despidos—) y alguna referencia aislada a la extinción de los contratos de trabajo en supuestos de declaración de quiebra cuando los sindicatos hubieran decidido no continuar la actividad de la empresa.

La ordenación normativa expuesta, que contemplaba de forma parcelada (no integrada) en una norma laboral el interés social en la empresa concursada, generaba una profunda inseguridad jurídica y exigió una permanente tarea de interpretación doctrinal y judicial. La Ley Concursal optó por una línea de integración y regulación conjunta de intereses de empresarios y trabajadores en una única norma. En esta línea, la Ley ha regulado los expedientes de modificación, suspensión y extinción colectivos de contratos de trabajo siguiendo el esquema básico del Estatuto de los Trabajadores. Esta previsión no se contenía ni en el Anteproyecto de Ley concursal de 2001 ni en el Proyecto de Ley de 2002 que establecían, por el contrario, que el juez del concurso, en la tramitación de los expedientes de modificación, suspensión y extinción colectivos de los contratos de trabajo en la empresa concursada, operaría conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal “sin necesidad de seguir los trámites establecidos al efecto en la legislación laboral”.

El procedimiento diseñado por la Ley Concursal posee un neto carácter judicial sometido, por tanto, a los principios que rigen el ejercicio de la función jurisdiccional. El procedimiento se pone en marcha por la iniciativa de la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, que son los sujetos legitimados para solicitar al Juez de lo Mercantil la adopción de medidas colectivas. Son estos quienes aportan al procedimiento la documentación necesaria para justificar las medidas que se solicitan. A partir de ese momento, es el Juez Mercantil quien impulsa el desarrollo del procedimiento, convocando al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas durante el cual pueden llegar a un acuerdo o compromiso sobre la propuesta ini-

cial, solicitando de la Administración laboral la emisión del informe pertinente y, finalmente, resolviendo mediante Auto sobre la petición planteada.

En su redacción inicial, la Ley Concursal vino a diseñar un procedimiento que mostraba evidentes simetrías en muchos aspectos con el previsto en la normativa laboral para los, ahora desaparecidos, expedientes de regulación de empleo. Tal regulación permitía afirmar que la norma concursal había venido a modular la legislación laboral para adaptarla al procedimiento concursal, incorporando novedades de carácter más adjetivo que sustantivo. Que esto era así se comprobaba cuando se advertía que se habían trasladado al marco concursal buena parte de las garantías causales y procedimentales previstas en la normativa laboral para estos supuestos. De hecho, la cláusula de cierre del sistema contenida en el art. 64.11 LC, venía a establecer que “en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral”, remitiendo expresamente a la normativa laboral como criterio interpretativo del procedimiento regulado en este precepto.

La citada remisión, que continúa conservando la vigente regulación, reclama, en numerosos aspectos, el recurso a los conceptos, criterios y pautas de actuación diseñadas en la normativa laboral y por la doctrina y jurisprudencia que se han pronunciado en la materia. La operación no resultaba, sin embargo, sencilla porque esa remisión no se efectuaba, salvo contadas excepciones, de forma expresa. Ello imponía la tarea de determinar cuándo y en qué términos debía acudir a la normativa laboral para complementar y dotar de contenido a buena parte de las previsiones contenidas en el art. 64 LC. La tarea se complicaba, además, porque la norma concursal diseñaba un procedimiento común para las modificaciones, suspensiones y extinciones de los contratos de trabajo, en tanto que la norma laboral diversifica el régimen aplicable a cada una de estas vicisitudes. De este modo, la traslación de conceptos laborales al procedimiento concursal, cuando procede, requiere su adaptación a un procedimiento diseñado con un carácter más

amplio y omnicompreensivo que los contemplados en las normas laborales.

Con todo, la citada decisión establecía así una ligazón clara, en materia de extinción colectiva (también, suspensión y modificación), entre el derecho concursal y el derecho laboral, hasta el punto de que las normas del primero (concursal) sólo eran comprensibles a la luz de las reglas del segundo (laboral). Esta simetría de fondo y de forma entre lo concursal y lo extraconcursal había venido estrechándose en las últimas reformas concursales. No obstante, de una fuerte coincidencia inicial se ha pasado a un reciente y sensible desencuentro tras la última reforma laboral. Las asimetrías se han vuelto múltiples hasta el punto de que, paradójicamente, el modelo concursal ha devenido más rígido y menos flexible que el diseñado en el ámbito extraconcursal. Varios ejemplos podemos encontrar.

La modificación del régimen de la causalidad del despido de carácter económico constituye una de las novedades más significativas de la reforma. Se entiende que concurren causas económicas “cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”. La reforma del art. 51 ET ha suprimido la obligación de que la empresa deba justificar que de sus resultados económicos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. El objetivo de la norma es permitir que las empresas puedan vincular de forma directa y automática su volumen de plantilla a la evolución de sus ingresos o ventas. Se pretende, en fin, limitar el alcance del control judicial al no requerir que el mismo valore si la medida es idónea o proporcionada en relación con la situación de la empresa y si es adecuada a una posible finalidad de supervivencia de la

misma o de mejora de su competitividad o su posición en el mercado.

El fundamento de dicha definición legal es claro a tenor de lo expuesto por la propia *Exposición de Motivos*: “La ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994, (...), tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”.

Sin embargo, el art. 64 LC sigue reposando en la concepción finalista de las medidas que el juez podía acordar. De este modo, la solicitud de concurso deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación (art. 64.4 I). Es más, si la medida afecta a empresas con más de 50 trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo (art. 64.5 LC). La diferencia de lógica es sustancial.

Una segunda modificación de alcance incorporada por la reciente reforma del mercado de trabajo es la supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos. La reforma rompe con una larga tradición que hasta el momento venía ofreciendo aceptables resultados que se plasmaba en un elevado número de expedientes que concluían por acuerdo entre la partes, si bien a costa de una elevación del coste indemnizatorio a lo que no

era ajena la intervención de la propia Administración, que estimulaba la consecución de tales acuerdos. Desaparecida la autorización, la decisión sobre el despido colectivo resulta ser exclusivamente empresarial, con acuerdo previo o sin él (art. 51.2 *in fine* ET). La rigidez causal que presenta el modelo concursal en relación con el extraconcursal tras la reforma laboral abre la posibilidad de que el empresario, amparado en la nueva regulación legal, inicie los trámites de un despido colectivo anticipándose a una futura situación de concurso como mecanismo estratégico que sirva para huir de la causalidad reforzada que conserva ahora la legislación concursal. La flexibilidad del modelo laboral común puede convertirse en un mecanismo de más rápido tránsito para aquellas empresas que se encuentren abocadas a un proceso concursal.

La asimétrica regulación entre lo concursal y lo extraconcursal conforma una situación con evidentes consecuencias prácticas. Otro ejemplo puede encontrarse en el hecho de que, a diferencia de la regulación concursal, la reforma laboral ha hecho desaparecer toda capacidad de impulso del procedimiento de despido colectivo por parte de los representantes de los trabajadores, desaparición que ha arrastrado la legitimación de los representantes de los trabajadores para iniciar el despido colectivo.

Pero las simetrías entre el sistema laboral y el concursal muestra significativos problemas en otros planos. Un ejemplo evidente es la posibilidad que se abre de sustituir el período de consultas por un procedimiento de mediación y arbitraje. La Ley establece a estos efectos que: “El juez, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período”. Se trata de una posibilidad que también está a disposición de las partes en el procedimiento de despido colectivo extraconcursal del art. 51 ET. El sometimiento de la medida laboral a

la mediación o al arbitraje en ese ámbito no presenta mayores problemas en tanto en cuanto las partes negociadoras, por definición, siguen reteniendo el poder último de acordar o no acordar acerca de la medida y porque son ellas, en definitiva, quienes deciden sustituir su decisión por la intervención de un árbitro. Sin embargo, en el ámbito del concurso, remitir la controversia a un arbitraje puede suscitar numerosos problemas. Como agudamente se ha señalado, “al introducirse en la Ley el mecanismo del arbitraje por decisión judicial, lo que hace el propio juez es situar en una parte de su posición al árbitro” (GÓMEZ ABELLEIRA). Con ello se plantean numerosas dudas: ¿Puede decirse entonces que el laudo equivale al auto a que se refiere el art. 64.7 LC?; ¿o más bien habría que asimilar el laudo al acuerdo en el periodo de consultas?; ¿qué habrá de hacer el juez del concurso con el laudo arbitral cuando no esté de acuerdo con él?; ¿podría decidir en el laudo otra cosa al amparo del art. 64.7 LC?; ¿deberá impugnarlo ante la jurisdicción social?; ¿qué podrá hacer aquella parte que esté en desacuerdo con el laudo?; ¿deberá plantear su desacuerdo ante el juez del concurso para que éste se aparte del laudo o deberá impugnarlo? En suma, demasiadas preguntas...

Más simetrías asimétricas. La declaración de concurso no afecta a la vigencia de los convenios colectivos, que se mantendrán en vigor pese a la situación de insolvencia. Ello no obstante, el art. 66 LC establece que: “La modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores”.

La reforma laboral ha configurado un des-cuelgue prácticamente integral de las condiciones de trabajo frente al monográfico hasta el momento existente. La inaplicación requiere que exista acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1 ET, previo desa-

rrrollo de un período de consultas en los términos del art. 41.4 ET. Finalmente, para su viabilidad habrán de concurrir causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Estas causas se definen en el art. 82.3 ET en los mismos términos que se establecen para el caso de despido colectivo del art. 51 ET y de despido objetivo del art. 52 c) ET. Es decir, sin perjuicio de que la primera es una medida de flexibilidad interna, que es la que se quiere potenciar, y la segunda, de flexibilidad externa. Esta identidad solo se rompe en el caso de la acreditación de las causas económicas. En este último caso, concretando en “dos trimestres consecutivos” el marco temporal para que se considere “persistente” la disminución del nivel de ingresos o ventas definidor de la causa.

Especialmente polémica se ha mostrado la vía articulada para desbloquear en última instancia una posible falta de acuerdo. Para los casos en los que la inaplicación de las condiciones afecte a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, cualquiera de las partes podrá someter, en última instancia, la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, acudiéndose, en los demás supuestos, a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas. La citada solución legal contrasta abiertamente con la previsión contenida en la LC a tenor de la cual: “en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores”. La cuestión surge de inmediato: ¿puede considerarse esta decisión adoptada por la Comisión consultiva u órgano similar equivalente al acuerdo de los representantes de los trabajadores? La respuesta debe ser claramente negativa, con lo que de nuevo la asimetría entre la regulación laboral y la concursal convierte a esta última en un reducto de tutela reforzada de los intereses laborales.

Las citadas asimetrías poseen una especial significación. La ausencia de un régimen autónomo y separado entre ambos modelos tiene como consecuencia un vivir gemelar que hace del concursal un correlato natural del laboral con las complejas consecuencias que se acaban

de señalar. La respuesta en el corto plazo será, probablemente, una reforma adaptativa de la legislación concursal al nuevo modelo continuando ese camino de espejos que han venido siguiendo lo concursal y lo extraconcursal a lo largo de los últimos años y del que es buena muestra la Ley 38/2011. No obstante, no sería éste mal momento para reflexionar sobre la necesidad de diseñar un modelo concursal que, adaptado a las nuevas necesidades, se independice de su modelo reflejo para construir un modelo propio y diferenciado del extraconcursal.

3. MÁS ASIMETRÍAS...AHORA INFORMATIVAS: LA POSICIÓN DE LOS ALTOS CARGOS EN EL CONCURSO: ¿SON TAMBIÉN TRABAJADORES?

En general, puede decirse que la regulación que al respecto contiene la Ley concursal parte de una actitud recelosa ante el personal de alta dirección. Estas reticencias del legislador se explican por la especial situación que los altos cargos ocupan en relación con la gestión de la empresa que determina que estos pueden ser responsables, o al menos, conocedores directos, de la situación de insolvencia de la misma. Además, su especial posición les permite acceder a información que no está al alcance de los demás trabajadores y ello les coloca en una situación especialmente ventajosa. Es por ello que la Ley Concursal les califica como personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93.2.2º LC); lo que tiene importantes consecuencias a efectos de sus responsabilidades y en el tratamiento de sus créditos.

Esa situación del personal de alta dirección les permite actuaciones estratégicas que persiguen blindar su posición frente a la futura situación concursal que pueda atravesar la empresa. La Ley Concursal articula instrumentos que permiten anular este tipo de acuerdos. En este sentido, según lo dispuesto en el art. 71 LC, una vez declarado el concurso serán res-

cindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, con la ventaja de que la rescisión es posible incluso aunque no haya existido intención fraudulenta. El perjuicio se presume cuando se trate de actos de disposición a título gratuito y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. Pero también se presume cuando se trata de actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, supuesto en el que pueden quedar comprendidos los acuerdos indemnizatorios pactados con los altos cargos en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

La Ley Concursal establece algunas normas específicas sobre los efectos de la declaración del concurso en los contratos del personal de alta dirección. En principio, y al igual que ocurre con el resto de los contratos de trabajo, a las relaciones laborales especiales de alta dirección se les aplica la regla general conforme a la cual la declaración del concurso no afecta, por sí sola, a la vigencia de los contratos de trabajo. Sin embargo, y siguiendo el paralelismo con las relaciones laborales de carácter ordinario, también la relación laboral de los altos cargos puede sufrir alteraciones durante el concurso. En este sentido, la norma concursal prevé reglas específicas que afectan a la continuidad de estas relaciones laborales de carácter especial.

La cuestión aquí es si tiene sentido que se mantenga este régimen asimilado al de los trabajadores. Ciertamente, la regulación normativa del alto cargo se configura como un régimen semilaboral, en el sentido de que la voluntad tuitiva consustancial al Derecho del Trabajo retrocede ante el principio de la autonomía de la voluntad propio del régimen iusprivatista que caracteriza el régimen de los altos cargos. Si esto fuera así, convendría replantearse esta nueva simetría que incorpora la legislación concursal.

4. ¿TIENEN SITIO LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONCURSO?

Determinar cuál es el lugar en el concurso de los representantes de los trabajadores no es tarea sencilla pero sí lo es, sin duda, que la representación de los trabajadores debe ocupar un lugar relevante en la gestión del mismo. Un examen de la Ley Concursal muestra que en la misma no se ha previsto un papel destacado para los representantes de los trabajadores en las instituciones centrales del concurso, ni en el momento inicial de éste, ni a lo largo de su desarrollo y tampoco en las operaciones fundamentales del convenio y la liquidación. Esta falta de atención a la representación de los trabajadores en la Ley Concursal se deriva de la propia configuración del concurso en esta Ley (DESDENTADO/DE LA PUEBLA).

En el sistema de la Ley Concursal predomina claramente la satisfacción de los acreedores y ello aunque la regulación del convenio permita asumir fines de conservación. Pero la función de conservación opera de una manera subalterna, es decir, no por sí misma, sino como medio de satisfacción de los acreedores, cuando los intereses de éstos pueden lograrse mejor a través de la continuidad de la explotación. No es raro, por tanto, que no se preste gran atención a la intervención de los representantes de los trabajadores en el régimen jurídico de la Ley Concursal. En el concurso predomina la relación deudor y acreedores y la lógica de la satisfacción de éstos, lo que se ha denominado sistema de mercado, que refleja en realidad una consideración más individualista de la institución concursal, centrada en el interés del acreedor. Por el contrario, en las reestructuraciones de empresas predomina la relación más compleja entre empresario, trabajadores e interés público, el denominado sistema gubernativo. El interés de los acreedores puede estar presente, pero esa presencia suele ser más instrumental y se orienta precisamente a prevenir la aparición de soluciones concursales.

La LC no ha otorgado precisamente un papel relevante a los representantes de los trabajadores en las distintas fases del concurso de acreedores: ni en la denominada fase común, destinada a la determinación de la masa activa y de la masa pasiva, ni en la fase convenio o en la fase de liquidación. En el procedimiento concursal prima, en suma, el interés de la colectividad crediticia en detrimento de la intervención de los representantes de los trabajadores. Como ha señalado la doctrina laboralista, para potenciar la presencia institucional de los representantes de los trabajadores se debió, al menos incorporar a una representación de los trabajadores en la administración concursal, atendiendo a la condición de trabajadores como un grupo especial de acreedores. La reciente reforma concursal ha ido en esta línea.

Como regla general, sólo se nombrará a un administrador concursal (un abogado, un auditor o un economista) en vez de tres, como se preveía anteriormente. Pero la Ley ha previsto la posibilidad de que se nombre a un administrador concursal adicional (que será un acreedor ordinario o privilegiado general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe) cuando el concurso sea considerado de especial trascendencia. El Juez que conozca del caso determinará si el concurso tiene una especial trascendencia en función de determinadas circunstancias (por ejemplo, si hay más de mil acreedores o si el importe de la masa pasiva declarado supera los cien millones de euros, entre otros). Si el conjunto de los créditos de los trabajadores se encontrara dentro del primer tercio de mayor importe, el Juez podrá nombrar un representante de los trabajadores como administrador concursal adicional. Esta vía puede ser adecuada, e incluso recomendable, para permitir una participación activa de los representantes de los trabajadores en la gestión de las situaciones concursales. Si la liquidación puede ser el ineludible futuro, una posición reforzada de los trabajadores en el seguimiento y control de estas decisiones puede devenir imprescindible.

5. ¿DEBEN TUTELARSE LOS CRÉDITOS LABORALES A TRAVÉS DE INSTITUCIONES DE GARANTÍA? ¿ES SUFICIENTE LA GARANTÍA CREDITICIA EN RELACIÓN CON DETERMINADOS COLECTIVOS?

La actual situación de crisis económica sigue abocando a gran número de empresas a la presentación de los correspondientes expedientes concursales que crecen mes a mes desde los últimos años. Lo cierto es que la mayor parte de las empresas entra en concurso tras haber agotado otras vías para resolver su situación de insolvencia. En muchos casos estos procesos incluyen ERES y reducciones de plantillas, por lo que al llegar al concurso las empresas se encuentran seriamente debilitadas. La financiación bancaria sigue siendo un bien muy escaso y una de las principales causas de impago e insolvencia. El resultado es un incremento progresivo del número de concursos que, tal y como se concibe actualmente el procedimiento concursal, seguirá dejando un importante reguero de cadáveres empresariales en el camino, todo ello si además tenemos en cuenta el dato de que un porcentaje exiguo de las empresas que utilizan este proceso consiguen superarlo.

En este contexto, la posición de los créditos laborales de los trabajadores se encuentra seriamente amenazada. Contundentemente se ha afirmado que: “si tenemos en cuenta que el 90% de los concursos acaban en liquidación y que, en una buena parte de los mismos, el trabajador acaba percibiendo tan solo las prestaciones del FOGASA, tendremos una imagen de conjunto fiel, en este sentido poca importancia debiera tener la clasificación de los créditos, puesto que salvo lo referido a los 30 últimos días, el resto no tiene eficacia alguna” (GARCÍA VICENTE). Todo ello aunque las actuaciones de los Jueces de lo Mercantil busquen, en muchos casos, adoptar aquellas decisiones que menos perjuicios causen al concurso

y a la masa activa y pasiva del mismo, evitando que se generen nuevos créditos contra la masa.

Con todo, lo cierto es que la posición de los créditos de los trabajadores en el concurso ha quedado severamente afectada tras la aprobación de la Ley Concursal. Pese a que el Convenio n.º 173 OIT establece que “la legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango superior al de la mayoría de los créditos privilegiados”, que se funda, sin duda, en la posición de debilidad y dependencia del trabajador respecto del empresario, fundamento, por otra parte, de la entera disciplina del Derecho laboral, lo cierto es que la “poda de privilegios” ha afectado de forma esencial a los laborales. Todo ello con un objetivo explícito: “evitar que el concurso se consuma con el pago de los créditos laborales”, como declaraba sin recato el Texto del Anteproyecto de Ley Concursal de 2001.

Una idea permanentemente reiterada por la doctrina concursal ha sido la relativa a la desaparición del sistema de privilegios y su sustitución por la intervención del FOGASA. El apoyo a la consolidación de “mecanismos extraconcursales” que eviten que la masa del concurso tenga que soportar los créditos de los trabajadores es, como decimos, una idea fuerza que viene sosteniéndose con insistencia. El establecimiento del denominado Fondo de capitalización pudiera resultar una alternativa razonable.

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, preveía en su DA 10 la creación de un fondo de capitalización similar al existente en Austria cuyo objetivo era incrementar la estabilidad en el empleo y fomentar la movilidad laboral, así como la formación para el empleo a lo largo de toda la vida laboral. En el denominado “Fondo austriaco”, establecido por Ley Federal sobre la Previsión Empresarial de los Trabajadores (*Bundesgesetz über die betriebliche Mitarbeitervorsorge*), el trabajador cuenta con un sistema de indemnización por despido que funciona como un fondo de ahorro, que puede mantener aunque cambie de trabajo y que el Estado incentiva utilizar como complemento a la pensión pública. Esta “hucha” o “mochila”,

como la definen en Austria, se va llenando con la aportación mensual de la empresa. La cotización está fijada en el 1,53% del salario bruto (incluidas pagas extraordinarias). El trabajador que tiene derecho a percibir la indemnización/capital al extinguirse la relación laboral puede elegir entre el cobro en efectivo del capital, el mantenimiento de la cuenta en la Caja donde está depositado, la transferencia del capital a la Caja donde esté adherida su nueva empresa o la transferencia del mismo a una Caja de Pensiones o a una compañía de seguros. También se puede disponer de la indemnización o capital cuando el trabajador alcanza la edad de jubilación o cuando transcurren, al menos, cinco años sin efectuar cotizaciones a una Caja de Previsión Empresarial.

El modelo austriaco a la “española” exigía de un Proyecto de Ley de “Fondo de capitalización” (DA 10ª L. 35/2010). En cuanto a las reglas básicas que la citada norma deberá contener, se establecía, en primer lugar, que el Fondo se constituirá sin incremento de las cotizaciones empresariales; en segundo lugar, la regulación reconocerá el derecho del trabajador de hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de Capitalización en los supuestos de despido, movilidad geográfica para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Y, finalmente, las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo. Probablemente, con vendría resucitar lo que hasta ahora no ha sido sino un proyecto frustrado y convertir este sistema en un modelo de referencia alternativo al actualmente existente.

En la práctica, este sistema presenta ventajas en aquellos casos en los que la empresa se encuentre en dificultades económicas. Con el sistema vigente en Austria, la indemnización por despido se sustituye por una cuota que se abona mensualmente con los salarios, de forma que en el momento de la extinción no se sufre un gasto adicional, sin que por ello se desproteja al trabajador. En un contexto de

perdida progresiva de posición de los créditos laborales, soluciones como la austriaca podrían marcar nuevos caminos.

Cuestión que merece también cierta reflexión es la relativa a la tutela que obtienen los créditos de los trabajadores autónomos y trabajadores autónomos económicamente dependientes en el concurso. La LETA proclama un privilegio crediticio para las cantidades que perciben los trabajadores autónomos como pago de su actividad profesional y se remite a la regla de preferencia crediticia contemplada en el art. 91.3 LC. Esta norma se refiere en exclusiva a los supuestos en los que se haya entablado un proceso concursal y mantiene una protección reforzada para los asalariados, situando el privilegio destinado a los créditos adeudados por el concepto de “trabajo personal no dependiente” en un nivel inferior. Es un privilegio sin límite cuantitativo, determinado por la condición subjetiva del acreedor, que deriva del carácter personal del crédito, y limitado temporalmente a lo devengado en el semestre inmediatamente anterior a la declaración de concurso.

Nuestro ordenamiento jurídico no puede esquivar una sencilla realidad: los ingresos profesionales del trabajador autónomo constituyen, en la generalidad de las ocasiones, su medio primordial de subsistencia económica. Las consecuencias negativas del impago de la contraprestación pueden tener, así pues, una notable entidad en términos comparativos, con relación a los efectos que se pueden provocar a otros acreedores, particularmente cuando la cantidad debida es de cierta relevancia cuantitativa o se trata del impago de clientes que aportan un porcentaje elevado del trabajo del autónomo. Otros acreedores de mayor envergadura por su posición en el mercado o por sus dimensiones, por añadidura, suelen disponer de instrumentos legales más efectivos para el cobro de sus créditos; lo que, como efecto derivado, repercute igualmente de forma negativa sobre los trabajadores autónomos. La trascendencia del cobro de los créditos por parte de los autónomos por vía directa judicial es más relevante, incluso comparativamente,

con la situación de los trabajadores asalariados; éstos, al menos, gozan de la red de seguridad que ofrece el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), de modo que las reglas relativas a las preferencias en el cobro de sus créditos de trabajo pasan a desempeñar una función de segundo orden en lo procedimental, respecto de las cuantías no satisfechas a través de este Fondo. Por el contrario, para los trabajadores autónomos, las reglas de preferencia crediticia se convierten en el instrumento procedimental por excelencia de satisfacción de sus remuneraciones en caso de impago del deudor. Conveniría, probablemente, reflexionar sobre las anteriores cuestiones y valorar la posibilidad de una reforma en esta materia que otorgue una posición más relevante a este tipo de créditos dentro del concurso.

Otro problema es aquel que se pone de manifiesto en relación con la tutela de los créditos de los deportistas profesionales. La estructura salarial de los deportistas profesionales se compone, con carácter esencial, del salario, las primas de contratación o fichaje y la prima de partido, aparte de las cantidades percibidas en concepto de derechos de imagen en el plano mercantil. Así las cosas, la aplicación de la legislación concursal determinaría que el privilegio del que gozan los salarios afecte únicamente a una parte no muy significativa de sus ingresos y que el tope de los salarios garantizados como privilegiados con carácter general; esto es, el tope del triple del salario mínimo interprofesional, resulte muy reducido respecto a la referida estructura salarial. Como ha señalado GARCÍA DUARTE, “esto tiene como consecuencia que el resto de componentes de la masa salarial tengan la consideración de créditos sin privilegio, muy difíciles de cobrar por su posición en la prelación y por la preponderancia de créditos públicos que, junto con los salariales, forman la mayor parte de la deuda de los clubes y SAD”. La anterior situación requeriría, como la anterior, de instrumentos que permitieran subvenir al déficit de tutela crediticia que se produce en estos casos.

6. ¿SON EFICACES LAS REGLAS SOBRE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA EN EL CONCURSO?

Una de las posibilidades que ofrece el concurso, como forma de favorecer la continuidad de la actividad empresarial, es que el plan de liquidación disponga la enajenación del conjunto de establecimientos, explotaciones o unidades productivas. También el convenio, la otra forma de terminación del concurso, puede incluir proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado, bien de unidades productivas autónomas. Conforme al art. 100.2 LC, estas proposiciones de enajenación incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial del concursado. Aunque el precepto no se remite expresamente al art. 44 ET, se ha señalado que el convenio puede disponer de las deudas del concursado, por la vía de excluir la responsabilidad solidaria del adquirente, pero no de la subrogación en los contratos de trabajo.

La situación es distinta en el caso de la liquidación. En este caso, si como consecuencia de la enajenación, la entidad económica mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, “se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa” (art. 149.2 LC). Se añade que, “para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo” (art. 149.2 LC). Sea como fuere, en caso de concurso, a los supuestos de “sucesión de empresa” *ex* art. 44 ET “se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal.

La referida solución tiene como finalidad la de estimular o, al menos, no desincentivar la adquisición de empresas en fase de liquidación ofreciendo al adquirente un alivio de las cargas económicas que debe asumir al trasladar parte de las mismas al FOGASA. Es, además, una solución que sintoniza con el espíritu de

la Directiva 2001/23/CE y de la propia Ley Concursal, cuya Exposición de Motivos menciona expresamente la finalidad de “conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado”. Sin embargo, esta interpretación quedaría comprometida si se atiende a los términos del art. 33.4 ET en el que se dispone que “para el reembolso de las cantidades satisfechas, el FOGASA se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores”. La eliminación de esta subrogación obligatoria, que es la finalidad perseguida por la norma, debe considerarse implícitamente realizada a través de la incorporación del nuevo art. 57 bis ET, que remite a las especialidades previstas en la Ley Concursal en supuestos de sucesión de empresa en caso de concurso. Parece pues que la ventaja reconocida al adquirente de la empresa en fase de liquidación queda expresamente materializada sin que pueda quedar reducida a un aplazamiento temporal de las deudas salariales e indemnizatorias pendientes de pago anteriores a la enajenación.

Esta especialidad no es automáticamente aplicable, sin embargo, a todos los supuestos de transmisión de empresa producida durante la fase liquidatoria del concurso. Es el juez del concurso el que tiene la potestad de decidir su aplicación. Podría decirse, por tanto, que se habilita legalmente al juez para que excluya la aplicación del art. 33.4 ET y limite las obligaciones asumidas por el adquirente de la empresa. Pero, si es así, no parece que fuera de este supuesto las partes implicadas en el concurso puedan decidir, en el marco del convenio de concurso o de liquidación, una medida similar con lo cual, de nuevo, la eficacia de estas medidas queda sensiblemente limitada. Así ocurre con el art. 148 LC, también referido a la fase liquidatoria, que prevé que el plan de liquidación que la administración concursal debe presentar al juez del concurso para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso debe contemplar, siempre que sea posible, la enajenación unitaria de la empresa o de sus unidades productivas. Bien es cierto que, en este caso, aunque no se prevé expresamente ninguna particularidad aplica-

ble al régimen sucesorio, podría justificarse la adopción de las medidas recogidas en el art. 149.2 LC en virtud del carácter supletorio que dichas reglas presentan.

Más allá de esta peculiaridad, y por lo que se refiere a las deudas laborales, la regla general seguirá siendo la aplicación del régimen sucesorio recogido en el art. 44 ET para las transmisiones de empresa producidas en el marco de un proceso concursal y en particular, la responsabilidad solidaria del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión en los términos contemplados en el art. 44.3 ET. A diferencia del convenio, en la fase de liquidación no están permitidas las quitas y esperas, de manera que en estos casos, tras la enajenación, subsisten los créditos no satisfechos con lo obtenido por la enajenación y estos, cuando son créditos laborales, son exigibles al nuevo titular en los términos del art. 44.3 ET.

Se ha planteado algún problema, sin embargo, en relación con los créditos de la Seguridad Social. Al respecto, algunos planes de liquidación prevén la exclusión de la responsabilidad solidaria del adquirente por las deudas con la Seguridad Social del deudor concursado. La cuestión ha llegado incluso hasta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aunque éste rechazó la cuestión prejudicial planteada al respecto (STJCE de 16 de octubre de 2008, (Asunto Kirtruna, C-313/2007)). En alguna ocasión se ha convalidado judicialmente este tipo de previsiones incluidas en los planes de liquidación, argumentando que, frente a la regla general de responsabilidad solidaria del nuevo titular por las deudas de la Seguridad Social (arts. 44.3 ET y 104 y 127.2 LGSS), la LC incorpora reglas especiales dirigidas a favorecer la transmisión de la empresa y sobre todo, a garantizar su continuidad. Con ello, se ahorran los costes derivados de la extinción de los contratos de trabajo a la vez que se genera riqueza al seguir operando empresarialmente en el mercado. Esas reglas especiales suponen que la enajenación de la empresa se hace libre de deudas (salvo garantías reales) y que solo constituye sucesión de empresa en los términos previstos en la propia LC, esto es “a efectos

laborales”. Desde este punto de vista, la Seguridad Social no forma parte de los efectos laborales, de modo que no le afecta esa remisión al Estatuto de los Trabajadores. De esta forma, la enajenación en fase de liquidación podría excluir la transmisión de responsabilidad por las deudas con la Seguridad Social; la Tesorería General de la Seguridad Social cobrará sus créditos con cargo a lo obtenido por la realización del activo por el orden derivado de la clasificación de sus créditos pero sin posibilidad de dirigirse al nuevo titular empresarial.

Sin embargo, no parece que haya razones suficientes para excluir la subrogación del adquirente respecto de las deudas de la Seguridad Social. A diferencia de las deudas tributarias, cuya transmisión expresamente se excluye en la 42.1.c de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; ni el art. 149.2 LC ni ningún otro de la normativa concursal contiene una previsión semejante para las deudas de la Seguridad Social. La regla general es, pues, la prevista en el ET que constituye un imperativo legal que no puede alterarse por la voluntad de las partes que resuelven la liquidación.

Las anteriores reflexiones nos llevan a una pregunta final: ¿Debe mantenerse el régimen laboral de la transmisión de empresas en el concurso o debería exceptuarse? En el art. 5 de la Directiva 2001/23/CE, el legislador comunitario permite a los Estados miembros que prevean la no aplicación de los arts. 3 (transferencia o subrogación del nuevo empresario en los derechos del anterior) y 4 (el traspaso no es en sí mismo motivo de despido) en el supuesto de que el empresario cedente sea objeto de un procedimiento de liquidación de su bienes. La Directiva legitima al legislador para

modalizar el régimen jurídico aplicable a una eventual sucesión de empresa en el marco de un procedimiento concursal y ello permitiría excepcionar en estos casos la aplicación del régimen jurídico contemplado en el art. 44 ET.

Ciertamente, como ha expresado DESDENTADO, “el ET no se limita a mantener las relaciones laborales vigentes, vinculándolas a un nuevo empresario. Establece además una responsabilidad solidaria entre los empresarios sucesivos respecto a las obligaciones laborales anteriores y posteriores a la sucesión, aunque en menor medida para estas últimas”. Es una responsabilidad excepcional creada por la ley, con la finalidad de establecer una garantía reforzada para el cobro de los créditos laborales y, sin duda, también para prevenir posibles fraudes pero, dada su amplitud para las obligaciones anteriores a la transmisión, “el funcionamiento del sistema presenta inconvenientes importantes para el tráfico jurídico y puede llevar a consecuencias contraproducentes especialmente en el caso de empresas en crisis. En cualquier caso la compra o arrendamiento de empresa se ha convertido en una operación de alto riesgo”. Por ello, en la Directiva esta garantía está más matizada que puede ser excepcionada, precisamente, en contextos de crisis. A veces, como recuerda DESDENTADO, puede ocurrir que “como en la parábola del ogro filantrópico, también se puede morir de exceso de protección”. ¿Tiene, por todo ello, sentido en el contexto concursal mantener la regla del art. 44 ET o, por el contrario, es una pesada carga que puede conseguir justo el efecto contrario del pretendido?

En suma, el binomio contrato de trabajo y concurso deja demasiadas preguntas sin resolver...

NOTA BIBLIOGRÁFICA

DESDENTADO BONETE, A., *La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia*, RMTAS, 2002, n.º 38.

DESDENTADO BONETE, A., PUEBLA PINILLA, A. de la, *La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal*, TS, 2004, n.º 166, pp. 9 a 17.

DESDENTADO BONETE, A., y ORELLANA CANO, N., *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*, Albacete, Bomarzo, 2007.

- GARCÍA DUARTE, M., *La especificidad del deporte en el concurso de acreedores*, en XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado, en www.mjusticia.gob.es/
- GARCÍA VICENTE, J., *La protección de los créditos laborales y de la Seguridad Social en las empresas en concurso*, Barcelona, 2010.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *Aspectos laborales de la reforma concursal*, Madrid, Francis Lefebvre, 2011.
- MERCADER UGUINA, J.R., *Los créditos por trabajo personal no dependiente*, en A. ROJO, E. BELTRÁN (Dir.), *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Madrid, Civitas, 2010, pp. 331 a 353.
- MERCADER UGUINA, J.R., *Salario y crisis económica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- MERCADER UGUINA, J.R., ALAMEDA CASTILLO, M., *Comentario a los artículos 64, 65 y 66*, en A. ROJO Y E. BELTRÁN (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2004.
- MERCADER UGUINA, J.R., PUEBLA PINILLA, A. de la, “La extinción de los contratos de trabajo en empresas declaradas en concurso”, en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El contrato de trabajo, Volumen IV, la Extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi/Thomson, 2011, pp. 1025-1096.
- MERCADER UGUINA, J.R., PUEBLA PINILLA, A. de la, “Los efectos de la liquidación de la sociedad sobre los trabajadores”, en A. ROJO Y E. BELTRÁN (Dir.), *La liquidación de sociedades mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, 2ª ed., pp. 373 a 406.
- MOLINA NAVARRETE, C., *Las indemnizaciones en los despidos por causa de insolvencia y sus límites en la nueva reforma concursal: entre “tensos dualismos” y “razonables divergencias”*, RL, 2012, n.º 12, pp. 10 a 47.
- MONEREO PÉREZ, J.L., *La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2006.
- PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “Economía social y salvamento de empresas. La Ley concursal como telón de fondo”, *Revista General de Trabajo y Seguridad Social*, IUSTEL, 2003, n.º 4.
- RÍOS SALMERÓN, B., “Reforma laboral de 2012 y Ley de reforma concursal de 2011: reflexiones sobre un desencuentro legal”, AL, 2012, n.º 10 (*LA LEY 5678/2012*).

Fecha recepción: 03/07/2012

Fecha aceptación: 05/11/2012

BANKRUPTCY AND JUDICIAL PROCEDURE

RESUMEN

El concurso de acreedores es un proceso jurisdiccional con manifestaciones de la tutela declarativa, cautelar y ejecutiva. La tutela *jurisdiccional concursal* se dispensa mediante un procedimiento único que tiene una estructura-tipo, sin perjuicio de determinadas especialidades que la ley engloba bajo la denominación de “procedimiento abreviado” y de otros procedimientos secundarios para las controversias que se planteen durante su tramitación (incidentes concursales). La complejidad y el coste económico y temporal del concurso hacen que éste devenga ineficaz respecto de los deudores personas físicas y las Pymes, razón por la cual, se demanda la introducción en nuestro Ordenamiento de procedimientos extrajudiciales preconcursales, entre ellos, la mediación concursal.

PALABRAS CLAVE

Procedimiento concursal. Procedimiento abreviado. Incidente concursal. Acuerdos de refinanciación. Mediación concursal.

ABSTRACT

The bankruptcy is a legal process with manifestations of declarative protection as well as of protective and executive measures. The jurisdictional bankruptcy protection is dispensed by an only procedure having a structure-type, although there are certain specialties that the law covers under the name of “accelerated procedure”, as well as other secondary procedures for disputes arising during processing (bankruptcy incidents). The complexity and the economic and time costs of the bankruptcy make it ineffective regarding to individual debtors and SMEs; for this reason, the introduction of workouts court procedures, including insolvency mediation, is demanded in our legislation.

KEY WORDS

Bankruptcy procedure. Accelerated procedure. Bankruptcy incident. Refinancing agreements. Insolvency mediation.

CONCURSO Y PROCESO

Carmen Senés Motilla

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Almería

Sumario: 1. Naturaleza jurisdiccional del concurso de acreedores. 2. La unidad del concurso y del procedimiento concursal: A) La flexibilización de los tiempos y de la forma de las actuaciones procesales. B) El denominado “procedimiento abreviado”. 3. Otros procedimientos secundarios: A) El incidente concursal común. B) El incidente concursal en material laboral. 4. Alternativas al concurso de acreedores: A) Homologación judicial de los acuerdos de refinanciación. B) Procedimientos extrajudiciales frente a la insolvencia. Nota bibliográfica.

1. NATURALEZA JURISDICCIONAL DEL CONCURSO DE ACREEDORES

En el estado actual de la legislación —Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal—, el concurso de acreedores es un proceso jurisdiccional como antaño lo fue el procedimiento de quiebra. Y no solo porque su conocimiento esté atribuido a órganos judiciales especializados —Juzgados de lo mercantil—, sino porque en la actividad que desarrolla el juez concurren los perfiles propios de la actividad jurisdiccional (art. 117.3 CE).

Como en todo proceso, la actividad jurisdiccional y la actuación de las partes procesales se proyecta sobre una realidad anterior a la incoación del procedimiento que, en el caso del concurso, es la situación de insolvencia del deudor común, en el bien entendido sentido que la existencia de la insolvencia, o mejor, su acreditamiento, es el nudo gordiano de la concesión —o denegación— de la tutela jurisdiccional que se dispensa en el “procedimiento de declaración de concurso” (arts. 8-24 LC).

La singular estructura del procedimiento de concurso —integrado por una fase común, seguida de las de convenio o/y de liquidación—

genera un debate previo al de su naturaleza jurídica, a saber: el relativo a *qué* actuaciones integran el proceso concursal propiamente dicho. Y, a este respecto, compartimos la opinión de quienes consideran el procedimiento de declaración de concurso y la resolución que le pone fin —auto—, como genuino *proceso concursal*, de suerte que, las sucesivas fases del procedimiento y las múltiples y variadas actuaciones que lo integran, no serán sino la actuación judicial de los efectos que la ley dispone para el auto que constituye la situación jurídica concursal (CORTÉS: 2008: 20; SENÉS: 2011: 429).

Pero sea cual fuere el posicionamiento sobre la consideración que merece el procedimiento de declaración de concurso, lo cierto es que en el mismo concurren los perfiles propios de los procesos de *jurisdicción contenciosa* —frente a la denominada *jurisdicción voluntaria*—, por estar empeñados intereses contrapuestos de las partes procesales (cfr. arts. 1811 LEC 1881; 5 LEC 2000).

Los intereses contrapuestos del deudor, de los acreedores y de otros interesados. La contradicción de intereses es consustancial al concurso de acreedores, cualquiera que sea el sujeto instante y la modalidad del concurso (necesario/

voluntario; principal/territorial; ordinario/abreviado). La existencia de intereses contrapuestos es patente en el concurso necesario (art. 15.3 LC), y acorde con ella, el procedimiento de declaración de concurso tiene carácter contradictorio: frente a la solicitud de concurso de cualquiera de los sujetos legitimados —*pretensión*— podrá oponerse el deudor —*resistencia*— haciendo valer su solvencia. La única excepción al respecto proviene de la reforma llevada a cabo mediante Ley 38/2001, que relega de la forma contradictoria cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos, o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia; supuestos en los cuales la declaración judicial de concurso tiene carácter inmediato —el primer día hábil siguiente (art. 15.1 LC)—.

Pero concurre también la contradicción de intereses entre el deudor y los acreedores en el concurso voluntario, por cuanto la declaración de concurso les priva del ejercicio de las acciones individuales —ya declarativas, ya ejecutivas— o, en su caso, les obliga a soportar la paralización de las ejecuciones pendientes; amén de quedar sometidos a la *pars conditio creditorum* cualquiera que sea la solución del procedimiento —convenio o liquidación—; incluso en el escenario más favorable —pero improbable— de satisfacción íntegra de sus créditos, les obliga a soportar la compleja sustanciación del procedimiento, con la consiguiente demora en los pagos (cfr. VEGAS: 2005: 91). Prueba palmaria de la *afectación* de los intereses de los acreedores es la posibilidad que les asiste de interponer recurso de apelación frente al auto de declaración de concurso (art. 20.3 LC), sin perjuicio de la inadecuación de este medio de impugnación para la resolución de la cuestión controvertida (HERRERO PEREZAGUA: 2008: 155 y ss.).

A mayor abundamiento, la contradicción de intereses puede concurrir entre los acreedores y el deudor, de una parte, y cualesquiera otros sujetos interesados en que la declaración de concurso no tenga lugar, de otra, pues la ley

garantiza la intervención y actuación procesal de cualquier interesado, titular de un *interés legítimo*, con independencia de que ostente un crédito frente al deudor común (arts. 20.3 y 184.4 LC).

Y cuestión diferente a la contraposición de intereses que deriva de la situación de insolvencia es la conducta que el deudor puede adoptar frente a la solicitud de concurso necesario, ya el allanamiento, ya la *resistencia* a la pretensión concursal (art. 18 LC).

Las diversas manifestaciones de la tutela concursal. La tutela jurisdiccional que se dispensa en el concurso de acreedores bien puede ser calificada de *integral*, pues comprende manifestaciones de la tutela *declarativa*, *cautelar* y *ejecutiva*:

En primer lugar, múltiples y variadas son las manifestaciones de la tutela declarativa, en sus diversas modalidades, *constitutiva* (declaración de concurso), *meramente declarativa* (separación de bienes, reconocimiento de créditos o derechos laborales individuales, incumplimiento del convenio, calificación del concurso...) y *de condena* (restitución de prestaciones por causa de rescisión concursal, resarcimiento de daños y perjuicios por resolución de contratos, responsabilidad por daños de los cómplices si el concurso se califica culpable, responsabilidad concursal...). A estas manifestaciones *genuinamente concursales* (*sic*), se añade la tutela jurisdiccional que se dispensa en los procesos pendientes al tiempo de la declaración de concurso que deban acumularse a éste (juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada seguidos contra sus administradores o liquidadores y contra los auditores).

En segundo lugar, diversas son las manifestaciones de la tutela cautelar, ya en el procedimiento de declaración de concurso (medidas adoptadas para asegurar la integridad del patrimonio del deudor), ya en las actuaciones que siguen a tal declaración (embargo de bienes y derechos de los administradores, liquidadores o apoderados generales de la persona jurídica concursada), así como en los incidentes promovidos durante la sustanciación del procedi-

miento concursal; vgr., medidas para garantizar la reintegración de bienes y derechos a la masa activa del concurso (SENÉS: 2012, 2027 y ss.).

En tercer lugar, son reflejo de la actividad ejecutiva el conjunto de actos —del juez y de la administración concursal— que integran la liquidación del patrimonio del deudor; e inequívocamente ejecutivas son las que debe acometer el juez del concurso para la sustanciación de las ejecuciones singulares que se inicien o reanuden con posterioridad a la declaración de concurso.

El debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica del concurso de acreedores es prolijo. Particular interés reviste la consideración del concurso como proceso de ejecución universal (LÓPEZ SÁNCHEZ: 2012, 31 y ss.), aunque como las consideraciones ya expuestas dejan entrever, compartimos la opinión de quienes consideran que las diversas manifestaciones de la actividad jurisdiccional se dan con tal intensidad en el concurso que su reconducción a una sola categoría jurídica ni es descriptiva de la realidad concursal ni ayuda a la solución de problemas jurídicos (DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ: 2012, 2438).

2. LA UNIDAD DEL CONCURSO Y DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Como institución, el concurso de acreedores es la única salida que el Ordenamiento español ofrece al deudor en situación de insolvencia. La superación por la Ley Concursal de la disparidad de instituciones para comerciantes y no comerciantes vino acompañada del establecimiento de un procedimiento único, pero flexible a la vez, cuya flexibilidad debería permitir su adecuación a las diversas situaciones y soluciones concursales, en aras de la satisfacción de los acreedores (Exposición de Motivos, II). En tanto que procedimiento *único*, el concursal tiene una estructura bifásica, integrada por una fase común —de trami-

ción necesaria—, cuya finalidad es la determinación de las masas activa y pasiva, y una fase ulterior, ya de convenio, ya de liquidación.

En tanto que procedimiento flexible, la estructura-tipo admite dos posibles modulaciones: por una parte, la aprobación en la fase común de la propuesta de convenio anticipado que el deudor hubiera presentado con la solicitud de declaración del propio concurso; por otra, la apertura de la fase de liquidación como consecuencia de la declaración judicial de incumplimiento del convenio.

Como quiera que el procedimiento diseñado por el legislador no diera los frutos esperados y dejara al descubierto el excesivo coste temporal y económico del concurso de acreedores, las sucesivas reformas de la Ley Concursal —mediante Real Decreto-ley 3/2009 y Ley 38/2011— persiguen dotar al procedimiento de una mayor flexibilidad, mediante la anticipación de las soluciones concursales, la secuenciación simultánea de las fases que lo integran y la introducción de la forma escrita en la tramitación del convenio.

A) LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS TIEMPOS Y DE LA FORMA DE LAS ACTUACIONES PROCESALES

La anticipación de la liquidación. El Real Decreto-ley 3/2009 introdujo como novedad la “liquidación anticipada”, cuya verdadera entidad desde el punto de vista procedimental era la posibilidad de la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera concluido la fase común, así como la autorización judicial del pago de los créditos no controvertidos “sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas” (antiguo art. 142 bis LC).

En la práctica, la liquidación anticipada devino ineficaz, en buena medida, porque los trámites necesarios para la aprobación del plan de liquidación quedaban relegados, cuando menos, hasta la presentación del informe de la administración concursal, con el consiguiente “punto muerto” para el deudor —en particular, la empresa concursada ya sin actividad—.

De ahí que la Ley 38/2011 optará por su derogación, sustituyendo la “liquidación anticipada” por la anticipación de la liquidación, que el deudor podrá solicitar “en cualquier momento” (arts. 142.1; 191 *ter.* 1 LC).

La anticipación absoluta de la liquidación supone la coexistencia temporal de las fases común y de liquidación, pues no en vano, el juez deberá abrir la fase de liquidación, ya en los diez días siguientes a la presentación de la solicitud, en el concurso “ordinario” (sic), ya de inmediato, en el concurso abreviado, si el deudor hubiere presentado, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento, o hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera contratos de trabajo en vigor (arts. 190.3 y 191 *ter.* 1 LC). En estos supuestos, en puridad, no existe alteración de la estructura-tipo del procedimiento concursal —como sí existe en la aprobación en la fase común de la propuesta de convenio anticipado—, sino alteración de la *secuenciación* de las fases común y de liquidación, que mantienen su tramitación separada —en respectivas secciones y con sus respectivas piezas—. De ahí el acierto de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011 cuando advierte de la innecesaria distinción entre liquidación “ordinaria” y “anticipada” (IV).

Apertura de las fases de convenio o de liquidación habiendo impugnaciones pendientes. La apuesta de la Ley 38/2011 por la agilización del procedimiento ha desdibujado la estructura-tipo del concurso a base de permitir, con ciertos límites y garantías, que avancen las soluciones concursales estando pendientes impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores: “cuando las impugnaciones afecten a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo del concurso el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos y las medidas cautelares que pueda adoptar para su efectividad” (art.

96.4 LC; en el mismo sentido —que no con idéntico tenor—, el art. 191.4 LC).

La redacción de esta norma adolece de falta de correlación con la supresión formal de la resolución —auto— que pone fin a la fase común del procedimiento de concurso; supresión que el legislador acometió mediante la derogación del artículo 98 y la reformulación de los recursos de apelación que merecen la consideración de “apelación más próxima” (Disposición derogatoria única de la Ley 38/2011; art. 197.4 LC). Además, la norma encierra la contradicción de postular al mismo tiempo la finalización de la fase común sin que hayan concluido las actuaciones que la integran; circunstancia ésta que, lejos de ser susceptible de valoración judicial —como parece suponer el legislador al conferir al juez la facultad de ordenar la finalización—, es una realidad procesal incontestable: la pendencia de la fase común. Cuestión diferente es, que no obstante la pendencia de la fase común, el legislador decida —como ha decidido— y el juez acuerde —como le faculta la norma— que las soluciones concursales no deban demorarse en *interés del concurso*, y que consientan la iniciación y seguimiento de las actuaciones que conduzcan a la obtención de un convenio o a la liquidación del activo concursal. Y a este respecto, el volumen del activo o del pasivo controvertidos —inferior al veinte por ciento— y la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad de la sentencia favorable que pudiera dictarse, nos parecen razonables.

La tramitación escrita de la fase de convenio. Con el propósito de agilizar los trámites y reducir costes, el Real Decreto-ley 3/2009 introdujo la modalidad de tramitación en forma escrita de la fase de convenio, cuya aplicación queda a criterio del juez, siempre que el número de acreedores sea superior a 300 (art. 111.2 LC). El aspecto más notable de esta modalidad es la posible aprobación del convenio mediante el sistema de adhesiones, cuya presentación tendrá lugar con arreglo a las normas generales (arts. 115 bis. 3; 103.3 LC); salvo que el concurso se tramite como abreviado, en cuyo caso, la “aceptación” (sic) de la propuesta de

convenio se realizará por escrito (art. 191 *bis*. 2 LC).

La tramitación escrita de la fase de convenio se llevará a cabo conforme a las reglas del artículo 115 *bis*, cuya redacción vigente —proveniente de la Ley 38/2011— ha reducido los plazos de presentación de las propuestas de convenio —de sesenta días a un mes— y de las adhesiones o votos en contra —de noventa días a dos meses—, así como ha atribuido al secretario judicial la verificación de la mayoría obtenida (apartados, 1, 2 y 5). Aunque los trámites de esta modalidad se acomodan a la forma escrita —casi en su totalidad—, desde el punto de vista estructural, la tramitación escrita de la fase de convenio no supone alteración de la estructura-tipo del procedimiento de concurso.

B) EL DENOMINADO “PROCEDIMIENTO ABREVIADO”

Configuración inicial y reformas legislativas. Bajo el prisma de la flexibilización del procedimiento, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal hizo gala de la previsión de “reglas especialmente ágiles para los concursos de menor entidad” (II). Esta alusión, nominalmente indeterminada, fue interpretada por la mayoría de la doctrina como referencia al “procedimiento abreviado” (arts. 190 y 191 LC 2003), por más que la configuración inicial de sus presupuestos —y, en particular, del presupuesto subjetivo— suscitara dudas sobre si la intención del legislador era establecer un cauce procedimental para los “pequeños concursos” o para los “pequeños deudores”. Sea como fuere, y en vista de las reformas que se han sucedido del procedimiento abreviado, lo cierto es que cualquiera que sea la regulación tomada en consideración —ya la originaria de 2003, ya la revisada por el Real Decreto-ley 3/2009, o la más reciente instaurada por la Ley 38/2011—, el procedimiento abreviado no constituye *otro* procedimiento alternativo al concurso “ordinario” (sic), ni el contenido de su regulación ha sido, ni es, meramente procedimental (SENÉS: 2012: 633).

La regulación vigente del procedimiento abreviado proviene de la reforma de la Ley Concursal de 2011 (Ley 38/2011), que lleva a cabo una configuración diferente de su ámbito de aplicación y, aún más si cabe, del criterio que preside su aplicación judicial —facultativo en unos casos, preceptivo en otros—. La nueva regulación del abreviado nos sitúa frente a dos interrogantes: en primer lugar, determinar si la ley prevé un verdadero “concurso abreviado”; y, si la respuesta fuere afirmativa, determinar, en segundo lugar, qué nos queda entonces de la unidad de procedimiento que inspiró la regulación originaria de la Ley Concursal.

Naturaleza jurídica. La Ley 38/2011 ha dado nueva redacción al contenido íntegro del capítulo II del Título VIII de la Ley Concursal, cuya rúbrica pasa a ser “De las normas procesales generales, del procedimiento abreviado y del sistema de recursos” —a pesar de que también sigue formando parte del mismo el capítulo V sobre el “Registro Público Concursal”—. El capítulo II pasa a estar integrado, además de por los artículos 190 y 191 —a los que se da nueva redacción—, por tres nuevos artículos: 191 bis, 191 ter y 191 quáter.

Pero no obstante el incremento numérico, el denominado “procedimiento abreviado” no es *otro* procedimiento diferente —en estructura, finalidad y actuaciones— al procedimiento concursal *único* que la ley denomina concurso “ordinario”. Hasta tal punto es así, que la ley establece el carácter supletorio de las normas *ordinarias* (sic) respecto de los aspectos que no tengan una regulación diferente en este capítulo II (art. 191 quáter). A diferencia de sus homónimos, los procedimientos abreviados de los ámbitos contencioso-administrativo y penal (arts. 78 LJCA; 757-794 LECrim), el concurso abreviado es un *procedimiento ordinario con especialidades* que, como tal, comparte con el concurso ordinario identidad de objeto (*tutela jurisdiccional concursal*) y de estructura (fase común, seguida de las de convenio y/o liquidación), sin perjuicio las novedades ya analizadas, sobre la coexistencia de las fases común y de convenio o de liquidación. Nos aprestamos, por tanto, a confirmar la vigencia

del principio de unidad del procedimiento de concurso.

Precisamente porque el abreviado no es un procedimiento diferente al concurso único que existe en nuestro Ordenamiento, son posibles: 1.º) la aplicación discrecional de las especialidades en que consiste (art. 190.1 y 2 LC), pues la determinación legal de los procedimientos judiciales es una exigencia de rango constitucional (art. 117.3 CE); 2.º) la acumulación de los concursos ordinario y abreviado de los sujetos, y en los supuestos, tipificados por la ley (art. 25 bis LC); y, 3.º) la transformación del procedimiento abreviado en ordinario, o viceversa, si sobreviene la modificación de las circunstancias que determinan el ámbito de aplicación de las especialidades abreviadas (art. 190.4 LC).

Ámbito de aplicación. Frente a la aplicación *necesaria* del procedimiento abreviado proveniente del Real Decreto Ley 3/2009, la Ley 38/2011 apuesta por una configuración flexible de su ámbito de aplicación, que combina supuestos de aplicación *facultativa y preceptiva*, en función de circunstancias relevantes de la fase común o de las soluciones concursales. Esta configuración merece una valoración favorable porque permite tomar en consideración la situación de cada deudor insolvente —ya sea persona física o jurídica—, así como la actividad empresarial que viniera desarrollando el deudor hasta la solicitud de declaración del propio concurso. A mayor abundamiento, la razón que alienta la nueva configuración del abreviado supera la dicotomía originaria de la Ley Concursal, entre las personas físicas y las jurídicas.

En función de los cometidos propios de la *fase común*, la circunstancia que define el ámbito de aplicación *discrecional* del procedimiento abreviado es que el concurso “no revista especial complejidad” (art. 190.1 LC). Y, como quiera que esta formulación encierra un concepto jurídico indeterminado, la ley se apresta a relacionar una serie de circunstancias que responden al parámetro de falta de complejidad. Estas circunstancias tienen que ver con el volumen del pasivo y el número de

acreedores de la lista presentada por el deudor (estimación inicial no superior a cinco millones de euros y menos de cincuenta acreedores), así como con el valor del activo concursal (inferior a cinco millones de euros). La plasmación de estas circunstancias en el texto articulado persigue facilitar la valoración del juez del concurso, y su formulación legal, en ordinal separado, es expresiva de su independencia funcional, no teniendo carácter acumulativo, con la consiguiente ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado.

Cuestión diferente es que, en un supuesto dado, el juez decida no aplicar el procedimiento abreviado atendidas otras circunstancias que permitan fundar un juicio razonable de que la tramitación del procedimiento no será sencilla (por ejemplo, la dispersión geográfica de los bienes del deudor, o la vinculación de la entidad a un entramado de empresas). Esta interpretación viene corroborada por la conversión de los procedimientos ordinario y abreviado que, según la ley, tanto puede obedecer a la modificación de las circunstancias previstas en el texto articulado como a la mayor o menor complejidad del concurso (art. 190.4 LC).

En función de las *soluciones concursales*, la ley diferencia la aplicación *discrecional* del procedimiento abreviado —en caso de propuesta de convenio anticipado— y su aplicación *preceptiva* —si el deudor presenta con la solicitud de concurso voluntario un plan de liquidación con determinado contenido (art. 190.3 LC)—. En puridad, la ley también consiente la aplicación del abreviado cuando la propuesta de convenio —ya anticipado, ya ordinario— “incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo” (art. 190.2 LC), aunque buena parte de las especialidades en que consiste el procedimiento abreviado sólo son aplicables si el deudor acompaña la propuesta de convenio con la solicitud de concurso. En cualquier caso, y sin perjuicio de las deficiencias que luego pondremos de manifiesto, justo es reconocer que la reforma aboga por la agilización de las soluciones concursales que comportan una continuación de la actividad empresarial; y en

este sentido, la razón que alienta la aplicación de las especialidades del procedimiento abreviado ya no es tanto la menor complejidad del concurso cuanto la posibilidad de anticipar las soluciones concursales.

Contenido. En apariencia, la Ley 38/2011 incrementa las especialidades en que consiste el procedimiento abreviado, que solo preveía la simplificación del órgano de administración y la reducción a la mitad de los plazos de tramitación. El contenido íntegro del nuevo procedimiento abreviado se articula, de forma artificiosa, en tres artículos consecutivos: los artículos 191, 191 bis y 191 *ter*. En el artículo 191 se incluyen las especialidades que, por incidir en las fases común y de convenio o de liquidación, son aplicables a todos los supuestos que integran su ámbito de aplicación, y que sólo por esta razón podríamos denominar especialidades “generales” (*sic*).

Las especialidades “generales” del procedimiento abreviado son:

1.^a) Modificación de los “tiempos” del concurso. Merece una valoración favorable la supresión de la reducción generalizada de los plazos a la mitad y su sustitución por la reducción de *plazos determinados*, a saber: para la presentación del informe del administrador; para la presentación de las propuestas ordinarias de convenio; para la celebración de la junta de acreedores y para la presentación por el administrador concursal del plan de liquidación. Y la misma valoración favorable merece el establecimiento de un límite temporal para las operaciones de liquidación, que no podrán exceder los tres meses desde la aprobación del correspondiente plan (prorrogable por un mes más, a petición del administrador concursal: art. 191.6 LC).

La reforma prevé también la presentación *separada y anticipada* del inventario de bienes y derechos de la masa activa —en los quince días siguientes a la aceptación del cargo de administrador (art. 191.1 LC)—. Estimamos que esta previsión no tiene mucho sentido pues, dado que del cómputo del plazo se descuentan los días inhábiles (frente al plazo para

la presentación del informe del administrador que se cuenta de fecha a fecha), su vencimiento se aproxima y casi se solapa con el de presentación del informe. Además, en el caso del concurso necesario, habrá que esperar a que el deudor presente la documentación requerida (art. 21.3º LC), circunstancia que podría impedir la presentación anticipada del inventario. Parece, por tanto, artificioso, el establecimiento de un trámite separado para la presentación del inventario, máxime cuando el *dies a quo* del plazo para su impugnación —común también para la lista de acreedores— lo determina la notificación de la presentación del informe (art. 96.1 LC).

2.^a) Nueva tramitación de las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores. La Ley 38/2011 ha dispuesto una tramitación diferente de las impugnaciones, que presenta las especialidades siguientes: en primer lugar, prescinde de la incoación del incidente concursal a la espera de una posible aceptación de la pretensión por el administrador concursal (art. 194.4 LC). Esta previsión es contraria al pronunciamiento debido sobre la admisión de la demanda (cfr. art. 404 LEC) y carece de justificación razonable, dado que la comunicación del proyecto de inventario y de la lista de acreedores habrá permitido corregir los errores materiales y las omisiones indebidas (art. 95.1 LC). Es más, esta posibilidad de *conciliación/allanamiento* que se brinda al administrador concursal es lesiva de los derechos procesales de las partes y otros sujetos interesados en el procedimiento —incluido el propio deudor (CORDÓN: 2012: 663)—, los cuales, por una parte, se ven privados de la facultad de intervención que les confiere la ley (art. 193.2 LC), y por otra, no podrán discutir la modificación de los textos definitivos al no existir pronunciamiento judicial al respecto (cfr. art. 97.1 LC).

La segunda especialidad en la tramitación de las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores es la previsión de acumulación de todas ellas “de modo que se tramiten y resuelvan en una sola vista” —querrá decir, en una sola sentencia— (cfr. art. 96.5 LC). Esta

previsión, además de complicar la celebración de la vista si fuere elevado el número de impugnaciones, es incompatible con la norma que dispone *cuándo* procede la celebración de la vista si la conducta del administrador fuere diferente respecto de cada una de aquéllas (cfr. art. 194.4 LC).

Por lo demás, nada hay de singular en las restantes normas que se presentan como *especiales*. Así, en primer lugar, la que autoriza al juez a abrir las fases de convenio o de liquidación si las impugnaciones pendientes afectaren a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo concursal, que ya se prevé en el apartado 4 del artículo 96 (con el aditamento de la posible adopción de las medidas cautelares que fueren conducentes a la efectividad de la sentencia estimatoria); o también, la que reproduce los criterios de imposición de costas recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a los que ya remite el apartado 2 del artículo 196.

3.ª) Alteración injustificada de la delimitación de competencias entre el juez y el secretario judicial. Se pone de manifiesto respecto de la apertura de la fase de liquidación en defecto de propuesta de convenio ordinario, que el procedimiento abreviado confiere al secretario judicial (art. 191.6 LC), a pesar de que una reforma legal anterior —Ley 13/2009— perseveró en su atribución al juez en el concurso ordinario (art. 114.3 LC). A la postre, este “caos competencial” depara una consecuencia indeseable respecto de la impugnación de las sentencias dictadas en la fase común, mediante “apelación más próxima”. Según la ley —apartado 4 del artículo 197—, tendrá la consideración de tal, la apelación que corresponda frente a la resolución que acuerde la apertura de la fase de liquidación, de suerte que, abierta esta fase en el abreviado mediante “decreto” del secretario, se da la circunstancia de que contra esta resolución sólo proceden los recursos de reposición y revisión, y no el de apelación (arts. 451.1 y 454 bis LEC).

Especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio. El artículo 191 *bis* también nos parece un artificio, pues la única

especialidad relevante que alberga es la posibilidad de que el juez requiera al impugnante del convenio la prestación de una caución para responder “por los daños o perjuicios” —querrá decir, de los daños “y” perjuicios— que para la masa pasiva y activa del concurso pueda suponer la demora en su aprobación.

El contenido restante del artículo, o bien es reproducción de lo regulado en otra sede —tal es, el apartado 1, que reitera lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 106—, o bien se limita a reducir los plazos de tramitación, en particular, los siguientes: para la adhesión de los acreedores a la propuesta de convenio; para que el secretario judicial verifique si la propuesta de convenio alcanza la mayoría legalmente exigida; o para que el juez dicte la sentencia de aprobación del convenio en defecto de oposición o del rechazo de oficio —*inmediatamente* a la expiración del plazo de impugnación—.

En el contexto de la reducción de estos concretos plazos de tramitación, resulta cuando menos paradójica la mayor dilación que comporta la alteración del *dies a quo* del plazo para que el administrador concursal presente la evaluación de la propuesta anticipada de convenio pues, mientras que la norma general lo hace depender de la admisión a trámite de la propuesta (art. 107.1 LC), en esta especialidad abreviada se computa desde la publicación del auto de declaración de concurso, a pesar de que la admisión a trámite se acuerda en esta resolución (art. 191 *bis*. 1; cfr. art. 106.2 LC).

En último término, no se atisba la razón y el efecto de agilización que pueda comportar la especialidad consistente en que la “aceptación” (sic) de la propuesta de convenio tenga que efectuarse “por escrito”, máxime cuando la norma general consiente la adhesión mediante comparecencia ante el secretario judicial; y es aplicable, incluso respecto de la tramitación escrita del convenio (arts. 103.3; 108.1; 115 *bis*. 3 LC).

Especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación. El contenido del artículo 191 *ter* está integrado por una amalgama de extremos inconexos, que no hace sino co-

roborar el artificio que supone una regulación que bien podría haber engrosado el articulado del concurso ordinario. Las “especialidades” de esta especialidad en que consiste el abreviado son las siguientes:

1.^a) La apertura de la fase de liquidación “de inmediato”. Siendo necesaria la previa declaración de concurso, estimamos que, cuando el deudor hubiera solicitado la liquidación “de acuerdo con lo previsto en el artículo 190.2” —querrá decir, 190.3—, la apertura de la fase de liquidación debería ser uno de los pronunciamientos del auto de declaración de concurso, siendo innecesaria una resolución separada, como sin lugar a dudas supone el tenor del número 1, del apartado 1 del artículo 21 (modificado por la Ley 38/2011 solo en lo que respecta a la propuesta de convenio anticipado).

2.^a) La reducción del plazo ordinario para que el administrador concursal evalúe el plan de liquidación —de quince a diez días—, que cuenta con el precedente de la liquidación anticipada (antiguo artículo 142 bis). La ley explicita que el informe “deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva del concurso”; exigencia esta que parece ir referida a los “contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes”, atendida la correlación sistemática de la norma con aquella otra que dispone que el juez se pronuncie sobre la resolución de tales contratos en el auto que apruebe el plan de liquidación (excepción hecha “de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella”).

3.^a) La restricción de la legitimación para presentar “alegaciones” al plan, que únicamente se atribuye a los acreedores. Esta previsión pudiera no ser acorde con alguno de los supuestos que definen el ámbito de aplicación de estas especialidades abreviadas cual es; el de la “propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento”; supuesto que abona la consideración como interesado del proyectado comprador (cfr. antiguo artículo 142 bis, que respecto de la liquidación

anticipada, reconocía legitimación a “las partes personadas y demás interesados”); y,

4.^a) La posible exigencia a los impugnantes del inventario y de la lista de acreedores de una *caución* que garantice los daños y los perjuicios por la demora que puedan sufrir las operaciones de liquidación, en el caso de que se haya acordado la suspensión de éstas. Estimamos poco probable que, en la práctica, la suspensión de la liquidación de bienes concretos —que no de la generalidad de las operaciones de liquidación (art. 192.2 LC)— venga propiciada por la impugnación de la lista de acreedores; e igualmente, estimamos inviable el requerimiento de caución si la suspensión fuere acordada de oficio.

3. OTROS PROCEDIMIENTOS SECUNDARIOS

El concurso de acreedores es un procedimiento complejo, integrado por varias fases que no siempre se suceden de forma consecutiva. Cada una de ellas tiene un cometido diferente, aunque en último término, todas responden a la finalidad esencial del concurso, que no es otra que la satisfacción de los acreedores. Durante la sustanciación de este procedimiento complejo pueden surgir infinidad de cuestiones controvertidas que demandan una decisión judicial separada, a cuyo efecto la ley dispone un cauce procedimental *especial*, denominado incidente concursal (capítulo III del Título VIII).

El incidente concursal presenta dos modalidades: de un lado, el incidente concursal común, cuya configuración originaria se ha visto modificada por el Real Decreto-ley 3/2009 y por la Ley 38/2011; y, de otro, el incidente concursal en materia laboral.

A) EL INCIDENTE CONCURSAL COMÚN

Es el cauce procedimental por el que están llamadas a sustanciarse la generalidad de

las cuestiones y materias que integran la competencia del juez del concurso. Esta conceptualización no significa que exista una correlación plena entre el ámbito de conocimiento del juez del concurso y el incidente concursal. En primer lugar, porque la ley deja a salvo las materias para las que prevé una tramitación diferente, ya de forma directa, ya por remisión a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y, en segundo lugar, porque el incidente concursal sirve de cauce al ejercicio de pretensiones de carácter declarativo, sin perjuicio de la competencia universal del juez del concurso para conocer con carácter *exclusivo y excluyente* las pretensiones ejecutivas y cautelares que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Las anteriores reservas no obstan la consideración que merece el incidente concursal como procedimiento *tipo*, genuino del juez del concurso.

El incidente concursal es un procedimiento *plenario*, pues su regulación no alberga limitación alguna de los medios de ataque y de defensa de las partes procesales. Y en consonancia con la plenitud del conocimiento judicial, la sentencia firme tiene efectos de cosa juzgada material (art. 196.4 LC).

Es también un procedimiento de *doble instancia*, dado que la ley garantiza la revisión por un tribunal superior del enjuiciamiento de la *cuestión de fondo* efectuado por el juez del concurso. Esta regla general debe entenderse sin perjuicio del régimen singular de impugnación de las sentencias concursales dictadas en la fase común, mediante apelación *diferida* (art. 197.4 LC).

Ámbito de aplicación. Se ventilarán por los cauces del incidente concursal “todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación” (art. 192.1 LC). Se engloban aquí las cuestiones que engrosan la competencia funcional del juez del concurso, en sus dos modalidades, *incidentales* propiamente dichas, y *prejudiciales* (art. 61 LEC). Son incidentales las controversias que guardan una relación inmediata con el concurso, en la medida en que su resolución condiciona la formación de las masas

activa o pasiva y las *soluciones concursales* (art. 387 LEC); y son *prejudiciales* las cuestiones que por su naturaleza jurídica exceden la jurisdicción del juez del concurso, pero que han de ser resueltas como antecedente lógico de la *cuestión de fondo* que se ventila en el procedimiento. Merecen tal consideración las cuestiones administrativas, las laborales que no sean competencia del juez del concurso y las de índole penal, aunque estas últimas exceden el marco de conocimiento del juez del concurso, a tenor de la competencia exclusiva del juez penal para declarar la existencia del delito y la responsabilidad criminal (arts. 10.2 LOPJ y 1 LECrim).

En fin, se sustanciarán igualmente por los trámites del incidente concursal las materias que la ley asimila a las cuestiones incidentales por su conexión con las instituciones y órganos concursales. Tales son, las acciones de responsabilidad civil contra los administradores, auditores o liquidadores de la persona jurídica deudora (arts. 8-6.º y 48 *bis* LC); las acciones de impugnación de los actos del deudor distintas de las acciones rescisorias especiales (art. 71.6 LC); la recusación de los administradores concursales (art. 33.4 LC) y la oposición a la aprobación de sus cuentas (art. 181.2 LC).

Integran también el ámbito de aplicación del incidente concursal “las acciones que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 50” y “los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado 1 del artículo 51” (art. 192.1 LC):

Respecto de las acciones, se trata de las civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan *contra* el patrimonio del concursado (art. 8-1.º LC). Se entenderán incluidas en esta rúbrica legal la generalidad de las acciones de condena, ya tengan por objeto una prestación pecuniaria, o de hacer, no hacer, o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero, pues en los supuestos de incumplimiento *in natura* de la prestación debida procederá la sustitución en forma genérica (arts. 701.3; 702.2; 706.2; 709.2; 710.2 LEC). Por razones obvias, quedan excluidas del incidente concursal las

reclamaciones de los créditos que se comunican a la administración concursal y que pasan a integrar la masa pasiva del concurso.

Por expresa disposición legal, quedan excluidas de la competencia del juez del concurso las pretensiones de contenido patrimonial propias de los procesos no dispositivos, que el legislador mantiene en el ámbito de los Juzgados de Primera Instancia como expresión del tratamiento singular que reciben los intereses que se ventilan en estos procesos (arts. 756; 769.1; 779 LEC).

Respecto de los procesos que se acumulen al concurso, según la redacción originaria de la ley, eran los procedimientos declarativos pendientes al tiempo de la declaración de concurso que tuvieran una “trascendencia sustancial” para la formación de las masas activa y pasiva del concurso, a juicio de la administración concursal. Tras la reforma llevada a cabo mediante la Ley 38/2011, la acumulación adquiere tintes de excepcionalidad, pues la regla general es, que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, continúen sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia (art. 51.1 LC). La única excepción al respecto la integran los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, que se *acumularán de oficio* al concurso, siempre que “se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista”, pero cuya continuación ya no discurrirá por los cauces del incidente concursal —en contra de lo que sigue proclamando el apartado 1 del artículo 192—, sino por los trámites del procedimiento que se viniera sustanciando la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia (art. 51.1 LC). La modificación del cauce procedimental a seguir en los supuestos de acumulación merece una valoración favorable, por ser acorde con aquella regla procesal según la cuál, la acumulación de procesos no puede conllevar la pérdida de derechos procesales (art. 77.1 LEC).

Tramitación. La tramitación del incidente concursal aspira a combinar las exigencias de rapidez y celeridad con la salvaguarda de las garantías procesales que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados (Exposición de Motivos, X). El procedimiento incidental común se configuró a partir de los juicios *ordinario* y *verbal* de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la formalización de las alegaciones iniciales tiene lugar por escrito —mediante los escritos de demanda y de contestación—, seguida de la celebración de la *vista*, que se desarrollará, en su caso, en la forma prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 194, apartados 1, 3 y 4).

Este esquema originario de la Ley Concursal se ha visto alterado por las reformas de 2009 y 2011, que con el propósito de agilizar la sustanciación del procedimiento han restringido la celebración de la vista, acentuando con ello el carácter escrito del incidente. En particular, la reforma llevada a cabo mediante el Real Decreto-ley 3/2009 sustituyó el carácter preceptivo de la vista, relegando su celebración a la petición de las partes procesales. Por su parte, la Ley 38/2011 ha intensificado la restricción de la vista, que sólo tendrá lugar “cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a juicio del juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa la declaración de su pertinencia y utilidad” (art. 194.4 LC).

La decisión judicial favorable a la celebración de la vista se subordina, por tanto, a cuatro requisitos: 1.º Que se haya presentado escrito de contestación a la demanda; 2.º Que exista discusión sobre los hechos; 3.º Que éstos sean relevantes, a juicio del juez; y, 4.º Que se hubieran propuesto medios de prueba en los escritos de alegaciones, previa declaración de su pertinencia y utilidad. La formulación legal de cada uno de estos requisitos merece una diversa valoración:

El primer requisito constituye un despropósito mayúsculo, pues subordina el derecho del actor a la práctica de la prueba a una concreta conducta del demandado —la contesta-

ción a la demanda—, con desconocimiento de que en nuestro sistema procesal, la falta de oposición del demandado no supone allanamiento ni reconocimiento de los hechos alegados por el actor, salvo en los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario (art. 496.2 LEC); así sucede, por ejemplo, en las tercerías o en el procedimiento para la cuantificación de los daños y perjuicios (arts. 602; 618; 714.2 LEC). Así pues, la falta de contestación del demandado no relega al actor de la carga de probar los hechos que fundamentan su pretensión —*constitutivos*—; hechos que, en defecto de contestación, deberán reputarse controvertidos, aunque al prescindir la ley de la celebración de la vista, aboque al actor a valerse únicamente de los medios de prueba aportados con la demanda (documentos, dictámenes e informes).

Respecto de la relevancia de los hechos controvertidos, la formulación de la norma supone un notable incremento del poder discrecional del juez del concurso y correlativa restricción del derecho a la prueba, dado que, según las normas generales, la actividad probatoria ha de versar sobre los hechos *controvertidos*, pudiendo versar la controversia tanto sobre los hechos fundamentales como sobre los accesorios (art. 281.3 LEC).

Por otra parte, nada habría de censurable en la subordinación de la vista a la solicitud de la práctica de la prueba, si no fuera porque la norma encierra la carga de que la proposición de los medios de prueba tenga lugar en los escritos de demanda y de contestación, y por tanto, respecto del actor, que se lleve a cabo cuando todavía se desconoce el contenido de oposición del demandado; oposición que, en el mejor de los casos, puede que ni siquiera llegue a ser formalizada. En este concreto aspecto, la Ley 38/2011 insiste en la desafortunada redacción proveniente del Real Decreto-ley 3/2009.

Por lo demás, persiguen la celeridad del procedimiento incidental las normas que disponen la parcial acomodación del procedimiento a los trámites del juicio verbal (art. 194.4 LC); la reducción del plazo para la contestación —

de veinte a diez días (art. 194.3 LC)—; la inadmisión de apelaciones independientes contra resoluciones interlocutorias (art. 197.4 LC); la privación del efecto suspensivo de la apelación (art. 197.6 LC) y la sustanciación conjunta de las demandas promovidas sobre una misma cuestión en los supuestos expresamente contemplados por la Ley (art. 191.4 LC).

Régimen de impugnación de las sentencias. La ley establece un sistema dual de apelación de las sentencias dictadas en el incidente concursal. Para las sentencias dictadas en incidentes promovidos en la fase común o en la de convenio se establece un sistema de la impugnación *diferida*, mediante “apelación más próxima”. De este régimen se excepcionan —a partir de la Ley 38/2011— las sentencias sobre acciones de reintegración o de separación, que serán apelables directamente, y cuya apelación gozará de tramitación preferente (art. 197.4 LC). Y para las sentencias que se pronuncian sobre el convenio y las dictadas en incidentes promovidos con posterioridad a su aprobación o durante la fase de liquidación, se dispone la apelación *directa* y la tramitación preferente del recurso (art. 197.5 LC).

La indeterminación legal sobre *qué* apelación merecía la consideración de “más próxima”, motivó que el Real Decreto-ley 3/2009 incluyera una interpretación auténtica en tal sentido (antiguo art. 98 LC); interpretación que la Ley 38/2011 ha redefinido y reubicado en el apartado 4 del artículo 197: “se considerará apelación más próxima la que corresponda frente a la resolución de apertura de la fase de convenio, la que acuerde la apertura de la fase de liquidación y la que apruebe la propuesta anticipada de convenio”. Pero esta redefinición toma como punto de partida —como lo hacía el texto originario de la ley— que las fases de convenio o de liquidación suceden a la fase común, mientras que, en el estado actual de la legislación, las fases común y de liquidación puede coexistir en el tiempo; y en tal tesitura, nos asalta un interrogante: ¿tiene algún sentido, diferir la apelación de las sentencias dictadas en la fase común?

Si se comparte que el fundamento de la apelación *diferida* es evitar que se dilate en el tiempo la consecución de un convenio, parece claro que ninguna razón de peso avala el aplazamiento de la apelación de las sentencias dictadas en la fase común, máxime cuando la anticipación de la liquidación persigue la acelerar la tramitación y conclusión del concurso (cfr. SENÉS: 2009: 135).

Por su parte, el acceso a los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal es muy restringido (art. 197.7 LC). En primer lugar, porque la ley solo establece la impugnabilidad de las sentencias dictadas sobre materias determinadas: las relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, la calificación o conclusión del concurso y las acciones comprendidas en las secciones tercera y cuarta del procedimiento. Y en segundo lugar, porque la ley subordina la admisión de los recursos a “los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil” (art. 477 LEC), lo que implica, que al ser el incidente concursal un procedimiento tramitado por razón de la materia, el acceso a casación de las sentencias concursales solo es posible por vía del interés casacional (art. 477.2-3.º LEC; *Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, II). Y a remolque de la admisión del recurso de casación, será admisible, en su caso, el recurso extraordinario por infracción procesal (Disposición final 16ª. 1, regla 5ª LEC).

B) EL INCIDENTE CONCURSAL EN MATERIAL LABORAL

Es una modalidad del incidente concursal para la sustanciación de las acciones *individuales* de los trabajadores (salarios, clasificación profesional, antigüedad) que traigan causa del auto de modificación, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo en los que el concursado sea empleador (art. 64.8 LC), en el bien entendido sentido, que las pretensiones ejercitables ante el juez del concurso suponen

la confirmación por aquel auto de la existencia de la relación laboral.

El incidente concursal en materia laboral es un *procedimiento especial*, en cuya configuración la ley toma elementos del juicio verbal civil y del proceso laboral ordinario, incorporando así los principios del proceso laboral para el enjuiciamiento de las cuestiones laborales que son competencia del juez del concurso (art. 8-2.º *in fine* LC).

Como singularidad de este procedimiento, merece ser destacada la alternación de las normas de competencia funcional, pues las sentencias dictadas son recurribles en suplicación ante la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente a la demarcación del juzgado de lo mercantil (arts. 197.8 LC; 75-2.º LOPJ).

4. ALTERNATIVAS AL CONCURSO DE ACREEDORES

Antes de la promulgación de la Ley Concursal, ya se alzaron voces autorizadas denunciando que el concurso fuera la única salida que el Ordenamiento ofreciera frente a la insolvencia (ROJO: 2003: 107). Y, en efecto, la experiencia de los primeros años de aplicación de la ley dio buena cuenta de esta carencia, particularmente gravosa —por desproporcionada y costosa— en el caso de las personas físicas. Sin embargo, hoy como ayer, la crisis de las economías domésticas y el problema del sobreendeudamiento de los particulares sigue siendo asignatura pendiente en Derecho español (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: 2005, 25).

Pero como quiera que la crisis económica que padece España tanto afecta a las economías domésticas como a la generalidad de empresas, cualquiera que sea el volumen de negocio y el sector de su actividad, se han venido postulando alternativas al concurso en dos líneas de actuación diferentes: por una parte, la articulación de mecanismos que permitan superar la crisis empresarial (*refinanciaciones*), y por otra,

el establecimiento de procedimientos de factura extrajudicial que posibiliten la subsistencia de los deudores en riesgo de exclusión social, incluido el recurso a la mediación.

Con el propósito de superación de la crisis empresarial se han introducido en nuestro Ordenamiento los *acuerdos de refinanciación*: primero, mediante la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2009, que adicionó una nueva Disposición adicional cuarta a la Ley Concursal; y más tarde, mediante la Ley 38/2011, que además de reformular el contenido de aquélla, incardinó tales acuerdos en el marco de las acciones de reintegración (art. 71.6 LC). Ambas normas suponen un tímido avance en la articulación legal de *otras* posibles soluciones a la insolvencia, aunque los requisitos exigidos a esta modalidad de acuerdos de refinanciación son tan rigurosos, que su consecución reviste, en la práctica, tintes de excepcionalidad.

Sea cual fuere la dimensión práctica de los acuerdos que prevé la ley, lo cierto es que el modelo de refinanciación que diseña el legislador excede el mero acuerdo de voluntades (solución privada) y transita hacia una auténtica *“composición”* de los intereses en juego con la intervención del juez (homologación).

A) HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

La homologación es la decisión judicial por la que la espera pactada con los acreedores financieros se *extiende* a los demás acreedores no firmantes del acuerdo, o disidentes, cuyos créditos no estén dotados de garantía real. Eventualmente, la homologación también puede comportar la paralización de las ejecuciones promovidas por los acreedores financieros durante el plazo de espera pactado —paralización que no podrá exceder los tres años—, si bien, es éste un efecto colateral, no necesario, como sin lugar a dudas denotan los requisitos que lo condicionan: necesaria instancia de parte y ponderación judicial de las “circunstancias concurrentes” favorables a la paralización.

La equiparación subjetiva en que consiste la homologación no alcanza a todos los acreedores del deudor, sino a los “acreedores profesionales”; ni, por otra parte, es prudente que deba favorecer a sujetos distintos del aquél en cuya virtud se gestó el acuerdo. De ahí que la *afectación* que comporta la homologación no alcance a quienes estuvieran ligados al deudor con un vínculo de solidaridad —legal o convencional—, o fueren fiadores o avalistas de aquél.

Condición indispensable de la homologación es que el acuerdo reúna los requisitos que establece la ley: las condiciones establecidas en el apartado 6 del artículo 71; un contenido solo de espera —que bien podrá exceder los tres años—, y la suscripción por acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento la adopción. Junto a estos requisitos objetivos, es preciso también que el acuerdo “no suponga un sacrificio desproporcionado” para los acreedores que no lo suscribieron; condición esta cuya indeterminación y necesaria ponderación de los intereses en juego —del deudor y los firmantes del acuerdo, por un lado, y de los acreedores no firmantes, por otro— abona y justifica que la homologación se atribuya al juez, y no a una autoridad administrativa, notarial o registral.

Pero no bastando la intervención judicial para que un proceso merezca la consideración de *jurisdiccional*, nos aprestamos a concluir que el procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación engrosa el ámbito de la denominada *jurisdicción voluntaria*, pues no en vano, la homologación la *insta y obtiene* el deudor de forma unilateral: mediante *solicitud* que no entraña el ejercicio de una genuina pretensión *frente* a sujetos determinados (cfr. art. 5.2 LEC), aunque sí implique, lógicamente, la actuación del deudor en el ejercicio de su propio interés.

Cuestión diferente a la naturaleza voluntaria del procedimiento es que los sujetos *afectados* por la homologación puedan oponerse a la decisión judicial: en un proceso *contencioso*, promovido *frente* al deudor (demandado), ha-

ciendo valer los motivos *tasados* que autoriza la ley —insuficiencia del pasivo legalmente exigido y desproporción del sacrificio exigido (al impugnante)—, y que se sustentará por el procedimiento del incidente concursal. A estos efectos, la ley dispone que, además de al deudor, se confiera traslado de las impugnaciones “al resto de los acreedores que son parte en el acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación”; pero dado que éstos no han sido parte en el procedimiento de homologación, no merecen la consideración de demandados, como en otro caso habrían de serlo si el objeto de la impugnación fuere el acuerdo de refinanciación (*listisconsorcio pasivo necesario*).

La acción de impugnación de la homologación deberá ser ejercitada en los quince días *hábiles* siguientes a la publicación de la resolución —auto— de homologación del acuerdo, siendo objeto de tramitación conjunta *todas* las impugnaciones presentadas, a cuyo efecto, el secretario no conferirá los traslados correspondientes hasta que no haya transcurrido el citado plazo.

La restricción de los motivos de oposición a la homologación abona la privación del efecto de cosa juzgada de la sentencia que pone fin al procedimiento, en el bien entendido sentido, que la remisión legal al incidente concursal se debe entender efectuada a sus trámites procedimentales, con la consiguiente inaplicación del apartado 1 del artículo 196 (LÓPEZ SÁNCHEZ: 2012: 70). Por tanto, es posible —al menos en teoría— la incoación por los acreedores *afectados* de un proceso declarativo de carácter *plenario* frente a la homologación, aunque lo estimamos poco probable en la práctica. En primer lugar, atendido el carácter objetivo que revisten la mayoría los requisitos enunciados en el apartado 6 del artículo 71; y en segundo lugar, vista la restricción de la legitimación para impugnar los acuerdos de refinanciación, que la ley atribuye en exclusiva a la administración concursal (art. 72.2 LC). Ello unido a la supresión del recurso de apelación frente a la sentencia que resuelve la impugnación supone, de facto, la vinculación de

los acreedores al contenido del acuerdo en caso de sentencia desestimatoria; y también, la soberanía del juez de lo mercantil para definir, en cada caso concreto, *qué* sacrificio exigido vale como “proporcionado” y en relación a *qué otro* elemento, distinto de la espera obligatoria, se concluye la proporcionalidad.

La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación solo puede ser considerada una alternativa al concurso de acreedores en la medida en que refuerza la eficacia de éstos y contribuye a superar la insolvencia. Y es precisamente desde la óptica del presupuesto objetivo del concurso, que el procedimiento de homologación se nos presenta como la antítesis del concurso de acreedores; y la homologación, en sí misma considerada, como un *óbice procesal* a la declaración de concurso a instancia de los acreedores, cuya solicitud será inadmisibile sin la previa declaración judicial de incumplimiento del acuerdo por el deudor.

La ley dispone que la pretensión de incumplimiento se sustancie a través de un procedimiento “equivalente” (sic) al incidente concursal y que se confiera traslado —entiéndase, de la demanda— al deudor y a todos los acreedores “comparecidos” para que puedan oponerse a la misma. Sin embargo, tal equivalencia quiebra en materia de recursos, pues por expresa disposición legal, la sentencia sobre el incumplimiento del acuerdo está privada del recurso de apelación.

B) PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES FRENTE A LA INSOLVENCIA

En el horizonte de las medidas alternativas al concurso de acreedores, la doctrina y alguna declaración legal, abogan por el establecimiento de procedimientos extrajudiciales para afrontar las dificultades económicas de empresas y de particulares. En particular, en el ámbito empresarial, se echa en falta la potenciación de los “convenios extrajudiciales preconcursales”, que con variados diseños y atribución competencial, posibiliten la superación de la crisis desde una situación de preinsolvencia (ROJO:

2003: 110). No es éste el planteamiento que subyace en la comunicación al juez del inicio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación —*ex artículo 5 bis*—, por más que tal previsión persiga la superación de la insolvencia, y con ello, la evitación de la declaración del concurso necesario.

Por su parte, respecto de las personas físicas, prolongado es el clamor de la doctrina sobre la necesaria articulación de procedimientos acordes con la situación que presentan —limitado número de acreedores y contadas fuentes de ingresos—. Pero hasta la fecha, fallidas han sido las propuestas de regulación, tanto en el seno de la Ponencia especial de la Comisión General de Codificación para la reforma de la Ley Concursal, como las diversas propuestas encauzadas a través del Ministerio de Justicia.

Precisamente en el marco del informe que el Gobierno habría de remitir a las Cortes Generales sobre la aplicación y efectos de las medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y de las familias, la Ley 38/2011 dispuso que este informe se extendiera a otras posibles “opciones de solución extrajudicial” de las dificultades para satisfacer sus obligaciones, y en particular, las garantizadas con hipotecas, ya “sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza” (Disposición adicional única). Esta declaración, de tintes programáticos, unida a la promulgación y entrada en vigor del *Real Decreto-ley 5/2012*, ha suscitado el debate sobre la conveniencia y viabilidad de la mediación en el ámbito concursal.

Partiendo de las experiencias de Derecho comparado (sistemas francés y belga), la “mediación concursal” se postula como un procedimiento adecuado a la insolvencia de las per-

sonas físicas y de las Pymes, señaladamente, en vista de las escasas posibilidades de negociar y concluir un acuerdo de refinanciación (GALLEGO: 2012: 13). Los puntos neurálgicos de la mediación concursal pasan por determinar, en primer lugar, el sector del Ordenamiento jurídico desde el que deba abordarse su regulación —Derecho de consumo/Derecho de la insolvencia—; en segundo lugar, la relación del procedimiento de mediación respecto del concurso de acreedores —mediación extrajudicial/intrajudicial—; en tercer lugar, la especialización del mediador y, en su caso, la compatibilidad del ejercicio de las funciones de mediador y de administrador concursal; y, en cuarto lugar, la eficacia de los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación (cfr. GALLEGO: *passim*).

A los aspectos anteriores se añaden otros propios de la mediación en tanto que procedimiento de *negociación asistida*, tales como la definición del quehacer del mediador —en particular, su capacidad para articular propuestas de acuerdo— y el ámbito de aplicación de la mediación concursal, dado que la presencia de intereses jurídico-públicos desdibuja el horizonte de las soluciones negociadas.

Con las reservas propias de ser la mediación concursal un campo por explorar, nos atrevemos a sugerir algunas directrices sobre un posible modelo a seguir. En este sentido, apostamos por una mediación de carácter facultativo y preconcursal (desjudicializada); por la incompatibilidad funcional —que no orgánica— de las funciones de mediador y de administrador concursal; y por la homologación judicial de los acuerdos de mediación, en su doble vertiente relativa a la atribución de eficacia ejecutiva y posible afectación/postergación de los acreedores no firmantes del acuerdo.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal* (Cordón Moreno, Dir.), Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

AAVV, *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo/Beltrán, Dirs.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “El presupuesto subjetivo del concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores”, en *Las claves de la Ley Concursal* (Quintana/Bonet/García-Cruces, Dirs.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 17-34.

- CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- “Aspectos procesales de la reforma concursal”, en *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal* (Pulgar, Dir.), La Ley, Madrid, 2012, pp. 641-668.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso”, en *Tratado de Derecho Mercantil* (Olivencia/Fernández-Nóvoa/Jiménez de Parga, Dirs.), T. 47, volumen 7, *Derecho concursal procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 17-39.
- CUENCA CASAS, M., “Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: ‘intentos’ de regulación y ninguna solución”, en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, n.º 17, 2012, pp. 97-110.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Proceso concursal”, en *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Beltrán/García-Cruces, Dirs.; Ávila de la Torre/Campuzano, Coords.), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, T. II, pp. 2437-2443.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal. Alternativa para la solución de las crisis de no empresarios y Pymes”, en *Cuadernos Foro Negocia* (Centro de negociación y Mediación, Instituto de Empresa), Madrid, n.º 6, 2012.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., “La impugnación del auto de declaración del concurso voluntario”, en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 13, 2008, pp. 155-184.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- QUINTANA CARLO, I., “El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley Concursal”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, Vol. II, pp. 2255-2272.
- ROJO, A., “La reforma del derecho concursal español”, en *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 87-130.
- “Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas”, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores* (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores), (Tomillo/Álvarez, Coords.), Civitas, 2008, pp. 251-256.
- SENÉS, C., “La integración legal de la ‘apelación más próxima’ en el proceso concursal”, en *Anuario de derecho concursal*, n.º 18, 2009-3, pp. 115-143.
- “El ‘tiempo’ de la insolvencia en el concurso necesario con oposición y la ‘absorción’ del concurso voluntario por el concurso necesario estimado en apelación”, en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 22, 2011-1, pp. 417-446.
- “‘El procedimiento abreviado’ en el proyecto de ley de reforma de la Ley Concursal”, en *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, (Beltrán/Campuzano, Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 633-639.
- “Medidas cautelares”, en *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Beltrán/García-Cruces, Dirs.; Ávila de la Torre/Campuzano, Coords.), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, T. II, pp. 2027-2046.
- VEGAS TORRES, J., “El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso”, en *Las claves de la Ley Concursal* (Quintana/Bonet/García-Cruces, Dirs.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 83-111*.

Fecha recepción: 03/07/2012

Fecha aceptación: 05/11/2012

* Estudio realizado en el marco de los Proyectos de investigación DER2011-23274 (Ministerio de Ciencia e Innovación), SEJ-3729 y SEJ-5301 (Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, Junta de Andalucía); cofinanciados con FEDER.

DEBTORS' PERFORMANCE DURING THE EXECUTION OF THE INSOLVENCY ARRANGEMENT AND RECOVERY OF THE BANKRUPT'S ESTATE THROUGHOUT LIQUIDATION

RESUMEN

Las soluciones del concurso de acreedores son el convenio y la liquidación. Cuando en el procedimiento se alcanza un convenio y éste resulta cumplido, el fin del concurso de acreedores habrá sido alcanzado. En cambio, cuando el convenio deviene incumplido, es necesario hacer el tránsito desde el convenio a la liquidación, para vender los bienes y pagar con el precio a los acreedores. De los numerosos problemas que plantea el paso del convenio a la liquidación destaca el de la suerte, en la fase de liquidación, de la actuación desarrollada por el deudor en el período comprendido entre la eficacia del convenio y la apertura de la liquidación cuando resulte perjudicial para los acreedores. Se trata del delicado problema de la reintegración de la masa activa de la liquidación posterior a la eficacia de un convenio. En el presente trabajo se abordan los mecanismos para devolver a la masa lo que salió indebidamente del patrimonio del deudor durante la fase de ejecución del convenio: junto a los instrumentos previstos expresamente por la Ley, el presente trabajo ensaya la posibilidad de recurrir a los remedios previstos para atacar la eficacia de los actos realizados por el deudor antes de la apertura del procedimiento concursal cuando resulten perjudiciales para los acreedores, así como los límites de los mismos.

PALABRAS CLAVE

Efectos del convenio, incumplimiento del convenio; masa activa, reintegración de la masa activa, apertura de la liquidación, efectos de la apertura de la liquidación, acción revocatoria concursal, acción revocatoria ordinaria.

ABSTRACT

There are two possible solutions to bankruptcy: agreement and liquidation. When an agreement is reached and complied with, the aim of the bankruptcy procedure has been attained. If, instead, the debtor breaches the agreement, it is necessary to make the transition to the liquidation procedure in order to sell the assets and pay the creditors. The transition from the agreement to the liquidation raises a number of problems. Among them the question about the effectiveness of those transactions entered into by the debtor during the implementation of the arrangement that are detrimental to the creditors' interests, stands out. It is the tricky problem of recovering the debtor's assets for the liquidation after breach of the arrangement. This paper focuses on the mechanisms necessary to recover for the bankrupt's estate those assets that have unduly exited the debtor's property during the implementation of the arrangement. Together with the instruments expressly provided by the law, this paper examines the possibility to apply in liquidation the remedies established for the avoidance of transactions detrimental to creditors made prior to the bankruptcy order, as well as the limits thereto.

KEY WORDS

Effects of the arrangement, breach of the arrangement, bankruptcy estate, recovery to bankruptcy estate, liquidation order, effects of liquidation; avoidance of transactions detrimental for creditors; avoidance of transactions defrauding creditors.

ACTUACIÓN DEL DEUDOR EN FASE DE EJECUCIÓN DEL CONVENIO Y REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA EN LA LIQUIDACIÓN*

Aurora Martínez Flórez

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. Consideración general: los problemas del tránsito desde el convenio hacia la liquidación. 2. La actuación del deudor durante la fase de ejecución del convenio. A) La libre actuación del deudor tras la eficacia del convenio. La desaparición de la masa activa. B) La limitación en el convenio de la actuación del deudor en la esfera patrimonial. 3. El sistema de reintegración de la masa activa en la liquidación. A) Los mecanismos de reintegración específicos de los concursos en los que ha existido un convenio eficaz. a) La acción de ineficacia de los actos contrarios a las limitaciones convencionales. b) La acción de revocación de los pagos realizados durante la fase de ejecución del convenio. a'. Las causas de revocación de los pagos. a". La contravención del convenio. b". La alteración de la igualdad de trato de los acreedores. c". El fraude. b'. La naturaleza de la acción de revocación de los pagos. B) Los mecanismos de reintegración propios de cualquier procedimiento concursal. a) Sobre la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal. b) La apertura de la fase de liquidación como continuación del proceso concursal que produce los efectos propios de la declaración de concurso. c) La formación de la masa activa con la apertura de la fase de liquidación. d) La delimitación de la masa activa de la liquidación. e) Acción rescisoria concursal y créditos frente a la masa en la liquidación posterior. a'. Acción rescisoria concursal y créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad. b'. Acción rescisoria concursal y otros créditos frente a la masa surgidos en la fase de ejecución del convenio. C). Los mecanismos de reintegración propios del Derecho común. Nota bibliográfica

* Este trabajo constituye una reelaboración de una parte del publicado en BELTRÁN/SANJUAN (dir.), *La reintegración de la masa activa. IV Congreso de Derecho de la insolvencia*, Cizur Menor, 2012.

1. CONSIDERACIÓN GENERAL: LOS PROBLEMAS DEL TRÁNSITO DESDE EL CONVENIO HACIA LA LIQUIDACIÓN

La función esencial del concurso de acreedores es lograr la mayor satisfacción posible de los acreedores (v. E. de M. Ley concursal)¹. Ese fin puede alcanzarse por dos caminos: el convenio y la liquidación. El convenio es un negocio jurídico entre el deudor y la mayoría de sus acreedores y sancionado por el juez que establecerá la satisfacción de los acreedores mediante quitas, esperas u otras propuestas alternativas (la conversión de los créditos en participaciones sociales, en créditos participativos, etc.). Y la liquidación constituye una fase del proceso concursal dirigida a convertir en dinero los bienes y derechos del deudor para repartir el precio entre los acreedores por el orden establecido en la Ley. Cuando en el proceso concursal se alcanza un convenio, los interesados, como parte del contenido del acuerdo, pueden establecer los mecanismos para controlar su cumplimiento (creando un órgano de vigilancia, exigiendo la autorización de los acreedores para realizar actos que pudieran poner en riesgo el pago de estos, etc.) y asegurar la efectiva satisfacción de los acreedores (fin último del concurso). Pero pueden optar también por dejar en libertad al deudor, porque confían en que realizará una gestión correcta, porque consideran que facilita la gestión de la actividad y del patrimonio y que envía al tráfico señales de normalidad, etc. Cuando el convenio resulta cumplido, el fin del concurso de acreedores habrá sido alcanzado y concluirá el procedimiento concursal. Pero, cuando queda incumplido, las expectativas de los acreedores se habrán visto defraudadas y será necesario hacer el tránsito desde el convenio hacia la otra solución del concurso, la dirigida a liquidar los bienes para repartir el precio entre los acreedores, produciéndose así la llamada conversión de la fase de convenio en fase de liquidación².

El sistema para realizar el tránsito desde el convenio hasta la liquidación puede articularse

de distintas formas, en función del modo en que el sistema jurídico haya configurado la eficacia del convenio. En este sentido, caben diversos modelos posibles: el primero, en el que la aprobación judicial del convenio (determinante de su eficacia) pone fin al procedimiento concursal y a sus efectos y, en consecuencia, el incumplimiento del convenio determina la *reapertura* del procedimiento (o la declaración de uno nuevo), del mismo modo que sucede cuando tras la conclusión del procedimiento concursal que terminó con liquidación aparecen nuevos bienes. El segundo, en el que la resolución judicial que aprueba el convenio no tiene incidencia alguna ni en el proceso de concurso ni en los efectos propios del mismo, los cuales continúan hasta la completa ejecución del acuerdo. Y, finalmente, caben sistemas híbridos, en los que la aprobación judicial del convenio (desencadenante igualmente de su eficacia) lleva aparejado el cese de los efectos de la declaración de concurso (en su totalidad o en su gran mayoría), pero no pone fin al procedimiento concursal, que continúa (en un estado más o menos latente) hasta el cumplimiento del convenio, y en los que, por lo tanto, la declaración de incumplimiento del convenio determina la *continuación del procedimiento concursal*, que es el sistema seguido por el Derecho español (v. arts. 133.2, 141 y 176.1.2º LC). La Ley concursal establece, en efecto, a este respecto que la declaración judicial de incumplimiento del convenio tiene como consecuencia —cuando dicha declaración es firme— la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143.1.5º) y, con ella, la continuación del procedimiento concursal.

En el primer y el tercer modelo —que son los únicos que presentan dificultades desde la óptica que se está contemplando aquí— el tránsito desde el convenio hasta la liquidación plantea problemas importantes en distintos ámbitos. En este momento interesa aludir a dos. Por un lado, en relación con el propio acuerdo alcanzado entre el deudor y los acreedores, surge la cuestión del mantenimiento o la eliminación de los efectos del convenio para los distintos implicados (deudor, acreedores,

garantes, etc.). Y, por otro lado, respecto de la actuación desarrollada por el deudor en la fase de cumplimiento del convenio (en ejecución del acuerdo y al margen del mismo), se plantea el problema de saber si dicha actuación debe ser respetada en la fase de liquidación o si, por el contrario, puede o debe ser revisada cuando resulte perjudicial para los acreedores que deben ser satisfechos en el procedimiento concursal.

La resolución de los problemas del primer orden se vincula a los efectos de la declaración de incumplimiento del convenio, tema que, entre nosotros, adolece de un importante déficit de regulación³. La Ley establece que la declaración de incumplimiento del convenio comportará la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos (art. 140.4), lo que supone la desvinculación de las partes del acuerdo y que los acreedores recuperan la facultad de exigir el pago de sus créditos en las mismas condiciones en que podían hacerlo antes del convenio; si bien, como regla general, pueden conservar los pagos que hubieran percibido en ejecución del convenio (v. art. 162: v. *infra*).

La solución de los problemas del segundo orden —de los que vamos a ocuparnos en este lugar— puede venir determinada por el contenido del convenio, pero depende también, de forma importante, del modo en que el sistema legal ha articulado el tránsito entre las dos soluciones del concurso (el convenio y la liquidación).

2. LA ACTUACIÓN DEL DEUDOR DURANTE LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONVENIO

La suerte, en la fase de liquidación, de la actuación desarrollada por el deudor en el período de cumplimiento del convenio viene determinada, en primer lugar, por el régimen de actuación de dicho deudor durante la fase de ejecución del convenio, el cual depende, en principio, del propio convenio. Así suce-

de tanto en sistemas en los que la eficacia del convenio pone fin al proceso concursal y a sus efectos como en aquellos en los que determina únicamente el cese de los efectos de la declaración de concurso, dejando subsistente el proceso concursal, como sucede en el Derecho español (v. arts. 133, 141 y 176.1.2º LC). Al respecto caben dos posibilidades, como se va a poner de manifiesto a continuación.

A) LA LIBRE ACTUACIÓN DEL DEUDOR TRAS LA EFICACIA DEL CONVENIO. LA DESAPARICIÓN DE LA MASA ACTIVA

La primera, que el convenio no se pronuncie sobre el particular, en cuyo caso *con la eficacia del convenio* —que se produce en la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez acuerde retrasarla hasta que alcance firmeza (art. 133.1 LC)— *el deudor recupera la facultad de administrar y de disponer libremente de sus bienes*, de las que había quedado privado o limitado con la declaración de concurso (art. 40).

En nuestro sistema jurídico, *la eficacia del convenio conlleva el cese de la mayor parte de los efectos de la declaración de concurso* y de la administración concursal (art. 133.2), cuya justificación se encuentra en el hecho de que el mantenimiento de aquellos efectos podría suponer un obstáculo para el cumplimiento del convenio⁴. En efecto, aunque en sede de eficacia del convenio la Ley realiza una declaración categórica de cese total de los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2), esa declaración viene matizada en diversos lugares de la misma⁵. En primer lugar, aparece desmentida en la misma sede, al señalar que, a pesar de su cese, los administradores concursales continúan legitimados para proseguir los incidentes en tramitación hasta su completa terminación (v. art. 133.3), entre los cuales pueden encontrarse algunos que son efectos de la declaración de concurso por expresa declaración legal (v. gr., los relativos a las acciones frente a los actos perjudiciales para la masa, a las acciones de anulabilidad frente a los actos contrarios a las

limitaciones patrimoniales, etc.). Y, en segundo lugar, aquella declaración aparece corregida también en el marco de la regulación de los efectos de la declaración de concurso, en la cual existen diversas normas que establecen o presuponen que hay efectos de la declaración de concurso que continúan tras la eficacia del convenio, hasta la conclusión del concurso (v. arts. 50.2 y 3, 51bis, 59bis, etc.). Si bien el análisis particularizado de estas normas pone de manifiesto que, *en muchos casos*, no pueden ser interpretadas en sentido literal, puesto que aunque afirman que el efecto de la declaración de concurso de que se trate sigue vigente durante la fase de ejecución del convenio, hasta la conclusión del concurso, lo cierto es que *con la eficacia del convenio el efecto de la declaración de concurso queda sustituido por los efectos del convenio o sencillamente desaparece*. Por poner sólo algunos ejemplos, el artículo 40.7 prevé la sanción de anulabilidad para los actos contrarios a la intervención o a la suspensión (efectos de la declaración de concurso para el deudor) estableciendo que la acción de anulabilidad “caducará con el cumplimiento del convenio”, lo que parece suponer que la acción puede ejercitarse durante la fase de ejecución del convenio. Pero, en la práctica, si en el convenio no se ha establecido nada respecto del ejercicio de dicha acción, no podrá ejercitarse tras la eficacia del convenio, porque no existirá un sujeto legitimado para ejercitarla. Y lo mismo sucede con otros efectos de la declaración de concurso que, según la letra de la Ley, parecen seguir vigentes hasta la conclusión del concurso. Piénsese, v. gr., en la suspensión del derecho de retención sancionada por el nuevo artículo 59bis. Este precepto parece presuponer que ese efecto del concurso existe hasta la conclusión del concurso (apartado 2º), momento en el cual deberán restituirse al titular del derecho, cuyo crédito no hubiera sido satisfecho íntegramente, los bienes y derechos sobre los que recae el derecho de retención que no hubieran sido enajenados en el procedimiento concursal. Sin embargo, en la práctica el acreedor titular del derecho de retención quedará sometido al convenio y cabe la posibilidad de un convenio de espera en el que se establezca que el deudor restituirá

al acreedor titular del derecho de retención los bienes hasta el cumplimiento del convenio.

Y entre los efectos de la declaración de concurso que desaparecen con la eficacia del convenio se encuentran las limitaciones patrimoniales. El cese de las limitaciones patrimoniales (la intervención o la suspensión) con la eficacia del convenio no ofrece dudas⁶. En primer lugar, porque su existencia presupone la de la administración concursal, que cesa por expresa disposición legal con la eficacia del convenio (v. art. 133.3); pues aunque la administración concursal continúa legitimada para ejercer algunas funciones, entre ellas no está la administración y la disposición del patrimonio del deudor ni el control de dichas facultades. Y, en segundo lugar, porque, si no cesaran las limitaciones legales de las facultades de administrar y de disponer, no tendría sentido que la Ley dijera que en el convenio pueden establecerse medidas prohibitivas o limitativas de tales facultades de carácter convencional (art. 137: v. *infra*).

La extinción de las limitaciones patrimoniales derivadas de la declaración de concurso con la eficacia del convenio tiene consecuencias importantes. La primera de ellas es que, a falta de cláusula del convenio en sentido contrario, *el deudor recupera la libre administración y disposición de sus bienes*. Y la segunda y vinculada con la anterior, conlleva *la desaparición de la masa activa*. La existencia de la masa activa es, en efecto, una consecuencia de las limitaciones patrimoniales derivadas de la declaración de concurso; de la intervención o de la suspensión, que no afectan a todos los bienes del deudor, sino únicamente a los destinados a la satisfacción de los acreedores (v. art. 76.2), dando lugar a un patrimonio separado destinado a ese fin específico y sometido a un determinado régimen de administración y de disposición (v. arts. 40 y 43). Y, por lo tanto, dicha masa desaparece como efecto del cese de las limitaciones patrimoniales desencadenadas por la declaración de concurso o establecidas por el juez a lo largo de la tramitación del concurso, modificando el efecto establecido por la Ley⁷.

El hecho de que algunas obligaciones surgidas tras la eficacia del convenio (durante la fase de ejecución del mismo) tengan la consideración de deudas de la masa en la liquidación posterior (v. gr., los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad o los derivados del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que continúa: v. art. 84.2.11º y 5º) no significa que durante la fase de cumplimiento del convenio siga existiendo la masa activa. Esos créditos (o esas deudas si se mira desde la perspectiva del deudor) tienen la consideración de créditos contra la masa por expresa declaración legal; no porque siga existiendo la masa activa tras la eficacia del convenio. La existencia de la masa activa no es un presupuesto indispensable para la existencia de créditos frente a la masa, como lo demuestra el hecho de que haya créditos que tienen la condición de créditos contra la masa y que tienen su origen en un momento en el que no existía concurso de acreedores ni, en consecuencia, masa activa (v. gr.: los créditos salariales de los treinta días anteriores a la declaración de concurso o los derivados de contratos que son rehabilitados por la administración concursal: v. art. 84.2.1º y 7º).

B) LA LIMITACIÓN EN EL CONVENIO DE LA ACTUACIÓN DEL DEUDOR EN LA ESFERA PATRIMONIAL

La segunda posibilidad es que *el convenio incluya cláusulas mediante las cuales se limite el ejercicio por el deudor de las facultades de administrar y de disponer de los bienes hasta que se cumpla el citado convenio*. La introducción de estas medidas en el convenio se justifica porque, aunque las partes han alcanzado un acuerdo sobre el modo, el tiempo y la cuantía de la satisfacción de los acreedores, estos no han sido efectivamente satisfechos (fin último del procedimiento concursal) y el deudor podría realizar actos y negocios que pusieran en peligro la efectiva ejecución del acuerdo.

En esas circunstancias, el sistema jurídico autoriza a los interesados en el convenio a sustituir las limitaciones legales al ejercicio de las

facultades patrimoniales del deudor que cesan con la eficacia del convenio por limitaciones convencionales, en los términos que se consideren suficientes para asegurar que el deudor no va a realizar actos que pongan en riesgo el cumplimiento del convenio (arts. 132.3 y 137); aunque lo mismo sucedería en ausencia de tal autorización, al amparo del principio de autonomía de la voluntad que rige, dentro de ciertos límites, en materia de contenido del convenio (v. E. de M. LC y art. 100 LC). A este respecto, es imaginable la creación de un órgano de vigilancia del cumplimiento del convenio o el establecimiento de medidas por cuya virtud el deudor no podrá realizar sin la autorización de una comisión de acreedores o de otro sujeto cualquier acto de administración o de disposición —de forma semejante a lo que sucede en el caso de intervención desde la declaración de concurso hasta la aprobación del convenio— o aquellos actos y negocios que supongan un determinado nivel de riesgo.

La posibilidad de introducir medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer en el convenio supone otorgar a los acreedores una importante arma para controlar los actos del deudor posteriores a la eficacia del convenio, puesto que dichas medidas pueden llegar a tener una *portada bastante amplia, abarcando la práctica totalidad de los actos de naturaleza patrimonial*.

3. EL SISTEMA DE REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA EN LA LIQUIDACIÓN

La declaración judicial de incumplimiento del convenio determina la apertura de la liquidación (art. 143.1.5º) y supone, como se ha indicado, la “rescisión” del convenio con la consiguiente “desvinculación” de las partes y la desaparición de los efectos que hubiera producido sobre los créditos (quitas, esperas, etc.: art. 140.4). Pero no comporta, en línea de principio, la eliminación de los actos realizados por

el deudor en la fase de ejecución del convenio. La “rescisión” del convenio no tiene efectos retroactivos, como lo demuestra la presunción de legitimidad y el principio de conservación de los pagos realizados por el deudor en el período de cumplimiento del convenio (art. 162: v. infra)⁸. Ahora bien, eso no quiere decir que no pueda atacarse la eficacia de los actos efectuados por el deudor en dicho período cuando resulten perjudiciales para los acreedores.

El sistema de reintegración de la masa activa (dirigido a devolver a la misma lo que ha salido indebidamente del patrimonio del deudor) *se compone*, en los casos de apertura de la liquidación motivada por el incumplimiento del convenio, *de distintas piezas*: unas son específicas de los concursos en los que se ha alcanzado una solución convenida; otras son las propias de cualquier proceso concursal, y, otras, en fin, son las generales del Derecho común.

A) LOS MECANISMOS DE REINTEGRACIÓN ESPECÍFICOS DE LOS CONCURSOS EN LOS QUE HA EXISTIDO UN CONVENIO EFICAZ

a) La acción de ineficacia de los actos contrarios a las limitaciones convencionales

Una de las vías para reintegrar la masa activa de la liquidación tras el incumplimiento del convenio es la *acción de ineficacia*, llamada por la Ley “acción de reintegración”, que puede ejercitarse frente a los actos contrarios a las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer introducidas en el convenio (v. art. 137.2). La llamada “acción de reintegración” puede ejercitarse sin necesidad de solicitar la declaración judicial de incumplimiento del convenio⁹, pero también puede hacerse tras la declaración judicial de incumplimiento del convenio y la consiguiente apertura de la liquidación. Se trata de un mecanismo propio de aquellos concursos en los que se ha alcanzado un convenio que ha incluido medidas limitativas o prohibitivas que, posteriormente, han resultado incumpli-

das. El convenio puede incidir así de forma importante en el sistema de reintegración de la masa activa en la liquidación: los interesados (deudor y acreedores) pueden regular en el convenio, como parte de su contenido, la actuación del deudor en la fase de ejecución del convenio y determinar, en consecuencia, los mecanismos para devolver a la masa los bienes que hubieran salido de ella indebidamente.

La acción que puede entablarse frente a los actos contrarios a las medidas prohibitivas o limitativas realizados por el deudor en la fase de ejecución del convenio es una *acción de ineficacia*; una acción dirigida a la declaración de la ineficacia de los actos o negocios, *cuyo fundamento se encuentra precisamente en la infracción* de las prohibiciones o limitaciones establecidas en el convenio. No se trata de una acción basada en el simple perjuicio que dichos actos o negocios puedan ocasionar a los acreedores (como sucede con la acción rescisoria concursal del art. 71) o en el fraude (como en el caso de la revocatoria ordinaria)¹⁰, aunque, en la práctica, la acción sólo se haga valer cuando dichos actos o negocios resulten perjudiciales para la masa activa, al igual que ocurre también con los actos contrarios a la intervención y a la suspensión. Esto tiene consecuencias importantes, puesto que, para ejercitar la acción, bastará con alegar la infracción de la medida prohibitiva o limitativa; no será necesario demostrar el perjuicio que acarrea para los acreedores ni el fraude de sus derechos.

El hecho de que la Ley califique la acción contra los actos contrarios a las medidas prohibitivas o limitativas como “acción de reintegración” no significa que su naturaleza se asemeje a la de la rescisoria concursal del artículo 71. La expresión “acción de reintegración” no se utiliza con un sentido técnico preciso en la Ley Concursal, sino con carácter general para aludir a una acción cuyo ejercicio tiene como consecuencia la restitución o la devolución a la masa de un bien que ha salido de ella por distintas vías y cuyo fundamento puede encontrarse en la infracción de una norma, en un vicio del consentimiento, en el perjuicio o en el fraude (v. la rúbrica del art. 71 y arts. 71.7, 73.2 y

3, 151, 153, etc.)¹¹. En el caso de los actos y negocios contrarios a las medidas prohibitivas o limitativas, el fundamento de la devolución o restitución a la masa está en la ineficacia del acto o negocio por haber sido realizado por un sujeto que carecía de facultades por haber sido privado (o limitado) de ellas en el convenio. En efecto, dado que, como consecuencia de las medidas prohibitivas o limitativas, los actos contrarios son realizados por sujetos que carecen de facultades para ello (o para hacerlo en las condiciones en que los realizaron), lo coherente es considerar que la restitución o devolución es una consecuencia de la ineficacia (de la falta de efectos) del acto realizado en contra de la prohibición o de la limitación establecida en el convenio y no del fraude o del perjuicio que dicho acto pueda ocasionar a los acreedores: si un sujeto carece del libre ejercicio de la facultad de disponer, el acto que realice no producirá el efecto dispositivo o lo producirá de una forma claudicante o provisional; la disposición será ineficaz y la ineficacia tendrá como consecuencia la restitución o devolución del bien al patrimonio del concursado¹². Esto es, la restitución, devolución o reintegración, como dice la Ley, es una consecuencia de la ineficacia del acto¹³. En este sentido, lo que hace la norma es permitir que los interesados en el convenio prolonguen la situación en la que se encontraba el concursado antes de la aprobación del convenio; de manera que la prohibición legal o judicial de disponer y de administrar que finaliza con la aprobación judicial del convenio (art. 133.2 LC) se sustituye por una *prohibición de disponer y de administrar convencional*.

La limitación convencional de las facultades de administrar y de disponer constituye una *cláusula potestativa* del convenio; de manera que puede no existir. En tal caso, tras el incumplimiento del convenio (por infracción de cualquiera de las cláusulas incluidas en el mismo) y la subsiguiente apertura de la liquidación no existirá esta acción de reintegración de la masa frente a los actos de administración y de disposición realizados por el deudor tras la eficacia del convenio. La impugnación de dichos actos, en el caso de que sean perjudicia-

les para los acreedores, deberá intentarse por otras vías.

b) La acción de revocación de los pagos realizados durante la fase de ejecución del convenio

Otro mecanismo para reintegrar la masa activa en la liquidación es la acción de *revocación de los pagos realizados*, en el marco del cumplimiento del convenio, *por el deudor a los acreedores* cuando se pruebe “la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores” (art. 162), que tendrá como consecuencia la restitución de lo cobrado. A la hora de afrontar la eficacia en la liquidación de los pagos recibidos por los acreedores durante la fase de cumplimiento del convenio y en ejecución del mismo, la Ley parte de la *presunción de legitimidad de los pagos y su conservación por los acreedores que los hubieran recibido*; cuya razón de ser se encuentra en consideraciones prácticas y de economía procesal, la complicación y la inutilidad de restituir los pagos para volver a realizarlos, así como en lo razonable de conservar aquello que ha sido aceptado por la voluntad mayoritaria de los acreedores y del deudor¹⁴. La presunción de legitimidad y el principio de conservación o retención no se refieren a todos los pagos realizados por el deudor durante la fase de cumplimiento del convenio, sino sólo a los efectuados *en ejecución del convenio*; a los *pagos comprometidos* en el convenio, ya sea de créditos concursales, de créditos frente a la masa o de otros créditos nacidos tras la aprobación del convenio, pero contemplados expresamente en el mismo (v. gr., el de los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad), que son los que fueron aprobados por la mayoría de los acreedores y por el juez.

a'. Las causas de revocación de los pagos

La presunción de legitimidad de los pagos realizados en cumplimiento del convenio es

una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada mediante sentencia firme de revocación cuando se pruebe la existencia de alguna de las circunstancias previstas en la Ley.

a". La contravención del convenio

Una de las causas de revocación contempladas por la Ley es la *contravención del convenio*. El pago puede revocarse cuando se pruebe su contravención al convenio, sin necesidad de probar que dicho pago perjudica a los acreedores y ni siquiera que se hubieran realizado con la intención de perjudicarles¹⁵.

Para determinar si existe contravención del convenio es necesario atender al *contenido* del convenio (las quitas, las esperas, las operaciones societarias de modificación de estatutos o de modificaciones estructurales, etc.) y al *plan de pagos* que debe acompañarlo (art. 100.4). *No existirá*, por tanto, *contravención del convenio si el pago fue realizado conforme al mismo, aunque pudiera ser contrario a las reglas de la liquidación posterior*¹⁶. En cambio, habrá contravención del convenio cuando exista discordancia entre las disposiciones del convenio y el plan de pagos, por un lado, y el pago efectivamente realizado, por otro. Como regla general, existirá contravención del convenio cuando se aprecie una falta de observancia de las disposiciones del convenio relativas a la *cuantía*, el *tiempo*, el *medio de pago*, el *orden* o el *lugar* del pago¹⁷. Aunque *no cualquier contravención del convenio* es relevante para desvirtuar la presunción de legitimidad de los pagos realizados: si el pago fue efectuado respetando escrupulosamente el convenio, excepto en lo relativo al tiempo del pago, porque se ha pagado más tarde de lo previsto, no podrá impugnarse, porque se ha pagado algo debido y exigible. Lo mismo hay que entender si, en un convenio de quita, se paga una cantidad inferior a la prevista.

Para que pueda ejercitarse la acción de revocación del pago por contravención del convenio *es necesario que exista interés en ella*, lo cual no sucederá cuando el pago fuera conforme con las reglas de la liquidación y, tras

su restitución, hubiera que volver a realizarlo, por existir en la masa de la liquidación bienes suficientes para pagar al acreedor que percibió el pago en contravención al convenio y a los demás que deban cobrar en la liquidación en la misma medida¹⁸. En definitiva, el pago realizado en contravención al convenio será revocable cuando resulte perjudicial para los demás acreedores.

b". La alteración de la igualdad de trato de los acreedores

La segunda circunstancia que permite la revocación de los pagos es la alteración de la igualdad de trato de los acreedores: los pagos realizados en cumplimiento del convenio pueden ser revocados si se prueba la alteración de la igualdad de trato de los acreedores, aun cuando no supongan una contravención del convenio.

Para que un pago pueda suponer *una alteración de la igualdad de trato de los acreedores* y, por lo tanto, pueda ser revocado es necesario que exista un deber previo de tratar a los acreedores de forma igualitaria, algo que *sólo sucederá cuando los acreedores se encuentren en la misma situación*. Si, de conformidad con el convenio, los acreedores no están en la misma situación (v. gr., porque se ha establecido un trato singular para uno o varios acreedores ordinarios: art. 125), el hecho de que uno de ellos reciba un pago que no perciben los otros no supondrá una alteración de la igualdad de trato. *La alteración (o no) de la igualdad de trato de los acreedores por medio de un pago debe determinarse teniendo en cuenta a los demás acreedores que, según el convenio, se encuentran en su misma situación*¹⁹. Si las condiciones en las que están los acreedores son diferentes, el principio de igualdad de trato no entra en aplicación.

Para determinar si los acreedores se encuentran o no en la misma situación y, por lo tanto, entra en juego el deber de igualdad de trato *hay que atender a lo establecido en el convenio* y no a lo previsto por la Ley para la liquidación, que puede ser distinto²⁰. Por ejemplo, de conformidad con la Ley, en la liquidación todos

los acreedores ordinarios están en idéntica situación y deben cobrar a prorrata (art. 157.2); en cambio, también de acuerdo con lo establecido por la Ley, uno o varios acreedores ordinarios pueden recibir un trato singular en el convenio (art. 125.1), en cuyo caso no puede afirmarse que estos acreedores se encuentran en la misma situación que los demás acreedores ordinarios²¹. Para dilucidar si hay alteración de la igualdad de trato de los acreedores hay que atender a lo establecido por el convenio, porque lo que se está juzgando es la *legitimidad de los pagos realizados en cumplimiento del convenio* y estos deben hacerse atendiendo al convenio y no a las reglas de la eventual liquidación posterior. Esto tendrá como consecuencia *la conservación de los pagos que respeten la igualdad de trato establecida en el convenio, aunque resulten contrarios a las reglas (de igualdad o de prelación) de pago de la liquidación*²².

Ahora bien, no todo pago que suponga una alteración de la igualdad de trato de los acreedores tendrá como consecuencia su revocación. La revocación del pago sólo será necesaria cuando la alteración de la igualdad de trato se traduzca en un *trato discriminatorio* de uno o varios acreedores que se encuentran en la misma situación que los que han cobrado. No tiene sentido revocar el pago cuando existen otros instrumentos menos costosos para evitar el trato discriminatorio. Y ese instrumento consiste en impedir que los que, en ejecución del convenio, cobraron cantidades que no han percibido los demás que se encuentran en la misma situación participen en los cobros de las operaciones de liquidación en tanto que los acreedores de su misma condición no hayan recibido un porcentaje equivalente. La Ley prevé expresamente esa forma de actuar cuando los acreedores hubieran recibido en ejecución del convenio pagos cuya presunción de legitimidad no hubiera quedado desvirtuada por alguna de las causas contempladas en ella (fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores: art. 162.2). Pero no hay inconveniente en proceder de la misma manera cuando el pago supone una infracción de la igualdad de trato

de acreedores de la misma condición (porque unos recibieron los pagos y otros no), siempre que la conservación del pago no suponga un trato discriminatorio de los acreedores, que es lo que quiere evitar la Ley. En apoyo de esta interpretación pueden señalarse consideraciones prácticas y de economía procesal: no tiene sentido ejercitar las medidas correspondientes conducentes a la restitución de un pago por un acreedor que va a recibirlo inmediatamente en la fase de liquidación. En definitiva, habrá una alteración de la igualdad de trato de los acreedores que justificará el ejercicio de una acción de revocación del pago cuando uno o varios acreedores hayan cobrado una cantidad superior a la que van a cobrar los acreedores de su misma condición en la liquidación.

Además de los pagos que supongan una discriminación de los acreedores que se encuentran en la misma situación, son revocables también, aunque no lo diga expresamente la Ley, los pagos que representen una *alteración del orden de prelación del pago establecido en la Ley para los casos de convenio*. Piénsese, por ejemplo, en un pago realizado a un acreedor subordinado en la fase de cumplimiento de un convenio de espera cuando todavía no se ha pagado a todos o a algunos de los acreedores ordinarios. Se trata de un supuesto en el que no existe en sentido estricto una contravención del convenio, sino de la Ley, que establece que los acreedores subordinados quedan sometidos a las mismas esperas que los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los ordinarios (art. 134.1.II). En este caso, sin embargo, se trataría con toda probabilidad de un pago realizado en fraude de los acreedores ordinarios y podría ser revocado por esta causa. Pero, en el hipotético supuesto de que pudiera entenderse que el pago no se realizó con ánimo de defraudar al resto de los acreedores, sino por error, sería revocable igualmente, pues no tendría sentido que un pago pueda revocarse porque vulnera el deber de igualdad de trato de los acreedores que se encuentran en la misma situación y que, sin embargo, no pudiera revocarse cuando se vulnera el orden

de pago establecido por la Ley y que necesariamente debe respetar el convenio. Si la Ley quiere que se respete la igualdad de trato de los acreedores que se encuentren la misma situación, parece razonable entender que desea que se respete también el orden de prelación establecido por la ley para el caso de convenio.

c". El fraude

La última causa —primera en la enumeración legal— de revocación de los pagos prevista por la Ley es el fraude: son revocables los pagos realizados con fraude. El fraude considerado por la norma es el *fraude subjetivo* (integrado por un elemento objetivo, el daño o lesión del derecho de crédito, y un elemento subjetivo, el *consilium fraudis*, la connivencia entre el deudor y el acreedor perceptor)²³, pues el pago objetivamente fraudulento —según el régimen común: art. 1292— realizado a un acreedor sometido al convenio queda incluido en la causa de revocación consistente en la contravención del convenio.

De pagos objetivamente fraudulentos (como causa autónoma de revocación) puede hablarse únicamente cuando los *destinatarios de los mismos no son acreedores contemplados en el convenio* (v. gr., un acreedor cuyo crédito nació después de la aprobación del convenio, que recibe el pago antes del vencimiento y cuando existía ya una imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos en el convenio y otras obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio); pero el artículo 162 no se refiere a ellos, pues únicamente está pensando en los pagos realizados en cumplimiento del convenio. Eso no quiere decir que tales pagos no puedan ser rescindidos; podrán serlo al amparo del régimen común (art. 1292 Cc). Y lo mismo sucederá con otros pagos realizados a acreedores no contemplados en el convenio con el propósito de perjudicar a los acreedores previstos en el citado convenio teniendo conocimiento de ello los acreedores perceptores.

En la práctica, en la mayor parte de los casos, los pagos realizados (a acreedores contemplados en el convenio) en fraude de otros

serán pagos efectuados en contravención del convenio y/o alterando la igualdad de trato de los acreedores; si bien no hay que descartar la posibilidad de la existencia de pagos que, sin ser contrarios al convenio y sin suponer una alteración de la igualdad de trato de los acreedores, hayan sido realizados con la intención de lesionar los derechos de los demás acreedores o al menos conociendo o debiendo conocer dicha lesión, tanto el deudor como el acreedor que recibe el pago. V. gr., el deudor paga un crédito vencido según el convenio a un acreedor ordinario que ha recibido un trato singular consistente en cobrar antes que otros, sabiendo que no puede cumplir el convenio con respecto a los demás acreedores porque se encuentra nuevamente en una situación de insolvencia; en lugar de cumplir con el deber legal de solicitar la apertura de la liquidación (art. 142.2), realiza el pago con el fin de beneficiar a dicho acreedor, conociendo ambos (acreedor perceptor y deudor) el perjuicio que dicho pago supone para el resto de acreedores de su misma clase y para el resto de los acreedores²⁴.

b'. La naturaleza de la acción de revocación de los pagos

La acción dirigida a la revocación de los pagos realizados en fase de cumplimiento del convenio tiene *naturaleza rescisoria*. En el supuesto de los pagos efectuados en fraude, la naturaleza rescisoria de la acción no admite duda; se trata de un supuesto de revocatoria ordinaria o pauliana. Pero también en el caso de las otras dos causas de revocación (la contravención al convenio y la alteración de la igualdad de trato de los acreedores) puede defenderse la naturaleza rescisoria de la acción, sea sobre la base del fraude, sea sobre la base del perjuicio.

En efecto, en el supuesto de los pagos realizados en contravención al convenio, se tratará de pagos realizados en fraude en la mayor parte de los supuestos; serán pagos lesivos de los derechos de los demás acreedores cuyo carácter será conocido o debido conocer tanto por el deudor como por el acreedor perceptor (fraude subjetivo).

vo) y, por lo tanto, podrán impugnarse conforme al régimen común. En algunos casos dichos pagos podrán ser calificados también como pagos objetivamente fraudulentos y, por lo tanto, como pagos rescindibles igualmente por aplicación de las reglas comunes (art. 1292 Cc). Así sucederá, por ejemplo, cuando la contravención al convenio consista en pagar a un acreedor más de lo contemplado en él (en pagar algo no debido de conformidad con el convenio, porque ha sido objeto de quita), o en pagarle antes de la fecha de espera prevista si en el momento de realizar los pagos el deudor se encontrara nuevamente en situación de insolvencia, pues es evidente que en ambos casos se trataría de pagos a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos.

Pero incluso en aquellas hipótesis en las que los pagos realizados en contravención al convenio o alterando la igualdad de trato de los acreedores no pudieran ser rescindidos al amparo del régimen común (porque no pueda hablarse ni de fraude ni de actos objetivamente fraudulentos), debe defenderse la naturaleza rescisoria de la acción, en base al *perjuicio* que suponen para los demás acreedores. En apoyo de esta interpretación puede señalarse la propia terminología legal, que habla, ante la concurrencia de cualquiera de las causas señaladas, de “revocación de los pagos”.

Las acciones de revocación de los pagos realizados en contravención al convenio o alterando la igualdad de trato de los acreedores son *acciones revocatorias concursales específicas de esta fase del procedimiento*²⁵, que tienen como fundamento último el perjuicio que acarrearán al resto de los acreedores. Si se miran bien las cosas y se dejan fuera los casos en que exista fraude, también cuando se trata de la revocación de los pagos realizados en cumplimiento del convenio, la acción o acciones revocatorias tienen como presupuesto el perjuicio, pues sólo podrán ejercitarse cuando, de no hacerlo, se ocasionara un daño a los demás acreedores (v. *supra*).

Cuestión distinta es que el concepto de perjuicio, presupuesto de estas acciones, no coincida necesariamente con el de la acción

rescisoria concursal del artículo 71 prevista para los actos realizados en el período previo al concurso. En efecto, mientras que en el ámbito del artículo 71 es controvertido si el perjuicio se refiere a la masa activa (perjuicio en sentido estricto) o si se extiende también a la masa pasiva, considerando como tal la ruptura del principio de igualdad de trato de los acreedores (perjuicio en sentido amplio)²⁶, en *el ámbito de los pagos realizados en cumplimiento del convenio* la Ley establece de forma clara que pueden rescindirse los pagos de obligaciones vencidas según el convenio que supongan una alteración de la igualdad de trato de los acreedores, en la medida en que esta alteración conlleve que no todos los acreedores que se encuentran en la misma situación van a cobrar lo mismo. Se trata de un *supuesto especial de revocatoria*, frente al régimen común (según el cual se consideran objetivamente fraudulentos los pagos de obligaciones no vencidas: v. arts. 1292 Cc) y también frente a la revocatoria concursal prevista para el tiempo anterior a la declaración de concurso, de entender que el artículo 71 acoge el concepto de perjuicio en sentido estricto, y *que seguramente encuentra su justificación en la especial situación en la que se encuentra el deudor en fase de cumplimiento del convenio* alcanzado con los acreedores. Ahora bien, la revocación de los pagos que vulneran la igualdad de trato de los acreedores en el marco del cumplimiento del convenio no plantea los graves problemas de seguridad del tráfico que suscitaría en relación con los pagos anteriores a la declaración de concurso, puesto que no tiene carácter general, sino que está limitada a los pagos realizados en ejecución del convenio.

B) LOS MECANISMOS DE REINTEGRACIÓN PROPIOS DE CUALQUIER PROCEDIMIENTO CONCURSAL

a) Sobre la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal

Pero las posibilidades de reintegrar la masa activa a través de los instrumentos anterior-

res pueden ser limitadas. Primero, porque las medidas prohibitivas o limitativas pueden no existir y aunque existan, para poder atacar un acto a su amparo, es preciso que el acto de que se trate caiga en el ámbito de aplicación de dichas medidas y que éstas hayan resultado infringidas por el acto en cuestión. Y, segundo, porque la revocabilidad (*concurzal*) de los pagos realizados en fraude, en contravención al convenio o que supongan una alteración de la igualdad de trato de los acreedores únicamente alcanza a los pagos que se realicen en ejecución del convenio (art. 162); no se extiende a otros pagos u otros negocios distintos (v. gr., negocios de disposición, constitución de garantías, etc.) realizados por el deudor tras la eficacia del convenio y que pueden resultar perjudiciales para la masa activa.

En esa situación es de suma importancia disponer de otros mecanismos de reintegración que permitan devolver a la masa los bienes que salieron indebidamente de ella en el período comprendido entre la eficacia del convenio y la apertura de la liquidación.

Entre los posibles instrumentos se encuentra, a nuestro modo de ver, la *acción rescisoria concursal*, que, en el sistema legal, constituye un efecto de la declaración de concurso que permite rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta (art. 71.1); pero que en el caso de apertura de la liquidación determinada por el incumplimiento del convenio permitiría atacar los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en la fase de ejecución del convenio.

Las posibilidades de recurrir a ese mecanismo dependen, al menos en principio, de la articulación de la eficacia del convenio por el sistema jurídico. Si ésta ha sido configurada como un supuesto de conclusión del concurso, el incumplimiento del convenio determinará la reapertura del concurso o la declaración de uno nuevo y entonces operará el sistema de reintegración de la masa activa propio de la declaración de concurso. En cambio, si la

eficacia del convenio no comporta la conclusión del concurso (sino su subsistencia), no es tan evidente que resulten de aplicación los mecanismos de reintegración de la masa activa vinculados a la *declaración de concurso*. La Ley española establece que, abierta la fase de liquidación, “seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III” de la Ley Concursal (art. 147 LC), entre las cuales se encuentran las reguladoras de la acción rescisoria concursal. A la vista de ello, es claro que, tras la apertura de la liquidación, podrá ejercitarse la acción rescisoria concursal frente a los *actos perjudiciales* para la masa activa *realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso* que no hubieran sido entabladas antes de la eficacia del convenio o que hubieran cesado o hubieran quedado en suspenso con la misma.

Pero la articulación legal de la eficacia del convenio permite defender también en nuestro sistema jurídico la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal frente a los *actos realizados por el deudor en el período comprendido entre la eficacia del convenio y la apertura de la liquidación*.

b) La apertura de la fase de liquidación como continuación del proceso concursal que produce los efectos propios de la declaración de concurso

En efecto, como se indicó con anterioridad, con la eficacia del convenio cesan los efectos de la declaración de concurso en su mayor parte (art. 133.2), pero subsiste el proceso de concurso, que continúa en un estado —más o menos— latente hasta el íntegro cumplimiento del convenio (arts. 141 y 176.1.2º). Por esa razón, la apertura de la liquidación, tras el incumplimiento del convenio, supone la *continuación del viejo proceso de concurso*, pero *desencadena los efectos propios de la declaración de concurso* que habían cesado con la eficacia del convenio. *La apertura de la liquidación lleva aparejados los efectos de la declaración de concurso*, puesto que, aunque la Ley señala que “durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las nor-

mas contenidas en el título III de esta ley” (art. 147), reguladoras precisamente de *los efectos de la declaración de concurso*, estos efectos cesaron con la eficacia del convenio (art. 133.2); y, en consecuencia, *deben producirse de nuevo con la apertura de la fase de liquidación*, en tanto no sean incompatibles con los efectos propios de esta fase (v. gr., el efecto patrimonial de la apertura de la liquidación será la suspensión y no la intervención: art. 145.1. LC; la persona jurídica concursada estará disuelta y en período de liquidación y no en vida activa: art. 145.3, etc.). A ellos vienen a añadirse los efectos específicos de la liquidación.

Y, aunque la Ley no lo indica expresamente, tras la apertura de la liquidación se aplicarán también otras normas situadas fuera del título III: las recogidas en el título II, referente a la administración concursal (ejercicio del cargo, responsabilidad, etc.) y, al menos parcialmente, también las incluidas en el título IV, relativo, entre otras cosas, a la determinación de la masa activa²⁷. Cuando la apertura de la liquidación tiene lugar tras haber desaparecido los efectos de la declaración de concurso, estos deben producirse nuevamente y llevan aparejada la aplicación (por lo menos parcialmente) de las normas del título IV que están claramente relacionadas con tales efectos.

La apertura de la liquidación posterior al incumplimiento del convenio no es una simple continuación del concurso como la que tiene lugar cuando la fase de liquidación se abre sin haberse alcanzado un convenio. En este último caso, con la liquidación *continúa el proceso concursal* y *continúan los efectos de la declaración de concurso* en tanto no sean incompatibles con los de la liquidación.

La liquidación motivada por el incumplimiento del convenio tampoco es, en puridad, una reapertura, considerando como tal la de un *proceso de concurso que había terminado* por alguna de las causas establecidas en la Ley (v. arts. 176 y 176 bis) *y con él habían finalizado también sus efectos*.

En el caso de apertura de la liquidación tras el incumplimiento del convenio, *continúa el*

proceso de concurso que estaba en estado —más o menos— latente durante la fase de ejecución del convenio, pero *los efectos* de la declaración de concurso (que habían cesado con la eficacia del convenio) *surgen de nuevo*.

La apertura de la fase de liquidación en un concurso en el que se alcanzó un convenio que después es declarado incumplido *produce los mismos efectos que una declaración de concurso con dos especialidades*. Por virtud de la primera, se producirán únicamente los efectos de la declaración de concurso que no sean incompatibles con los propios de la apertura de la liquidación (la prohibición de las ejecuciones individuales, el deber de puesta a disposición de los órganos concursales de los libros y papeles del deudor, etc.). Y, de conformidad con la segunda, a los efectos de la declaración de concurso se unen los propios de la fase de liquidación (v. gr., el vencimiento anticipado de los créditos aplazados, la conversión en dinero de los créditos que consistan en otras prestaciones, etc.: art. 146 LC). Podría pensarse así que la situación es parecida a la que tiene lugar cuando el deudor solicita con el concurso la liquidación, pues en tales supuestos el juez está obligado a abrir la fase de liquidación en los diez días siguientes (art. 142.1), produciéndose entonces todos sus efectos.

Sin embargo, los problemas que surgen cuando se abre la liquidación tras el incumplimiento del convenio son bastante más complejos que cuando se trata de una simple declaración de concurso con apertura inmediata de la liquidación, puesto que, al haber cesado con la aprobación del convenio la casi totalidad de los efectos de la declaración de concurso, se plantea el problema del tratamiento que haya que darse a la *actuación del concursado y a las relaciones jurídicas que hayan surgido en el intervalo existente entre la eficacia del convenio y la apertura de la fase de liquidación*. Y es esta actuación del concursado en dicho período la que viene a *complicar el viejo proceso de concurso*, introduciendo *elementos nuevos* en el mismo, y a aproximar este supuesto a los casos de reapertura.

c) La formación de la masa activa con la apertura de la fase de liquidación

Entre esos elementos nuevos del proceso concursal se encuentra la constitución de *una nueva masa activa*. La existencia de la masa activa del concurso es, como ya se ha señalado, una consecuencia del sometimiento del deudor a las limitaciones patrimoniales consistentes en la intervención o en la suspensión en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes destinados a la satisfacción de los acreedores y, por lo tanto, desaparición con el cese de los efectos patrimoniales del concurso que lleva aparejado la eficacia del convenio (art. 133.2 LC).

La apertura de la liquidación tras el incumplimiento del convenio comporta la sumisión del concursado a la suspensión en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes (art. 145.1) y la sustitución por la administración concursal (a cuyo efecto el juez deberá reponer en el cargo a los antiguos administradores o nombrar otros nuevos: art. 154.1) y esto tendrá como consecuencia la *nueva formación de la masa activa*, la cual quedará integrada por los bienes existentes en ese momento, por los futuros y por los que se reintegren a la misma²⁸. La Ley establece que la masa activa se integra por los bienes existentes al tiempo de la declaración de concurso (art. 76), pero *la referencia a la declaración de concurso debe entenderse hecha al momento de apertura de la liquidación*. En primer lugar, porque los bienes existentes al tiempo de la declaración de concurso pueden haber salido legítimamente del patrimonio del deudor, tanto por virtud de actos de la administración concursal y del juez (durante la tramitación del concurso en el que se aprobó el convenio) como del propio deudor tras la eficacia del convenio. En este sentido, la propia Ley concursal parte de la base de que los bienes salidos del patrimonio del deudor en la fase de cumplimiento del convenio y en ejecución de éste conservan su eficacia durante la liquidación como regla general (art. 162). Y, en segundo lugar y sobre todo, porque, con la apertura de la liquidación, se desencadenan de nuevo los efectos vinculados por la Ley a

la declaración de concurso y, en consecuencia, también los relativos a la formación de la masa activa. Si todos estos efectos habían desaparecido desde la eficacia del convenio, volverán a producirse nuevamente y la fecha no puede ser otra que la de la apertura de la liquidación, que es la los desencadena.

d) La delimitación de la masa activa de la liquidación

La apertura de la liquidación ocasionada por el incumplimiento del convenio no sólo comportará la nueva formación de la masa activa; obligará también a una *nueva delimitación de la misma*. Abierta la liquidación, será preciso, en efecto, al igual que cuando se declara el concurso y como un efecto más del mismo, traer a la masa lo que salió de ella indebidamente, de la misma manera que habrá que proceder también a extraer de la masa los bienes que no deben figurar en ella por no estar destinados a la satisfacción de los acreedores (operaciones de reintegración y de reducción).

Para llegar a dicha conclusión bastaría con recordar que la propia Ley concursal establece que, abierta la fase de liquidación, “seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III” de la Ley Concursal (art. 147 LC) y entre ellas se encuentran las normas relativas a “los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa” (arts. 71 y ss.), si no fuera porque dicha norma está contemplando los actos realizados en el *período previo a la declaración judicial de concurso*.

Existen, sin embargo, poderosas razones para afirmar la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal frente a los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en el período que media entre la eficacia del convenio y la apertura de la fase de liquidación; más concretamente, que *el período de dos años* que establece el artículo 71 *puede o debe contarse* en caso de apertura de la liquidación posterior al incumplimiento del convenio *desde la apertura de la liquidación*²⁹. La primera, que esta acción otorga a la administración concursal y, subsidiariamente, a los

acreedores la posibilidad de actuar frente a los *actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en un período en el que podía actuar válidamente* y esto sucede tanto antes de la declaración de concurso como, si el convenio no establece otra cosa (v. art. 137), *tras la eficacia del convenio* y antes de que se haya abierto la fase de liquidación. Lo relevante para poder ejercitar la acción rescisoria concursal es que se trate de actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a los que se desencadenan los efectos de la declaración de concurso, en un momento, por tanto, en el que el deudor podía actuar válidamente, y esto sucede, si el convenio no dispone otra cosa, cuando actúa tras la eficacia del convenio. Y, la segunda, que *la apertura de la liquidación* tras el incumplimiento del convenio *es, desde el punto de vista de los efectos, una declaración de concurso* y, por eso, es lógico que produzca las mismas consecuencias que ésta.

Las mismas razones que existen para permitir el ejercicio de una rescisoria concursal con un régimen específico (y diferente del general) frente a los actos realizados por el deudor en el período previo a la declaración de concurso concurren cuando se trata de actos realizados por el deudor durante la ejecución del convenio en relación con los actos que no vinieran impedidos por los efectos del convenio (por las medidas limitativas o prohibitivas establecidas por el mismo). También en este período el deudor puede intentar colocar los bienes fuera del alcance de los acreedores, beneficiar a unos acreedores en perjuicio de otros, etc.³⁰. Y no hay motivo para que la tutela de los acreedores tras la apertura de la liquidación motivada por el incumplimiento del convenio sea inferior a la que obtienen cuando se declara el concurso.

e) **Acción rescisoria concursal y créditos frente a la masa en la liquidación posterior**

La afirmación de la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal frente a los actos realizados por el deudor en la fase de ejecución

del convenio exige, no obstante, despejar todavía algunas incógnitas. Más concretamente, si todos los actos y negocios celebrados por el deudor en el período comprendido entre la eficacia del convenio y la apertura de la liquidación pueden ser objeto de la acción rescisoria concursal (cuando concurren los requisitos establecidos por la Ley) o si quedarán fuera aquellos de los que han surgido créditos que en la liquidación (posterior) tienen la consideración de créditos contra la masa.

a' **Acción rescisoria concursal y créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad**

El problema se plantea, en primer lugar, con los actos y negocios por virtud de los cuales se concede crédito al concursado para financiar el plan de viabilidad, esto es, con aquellos por los que se otorga crédito al concursado o se compromete su concesión en el marco del convenio. Según el artículo 84.2.11º, tras la redacción que le fue dada por la Ley 38/2012, los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad tendrán, en caso de liquidación, la consideración de créditos contra la masa. En cambio, de conformidad con el artículo 100.5 (que ha permanecido inalterado en la reforma) dichos créditos “se satisfarán en los términos fijados en el convenio”. Aunque una lectura apresurada de ambas normas podría llevar a entender que existe una contradicción entre ellas, es lo cierto que están contemplando supuestos distintos. En efecto, el artículo 84.2.11º establece la calificación que corresponde a los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad en caso de liquidación posterior (determinada por el incumplimiento del convenio), mientras que el artículo 100.5 alude al pago de dichos créditos en la fase de ejecución del convenio. Esta última norma se refiere de forma meridiana al “cumplimiento del convenio” y, en consecuencia, al modo de satisfacción de los acreedores en ejecución del convenio, tanto de los concursales como de los postconcursoales; no contempla las hipótesis de incumplimiento

del convenio y posterior liquidación. Y, por lo tanto, hay que entender que mientras que, en caso de cumplimiento del convenio, los créditos de quienes financiaran el plan de viabilidad deben satisfacerse en la forma determinada en el convenio, en el supuesto de liquidación serán pagados en la forma establecida por la Ley (de la misma forma que sucede también con el pago de los créditos concursales), que le otorga la calificación de créditos contra la masa. No puede compartirse, por ello, la interpretación que considera que los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad tendrán la consideración de créditos contra la masa en la liquidación posterior, salvo que en el convenio se hubiera pactado otra calificación distinta para el caso de liquidación³¹.

Pues bien, si los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad fueron pagados en fase de ejecución del convenio, tales pagos gozarán de la presunción de legitimidad y serán retenidos por los acreedores perceptores; salvo que hubieran sido realizados con fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores (art. 162: v. *supra*). Si, por el contrario, dichos créditos siguen sin ser satisfechos al tiempo de la apertura de la liquidación, tendrán que ser pagados como créditos contra la masa. Y es aquí donde surge la cuestión de saber si es posible el ejercicio de la acción rescisoria concursal frente a los actos y negocios de los que surgieron tales créditos y que puedan resultar perjudiciales para la masa activa.

La Ley concursal no se refiere a este problema y, por lo tanto, habría que entender que son aplicables las reglas sobre rescisión concursal. De conformidad con ellas, serían rescindibles los negocios celebrados tras la eficacia del convenio por virtud de los cuales se concedió al concursado el crédito comprometido en el marco del convenio concursal, siempre que hubieran tenido lugar en los dos años anteriores a la apertura de la liquidación y resultaran perjudiciales para la masa activa.

La solución apuntada plantea, sin embargo, serios reparos, porque podría dar al traste precisamente con el objetivo de política legis-

lativa perseguido al atribuir a tales créditos la calificación de créditos contra la masa en la liquidación determinada por el incumplimiento del convenio, que no es otro que *facilitar la solución convenida del concurso e incentivar la concesión de crédito al concursado* en el marco del convenio concursal³². Así lo señala con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, cuando afirma que uno “de los vectores de la reforma es el que pretende favorecer la solución conservativa del concurso”. A este propósito “responde la consideración expresa de que los créditos nacidos tras la aprobación judicial del convenio han de ser, en caso de apertura posterior de la fase de liquidación, créditos contra la masa. Se trata con ello de favorecer la concesión de crédito a una empresa en fase de convenio y también como mecanismo protector de ese ‘dinero nuevo’ que contribuye a la continuidad de su actividad”.

Si tras la apertura de la liquidación posterior al incumplimiento del convenio pudiera ejercitarse la acción rescisoria concursal por el simple hecho de resultar tales negocios perjudiciales para la masa activa, no existirían sujetos dispuestos a conceder crédito al concursado para financiar el plan de viabilidad (o, por lo menos, podría constituir una rémora para ello) y, por lo tanto, *los fines perseguidos por la Ley no podrían ser alcanzados*.

En esa situación, es necesario buscar mecanismos para “salvar” de la rescisión concursal los negocios por virtud de los cuales se concedió crédito al concursado para financiar el plan de viabilidad. Y, a este respecto, es posible recurrir a la aplicación analógica de la norma que declara la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación y de los negocios y actos celebrados por el deudor al amparo del mismo en el período previo a la declaración de concurso (art. 71.6)³³. Entre el supuesto que ahora se está tratando (la financiación comprometida en el marco de un convenio concursal) y el previsto legalmente (la financiación otorgada en el marco de un acuerdo de refinanciación) hay numerosas diferencias (en un caso se trata de financiación postconcursal y en el otro de financiación preconcursal; en un supuesto

la financiación se compromete en un proceso —dotado de mayores garantías— y en el otro al margen del mismo, si bien es verdad que en algunas hipótesis puede obtener la sanción del juez, como sucede cuando los acuerdos de refinanciación obtienen la homologación judicial). Pero existen también importantes elementos comunes que son precisamente los considerados por el legislador para sancionar la irrevocabilidad y que permiten afirmar que el supuesto no previsto en la ley es semejante al regulado en la misma: la concesión al deudor de financiación que responda a un plan de viabilidad que permita la continuación de la actividad y haya obtenido la conformidad de una mayoría de acreedores y la incidencia negativa que puede tener en ella la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal. Esos elementos considerados por la Ley para declarar la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación y de los negocios y actos realizados al amparo de los mismos concurren también cuando se trata de negocios celebrados con el fin de financiar el plan de viabilidad presentado junto con el convenio concursal.

Los negocios por virtud de los cuales se concede crédito al concursado para financiar el plan de viabilidad presentado con el convenio concursal merecen, desde el punto de vista de su impugnación, la misma valoración que aquellos que responden igualmente a un plan de viabilidad y que han sido realizados en el marco de un acuerdo de refinanciación con el fin de ampliar el crédito del deudor, puesto que el ejercicio de la acción rescisoria concursal tendría las mismas consecuencias negativas que han querido ser evitadas con la norma: la desincentivación de la concesión de financiación al deudor. Por ese motivo, puede afirmarse que entre el supuesto regulado legalmente y el no regulado existe identidad de razón. Las razones de política legislativa que subyacen a la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación y de los negocios y actos realizados en ejecución del mismo concurren también cuando se trata de negocios de concesión de crédito al concursado para financiar el plan de viabilidad presentado junto con el convenio. Buena

prueba de ello es que los dos supuestos han recibido, en parte, en otros aspectos el mismo tratamiento con el que se persigue idéntico fin, esto es, incentivar la concesión de crédito al deudor para salir de la situación económica en la que se encuentra³⁴. A ese objetivo se dirige, en efecto, la atribución, con la última reforma, a ambos créditos (el de refinanciación y de financiación) de la calificación de créditos contra la masa, aunque uno de ellos, no por su totalidad, sino únicamente por el 50% (teniendo el otro 50% la calificación de crédito con privilegio general (art. 91.6º)³⁵. En este sentido, el preámbulo de la Ley 38/2011 señala, de forma clara, que con la incorporación del “privilegio del dinero nuevo” para los créditos concedidos al concursado en el marco de un acuerdo de refinanciación “se perfecciona la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo”, cuya finalidad básica fue precisamente “facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras”. Y, de la misma manera, con el “privilegio del dinero nuevo” atribuido a los créditos otorgados al concursado para financiar el plan de viabilidad tras la aprobación judicial del convenio (consistente en su consideración como crédito contra la masa por la totalidad) se pretende favorecer la concesión de crédito al deudor en *fase de convenio*³⁶. En el primer caso, con el citado “privilegio” se persigue incentivar la concesión de crédito al deudor en la *fase previa al concurso*, mientras que en el segundo se pretende hacerlo *una vez declarado el concurso*.

Y a la misma finalidad responde la declaración de irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación y de los actos y negocios celebrados en ejecución del mismo (v. la E. de M. del RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo)³⁷. Es, por ello, que la norma que la establece debe aplicarse también a los negocios celebrados para conceder crédito al concursado en el marco del convenio concursal. El hecho de que el legislador no haya sancionado expresamente la irrevocabilidad de estos negocios no se debe a que no considerara necesaria esa norma, sino seguramente a la errónea creencia de que en el período comprendido entre la eficacia del

convenio y la apertura de la liquidación no puede ejercitarse la acción rescisoria concursal. La irrevocabilidad de los negocios por cuya virtud se concede crédito al concursado para financiar el plan de viabilidad es necesaria para incentivar la concesión de crédito al deudor en esta fase³⁸.

A favor de dicha solución debe señalarse, además, que tales negocios fueron tenidos en cuenta por los distintos afectados e implicados en el procedimiento concursal, los cuales pudieron valorar entonces su eventual carácter perjudicial o no para la masa activa: los acreedores, al dar su voto o adhesión al convenio, el juez al aprobarlo y la administración concursal al evaluar el convenio y al no presentar oposición a la aprobación judicial del mismo.

b'. Acción rescisoria concursal y otros créditos frente a la masa surgidos en la fase de ejecución del convenio

Y la misma pregunta debe realizarse, en segundo lugar, en relación con los demás actos o negocios de los que surgen créditos que en la liquidación posterior al incumplimiento del convenio tienen igualmente la consideración de créditos contra la masa. Esto es lo que sucede, tras la reforma introducida por la Ley 38/2011, con los créditos surgidos en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la aprobación del convenio o los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual a partir igualmente de dicho momento. Con anterioridad a dicha modificación, la Ley fijaba el límite temporal del surgimiento de los créditos contra la masa derivados del ejercicio de la actividad o de la asunción de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual en la eficacia del convenio (v. art. 84.2, núms. 5º y 10º), pero, tras la citada reforma, son créditos contra la masa “los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso (...) hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso” (núm. 5), a los que vienen a

sumarse “los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo” (núm. 10). Modificación con la que se trata también de alguna manera de incentivar a aquellos (proveedores, financiadores...) que pudieran relacionarse con el deudor a continuar o entablar relaciones con él³⁹.

Pues bien, en el caso de los créditos nacidos en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la aprobación del convenio, hay que señalar que los negocios de los que derivan los mismos no podrán ser rescindidos por expresa declaración legal cuando puedan ser considerados como “actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial” y fueran realizados “en condiciones normales” (v. art. 71.5º), norma con la que se pretende favorecer la continuación ordinaria de la actividad profesional o empresarial por el deudor⁴⁰. Los demás, los actos extraordinarios y los que, siendo ordinarios, no fueran realizados en condiciones normales, podrán ser objeto de la acción rescisoria concursal cuando concurren los requisitos establecidos por la Ley (sean perjudiciales para la masa activa; hayan sido realizados en los dos años anteriores a la apertura de la liquidación, etc.). En primer lugar, porque no concurren razones especiales que aconsejen excluir de la rescisión dichos actos⁴¹. Y, en segundo lugar, porque se trata de actos que seguramente no pudieron ser tenidos en cuenta por los acreedores a la hora de dar su voto o adhesión al convenio (para valorar su carácter perjudicial o no); a diferencia de los actos ordinarios realizados en condiciones normales, con los que habrán contado los acreedores cuando el convenio contemplara la continuación de la actividad profesional o empresarial.

En lo que se refiere a los créditos que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado, hay que señalar que algunos de ellos (v. gr., el pago de impuestos) pueden ser considerados como actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor y, por lo tanto, quedarán fuera del ámbito de la rescisoria con-

cursal (v. art. 71.5.1º). En otros casos los créditos que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado no podrán ser objeto de la acción rescisoria concursal por su propia naturaleza (piénsese, por ej., en la obligación de reparar los daños causados en un accidente de tráfico con el vehículo dedicado al reparto de los productos elaborados por la empresa o los daños ocasionados por la emisión de humos de la fábrica, etc.); cuestión distinta es que en algunos supuestos pudieran ser rescindidos los actos o negocios de los que nacen las obligaciones derivadas de la ley.

C) LOS MECANISMOS DE REINTEGRACIÓN PROPIOS DEL DERECHO COMÚN

Junto a la acción rescisoria concursal, tras la apertura de la liquidación motivada por el

incumplimiento del convenio podrá ejercitarse también la acción revocatoria ordinaria. Y ello porque esta acción tiene como presupuesto el fraude de acreedores; su ejercicio depende únicamente de la actuación fraudulenta del deudor, con independencia de que haya tenido lugar estando subsistente el proceso concursal o no⁴². Ahora bien, la existencia del proceso concursal tiene como consecuencia algunas modificaciones en el régimen de esta acción de Derecho común (v. gr., en materia de legitimación: art. 72.1 LC)⁴³.

Y también podrán ejercitarse otras “acciones de impugnación” que procedan conforme a Derecho: v. gr., acciones de nulidad, de anulabilidad, etc., frente a actos del deudor realizados en el período comprendido entre la eficacia del convenio y la apertura de la liquidación, las cuales podrán entablarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento establecidas por el artículo 72 de la Ley concursal.

NOTAS

1. Vid., por todos, GONDRA, “Convenio y reorganización en la nueva Ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada”, en *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, p. 4596; BELTRAN, “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en Rojo/Beltrán (dir.), *Disolución y liquidación de sociedades*, Valencia, 2009, p. 459; TIRADO, “Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal” (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”, *ADCo*, 2990, tomo LXII, pp. 1083 y ss. con numerosas referencias.

2. Vid. BELTRÁN, “La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores”, *RjCat*, 2004, Núm. 3, pp. 234 y ss.; DÍAZ MORENO, “La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores”, *ADCo*, 2006, Núm. 8, pp. 31 y ss.

3. Las deficiencias de la regulación legal sobre los efectos del incumplimiento y de la nulidad del convenio han sido denunciadas por la doctrina desde la entrada en vigor de la Ley concursal (v. especialmente GUTIÉRREZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento*, Las Rozas, 2008, pp. 280 y ss.; ID., “La reforma del convenio concursal”, *RDCP*, 2011, Núm. 15, p. 83; VARA DE PAZ, “Cumplimiento e incumplimiento del convenio (arts. 137 a 141 de la Ley concursal)”, en *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, 4, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4775-4776; DÍAZ MORENO, *ADCo*, 2006, Núm. 8, pp. 32 y ss.).

4. Vid. DE LA CUESTA, *El convenio concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2004, p. 196; VALPUESTA, en Cerdón (dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, (2ª. ed.), Cizur Menor, 2010, p. 293.

5. Vid. también PULGAR, “La aprobación judicial del convenio: calificación y rescisión concursal”, *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, 2010, pp. 114 y ss.

6. Así también, entre otros, PULGAR, *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, 2010, p. 116.

7. Así también BELTRÁN, “Los créditos nacidos tras la aprobación del convenio en caso de apertura de la fase de liquidación”, *ADCo*, 2007, Núm. 10, p. 512; TIRADO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, I, Madrid,

2004, p. 1359; MORALEJO, “Los efectos anudados a la apertura de la liquidación concursal”, en García-Cruces (dir.), *La liquidación concursal*, Cizur Menor, 2011, p. 75. Contra, PULGAR, “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: Cláusulas convencionalmente pactadas”, *RDM*, 2011, Núm. 279, p. 168.

8. *Vid.* DE LA CUESTA, *El convenio*, pp. 218-219; VARA, en *Estudios de derecho concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, 4, Madrid, 2005, p. 4773; GUTIERREZ GILSANZ, *Tutela*, p. 284.

9. Así, entre otros, MARTÍNEZ FLÓREZ, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, I, Madrid, 2004, p. 2260; GUTIERREZ GILSANZ, *Tutela*, p. 257.

10. *Vid.*, sin embargo, CARRASCO, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, Madrid, 2004, p. 1506; DE LA CUESTA, *El convenio*, p. 211, y CORDON, en Cordon (dir.), *Comentarios a la ley concursal*, II, (2ª ed.), Cizur Menor, 2010, p. 324.

11. También CARRASCO, en Bercovitz (coord.), *Comentarios*, II, p. 1506, parece considerar que la “reintegración de la masa” es un efecto del ejercicio de diversas acciones.

12. En este sentido se pronuncia expresamente la *InsO* alemana disponiendo que cuando el plan de insolvencia establezca que determinados negocios realizados por el deudor durante la vigilancia del convenio requieren para su eficacia el consentimiento del síndico serán aplicables las sanciones establecidas por la propia Ley para los actos realizados por el deudor durante el procedimiento concursal en contra de las limitaciones establecidas por la propia Ley (p. 263).

13. *Vid.* en este sentido también GOMEZ GALLIGO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, Valladolid, 2004, art. 137, p. 2511; GALLEGO, en Gallego (coord.), *Ley concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Las Rozas, 2005, art. 137, p. 383; GUILARTE MARTIN CALERO, *La capacidad del deudor concursado*, Valencia, 2006, p. 99 en nota.

14. *Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, Valencia, 2004, p. 2722.

15. Así también GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, Madrid, 2004, p. 2506; QUICIOS, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, Madrid, 2004, p. 1739.

16. Así, GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, p. 2506; MARTÍNEZ ESCRIBANO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, p. 2718.

17. *Vid.* QUICIOS, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 1739.

18. Así también MARTÍNEZ ESCRIBANO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, p. 2719.

19. Así lo viene entendiendo también la doctrina de modo general: *vid.* ALONSO LEDESMA, en Pulgar y otros (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, II, Madrid, 2004, p. 1402; GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, p. 2507; VALPUESTA, en Cordon (dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 543; BLASCO, *El pago de los acreedores concursales*, (2ª. ed.), Cizur Menor, 2010, p. 111; MARTÍNEZ ESCRIBANO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, p. 2720; MARCO ARCALÁ, “Pago a los acreedores (IV): Reglas y supuestos particulares de pago (pago anticipado, derecho del acreedor a la cuota del deudor solidario, pagos anteriores en la fase de convenio y pago de créditos reconocidos en dos o más concursos de deudores solidarios)” en García-Cruces (dir.), *La liquidación concursal*, Cizur Menor, 2011, p. 443.

20. Así también GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, p. 2507.

21. El convenio puede alterar la igualdad de los acreedores dentro de los márgenes permitidos por la Ley y siempre que sea aceptado por los interesados en los términos establecidos también por la propia Ley (v. gr., la necesidad del doble porcentaje para los convenios que atribuyan un trato singular a uno o varios acreedores: art. 125.1). Pero una vez aprobado el convenio, existe un deber de igualdad de trato de los acreedores que se encuentran en la misma situación. Hay que distinguir, pues, los dos planos: la igualdad (o no) en el momento de la celebración del convenio y la igualdad durante la ejecución del convenio.

22. Cfr. GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, p. 2509; VALPUESTA, en Cerdón (dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 544.

23. Así también GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, p. 2505; VALPUESTA, en Cerdón (dir.), *Comentarios a la ley concursal*, II, p. 543.

24. Sin embargo, GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, p. 2505, considera que la percepción fraudulenta de pagos por parte de acreedores concursales se concibe, necesariamente, ligada a una contravención del convenio o a una alteración de la igualdad de trato de los acreedores. Esta idea parece latir también en el pensamiento de QUICIOS, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 1742, cuando afirma que el fraude queda como causa de impugnación de los pagos de créditos no contemplados en el convenio y vencidos, realizados entre la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación.

25. En este sentido se pronuncia también QUICIOS, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 1739, aludiendo a una “especial revocatoria o de reintegración de la masa”, reconduciendo el supuesto a los artículos 71 y siguientes de la Ley concursal.

26. Existe una orientación doctrinal y jurisprudencial que interpreta en un sentido amplio el concepto de perjuicio, presupuesto de la acción rescisoria del artículo 71, considerando que son perjudiciales no sólo los actos que supongan una disminución de la masa activa (concepto estricto de perjuicio), sino también cuando, sin existir tal merma, lleven aparejada una infracción de la igualdad de trato de los acreedores, lo cual sucederá cuando se paga a uno de los acreedores (y no a los otros), pues, con este pago, se disminuye el activo destinado a satisfacer a los demás acreedores (*vid.* LEON, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, I, Madrid, 2004, p. 1307; más referencias doctrinales y también jurisprudenciales en el mismo sentido en ESPIGARES, *La acción rescisoria concursal*, Cizur Menor, 2011, pp. 107 y ss.). Se trata de una interpretación que plantea numerosos problemas y que atenta gravemente contra la seguridad del tráfico (*vid.*, entre otros, CARRASCO, *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Madrid, 2004, pp. 370-371; GARCÍA-CRUCES, “Régimen general de la acción de reintegración concursal”, en García-Cruces (dir.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, pp. 49 y ss.; una exposición de las críticas a aquella interpretación amplia puede verse también en ESPIGARES, pp. 113 y ss. con numerosas referencias).

27. Así también GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela*, p. 293.

28. *Vid.* GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela*, pp. 231 y 292.

29. *Vid.* también QUICIOS, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 1740.

30. *Vid.* GARCÍA-CRUCES, en García-Cruces (dir.), *La reintegración*, p. 30.

31. *Vid.* PULGAR, “Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”, *RDCP*, 2012, Núm. 16, p. 80.

32. *Vid.* PULGAR, *RDCP*, 2012, Núm. 16, pp. 77 y ss.; GUTIÉRREZ GILSANZ, *RDCP*, 2011, Núm. 15, p. 88.

33. La Ley concursal establece, siguiendo el ejemplo de otras legislaciones europeas (v. por ej., el art. 67.III, letra e *legge fallimentare italiana*), que “no podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos” (art. 71.6 LC). Se trata de una norma que, al menos aparentemente, parece estar en contradicción con el artículo 72.2, según el cual “sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71.6”. Sin embargo, lo cierto es que puede evitarse la antinomia entendiendo que los acuerdos de refinanciación y los actos y negocios celebrados en ejecución del mismo podrán ser objeto de la acción rescisoria concursal cuando no cumplan alguno de los requisitos establecidos por el artículo 71.6 (así antes de la última reforma, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, “Refinanciación y reintegración concursal”, *ADCo*, 2010, Núm. 20, p. 32; en términos parecidos en relación con el proyecto ILLESCAS, “Los acuerdos de refinanciación y restructuración”, en Beltrán/García-Cruces/Prendes (dir.), *La reforma concursal. III Congreso español de derecho de la insolvencia*, Cizur Menor, 2011, pp. 242-242).

34. *Vid.* PULGAR, *RDCP*, 2012, Núm. 16, pp. 74 y ss.

35. *Vid.* PULGAR, *RDCP*, 2012, Núm. 16, pp. 69 y ss.
36. *Vid.* PULGAR, *RDCP*, 2012, Núm. 16, p. 77 y ss.
37. *Vid.* especialmente SÁNCHEZ CALERO, *ADCo*, 2010-2, pp. 20 y ss.
38. También la doctrina alemana considera, ante la ausencia de una norma expresa, que la revocatoria concursal queda excluida en un eventual procedimiento concursal posterior (v. LÜER, en UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung. Kommentar*, (13ª. ed.), 2010, pará. 264, Rdn. 32).
39. *Vid.* PULGAR, *RDCP*, 2012, Núm. 16, p. 79. *Vid.* también el Preámbulo de la Ley 38/2011.
40. *Vid.* MUÑIZ ESPADA, *La acción revocatoria como una vicisitud del concurso*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 163-164; ESPIGARES, *La acción*, p. 168; en la doctrina italiana v. NIGRO, en Nigro/Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, (2ª. ed.), Bologna, 2012, p. 173; GUERRIERI, en Maffei (dir.), *Commentario breve alla legge fallimentare*, (5ª ed.), pp. 346 y 353 con otras referencias.
41. *Vid.* ESPIGARES, *La acción rescisoria*, p. 171.
42. *Vid.*, entre otros, CARRASCO, en Bercovitz (coord.), *Comentarios*, II, p. 1506; MASSAGUER, “Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de masa”, en *Estudios jurídicos sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid-Barcelona, 2005, p. 4218; VALPUESTA, en Cordón (dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, p. 295.
43. *Vid.* PARRA, “El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso”, en García-Cruces (dir.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, pp. 223.

NOTA BIBLIOGRÁFICA:

- ALONSO LEDESMA, en Pulgar y otros (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, II, Madrid, 2004.
- BELTRÁN, “La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores”, *RjCat*, 2004, Núm. 3, pp. 229 y ss.
- ID., “Los créditos nacidos tras la aprobación del convenio en caso de apertura de la fase de liquidación”, *ADCo*, 2007, Núm. 10, pp. 509 y ss.
- ID., “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en Rojo/Beltrán (dir.), *Disolución y liquidación de sociedades*, Valencia, 2009, pp. 456 y ss.
- BLASCO, *El pago de los acreedores concursales*, (2ª. ed.), Cizur Menor, 2010.
- CARRASCO, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, Madrid, 2004.
- ID., *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Madrid, 2004.
- CORDÓN, en Cordón (dir.), *Comentarios a la ley concursal*, II, (2ª ed.), Cizur Menor, 2010.
- DE LA CUESTA, *El convenio concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2004.
- DÍAZ MORENO, “La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores”, *ADCo*, 2006, Núm. 8, pp. 7 y ss.
- ESPIGARES, *La acción rescisoria concursal*, Cizur Menor, 2011.
- GALLEGO, en Gallego (coord.), *Ley concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Las Rozas, 2005.
- GARCÍA-CRUCES, “Régimen general de la acción de reintegración concursal”, en García-Cruces (dir.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, pp. 27 y ss.
- GARRIDO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, II, Madrid, 2004.
- GÓMEZ GALLIGO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, Valladolid, 2004.
- GONDRÁ, “Convenio y reorganización en la nueva Ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada”, en *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 4577 y ss.
- GUERRIERI, en Maffei (dir.), *Commentario breve alla legge fallimentare*, (5ª ed.), Padova, 2009.
- GUILARTE MARTIN CALERO, *La capacidad del deudor concursado*, Valencia, 2006.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento*, Las Rozas, 2008.
- ID., “La reforma del convenio concursal”, *RDCP*, 2011, Núm. 15, pp. 75 y ss.

- ILLESCAS, “Los acuerdos de refinanciación y restructuración”, en Beltrán/García-Cruces/Prendes (dir.), *La reforma concursal. III Congreso español de derecho de la insolvencia*, Cizur Menor, 2011, pp. 231 y ss.
- LEÓN, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, I, Madrid, 2004.
- LÜER, en UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung. Kommentar*, (13ª. ed.), 2010, pará. 264.
- MARCO ARCALÁ, “Pago a los acreedores (IV): Reglas y supuestos particulares de pago (pago anticipado, derecho del acreedor a la cuota del deudor solidario, pagos anteriores en la fase de convenio y pago de créditos reconocidos en dos o más concursos de deudores solidarios)”, en García-Cruces (dir.), *La liquidación concursal*, Cizur Menor, 2011, pp. 387 y ss.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, en Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, III, Valencia, 2004.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, I, Madrid, 2004.
- MASSAGUER, “Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de masa”, en *Estudios jurídicos sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid-Barcelona, 2005, p. 4211 y ss.
- MORALEJO, “Los efectos anudados a la apertura de la liquidación concursal”, en García-Cruces (dir.), *La liquidación concursal*, Cizur Menor, 2011, pp. 73 y ss.
- MUÑIZ ESPADA, *La acción revocatoria como una vicisitud del concurso*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.
- NIGRO, en Nigro/Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, (2ª. ed.), Bologna, 2012.
- PARRA, “El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso”, en García-Cruces (dir.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, pp. 223 y ss.
- PULGAR, “La aprobación judicial del convenio: calificación y rescisión concursal”, *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, 2010, pp. 105 y ss.
- ID., “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: Cláusulas convencionalmente pactadas”, *RDM*, 2011, Núm. 279, pp. 147 y ss.
- ID., “Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”, *RDCP*, 2012, Núm. 16, pp. 67 y ss.
- QUICIOS, en Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, Madrid, 2004.
- NCHEZ CALERO, “Refinanciación y reintegración concursal”, *ADCo*, 2010, Núm. 20, pp. 9 y ss.
- TIRADO, en Rojo/Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley concursal*, I, Madrid, 2004.
- ID., “Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal” (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”, *ADCo*, 2990, tomo LXII, pp. 1055 y ss.
- VALPUESTA, en Cordón (dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, II, (2ª. ed.), Cizur Menor, 2010.
- VARA DE PAZ, “Cumplimiento e incumplimiento del convenio (arts. 137 a 141 de la Ley concursal)”, en *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, 4, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4753 y ss.

Fecha recepción: 16/07/2012.

Fecha aceptación: 05/11/2012.

INSOLVENCY LAW AND COMPANIES

RESUMEN

El concurso de las sociedades mercantiles constituye un temario no exento de dificultades por la necesidad de coordinar dos sectores legales, el Derecho de sociedades y el Derecho Concursal, que, tradicionalmente, han venido siendo tratados como compartimentos estancos y que, como es evidente, responden a finalidades y técnicas jurídicas muy distintas. Por su parte, la Ley Concursal no sienta un criterio de carácter general a partir del cual deba efectuarse la coordinación. Al tiempo las Leyes societarias, en particular la Ley de Sociedades de Capital, no suministran pautas normativas claras sobre aspectos trascendentales de la cuestión. El presente estudio tiene como propósito decidir en torno a la coordinación en las dimensiones más relevantes, que afectan a las sociedades susceptibles de ser declaradas en concurso y a la selección de normas aplicables, al órgano competente para la solicitud y a los efectos del concurso sobre la sociedad y sobre sus órganos.

PALABRAS CLAVE

Concurso, Derecho Concursal, Derecho de Sociedades, sociedades susceptibles de ser declaradas en concurso, selección de normas aplicables, órgano competente para la solicitud, efectos del concurso sobre la sociedad y sobre sus órganos.

ABSTRACT

The companies' insolvency proceedings produce several conflict areas since it is necessary to coordinate two different fields of the legal system: the company law and insolvency law. Traditionally, these two areas have been studied separately since each one of them follow different objectives and different techniques are used in each one. On one hand, the Spanish Insolvency Law does not set a general rule in order to solve conflicts between each area of the legal system. On the other, the Spanish Companies Act does not either gives a clear guidance over many important questions in this matter. The present paper aims to study the most important matters that affects companies involve in insolvency situations, specially in relation to the applicable provisions to these circumstances; which is the corporate body responsible for the filing of the insolvency proceedings petition.

KEY WORDS

Insolvency proceeding, Insolvency Law, Company Law, companies involved in a insolvency and pre-insolvency situation, applicable provisions, corporate body responsible for the filing if the insolvency proceeding, insolvency proceedings' effects over the company, insolvency proceeding's effects over the corporate bodies.

CONCURSO Y SOCIEDAD MERCANTIL

Esperanza Gallego Sánchez

Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de Alicante

Sumario: 1. La declaración de concurso de la sociedad mercantil. A) Sociedades susceptibles de ser declaradas en concurso y selección de normas aplicables. B) Órgano competente para solicitar el concurso. 2. Efectos del concurso. A) Preliminar B) Efectos del concurso sobre la sociedad. C) Efectos del concurso sobre los órganos de la sociedad. a) Consideraciones introductorias. b) El órgano de administración. a'. Fase común y fase de convenio. b' Fase de liquidación. c) La junta de socios. a' Fase común y fase de convenio. b' Fase de liquidación. Nota bibliográfica.

1. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL

A) SOCIEDADES MERCANTILES SUSCEPTIBLES DE SER DECLARADAS EN CONCURSO Y SELECCIÓN DE NORMAS APLICABLES

Como regla general, la declaración de concurso procede respecto de toda persona jurídica (art. 1.1. LC). Excepcionalmente, no pueden ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público (art. 1.3 LC). Por tanto, la declaración de concurso se restringe a las personas jurídicas constituidas con arreglo al Derecho Privado (arg. *ex* art. 1.3. LC *a contrario*), entre las que se incluyen las sociedades mercantiles en la medida en que adquieran aquella condición.

En este ámbito, el temario en torno a la personalidad jurídica se comprende en el marco del efecto organizativo de la fundación. Este efecto se resuelve en la atribución a la

organización creada en virtud del negocio jurídico constitutivo de un particular grado de subjetivación, que le permite tener relaciones externas, con terceros, y, en su caso, internas con sus socios. Si este grado de subjetivación se identifica en todo caso con la personalidad jurídica, o no, depende de la noción que se tenga de esta.

En el sistema auspiciado por nuestros Códigos, la personalidad jurídica es un mero mecanismo de imputación de derechos y obligaciones (art. 38 Cciv). Por eso atribuyen personalidad jurídica a todas las sociedades constituidas con arreglo al Derecho privado con el único requisito de que se trate de agrupaciones externas (arts. 35.2º y 1669 Cciv y 116 Ccom), esto es, estructuradas como organizaciones unitarias para actuar como tales en el tráfico. No es preciso que lo hagan efectivamente. En este caso, además de externa, la asociación o sociedad es manifiesta. En consecuencia, la sociedad interna se caracteriza por la existencia de una voluntad negocial de los socios de no participar conjuntamente en el tráfico, excluyendo con ello su relevancia *ad extra*. De ahí que se configure como una sim-

ple relación obligatoria entre sus componentes, desprovista de toda vertiente organizativa y, por ende, de relaciones externas, ya que estas no se instauran entre el grupo y los terceros, sino entre cada uno de los socios en particular, o uno solo, y aquellos.

Este tipo de organización no ostenta personalidad jurídica y, por ende, no puede ser declarada en concurso. La sociedad interna por excelencia de carácter mercantil es la sociedad de cuentas en participación. El resto de sociedades mercantiles son externas y, por tanto, según esta concepción amplia de la personalidad jurídica, son personas jurídicas respecto de las que procede la declaración de concurso. Por otro lado, el resto de sociedades internas son civiles, ya que son atípicas.

Esta clase de sociedades no debe, sin embargo, confundirse con la sociedad oculta, que es aquella que no se publicita en el tráfico, porque la sociedad interna puede muy bien darse a conocer sin perder su carácter.

En consecuencia, la personalidad jurídica de las sociedades nace con la mera perfección del contrato constitutivo, siempre que este diseñe una estructura que instaure una organización unitaria para la actuación en el tráfico, con independencia de la índole de esa organización, de los fines que persiga y de la actividad que constituya su objeto social (arts. 35.2, 1665, 1666 y 1669 Cciv, arts. 116, 117 y 119 Ccom).

Desde ese momento, y por esa sola circunstancia, todas ellas son susceptibles de ser declaradas en concurso.

Ahora bien, la selección de las normas aplicables al concurso de cada una de ellas varía en atención a dos circunstancias principales. En primer término, por el carácter civil o mercantil de la sociedad. En segundo lugar, por la índole de la personalidad jurídica adquirida.

El carácter mercantil determina la sujeción de su concurso a un cúmulo ingente de normas que se anudan tanto a la dimensión material de aquel, como a su vertiente subjetiva. Las normas sobre la obligatoria aportación de la contabilidad para solicitar el concurso o

acerca del régimen de intervención en caso de ejercicio de actividades empresariales son solo algunos ejemplos de ello.

Conviene, por tanto, determinar qué sociedades han de ser calificadas como mercantiles. Con ese objeto nuestro sistema jurídico prevé tres sistemas, que comprenden: por un lado, la mercantilidad objetiva, que hace referencia a la sociedad como negocio jurídico para informar de la disciplina reguladora del tipo; y, por otro, la mercantilidad subjetiva, que se refiere a la sociedad como persona jurídica o ente subjetivado para atribuirle la condición de empresario y, en su razón, aplicarle su estatuto (normas de Registro, de contabilidad...).

El primer sistema es el del Código de Comercio. Allí el criterio determinante de la atribución de mercantilidad objetiva es el material. Son sociedades mercantiles las que tienen por objeto una actividad empresarial. Ciertamente es que el Código de Comercio no se pronuncia en términos expresos de forma tan tajante. Es más, conforme al art. 116.1 de ese texto legal, podría pensarse que el criterio determinante es el formal en tanto dispone que la sociedad será mercantil, cualquiera que sea su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones del Código; esto es, con arreglo a alguna de las formas que prevé. Sin embargo, cuando el art. 122 relaciona cuáles son esas formas mercantiles (sociedad colectiva, comanditaria...), antepone el criterio material al formal al disponer que, por regla general, las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de esas formas, ya que dicha expresión aclara que, primero, es la materia mercantil y, luego, la forma mercantil. Esta conclusión se ve corroborada por el conjunto de los preceptos del Código de Comercio que tratan sobre formas mercantiles. En especial el art. 136 cuando presupone que las sociedades colectivas desarrollan actividades comerciales.

Por consiguiente la materia mercantil exige un tipo mercantil y viceversa. Existe una correlación perfecta entre materia y forma. Lo que definitivamente no adquiere relevancia alguna en este contexto es el cumplimiento de las formalidades previstas en el Código de Comercio.

Según la orientación tradicional, hoy claramente superada, el criterio de las formalidades era determinante para decidir en torno a la atribución de carácter mercantil. El equívoco partía de la interpretación que se hizo de los arts. 116.1 y 119.1, ambos del Código de Comercio. Conforme al primero es mercantil la sociedad constituida con arreglo a las disposiciones del Código; mientras que el segundo dispone que toda sociedad, antes de dar comienzo a sus operaciones, debe hacer constar su constitución, pactos y condiciones en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil. De la conjunción de ambos preceptos se dedujo que la constitución con arreglo al Código de Comercio suponía necesariamente la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil, sin detenerse a observar que ya el mismo art. 119.1 presupone la existencia anterior de la sociedad cuando declara que *debe hacer constar su constitución*, lo que obliga a entender que se inscribe después de que ya está individualizada con arreglo a otros parámetros.

En el sistema del Código de Comercio existe también una perfecta conexión entre mercantilidad objetiva y subjetiva, en el sentido de que las sociedades que son mercantiles en cuanto a las normas que rigen su organización y funcionamiento, son también empresarias. Cuando el art. 1.2 de ese texto legal dispone que son comerciantes para los efectos de este Código las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a él, parece que están optando por el criterio de la forma. Pero, en la medida en que sólo pueden adoptar la forma mercantil las sociedades que ejerzan una actividad mercantil, es posible afirmar que el criterio decisivo para la atribución de la condición de empresario es también el ejercicio de una actividad empresarial. De esta manera se asegura también la coherencia con el art. 1.1 del Código, que establece este mismo criterio para los empresarios individuales. Son comerciantes los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente.

El segundo sistema es el trazado en el art. 1670 del Código Civil. Tiene como objetivo

poner al servicio de la actividad civil las formas y estructuras organizativas mercantiles más depuradas técnicamente. Por este motivo rompe las conexiones anteriores. En primer término acaba con la correlación que existe en el ámbito de la mercantilidad objetiva entre materia (actividad empresarial) y forma (mercantil). Dispone, en efecto, que las sociedades civiles por el objeto al que se consagren pueden revestir todas las formas reconocidas en el Código de Comercio. Por consiguiente admite que sociedades cuya actividad no consista en el ejercicio de una empresa (materia civil), revistan cualquiera de las formas mercantiles. En la medida en que son sociedades mercantiles por la forma, les resultan de aplicación las normas del Código de Comercio (mercantilidad objetiva por la forma).

A consecuencia de ello se produce también la ruptura de la conexión entre mercantilidad objetiva (sometimiento del contrato a las normas del Código de Comercio) y subjetiva (condición de empresario). En efecto, debido a que la atribución de la condición de empresario está restringida a quien ejerce una actividad empresarial (criterio material), estas sociedades civiles por su objeto no pueden adquirirla. En estos términos debe interpretarse el último inciso del art. 1670 del Código Civil cuando dispone que *en tal caso les serán aplicables sus disposiciones (del Ccom) en cuanto no se opongan a las del presente Código*; esto es, que están sometidas al Código de Comercio al respecto de las normas que regulan el contrato, pero no están sujetas al estatuto del empresario, porque estas son las normas que se oponen a las del Código Civil, ya que son incompatibles con su naturaleza, subjetivamente civil. Otra interpretación generaría una gran inseguridad jurídica debido a que no existe un criterio cierto que permita decidir qué normas del Código de Comercio reguladoras del contrato de sociedad no se aplican a estas sociedades civiles por el objeto por ser opuestas a las del Código Civil.

El último sistema es el que acoge la Ley de Sociedades de Capital. Este texto legal restablece la conexión entre mercantilidad obje-

tiva y subjetiva, si bien lo hace en términos distintos al Código de Comercio. En lugar de atender a la materia, aquí prevalece la forma. Con independencia de su objeto (actividad a la que se dediquen), si la sociedad adopta alguna de estas formas, es objetivamente mercantil y también subjetivamente (art. 2 LSC). Este criterio de atribución de la mercantilidad por la forma también se utiliza en tipos como las sociedades de garantía recíproca, las cooperativas y algunas modalidades de sociedades de personas como la agrupación de interés económico (art. 1 LAIE).

La selección de las normas aplicables al concurso varía, en segundo lugar, en atención a la índole de la personalidad jurídica adquirida.

En efecto, la atribución de personalidad jurídica en consideración al mero carácter externo de la sociedad es solo la general. La específica de cada forma jurídica solo se consigue cumplimentando los requisitos adicionales de carácter constitutivo que prevén cada una de sus leyes reguladoras a ese efecto. En particular, cuando se trate de sociedades de capital, *la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido* se conseguirá mediante la inscripción en el Registro Mercantil, previo otorgamiento de escritura pública (arts. 20 y 33 LSC). Esa circunstancia, sin embargo, carece de trascendencia en relación con su sujeción al concurso, puesto que el defecto de inscripción solo impide que alcancen la personalidad específica de los tipos societarios de capital, pero no la general. Por consiguiente, procede la declaración de concurso, tanto de las sociedades en formación, como de las sociedades irregulares, ya que ambas gozan de la personalidad jurídica general, aunque no hayan conseguido la especial correspondiente a los tipos de capital.

Ello no obstante, según se ha indicado, determinará la aplicación de reglas distintas en el curso del procedimiento, que se especificarán en atención a la índole de la personalidad adquirida. En defecto de inscripción, regirán las normas previstas para las sociedades colectivas o para las sociedades civiles, según si el objeto consiste en el ejercicio de una empresa o no, respectivamente (art. 39 LSC). Por tanto, la si-

tuación de irregularidad de la sociedad sujeta al concurso la somete a las especialidades concursales relativas a las sociedades cuyos socios respondan ilimitadamente de las deudas sociales. Procederá, por ejemplo, la aplicación del art. 48 *bis* 1 LC, de modo que la administración concursal podrá ejercitar acciones de responsabilidad por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso contra los socios.

Este régimen se aplica sin género de dudas a todas las sociedades mercantiles, incluyendo, por tanto, las de titularidad pública.

La confusión sobre este particular se ha producido por la referencia que efectúa el art. 1.3 de la Ley Concursal a los *demás entes de derecho público* cuando excluye del concurso a las entidades que integran la organización territorial del Estado y a los organismos públicos.

Ciertamente es problemático decidir a qué tipo de organizaciones alude la Ley Concursal cuando se refiere a *los demás entes de derecho público*, ya que el ordenamiento administrativo no contiene un catálogo cerrado de estos, ni siquiera en el ámbito de la Administración institucional del Estado. Aunque la Exposición de Motivos de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE) advierta de que la noción de organismo público *agrupa todas las Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado*, ya en su propio texto prevé la existencia de otros entes de esa índole que no son organismos públicos. Asimismo la Ley General Presupuestaria alude a *entidades estatales de derecho público distintas de los organismos públicos* [art. 2.1 g) LGP].

En el contexto autonómico la disciplina se torna aun más difusa pues no hay un elenco común de entes públicos. En algunas Comunidades incluso no hay ni siquiera una tipificación concreta de este tipo de entidades, ni una disposición de carácter general que regule la materia.

A grandes rasgos la normativa autonómica sobre el particular puede dividirse en tres grandes grupos.

En el primero se incluyen las Comunidades Autónomas que han actualizado su normativa, reproduciendo, en mayor o menor medida, las previsiones de la LOFAGE. Tal es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Autónoma de Murcia [art. 39 Ley 7/2004 de 28 de diciembre de la CA Murcia de organización y régimen jurídico de la administración pública o de Cantabria (arts. 73 a 101 Ley 6/2002 de 10 diciembre CA Cantabria de régimen jurídico del gobierno y de la administración)].

En el segundo, las que disponen de una regulación original y propia de la cuestión. Destacan entre ellas la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya Ley 9/2007 de 22 octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, consagra una clase genérica de organización personificada denominada entidad instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía (art. 50), que, si es de carácter público, reviste la forma de Agencia (art. 52.1.) Las Agencias tienen personalidad jurídica pública, la consideración de Administración institucional dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía y están dotadas de las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, salvo la potestad expropiatoria (arts. 52.2 y 55). Pueden ser Agencias administrativas, Agencias públicas empresariales y Agencias de régimen especial (art. 54.2).

Merece también incluirse en este grupo la disciplina de la Comunidad Autónoma catalana, incluida básicamente en el Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa Pública Catalana, cuyo artículo 1 dispone que la Ley se aplica a las entidades autónomas de la Generalidad que realizan operaciones o prestan servicios de carácter principalmente comercial, industrial o financiero y a las empresas de la Generalidad, entre las que incluye a las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia sometidas a la Generalidad, pero que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado.

El tercer y último grupo está constituido por las Comunidades Autónomas que siguen el modelo estatal anterior a la LOFAGE, pues no han actualizado su normativa reguladora. Es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Valenciana.

La normativa de la Comunidad Valenciana es particularmente difusa. Se encuentran alusiones a aspectos particulares de régimen jurídico en textos de variada índole, como la Ley de Hacienda Pública aprobada por Decreto Legislativo de 26 junio 1991, la Ley 14/2003 de 10 abril de patrimonio o la Ley 6/1985 de 11 de mayo, de Sindicatura de Cuentas; pero es en la primera donde se hallan más referencias a su tipología. Su art. 5.1 se refiere a las *entidades autónomas de la Generalitat Valenciana* disponiendo que pueden ser de carácter administrativo o de carácter mercantil, industrial, financiero o análogo. Una descripción que recuerda a la de los organismos autónomos estatales antes de la LOFAGE. Siendo de destacar además que en la misma Ley de Hacienda Pública son denominadas a veces como *organismos autónomos* en lugar de como *entidades autónomas* (vid, por ejemplo, los arts. 52 o 53 de la Ley de Hacienda Pública). A lo que hay que añadir que en las Leyes de creación de estos organismos se suele utilizar indistintamente la denominación de *organismo autónomo* y *entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia*. Sin que, por otro lado, tal calificación sea indicativa de su naturaleza y régimen jurídico pues el propio art. 5.2 de la Ley de Hacienda Pública alude a otras *entidades de derecho público sujetas a la Generalidad Valenciana, con personalidad jurídica propia y cuyas actividades se rigen por el ordenamiento jurídico privado*. Y sin que tal relación tenga carácter de *numerus clausus* ya que alguna de estas entidades públicas vienen cambiando su denominación por la de agencias, mientras que otras son calificadas como *institutos*. Todas ellas, junto con las sociedades mercantiles de la Generalitat, forman parte del sector público valenciano (art. 22 de la Ley 10/2011, de 27 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2012).

Esta particular situación dificulta en gran medida decidir con seguridad a qué entes en particular se refiere la Ley Concursal. Eso no obstante, parece obvio que el adjetivo *público* impide considerar como tales a todas aquellas organizaciones constituidas con arreglo al Derecho Privado y dotadas, por ello, de personalidad jurídico-privada, con independencia de que, en ciertos aspectos, puedan estar sometidas al control público y de que formen parte, en su caso, del sector público.

En particular, sin género de dudas, gozan de ese carácter todas las sociedades en las que participe alguna administración pública, territorial o institucional, incluso aunque se trate de sociedades unipersonales públicas, ya sean civiles o mercantiles. Lo determinante a estos efectos es que su proceso de constitución y su estructura interna organizativa se ampare en normas de derecho privado y que no esté dotada de potestades administrativas.

No constituye un argumento convincente en contra de esta interpretación el hecho de que su normativa reguladora someta su extinción, además de a las normas del ordenamiento jurídico privado, a autorización administrativa [arts. 169 f) y 172 de la Ley 33/2003 de 3 noviembre 2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en adelante LPAP], como sucede, por ejemplo, con las sociedades estatales unipersonales (art. 166.2 LPAP) o con las sociedades mercantiles estatales; esto es, aquéllas en las que la participación del Estado, directa o indirecta, en su capital social sea superior al 50 por ciento [art. 166.1 c) LPAP], por varios motivos.

En primer lugar, porque, en situación de concurso, la Ley Concursal constituye Ley Especial que vincula por encima de disposiciones administrativas, previstas únicamente para situaciones en las que no se aprecie insolvencia; y, en segundo lugar, porque la previsión del art. 1.3 de la Ley Concursal constituye una excepción que, como tal, debe ser interpretada de forma restrictiva y conforme a sus propios términos. Cuando la Ley Concursal se refiere a *entes públicos* no puede pretenderse que se refiera a *entes privados*, como son sin duda

las sociedades aludidas (vid. con buen criterio, AJM nº 1 de Málaga, de 13 de abril de 2009, atendiendo en exclusiva a la personificación jurídico-privada y a la ausencia de potestades administrativas para justificar el concurso y postergando la titularidad pública del 100% del capital social al considerar, adicionalmente, que no aplicar la normativa concursal en estos casos supone un privilegio contrario a los más elementales principios y normas sobre la competencia. Vid. no obstante, AJM nº 1 de Almería, de 22 de junio de 2011, que solo admite el concurso de una sociedad local mixta por ser la administración local socio minoritario).

En cualquier caso es preciso recordar que siempre que proceda la declaración de concurso, esta podrá obviarse mediante la intervención administrativa de la empresa, que habrá de respetar las normas sobre defensa de la competencia y la disciplina en materia de ayudas públicas (art. 128.2 CE). Pero la autoridad supervisora que la hubiere acordado comunicará la resolución al juez que fuera competente para la declaración de concurso de esa entidad, procediendo la formación de una sección autónoma de calificación, sin previa declaración de concurso, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la autoridad administrativa (art. 174 LC).

B) ÓRGANO COMPETENTE PARA SOLICITAR EL CONCURSO

Considerando únicamente las sociedades de capital, el órgano competente para solicitar el concurso es el órgano de administración, dado que a él corresponde, de forma exclusiva y excluyente, el poder de representación de la sociedad (art. 233.1 LSC). Si la sociedad está disuelta se atribuye a los liquidadores (arts. 374.1 y 379 LSC).

El órgano de administración, o en su caso, el de liquidación, es también el competente para decidir la solicitud. Es lo que hay que deducir de las previsiones del art. 3.1 de la Ley Concursal cuando, literalmente, dispone que, si el deudor fuera persona jurídica, será com-

petente *para decidir sobre la solicitud* el órgano de administración o de liquidación, y no solo para solicitar el concurso. A esta conclusión abocan asimismo dos argumentos adicionales. En primer término, la necesaria correlación que debe existir entre poder y responsabilidad. Solo los administradores pueden ser responsabilizados ante la falta de la oportuna solicitud de concurso (arts. 5, 165, 172 y 172 bis LC), por lo que serán también los únicos que ostenten el poder de decisión en ese ámbito. En segundo lugar, la circunstancia de que, en otro caso, la disposición prevista en el art. 3.1 de la Ley Concursal resultaría totalmente superflua por cuanto la mera solicitud de concurso es ya competencia del órgano de administrador como portador exclusivo del poder de representación.

Las previsiones que efectúa la Ley de Sociedades de Capital en torno a los presupuestos de la responsabilidad de administradores por no promoción de la disolución o el concurso no son suficientes para justificar una conclusión distinta. Junto a otras consideraciones en las que ahora no es posible detenerse, hay que fijarse en que no atribuyen la competencia a la Junta: se limitan a ordenar una extraña convocatoria, pero en ningún momento aluden a que se deba adoptar un acuerdo de solicitud de concurso, al contrario de lo que hace en torno a la disolución (cfr. arts. 365 y 367 LSC).

La competencia se atribuye al órgano de administración, no a cada uno de los administradores considerados individualmente. En consecuencia, habrá que estar a la modalidad organizativa por la que haya optado la sociedad, entre las permitidas en la Ley de Sociedades de Capital y, dentro de ellas, a la atribución del poder de decisión, no al de representación. Por consiguiente, en caso de administradores mancomunados de sociedad de responsabilidad limitada, será preciso el consentimiento de todos ellos, aunque el poder de representación se haya atribuido a dos de entre más. Si la estructura organizativa es la de Consejo de Administración, la competencia compete al Consejo, que decidirá con las mayorías ordinarias. Sin embargo, se trata de una competencia

delegable en el consejero delegado o en la comisión ejecutiva ya que no está relacionada, ni directa, ni indirectamente, entre las indelegables (cfr. art. 249.2 LSC).

2. EFECTOS DEL CONCURSO

A) PRELIMINAR

Tratar de los efectos del concurso sobre las sociedades mercantiles constituye un temario no exento de dificultades por la necesidad de coordinar dos sectores legales, el Derecho de sociedades y el Derecho Concursal, que, tradicionalmente, han venido siendo tratados como compartimentos estancos y que, como es evidente, responden a finalidades y técnicas jurídicas muy distintas. Por su parte, la Ley Concursal no sienta un criterio de carácter general a partir del cual deba efectuarse la coordinación.

Eso no obstante, de la reglamentación que dicta ese texto legal, así como la propia Ley de Sociedades de Capital, es posible deducir como premisa básica que el sometimiento al concurso de la sociedad no excluye la vigencia de la normativa societaria *in totum*. La disciplina concursal es de aplicación prioritaria, lo que significa que regirán las normas societarias en toda su extensión, salvo que estén excepcionadas mediante previsiones concursales o societarias (arts. 48.1 LC y 37.2 LSC). Aplicación prioritaria quiere decir aplicación del Derecho Concursal con preferencia al Derecho de Sociedades, de modo que debe existir una norma concursal o societaria que autorice la desviación. No permite, pues, desconocer el Derecho de Sociedades de modo general a consecuencia del concurso.

B) EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LA SOCIEDAD

Considerando como prototipo a las sociedades de capital, al tratar de los efectos del concurso sobre la persona jurídica hay que distinguir los que provoca la declaración del concurso, los que produce la apertura de la fase

de convenio y los que ocasiona la decisión de inicio de la fase de liquidación.

En los dos primeros casos, incluyendo, por tanto, el período de fase común, la sujeción al procedimiento concursal no causa efecto alguno en la organización, que continúa como tal, con su misma personalidad jurídica, sin que avenga tampoco cambio en su objeto (arts. 361.1 LSC).

Por el contrario, la apertura de la fase de liquidación constituye causa de disolución (arts. 361.2.I LSC y vid. SAP Navarra de 15 de noviembre de 2007). Esta disolución se produce sin intervención de los órganos de la sociedad. Su declaración compete al juez del concurso, que la hará constar en la resolución de apertura de la fase de liquidación (art. 361.2 II LSC).

Ahora bien, la disolución constatada judicialmente no pone fin a la sociedad, que continúa como contrato y como persona jurídica, ni paraliza su actividad. Supone únicamente un cambio de objeto, que ya no será el ejercicio del objeto social, sino su liquidación (art. 371.2 LSC). Con ella comienza el proceso de liquidación, que se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal, según ordena el art. 372 de la Ley de Sociedades de Capital, con postergación, por tanto, de la normativa societaria.

En consecuencia se produce una situación inversa a la que acaece en las fases anteriores del concurso. Allí rige la normativa societaria, salvo que exista previsión al efecto en la Ley concursal. Aquí, es la propia Ley societaria la que desactiva su regulación ordenando la aplicación excluyente de la normativa concursal.

En ese contexto es preciso destacar que la apertura de la fase de liquidación constituye una causa de disolución de la sociedad de pleno derecho (arts. 361.2.I LSC), lo que impide la reactivación de la sociedad por expresa disposición del art. 370.1 de la Ley de Sociedades de Capital. No es posible, a mi juicio, obviar este contundente dato legal, ni las consecuencias del mismo. En particular, obliga a considerar que la apertura de dicha fase aboca inexorablemente a la liquidación en los estric-

tos términos previstos en la Ley Concursal. Y, una vez finalizada aquella a la extinción de la sociedad, salvo que proceda la aplicación de alguna modalidad extintiva sin liquidación, lo que es muy dudoso, dados los términos en que se pronuncia el art. 372 de la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora bien, la finalización de la liquidación no determina por sí sola la extinción de la sociedad. Es preciso que antes se dicte resolución de conclusión del concurso, que solo procederá si, junto a aquella, ha acabado también la tramitación de la sección de calificación, y, tras la emisión de informe por parte de la administración concursal en el que razone que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa, ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, ni otros bienes o derechos del concursado (arts. 152.2 y 176.1.2º LC), no hay oposición de las partes o esta es desestimada (art. 152.3 LC).

A estos efectos es importante constatar que no impedirá la conclusión del concurso que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal (art. 152.2 LC).

Pues bien, la misma resolución que declare la conclusión del concurso acordará la extinción de la sociedad y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme (art. 178.3 LC).

Excepcionalmente también procede la extinción de la sociedad cuando se haya acordado la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa (arts. 176.1.3º, 176 bis y 178.3 LC). Las limitaciones impuestas a este trabajo impiden valorar en extenso esta disciplina. Baste decir que supone una muestra de la absoluta incomprensión por parte del legislador concursal del sistema de Derecho de Sociedades que, sin duda, producirá perturbaciones e incoherencias de calado en su aplicación.

C) EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS ÓRGANOS DE LA PERSONA JURÍDICA

a) Consideraciones introductorias

Dos son los órganos necesarios de las sociedades de capital: el órgano de administración y la junta de socios. Me referiré a los efectos que provoca el concurso en cada uno de ellos distinguiendo entre la fase común y la de convenio, frente a la fase de liquidación.

b) El órgano de administración

En la disciplina del órgano de administración se comprenden previsiones en torno a su estatuto y a sus funciones, competencias y responsabilidades.

El estatuto de los administradores incluye el régimen de nombramiento, duración, cese y retribución, principalmente (arts. 212 a 224 LSC).

En cuanto a sus funciones y competencias, al órgano de administración corresponde realizar todas aquellas actividades necesarias o convenientes, esto es, en relación instrumental, con la promoción del objeto y fin social, tanto desde la perspectiva interna —gestión—, como desde la externa —representación— (art. 209 LSC).

Gestión y representación constituyen los dos aspectos de la función administrativa que incumbe al órgano de administración, pero no se trata de actividades de naturaleza distinta, sino de dos manifestaciones de la unitaria actividad de administración. De modo que, siendo aquella conceptualmente una, se desdobra en dos sectores: la administración o gestión en sentido estricto y la representación, según en qué esfera se desenvuelva el mecanismo administrador. Si la actividad se realiza en el marco de la organización de la sociedad sin que sobrepase la esfera interna, es administración —gestión—. Si tiene trascendencia externa, respecto de terceros, en juicio o fuera de él, es representación (art. 233 LSC).

Por su parte la gestión puede ser estrictamente empresarial e interna o intrasocietaria. La primera incluye la realización de actos comprendidos en la actividad empresarial que constituye el objeto social, esto es, el ejercicio de las facultades de administrar y disponer del patrimonio empresarial. La segunda acoge los actos relativos a la organización de la sociedad en su dimensión estructural y, entre ellos, los atinentes a las relaciones interorgánicas, en particular la convocatoria de juntas (AJM n.º 7 Madrid de 29 de marzo de 2007).

Pues bien, tanto el estatuto como las competencias del órgano de administración sufren modificaciones a consecuencia del concurso. En la medida en que lo hacen de forma distinta según las fases de aquel, es conveniente distinguir entre las fases común y de convenio y la fase de liquidación.

a' Fase común y fase de convenio

En estas fases el estatuto de los administradores permanece sin variación, salvo en lo relativo a la remuneración, puesto que el juez del concurso podrá acordar la supresión del derecho a la retribución o la reducción de su importe, a la vista del contenido y la complejidad de las funciones de administración y disposición del patrimonio de la concursada (art. 48.4. LC).

En materia de competencias y funciones, en lo relativo a la representación, declarado el concurso y durante la fase de convenio, los administradores sociales continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso (art. 48.3 I LC). Esta declaración legal se efectúa con independencia de la situación de intervención o suspensión a que esté sometida la concursada por lo que no procede distinguir. La representación se mantendrá en todo caso.

Interpretado este inciso *a sensu contrario*, los administradores pierden el ejercicio exclusivo del poder de representación de la sociedad, que queda sometido al régimen de intervención o suspensión dictado (entre más, SAP Cantabria de 28 febrero de 2008, SAP Sevilla

31 de enero de 2008, SJM Oviedo 1 de 4 de julio de 2006, SAP LA Coruña, de 13 de diciembre de 2010). Por tanto, en el ámbito del concurso existe una correlación perfecta entre poder de gestión y poder de representación, a diferencia de lo que ocurre en aplicación del Derecho de Sociedades.

Corroborar esta apreciación la previsión expresa que efectúa la Ley Concursal en torno a los apoderamientos que pudieran existir al tiempo de la declaración de concurso, disponiendo que quedarán afectados por la suspensión o intervención de las facultades patrimoniales (art. 48.3 II LC). Lo hacen asimismo las previsiones en materia de representación procesal (arts. 51 y 54 LC, y vid. SAP Valencia de 28 de septiembre de 2011).

De este régimen general se exceptiona el ejercicio de la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso y el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores, que, declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal (art. 48 bis 1 LC y art. 48 *quáter* LC).

Especialmente debatida viene siendo la cuestión en torno a si los administradores sociales retienen sus facultades para ejercer los derechos políticos en las juntas generales de las sociedades participadas por la sociedad concursada.

Estimando que el paquete accionario que ostenta la concursada en otra sociedad ha de considerarse un activo integrado en la masa activa del concurso y que los derechos políticos forman parte del todo indisoluble que es cualquier participación societaria, resulta que tales facultades deben quedar afectadas por el régimen de intervención o suspensión (AAP de Barcelona de 17 de marzo de 2008 y AJM 7 de Madrid de 20 de julio de 2006).

Sin embargo, las disfunciones que esta solución provoca en caso de intervención aconsejan un tratamiento particular de esta cues-

tion. La reforma concursal ha atendido este requerimiento con una solución prácticamente oportuna, aunque técnicamente discutible. Dispone, en efecto, que, a solicitud de la administración concursal, el juez podrá atribuirle, siempre que se encuentren afectados los intereses patrimoniales de la persona jurídica concursada, el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a ésta en otras entidades (art. 48.5 LC).

Conviene con todo precisar que la atribución de derechos políticos no alcanza a cosa distinta que a tal atribución, que debe entenderse, obviamente, con sujeción al régimen societario. En particular la atribución de derechos políticos no es sinónimo del poder para separar y nombrar a los administradores de la sociedad participada (así no obstante, AJM 7 de Madrid de 20 de julio de 2006). Con esa equiparación se está atribuyendo a la administración concursal no la representación de la sociedad concursada en la junta de sus filiales, sino las competencias de la junta de las participadas. La separación y el nombramiento de los administradores es competencia de la junta general, salvo las excepciones previstas en caso de cooptación. Cuestión distinta es que el porcentaje de votos que se tenga permita conseguir un acuerdo de la junta sobre la separación y el nombramiento de administradores, pero la decisión obedece al acuerdo de la junta, no a la designación directa por parte del administrador concursal. La cuestión no es baladí porque afecta al régimen jurídico de impugnación de la decisión.

A consecuencia de ello, la administración concursal no podrá ejercitar en la sociedad participada actos distintos del ejercicio de esos derechos políticos. En particular no está habilitada para solicitar el concurso necesario de la sociedad dominada. El art. 3.1 LC dispone que la competencia para decidir sobre la solicitud de concurso corresponde al órgano de administración o de liquidación de la persona jurídica, no al socio mayoritario por sí mismo (AAP de Barcelona de 17 de marzo de 2008).

En materia de gestión empresarial, que comprende las facultades relativas a la admi-

nistración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso (arts. 40.6 LC, 48.1, 48.3 II LC), los administradores conservan en todo caso su titularidad (art. 40.1 y 2 LC).

Su ejercicio, sin embargo, se ve afectado por el concurso en distinta forma, según se trate de facultades de mera administración o de disposición y según hayan sido sometidas a mera intervención o a suspensión.

De acordarse la intervención, el órgano de administración retiene el ejercicio de las facultades de administración, pero con la supervisión de la administración concursal, a quien corresponderá autorizar o confirmar dichos actos de administración (arts. 40.1 y 48.3 II LC).

La confirmación puede ser expresa o tácita. Esta última se estimará concurrente cuando caduque la acción de anulación sin ser ejercitada por la administración concursal. Entretanto, los referidos actos no podrán ser inscritos en registros públicos (art. 40.7 LC).

Por el contrario, en caso de suspensión, el órgano de administración pierde temporalmente el ejercicio de dichas facultades de administración, siendo encomendado a los administradores concursales, quienes, por tanto, sustituyen a los administradores en ese concreto ámbito (arts. 40.2 y 48.3 II LC).

Como principio general, las facultades de disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa están en todo caso suspendidas, ya sea en el régimen de intervención, como en el de suspensión. Y tampoco están atribuidas a la administración concursal. Su ejercicio exige autorización del juez (arts. 43.2 y 155. 3 y 4 LC).

Como excepción, no obstante, podrán realizarse actos de disposición con sujeción al sistema de intervención o suspensión en tres casos.

En primer lugar, cuando se trate de actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del con-

curso. En esta hipótesis deberán comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad (art. 43.3.1º LC).

En segundo lugar, si se trata de actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad, cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si, en el caso de inmuebles, la diferencia es inferior a un diez por ciento, y, en el caso de muebles, de un veinte por ciento, y no constare oferta superior. En este supuesto, la administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior (art. 43.3.2º LC).

Finalmente, es posible realizar actos de disposición siempre que sean inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial de la sociedad (arts. 43.3 LC). En este caso, la sujeción al régimen general de intervención o suspensión es plena, de modo que no se requiere comunicación al juez (art. 44 LC). Solo se precisa que, en la hipótesis de intervención, con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial de la sociedad concursada, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general (art. 44.2 I LC). Asimismo, hasta la aceptación de los administradores concursales los administradores sociales podrán realizar los actos propios del objeto social que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado (art. 44.2 II LC).

En resumen, parece obvio que los preceptos anteriores solo comprenden provisiones en torno a las facultades de administración y disposición del patrimonio empresarial incluido en la masa activa del concurso, esto es, según las categorías societarias, a la denominada gestión

empresarial, y no, por tanto, a otras competencias que las leyes societarias atribuyen a los administradores sociales, ni, en particular, a la gestión interna o intrasocietaria. Hay que recordar que la situación de concurso no permite desconocer la vigencia de las leyes societarias. Su única consecuencia se resuelve en otorgar primacía a las disposiciones concursales sobre las societarias, lo que, con evidencia, exige una disposición concursal. En ausencia de ella, rige el ordenamiento societario (En este sentido, SAP Madrid, de 16 de febrero de 2009. En contra, AJM 7 de Madrid, de 29 de marzo de 2007, RDGRN de 1 de febrero de 2008).

Por consiguiente, en ausencia de disposición concursal que ordene otra cosa, los administradores sociales retienen, por ejemplo, la competencia para presidir la junta de socios, si así se prevé en los estatutos sociales o en la normativa societaria y son los únicos legitimados para convocar la junta de socios, sea cual sea el régimen de limitación patrimonial (En este sentido, SAP Madrid, de 16 de febrero de 2009. En contra, AJM 7 de Madrid, de 29 de marzo de 2007, RDGRN de 1 de febrero de 2008).

La reforma concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, corrobora esta interpretación cuando dispone que la administración concursal deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los integrantes del órgano que ha de reunirse. Es obvio, por tanto, que la Ley la señala como sujeto pasivo de la convocatoria, lo que parece incompatible con considerarla legitimada activamente para efectuarla (art. 48.2 I LC).

Únicamente cuando exista una previsión expresa es posible excluir este régimen. En particular, la Ley Concursal prevé tres excepciones principales.

En primer lugar, el deber de convocatoria de la junta o asamblea de socios que la Ley Concursal impone a la administración concursal cuando, a consecuencia de la inhabilitación impuesta en la sentencia de calificación culpable del concurso, los administradores sociales cesen en sus cargos, con el solo objeto de que

se proceda al nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados (art. 173 LC).

Si bien se trata de una prescripción de difícil comprensión puesto que comprende la sentencia de calificación dictada tras la aprobación de un convenio (art. 167.1 LC). Y la eficacia del convenio provoca el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, y, entre ellos, el de la administración concursal (arts. 133.2 y 3 y 145.1 II LC), salvo las excepciones expresamente previstas en la Ley Concursal, que únicamente concede legitimación a la administración concursal para continuar los incidentes en curso, así como para actuar en la sección sexta, pero en este caso solo hasta que recaiga sentencia firme (art. 133.3 LC). Por consiguiente, el art. 173 de la Ley Concursal supone una antinomia del sistema que debe resolverse en contra de su vigencia, ya que las excepciones previstas en el art. 133.3 de la Ley Concursal proceden de Ley posterior, la Ley 38/2011, de 10 de octubre. En consecuencia, estas situaciones de acefalia deben resolverse con los remedios que prevé el Derecho de Sociedades.

En segundo término, durante la tramitación del concurso, la reclamación de desembolsos pendientes corresponderá exclusivamente a la administración concursal, que podrá efectuarla en el momento y cuantía que estime conveniente, cualquiera que sea el plazo fijado en la escritura o en los estatutos; así como la de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48 bis 2 LC).

Por último, en lo atinente a las cuentas anuales de la sociedad, su formulación y sometimiento a auditoría, en caso de intervención, seguirán constituyendo obligación legal de los administradores sociales, pero bajo la supervisión de los administradores concursales (art. 46.1 I LC).

En la hipótesis de suspensión, la obligación legal de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales corresponde a los administradores concursales (art. 46.3 LC).

Al respecto de la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior

a la declaración de concurso, la eventual contradicción que se advierte entre las previsiones del art. 75.1.2º II de la Ley Concursal, cuando ordena su formulación por la administración concursal, y el art. 46.1 II del mismo texto legal, que confiere a esta última la facultad de autorizar a los administradores del deudor concursado a cumplir su obligación legal de formular dichas cuentas anuales con retraso, siempre que no exceda del mes siguiente a la presentación del inventario y de la lista de acreedores, ha de resolverse a favor de este último. Se trata de una norma posterior, ya que ha sido introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de donde procede la primera. En consecuencia, los administradores concursales podrán; o bien, formular por sí mismos dichas cuentas; o bien, instar a los administradores sociales a su formulación en las condiciones previstas en el art. 46.1 II de la Ley Concursal.

Por otra parte, la declaración de concurso impone a los administradores, liquidadores y apoderados de la persona jurídica y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, los deberes adicionales de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sean requeridos y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso (arts. 42 y 165.2º LC).

Finalmente cabe destacar que la eficacia del convenio provoca el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, y, entre ellos, el de la administración concursal (arts. 133.2 y 3 y 145.1 II LC). Consiguientemente, los administradores sociales recuperan desde ese momento la plenitud de sus facultades y derechos —incluyendo, en su caso, el relativo a la remuneración—, salvo las excepciones expresamente previstas en la Ley Concursal.

Se trata, en primer lugar, de las funciones que retiene la administración concursal, a pesar de su cese. Esta conserva plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las senten-

cias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección sexta hasta que recaiga sentencia firme (art. 133.3 LC).

En segundo término, las que derivan de la sentencia de calificación del concurso. La sentencia que califique el concurso como culpable ordenará de manera imperativa 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 a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.

Eso no obstante, como excepción aplicable únicamente en caso de convenio, la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar como administrador de la sociedad concursada, a solicitud de la administración concursal (art. 172.2.1º y 2º LC).

Por último, conviene tener en cuenta que la LC habilita al convenio para establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición de los administradores sociales, cuya infracción constituirá incumplimiento del convenio (arts. 133.2 y 137.1 LC). Además, el convenio podrá encomendar a todos o a alguno de los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones, fijando la remuneración que se considere oportuna. Estas medidas requieren el previo consentimiento de los interesados, puesto que se les encomiendan no como administradores concursales, sino por decisión convencional (art. 133.4 LC).

Todo ello, no obstante, se entiende sin perjuicio de los deberes colaboración e información establecidos en el art. 42 de la Ley Con-

cursal, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento (art. 133.2 I LC).

b' Fase de liquidación

Según se indicó con anterioridad la apertura de la fase de liquidación constituye causa de disolución de pleno derecho (arts. 361.2.I LSC), que se produce sin intervención de los órganos de la sociedad. Su declaración compete al juez del concurso, que la hará constar en la resolución de apertura de la fase de liquidación (art. 361.2 II LSC).

Ahora bien, la disolución no pone fin a la sociedad, que continúa como contrato y como persona jurídica, ni paraliza su actividad. Supone únicamente un cambio de objeto, que ya no será el ejercicio del objeto social, sino su liquidación (art. 371.2 LSC). Con ella comienza el proceso de liquidación, que se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal (art. 372 LSC), con postergación, por tanto, de la normativa societaria en las cuestiones previstas por esa Ley y por la propia Ley de Sociedades de Capital.

Pues bien, a tenor de la Ley Concursal, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá en todo caso el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (arts. 48.1 y 145.3 LC). Y, en aplicación de la Ley de Sociedades de Capital, no se procederá al nombramiento de liquidadores (art. 376.2 LSC).

No obstante, la LC tiene en cuenta que sociedad disuelta no es sociedad extinguida, sino sociedad en la que concurre una causa de disolución que desencadena el proceso de liquidación. Durante este período la sociedad sigue existiendo y debe poder mostrar su voluntad en los aspectos que la afecten, lo que no está en condiciones de hacer si es privada de su órgano de representación. Esta situación resulta inconciliable con su derecho de defensa y provoca antinomias con los preceptos de la propia Ley Concursal. Sólo hay que advertir cómo, por ejemplo, al tratar de las observaciones o

propuestas de modificación al plan de liquidación formado por la administración concursal, se habilita al *deudor* a que las formule (art. 148.2 LC); deudor que, en caso de sociedad, sólo puede actuar a través de su órgano de administración o liquidación, pues en él recae el poder de representación de una sociedad en liquidación.

Junto a ello han de tenerse en cuenta los incidentes en que sea parte la sociedad y su necesaria intervención en la sección de calificación. El cese de los administradores no puede suponer la desaparición de la capacidad procesal que hasta entonces se reconocía a la concursada, a quien se debe consentir que mantenga su propia voz en el proceso, que no puede ser suplida ni silenciada por un órgano concursal, obligado, además, a defender intereses que pueden entrar en conflicto con los de aquella y sus administradores. Lo contrario implicaría indefensión y vulneraría el artículo 24 de la CE. Por estos motivos, los administradores o liquidadores continuarán en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte (art. 145.3 LC. Y vid. AJM nº 4 Madrid de 28 de septiembre de 2005 y AJM nº 1 Sevilla de 1 de junio de 2007).

Aparentemente, la Ley Concursal deja en la sombra otros aspectos relevantes cuando dispone que la situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la Ley Concursal (art. 145.1 LC), salvo los que se opongan a las normas específicas dictadas en materia de liquidación (art. 147 LC).

Se trata, con todo, de una mera apariencia que, me atrevo a decir, esconde una inclinación decidida por el legislador, no una falta de coordinación. En particular afecta a las competencias relativas a la gestión intrasocietaria y, más en especial, a la facultad de convocatoria de la junta de socios. Sin género de dudas los administradores sociales la pierden, ya que están cesados (arts. 48.1 y 145.3 LC), sin posibilidad de ejercer otras funciones que las relacio-

nadas con carácter taxativo en el art. 143.3 de la Ley Concursal, entre las que, con evidencia, no se incluyen estas. Pero tampoco es posible atribuirles a la administración concursal ya que no solo no hay norma alguna que permita fundamentar tal conclusión, sino que, además, todo el sistema aboca a la solución contraria. En particular, porque la suspensión solo afecta a las facultades de administrar y disponer de los bienes que constituyen la masa activa del concurso, esto es, a la gestión empresarial, no al resto de competencias de los administradores sociales, que estos últimos retienen en la fase común y de convenio, salvo las excepciones concretas que la Ley Concursal regula en contraposición con la normativa societaria, que, en este caso, no formula. Ni allí, ni aquí. Por tanto, la convocatoria de la junta no podrá efectuarse ni por los administradores sociales, ni por los concursales.

c) La junta de socios

Al igual que ocurre con el órgano de administración, la declaración de concurso desplaza la normativa societaria sobre la junta de socios en los aspectos regulados por la Ley Concursal, dada la preferencia que este texto legal atribuye a sus disposiciones sobre las incluidas en aquella (art. 48.1 LC). Por tanto, la junta mantiene sus competencias y permanece sujeta al régimen societario de funcionamiento, incluyendo los derechos que atribuye a los socios, salvo previsión en contra de la Ley Concursal o de la propia legislación societaria.

Como en el caso de los administradores tomaré como modelo de la exposición la junta de las sociedades de capital al objeto de exponer las principales modificaciones de su régimen en situación concursal, que, por tanto, requerirán las pertinentes adaptaciones en otro tipo de sociedades mercantiles.

Dichas modificaciones difieren según la fase del concurso, por lo que me referiré, de un lado, a la fase común y de convenio y, de otro, a la fase de liquidación.

a' Fase común y fase de convenio

En la disciplina de la junta de socios en el contexto concursal cabe distinguir dos aspectos básicos. Por una parte, su competencia; por otra, su régimen de funcionamiento.

Al respecto del primero ha de tenerse en cuenta que la junta de socios es un órgano no permanente, de carácter deliberante, que carece de funciones ejecutivas y representativas (art. 233.1 LSC). Además, su capacidad de decisión no es universal, sino que queda limitada a los asuntos de su competencia incluidos en el pertinente orden del día (art. 159.1 LSC).

La Ley de Sociedades de Capital relaciona expresamente alguno de ellos (art. 160 LSC). A grandes rasgos se trata de las cuestiones de mayor trascendencia jurídica y económica para la sociedad —que, básicamente, coinciden con la alteración de los estatutos y las modificaciones estructurales—, de la designación y destitución de los miembros del órgano de administración y del control de su actuación, que efectúa de forma periódica al pronunciarse anualmente acerca de la aprobación de las cuentas anuales y de la gestión de aquellos.

Fuera de estos y otros previstos expresamente en la Ley, pueden reconocérsele ciertas competencias en materia de gestión que, en principio, corresponde al órgano de administración (arts. 161, 209 y 236 LSC).

En lo atinente a su régimen de funcionamiento cabe destacar que la junta está formada por los socios que ostentan derecho de asistencia, quienes expresan la voluntad de la sociedad mediante acuerdos adoptados por mayoría. Por este motivo sus acuerdos vinculan a todos los socios, incluso a los disidentes y a los que no hayan participado en la reunión (art. 159.2 LSC).

Pues bien, ese mismo dato es el que informa el régimen jurídico de su funcionamiento. En efecto, para que la voluntad mayor se identifique con la única voluntad de la sociedad, la Ley de Sociedades de Capital somete el proceso de adopción de los acuerdos a una serie de requisitos que tienen por objeto ga-

rantizar esa identificación. Tales requisitos son la convocatoria, el “*quórum*” de constitución en caso de sociedad anónima, la deliberación y la adopción del acuerdo por las mayorías predeterminadas, junto al respeto de los derechos concedidos a los socios, tales como el de asistencia, representación, voto, información e impugnación de acuerdos.

Ambos aspectos sufren modificaciones tras la declaración de concurso.

En materia de competencia, la Ley Concursal pretende sentar una regla de general aplicación cuando dispone que todos los acuerdos que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal (art. 48.2 II LC).

El objeto del control se define de manera deliberadamente amplia para incluir no solo los acuerdos cuyo contenido sea patrimonial, sino también otros que, aun careciendo de él, puedan tener relevancia para el concurso. El hecho no obstante de que se exija que la relevancia sea directa puede suscitar problemas interpretativos que bien podían haberse soslayado prescindiendo del calificativo. Por ejemplo, un cambio de domicilio, de denominación o de administradores tiene relevancia para el concurso, pero hasta qué punto dicha relevancia sea directa será difícil de precisar.

De otro lado, considerando que la Ley Concursal puede haber utilizado con pulcritud las categorías jurídicas, la sujeción a la autorización como requisito, únicamente, de eficacia del acuerdo, pero no de validez, permite afirmar que el acuerdo adoptado es válido, pero no produce efecto alguno hasta que no concurra la mencionada autorización que, en los términos de la Ley Concursal, puede ser anterior (autorización) o posterior (confirmación) a su adopción.

Con todo, aquel propósito no impide que dicha regla no resulte aplicable en todo caso. Resulta excepcionada en particular cuando se trate de acuerdos con aquel contenido que formen parte de una propuesta de Convenio.

En estos casos prevalece la disciplina relativa a la formación del Convenio, lo que elimina la necesidad de autorización por parte de la administración concursal. Serían, entre otros, las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, que normalmente requerirán un acuerdo de aumento de capital (art. 100.2 I LC), las proposiciones de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada (art. 100.2 II LC) y todos los supuestos de modificaciones estructurales, tanto aquellas a las que alude la propia Ley Concursal, esto es, la fusión, la escisión, incluyendo la segregación, o la cesión global de activo y pasivo (art. 100.3 LC), como aquellas otras que no menciona, en particular la transformación. Naturalmente, la eficacia de estas operaciones exigirá el respeto a las previsiones de la Ley Concursal en materia de Convenio y las especificaciones previstas en la Ley de Modificaciones Estructurales, lo que no deja de suscitar variadas cuestiones en las que ahora no es posible detenerse.

Por otro lado, la regla no admite una interpretación general *a sensu contrario*. Esto es, no implica que todos los acuerdos que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso tengan eficacia contando únicamente con la autorización o confirmación de la administración concursal (art. 48.2 II LC). En este ámbito la norma debe interpretarse en conjunción con las competencias atribuidas a la administración concursal, de modo que el acuerdo carecerá de eficacia, a pesar de su autorización, si la Ley Concursal requiere requisitos adicionales. Sustancialmente, la autorización judicial (arts. 40, 43 a 44, 155. 3 y 4 LC).

La junta retiene asimismo la competencia para la aprobación de las cuentas anuales, con independencia de la situación de suspensión o intervención a que esté sometida la administración social. Según se ha indicado en un epígrafe anterior, en la hipótesis de suspensión la formulación corresponde a la administra-

ción concursal, mientras que en el supuesto de intervención, se atribuye a la administración social con la supervisión de la administración concursal; pero, en ambos casos, la junta tendrá que pronunciarse sobre la aprobación de las cuentas (art. 46 LC). Una previsión ciertamente perturbadora.

Sin embargo, pierde la competencia para exigir responsabilidad social a los administradores, ya que la legitimación activa para el ejercicio de este tipo de acciones se atribuye en exclusiva a la administración concursal (art. 48 *quáter* LC).

Asimismo, a petición fundada de la administración concursal, el juez del concurso podrá acordar la revocación del nombramiento del auditor de cuentas de la persona jurídica deudora y el nombramiento de otro para la verificación de las cuentas anuales (art. 46.2 LC) y eliminar o reducir la retribución de los administradores (art. 48.4 LC).

En el régimen jurídico de funcionamiento de la junta las modificaciones que impone el concurso se refieren a la atribución a la administración concursal del derecho de asistencia y de voz. A estos efectos, deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los socios. Por otra parte, la constitución de la junta con el carácter de universal no será válida sin la concurrencia de la administración concursal (art. 48.2 LC).

En todos los casos se trata de requisitos impuestos por Ley imperativa para la validez de la junta, por lo que su contravención origina la nulidad de los acuerdos sociales adoptados (art. 204.2 LSC).

b' Fase de liquidación

Abierta la fase de liquidación, la situación es opuesta a la que se produce en las dos anteriores. La junta pierde todas sus competencias en la medida en que afecten al ámbito patrimonial. Es obligado concluir en este sentido en atención a la naturaleza de la causa de disolución que imponen, tanto la Ley Concursal, como la Ley de Sociedades de Capital y

las previsiones contenidas en ambas sobre la disciplina aplicable al proceso de liquidación.

Según se ha indicado con anterioridad, la apertura de la fase de liquidación constituye una causa de disolución de la sociedad, que se produce sin intervención de la junta de socios. Su declaración compete al juez del concurso, que la hará constar en la resolución de apertura de la fase de liquidación (art. 361.2 II LSC).

Es una causa de disolución de pleno derecho (arts. 361.2.I LSC), que impide la reactivación de la sociedad (art. 370.1 LSC) y que, por tanto, aboca inexorablemente a su liquidación, que, además, se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal, por imposición del art. 372 de la Ley de Sociedades de Capital y de los arts. 142 a 162 LC. Resulta bien claro que en este sistema no hay espacio para decisiones de la junta de socios. La sociedad solo puede liquidarse y la liquidación solo puede hacerse conforme a lo previsto en la Ley Concursal, en la que no hay una mínima referencia a competencia alguna de la junta de socios, que, siendo inútil, resultaría además altamente perturbadora.

La remisión genérica que efectúa el art. 145.1 LC no constituye un obstáculo a esta conclusión. Por el contrario supone un argumento a favor de la misma, sea cual sea el contenido que se atribuya a la referencia que efectúa al *concurtido*. El precepto dispone que la situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la Ley Concursal, lo que implica que dichas facultades se atribuyen *in totum* a la administración concursal.

En puridad, el concursado es la sociedad; por lo que la suspensión ordenada afectaría a la sociedad misma y, por ende, a todos sus órganos, entre los que sin duda se incluye la junta de socios. Esta interpretación vendría corroborada por el art. 145.3 LC cuando dispone que la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán

sustituídos por la administración concursal, porque, si se considerara que la suspensión a que alude el art. 145.1 LC únicamente afecta a las facultades de administración y disposición propias del órgano de administración el 145.3 LC resultaría redundante cuando no contradictorio con el primero, ya que, no solo sucede que las facultades del órgano de administración social se trasladan a la administración concursal, sino que los administradores sociales son cesados.

Pero, aunque la suspensión se entendiera restringida a las facultades propias del órgano de administración, la conclusión no sería distinta. En este caso, el repetido art. 145.1 LC no introduciría precisión alguna sobre la junta de socios, de modo que su régimen jurídico tendría que encontrarse en el sistema de remisiones que efectúan la Ley Concursal y la Ley de Sociedades de Capital.

La primera priva de su primera competencia a la junta, esto es, de la facultad de nombrar y revocar a los administradores o liquidadores cuando impone su cese por mandato judicial.

La segunda suprime la competencia de la junta general para aprobar las cuentas anuales por cuanto, por un lado, atribuye dicha competencia en el art. 388 de la Ley de Sociedades de Capital, y, por otro, ordena la inaplicación de tal precepto cuando se trata de la liquidación concursal, cuando, en el art. 372 del mismo texto legal dispone que esta no se rige por la Ley de Sociedades de Capital, sino por la Ley concursal. Igualmente, por idénticos motivos, elimina cualquier facultad de aquella en relación con las operaciones de liquidación y el destino del activo, esta vez en relación con el art. 390 de la Ley de Sociedades de Capital.

Aquel mismo precepto en conjunción con las disposiciones de la Ley Concursal en materia de liquidación obligan a considerar que la sociedad debe liquidarse de manera inexorable hasta su extinción y ha de hacerlo precisamente en la forma prevista en la Ley Concursal, lo que, por tanto, priva de competencias a la junta sobre toda modificación estatutaria o es-

tructural que suponga una desviación de ese programa imperativo.

No es un argumento convincente en contra el hecho de que la remisión que efectúa el tan repetido art. 372 de la Ley de Sociedades de Capital al capítulo II del título V de la Ley Concursal comprenda los arts. 145.1 y 147 de la Ley Concursal. Una lectura improvisada de los mismos podría inducir a considerar que obligan a aplicar el art. 46.3 o el art. 48.2 II de la Ley Concursal, y que este permite que la junta adopte acuerdos de contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso. Pero un análisis más atento revela que esa hipotética conclusión carece de fundamento. Primero, porque tales preceptos se limitan a conservar las competencias de la junta en esos ámbitos, lo que supone su previa existencia, y esto no ocurre en la fase de liquidación. Segundo, porque la remisión que efectúa el art. 147 de la Ley Concursal a esas normas no es ilimitada. Solo se mantiene en cuanto las disposiciones a las que se reenvía no se opongan a las previstas para la fase de liquidación. Y, en este caso, tanto el art. 46.3, como el art. 48.2 II contrarían estas últimas.

La orientación que se deduce de las consideraciones anteriores resulta además coherente con la ordenación de las facultades de convocatoria de la junta en la fase de liquidación a que se aludió en un epígrafe anterior. Se entiende, en efecto, que los administradores concursales y sociales estén privados de la competencia para convocar la junta porque esta ha perdido sus competencias esenciales. Y, desde luego, no tienen el deber de convocar una junta ordinaria que no puede aprobar las cuentas anuales, ni designar o revocar administradores, ni censurar la gestión de la administración concursal. Esta censura se sustituye en la Ley Concursal por la separación que puede acordar el juez y por las acciones de responsabilidad.

En esa misma medida se entiende, por último que, en contra de lo previsto en el art. 46.3 de la Ley Concursal, la administración concursal no deba formular unas cuentas anuales que la junta no puede aprobar. Dicho precepto es incompatible con las disposiciones que re-

gulan la fase de liquidación, ya que el único sentido de la formulación es su sometimiento a la junta de socios, que aquí está proscrita. El derecho de información de los socios concedido por la Ley de Sociedades de Capital se desactiva sustituido por el de información de los

acreedores y terceros en los términos previstos por la Ley Concursal. En particular, se arbitra a partir de los informes trimestrales sobre la liquidación, que los administradores concursales están obligados a confeccionar.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

BELTRÁN, “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, en Rojo-Beltrán (Dir.): *La responsabilidad de los administradores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

ESTEBAN VELASCO, “La acción individual de responsabilidad”, en Rojo-Beltrán (Dir.): *La responsabilidad de los administradores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

GALLEGO SÁNCHEZ (Coord.), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Madrid, La Ley, 2005.

MORILLAS JARILLO: *El concurso de sociedades*, Madrid, Iustel, 2004.

ROJO-BELTRÁN (Dir.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2004.

Fecha recepción: 18/07/2012

Fecha aceptación: 05/11/2012

ECONOMIC MATRIMONIAL REGIME AND BANKRUPTCY. PROBLEMATIC ISSUES

RESUMEN

Se abordan en este trabajo las especialidades de régimen que suscita el concurso de persona casada, que deben suponer la necesaria conexión de las normas concursales con las normas sobre régimen económico matrimonial del Código Civil y las de las Comunidades Autónomas forales. Las presunciones de donación entre cónyuges casados en régimen de separación de bienes, las atribuciones preferentes y particularmente, la regulación atinente al concurso de persona casada en régimen de gananciales son aspectos que también se tratan en el presente trabajo, en el que se han resaltado las novedades introducidas en la Ley 38/2011 de 10 de octubre de Reforma de la Ley Concursal

PALABRAS CLAVE

Concurso de acreedores, insolvencia, régimen económico matrimonial de gananciales

ABSTRACT

The bankruptcy of married person shows legal specialties dealt with in this paper, in order to connect the bankruptcy rules with those of matrimonial regime of the Civil code and Autonomous Communities. Presumptions of donation between spouses who married in separation of assets regime, preferential attributions, besides the regulation of the bankruptcy of married person with community regime are issues also discussed in this paper, in which the new features introduced in Law 38/2011 October 10 of the Insolvency Law Reform are highlighted.

KEYWORDS

Consumer bankruptcy, insolvency, matrimonial community regime.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y CONCURSO DE ACREEDORES. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS*

Matilde Cuenca Casas

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. Derecho de familia y Ley Concursal. Problemas de competencia legislativa. 2. El concursado casado en régimen de gananciales. Novedades de la reciente reforma de la Ley Concursal. 3. Cuentas corrientes indistintas de titularidad conyugal. Nota Bibliográfica.

1. DERECHO DE FAMILIA Y LEY CONCURSAL. PROBLEMAS DE COMPETENCIA LEGISLATIVA

La complejidad del derecho concursal reside en gran medida en que se trata de un área de conocimiento multidisciplinar, pues son muchas las partes del ordenamiento jurídico que es preciso manejar para abordar el problema de la insolvencia en el marco de un proceso de ejecución colectiva.

La unidad legal de disciplina del vigente Derecho concursal, resultando aplicable

a todo deudor, sea persona física o jurídica, realice o no actividad empresarial, trae como consecuencia la necesaria su conexión con el Derecho de familia, particularmente con las normas de régimen económico matrimonial cuando el concursado es una persona natural.

El objeto del presente trabajo no es el de realizar un estudio particular de la regulación contenida en la Ley Concursal (en adelante, LC) en relación con esta materia¹, sino el análisis de las disfunciones que se han evidenciado entre las normas concursales y las normas civiles reguladoras del régimen económico matri-

* Este comentario ha contado con la financiación I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación, a través del Proyecto DER 2010/17847 sobre “La nueva familia ante el derecho público y privado”, del que soy investigadora principal.

monial, prestando especial atención a las novedades introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la LC (en adelante, LRLC).

Una dificultad añadida en este terreno se deriva de la circunstancia de la existencia de una pluralidad normativa en materia de regímenes económico matrimoniales en el territorio español, dada la competencia legislativa que sobre derecho civil ostentan las comunidades forales. La coordinación de la normativa concursal con las normas civiles impone el respeto a éstas por cuanto el legislador estatal carece de competencia legislativa para alterar las normas forales de régimen económico matrimonial.

La Disposición Final trigésima segunda de la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal, relativa al título competencial, dispone que *“la presente Ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”*.

Por lo tanto, la competencia del Estado es exclusiva en materia mercantil y procesal, aspectos que indudablemente se ven afectados en la LC, pero en lo referente a su competencia en materia civil, la remisión del art. 149.1.8º CE implica necesariamente el respeto a las especialidades forales que, en materia de régimen económico matrimonial, se hacen evidentes. La afectación de la LC a estas cuestiones debe realizarse sobre la base del respeto e integridad de las normas civiles, debiendo abordarse en la LC exclusivamente el tratamiento concursal de tales especialidades forales, sin que tal conexión implique una alteración del régimen que, de producirse, violentaría la competencia del legislador estatal. No toda la normativa contenida en la LC puede calificarse de legislación mercantil, por lo que el respeto a las materias colindantes de naturaleza civil es la regla con base en el título competencial por el que se dicta la norma.

Existen especialidades forales en materia de régimen económico matrimonial que tienen incidencia en el procedimiento concursal, las

cuales no pueden ser alteradas por el legislador estatal por más que esta incidencia no sea de gran envergadura. Por otro lado, cuando la ley aplicable es una ley autonómica resulta preciso analizar si la norma contenida en la LC es de “puro” régimen económico (y en principio, no podrá derogar la ley autonómica, al ser una norma estatal) o bien si es posible calificarla como “concursal”, en atención a la finalidad que persigue dentro del concurso de acreedores, de modo que pudiera defenderse su aplicación uniforme en todo el territorio nacional².

Pues bien, estas fricciones entre la LC y la normativa foral se han puesto de manifiesto en la regulación contenida en los arts. 77 y 78 LC, que regulan lo que debe integrarse en la masa activa del concurso cuando el concursado es persona natural casada. El hecho de que se trate de normas atinentes a la formación de la masa activa no las convierte en normas concursales³, de manera que no pueden alterar los principios básicos forales en materia de régimen matrimonial y, lo cierto, es que sí lo han hecho y buena prueba de ello es la respuesta del legislador foral en esta materia.

En particular y respecto a las presunciones de fraude contenidas en el 78.1 LC⁴ (tradicionalmente denominada presunción muciana) para los cónyuges casados en régimen de separación de bienes. En el momento de dictarse la LC, tal norma chocaba abiertamente con los arts. 12 y 39 del hoy derogado Código de Familia de Cataluña⁵. En otra ocasión ya mantuvo la naturaleza civil de la presunción muciana⁶ y que la nueva colocación del precepto en la legislación concursal no alteraba su naturaleza estrictamente civil, al constituir una presunción de fraude que afecta a las personas casadas que se acogen a un determinado régimen económico matrimonial. La única particularidad que presenta la presunción es que sus beneficiarios son los acreedores que reclaman sus derechos en un procedimiento de ejecución colectiva, pero se trata de una norma de derecho material con alcance en el proceso que afecta a todo tipo de sujetos en las relaciones económicas con su cónyuge. Como consecuencia de afirmar la naturaleza civil de

la presunción muciana⁷ cabe entender que ésta resulta también aplicable al régimen de participación por virtud de la remisión que establece el art. 1.413 Cc. No se trata, pues, de una norma mercantil aplicable exclusivamente al supuesto de la separación de bienes, sino que la misma debe incardinarse en la normativa general reguladora de los regímenes económico matrimoniales.

Consecuencia de la naturaleza civil de la presunción muciana es que la nueva regulación que de la misma se establece en el art. 78.1 y 2 LC no podía afectar al art. 12 y 39 del Código de Familia de Cataluña que regulaba en ese territorio la presunción muciana.

Con todo, la polémica ha quedado zanjada tras la aprobación del Libro II del Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio) que ha regulado la cuestión en el art. 231-12⁸, en el marco de las disposiciones generales aplicables a todo régimen económico matrimonial, confirmándose la tesis que ya mantuve de la naturaleza de esta presunción como norma de régimen económico matrimonial y, por lo tanto, la falta de competencia legislativa del legislador estatal para afectar al derecho civil catalán, por más que su hecho generador sea la declaración de concurso de uno de los cónyuges. Existen diferencias entre la norma catalana y la concursal y será la contenida en el Código Civil catalán la que deba tener presente la administración concursal cuando este derecho resulte aplicable a los cónyuges. Obsérvese que la norma catalana no restringe su ámbito de aplicación al régimen de separación de bienes, sino que se encuentra ubicado en las disposiciones generales aplicables a todo régimen matrimonial, abarcando incluso el de gananciales⁹.

Otro tanto se ha producido con ocasión del art. 78.3 LC que regula los efectos concursales de los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia¹⁰, figura regulada en los arts. 231-15 y siguientes del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat.). Aunque su regulación se encuentra en el Derecho catalán, nada impide que pueda pactarse por los cónyuges siempre que se respete la normativa del derecho de su-

cesiones. Se trata de un pacto que tiene lugar cuando ambos cónyuges, casados en régimen de separación de bienes, adquieren conjuntamente y por mitad un bien constante matrimonio. Se parte pues de la adquisición de un bien en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas al que se le adiciona un pacto en el mismo título de adquisición, por virtud del cual cuando se produzca el fallecimiento de cualquiera de ellos el sobreviviente resulte único titular de la totalidad.

Cuando uno de los cónyuges es declarado en concurso, en puridad, nos encontramos con que los bienes afectados por el pacto son comunes en régimen de comunidad ordinaria, si bien se trata de una comunidad con caracteres especiales en tanto que, viviendo ambos cónyuges, ninguno de ellos puede transmitir a terceras personas su derecho y debe mantenerse necesariamente la indivisión de los mismos (art. 231.15 CCCat).

No obstante, esta indivisibilidad no afecta desde el punto de vista del principio de responsabilidad patrimonial del deudor, pues de lo contrario, el pacto sería una fácil vía para eludir tal principio¹¹. El art. 231-17 CCCat prevé que *“el acreedor de uno de los cónyuges puede solicitar el embargo sobre la parte que el deudor tiene en los bienes adquiridos con pacto de supervivencia”*, con la particularidad de que *“el embargo debe notificarse al cónyuge que no sea parte en el litigio”*. Caso de que esta situación se produzca, es decir, cuando se embargue un bien afectado por el pacto, se produce la extinción de éste, tal y como dispone el art. 231-181 c). Este esquema es el que se sigue en el párrafo primero del art. 78.3 LC cuando prevé como primera medida que se incluya en la masa activa la mitad del bien correspondiente al cónyuge concursado: *“los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado”*. Por lo tanto, a efectos concursales, cabe incluir en la masa activa la cuota que sobre el bien afectado ostenta el concursado.

El cónyuge del concursado puede llegar a adquirir la totalidad del bien, antes del fallecimiento de su consorte, si bien esta adquisición en su totalidad será a título oneroso, pues tiene la carga de abonar a la masa activa del concurso el valor de la mitad adquirida. Se produce, pues, una auténtica alteración de la naturaleza del derecho que correspondía al cónyuge del concursado, en tanto que lo que era una expectativa de adquisición gratuita y aleatoria, la LC la convierte con esta opción en un derecho cierto a adquirir el bien a título oneroso. Tal opción la tiene el cónyuge con la sola inclusión de la mitad del bien en la masa activa, es decir, no hace falta que se inicie la fase de liquidación y se proceda a la ejecución del bien. Por lo tanto, puede suceder que tal bien no llegue a enajenarse porque el concurso termina con convenio. A pesar de que esto suceda, el cónyuge del concursado puede llegar a adquirir la totalidad del bien, provocando la extinción del pacto.

Como se puede apreciar, la norma contenida en el art. 78.3. LC afecta a una institución civil como es la adquisición con pacto de supervivencia, si bien todo ello se realiza con ocasión del concurso de acreedores de uno de los cónyuges y con ella, se favorece principalmente al cónyuge del concursado. Se trata de una norma que afecta directamente al derecho foral catalán si bien éste no contenía norma alguna respecto de la eficacia de estos pactos en el marco de un proceso concursal en el momento en el que se promulgó la LC. Se ha considerado¹² que la regulación contenida en la Ley Concursal era constitucional ya que se limitaba con carácter general a dar un tratamiento unitario de dichos pactos en el ámbito concursal, sin afectar más que en lo imprescindible y solo a los efectos concursales, a su régimen sustantivo.

En su momento entendí¹³ que el hecho de que no estén regulados en el Derecho catalán los efectos del concurso respecto de bienes adquiridos con pacto de supervivencia no autoriza al Estado a entrar en la regulación de una materia estrictamente civil. Cosa distinta es que mientras en Cataluña no se aborde la regulación de esta cuestión, será de aplicación la Ley Concursal como Derecho supletorio:

Pues bien, de nuevo el legislador catalán ha intervenido para hacer suya la regulación de los efectos concursales de los bienes adquiridos con pacto de supervivencia. El art. 231.17.2, reproduce en el Código Civil de Cataluña la norma contenida en el art. 78.3 LC. Dispone el texto catalán *“en caso de declaración de concurso, la parte correspondiente al cónyuge concursado se integra en la masa activa. El otro cónyuge tiene derecho a sustraer de la masa esta parte satisfaciendo su valor. Si se trata de la vivienda familiar, el valor es el del precio de adquisición actualizado de acuerdo con el índice de precios al consumo específico del sector de la vivienda. En los demás bienes, el valor es el que determinen de común acuerdo el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que fije la autoridad judicial después de haber escuchado a las partes y previo informe de un experto si lo considera pertinente”*.

El hecho de que el legislador catalán haya intervenido en la regulación de una materia ya contemplada en la LC confirma la tesis de la falta de competencia legislativa del Estado para afectar, a través de la legislación concursal, a materias de derecho civil foral, lo cual acontece claramente con el art. 78.3 LC que prevé un supuesto de extinción del pacto de supervivencia que no estaba contemplado en la legislación catalana. A mi juicio, bastaba con que el legislador catalán hubiera recogido, como efectivamente ha hecho en el art. 231-18 un nuevo supuesto de extinción del pacto de supervivencia, sin necesidad de duplicar el art. 78.3 en el CCCat. Es claro es que cuando resulte aplicable el derecho catalán al concursado, la administración concursal deberá tener en cuenta la normativa contemplada en el art. 231.17.2 CCCat.

2. EL CONCURSADO CASADO EN RÉGIMEN DE GANANCIALES. NOVEDADES DE LA RECIENTE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

La insolvencia de persona casada en régimen de gananciales plantea importantes cues-

tiones, sobre todo en la fase de formación de la masa activa. Es evidente la inclusión de los bienes privativos del concursado (art. 77.1 LC), pero más problemas suscita saber lo que sucede con el patrimonio ganancial cuya titularidad corresponde a ambos cónyuges.

En este ámbito la especial naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales tiene importantes consecuencias prácticas. Su consideración como un modelo de comunidad germánica, sin personalidad jurídica propia, por virtud de la cual los cónyuges carecen durante la vigencia del régimen de cuotas enajenables (y, por ende, embargables), sobre los bienes gananciales impide que en caso de concurso de uno de los cónyuges pueda incluirse en la masa activa la cuota correspondiente a cada cónyuge sobre los bienes comunes, tal y como aconsejaría un escrupuloso respeto al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 Cc). Sólo tras la disolución y liquidación del régimen conyugal los cónyuges les será adjudicada a cada cónyuge la titularidad exclusiva de los bienes que fueron gananciales o bien en régimen de comunidad de bienes romana o por cuotas (arts. 392 y ss. CC). Hasta la disolución del régimen, por lo tanto, no es posible determinar el derecho que a cada cónyuge le corresponde sobre el patrimonio común.

Si lo que hubiera inspirado al legislador hubiera el respeto al principio de responsabilidad patrimonial universal, la solución lógica al problema de los bienes que deben integrar la masa activa habría sido la de, previa disolución automática de la sociedad de gananciales por obra de la declaración de concurso, incluir tan solo el derecho que sobre los mismos se le atribuya al concursado. De hecho, esta fue la opción inicialmente escogida en el Proyecto de LC de 23 de julio de 2002 y sobre esta solución se construyó la regulación del concurso de persona casada.

Sin embargo, la aprobación de algunas enmiendas presentadas a lo largo de la tramitación parlamentaria¹⁴ rompen la lógica del sistema y se opta por abandonar el texto proyectado sustituyéndolo por otro diametralmente distinto recogido en el art. 77 LC que incluye sin más

los bienes gananciales o comunes en la masa activa. Este cambio no vino acompañado de los oportunos retoques de otros preceptos de la LC que tenían sentido con arreglo al texto proyectado, lo cual va a provocar no pocas disfunciones, algunas de ellas resueltas en la recientemente aprobada Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la LC.

La simple declaración de concurso no provoca la disolución del régimen conyugal de manera automática, sino que se trata de una carga impuesta al cónyuge del concursado quien debe instar la disolución cuando se incluyan bienes gananciales en la masa activa, lo cual, sucederá siempre dado que éstos siempre responden directa o subsidiariamente de las deudas del concursado (art. 1373 CC). Ya me he pronunciado en más de una ocasión sobre lo deseable que hubiera sido establecer la disolución automática de la sociedad de gananciales por consecuencia de la declaración de concurso. Así sucedía en el Proyecto de LC de 23 de julio de 2002¹⁵. La LC está diseñada sobre el texto del proyecto que se fundamentaba en una sociedad de gananciales disuelta y liquidada y el cambio legislativo que supuso el texto finalmente contenido en el art. 77 LC, modificado en la tramitación parlamentaria de la LC no vino acompañado de las correspondientes adaptaciones. La LC no está pensada para la hipótesis de que el cónyuge no disuelva el régimen y son muchos los problemas que se plantean incluso después de los cambios que introdujo la LRLC de 2011, a los que en breve haré mención.

Son varias las razones que justifican la concesión de esta facultad disolutoria al cónyuge no deudor. Por un lado, tal facultad le permite salvaguardar la parte que le corresponde de los bienes gananciales de la responsabilidad por deudas privativas del concursado (al igual que acontece con el artículo 1.373 del Código Civil para la ejecución singular). Por otro lado, hay que destacar el hecho de que es preciso evitar que el cónyuge no deudor siga generando recursos gananciales, como son los derivados de su actividad profesional, rendimientos de los que se beneficiarían los acreedores del concursado.

La disolución y liquidación de la sociedad conyugal permite que el esposo no concursado pueda concurrir con los restantes acreedores para cobrar sus créditos por los eventuales reembolsos que de tal liquidación pudieran surgir, si bien, su condición de “persona especialmente relacionada con el concursado” le coloca en la situación desventajosa propia de los créditos subordinados (art. 93.1 LC).

Es, a mi juicio, recomendable que el cónyuge del concursado opte por disolver el régimen económico matrimonial. El problema es cuándo. El artículo 21.7 de la LC hace referencia a que cuando se dicta el auto de declaración de concurso el Juez decidirá, en su caso, acerca de *“la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales”*. Ello significa que, obviamente, la solicitud de disolución se ha tenido que llevar a cabo con anterioridad al momento en el que el Juez dicte el auto de declaración de concurso. Ahora bien, para que el cónyuge pueda pedir la disolución, es preciso que su consorte haya sido ya declarado el concurso y que, además, se hayan incluido bienes gananciales en la masa activa, lo que difícilmente se puede producir cuando se dicta el auto de declaración de concurso. Es por ello, que a pesar del tenor del art. 21.7 LC, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución del régimen conyugal con posterioridad al auto de la declaración de concurso y hasta la aprobación del inventario.

Pero es que además si el cónyuge del concursado no disolvía el régimen de gananciales, se producía un efecto perverso para los acreedores gananciales que contrataron con el cónyuge del concursado, dado que el art. 84.1 de la LC, referido a la formación de la masa pasiva, establecía, en su redacción anterior a la reforma 2011 establecía que *“en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado”*. Esta norma venía a significar que los acreedores gananciales del cónyuge del concursado y que, teóricamente, gozaban de la garantía patrimonial de la masa

común, lisa y llanamente se veían privados de la misma, ya que todos los bienes gananciales se incluían en la masa activa, pero no todos los créditos comunes se incluían en la masa pasiva. Se beneficiaba a los acreedores concursales en detrimento de los acreedores gananciales que lo son del cónyuge del concursado.

La única razón que podría justificar dicha discriminación sería de orden estrictamente procesal y estaría estrechamente relacionada con la redacción del art. 76 del Proyecto de Ley Concursal¹⁶. Dado que a tenor de este precepto, la liquidación de la sociedad de gananciales claramente debía ser previa a la aprobación del convenio o liquidación del concurso y realizarse en pieza separada, parece que en ese momento debieran tenerse en cuenta a los acreedores gananciales del cónyuge del concursado. Una vez liquidada la sociedad de gananciales, determinado el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común, es claro que en la formación de la masa pasiva del concurso no debían ser ya tenidos en cuenta los acreedores del cónyuge del concursado, tal y como establecía el art. 83 del Proyecto. Se partía de la base de que tales créditos no iban a ser satisfechos dentro del concurso.

Sin embargo, cambiándose el sistema en el definitivamente aprobado art. 77 LC, por virtud del cual los bienes comunes integran la masa activa, si la liquidación de la sociedad de gananciales no es previa, la exclusión de los acreedores consorciales que contrataron con el cónyuge del concursado, deviene arbitraria y carente de justificación¹⁷. Se condena a unos acreedores que gozaban de la garantía patrimonial de la masa común, a cobrar sólo con la garantía de los bienes privativos del cónyuge deudor que, tal y como establece el art. 1369 Cc se ven vinculados por las deudas contraídas por cada cónyuge, con independencia de que, además, tengan el carácter de deudas gananciales. Se hace tabla rasa de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales y, de nuevo, del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 Cc). Dado que los acreedores consorciales del cónyuge del con-

cursado no pueden insinuar sus créditos en el proceso concursal (art. 84.1 LC), se produce el contrasentido de que cobran antes sobre el patrimonio ganancial los acreedores privativos del concursado que los acreedores comunes del cónyuge del concursado, vulnerándose el art. 1.399 Cc.

Sin embargo, la reforma recientemente aprobada solventa este tremendo despropósito y suprime la norma contenida en el art. 84 LC, disponiendo en el art. 49.2 LC que *“en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal”*. Correctamente el texto reformado evita el perjuicio que sufrían los acreedores del cónyuge del concursado al verse privados de la garantía de la masa ganancial. Ahora tales acreedores, a pesar de no serlo técnicamente del concursado, pueden insinuar sus créditos en el procedimiento del concursado por más que no hayan contratado con él. Se consume así una clara correlación entre activo y pasivo ganancial, evitando la situación anterior en la que se incluían todos los bienes gananciales en la masa activa no estando todos los acreedores gananciales, pues faltaban los que habían contratado con el cónyuge del concursado.

Cabe preguntarse acerca de las consecuencias colaterales de esta innovación introducida en la LRLC 2011.

En primer lugar, se suscita el problema de cómo debe entenderse el mandato de coordinación entre la liquidación de la sociedad de gananciales con lo que resulte del convenio y la liquidación del concurso y, concretamente, procede determinar si la modificación legislativa operada en 2011 ha alterado en algo la solución que deba darse a esta cuestión.

A diferencia de lo que sucedía en el Proyecto de LC de 2002 que expresamente incorporaba a la masa el derecho que al concursado le correspondía sobre el patrimonio común, lo que implicaba necesariamente una liquidación

previa del régimen de gananciales, cabría pensar que el artículo 77 de la LC presenta como novedad el que la liquidación del régimen conyugal ya no tiene que ser previa y que se lleva a cabo en el seno de la liquidación concursal. Por el contrario, entiendo que con el texto vigente la sociedad de gananciales debe liquidarse con carácter previo a la aprobación del convenio o liquidación concursal¹⁸. Debe llevarse a cabo una liquidación meramente contable, en la que se adjudique formalmente a cada cónyuge su derecho sobre el patrimonio común. Esta operación previa es absolutamente fundamental para que el cónyuge pueda salvaguardar su derecho sobre los bienes gananciales de la agresión por deudas privativas de su consorte. La expectativa del cónyuge es dominical, ejercitable por virtud del derecho de separación (art. 80 LC) y no meramente obligacional. Y ello por respeto al principio de responsabilidad patrimonial universal y porque las normas sobre responsabilidad de los bienes gananciales no son alteradas por la LC y, por tanto, deben ser respetadas.

Cosa distinta es que solo existan deudas gananciales. En ese caso, dado que ya están presentes en el concurso todos los acreedores gananciales tanto los que contrataron con el concursado como los que lo hicieron con su cónyuge, puede no ser imprescindible la liquidación previa de la sociedad conyugal pues no es preciso salvaguardar el derecho del cónyuge del concursado sobre el patrimonio común de la agresión por acreedores privativos del concursado. Esta es la solución adoptada en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 2012 (JUR 2012/1777237).

En el caso de que existan deudas privativas, la previa liquidación del régimen de gananciales se realizará en pieza separada (art. 21.7 LC), siendo competente el juez del concurso, y siéndole de aplicación, naturalmente, las normas del Código Civil en materia de liquidación (arts. 1.396 y siguientes del Código Civil), así como los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al respecto, debe tenerse en cuenta la preferencia que sobre el patrimonio ganancial tienen los acreedores

(art. 1399 CC) quienes son los únicos que tienen derecho a cobrar con cargo a la masa de la comunidad postganancial, antes de que se produzca la partición. Los acreedores privativos no tienen derecho a cobrar de la masa ganancial, sino de la parte que se adjudique a su deudor al finalizar las operaciones particionales¹⁹.

La liquidación deberá llevarse a cabo con la necesaria intervención de la administración concursal (art. 40.6 LC). En tal proceso liquidatorio deberán tenerse en cuenta los acreedores comunes que lo sean del cónyuge del concursado (art. 49.2 LC), siendo de aplicación, en su caso, las normas de prelación de créditos previstas en la LC. El pago de las deudas comunes con cargo a la masa común es el que debe realizarse con cargo a las normas de prelación concursal²⁰. La posición escalonada de los acreedores, a salvo los titulares de créditos con privilegio especial, por los créditos ordinarios y por los subordinados, habrá de fijarse en relación con el patrimonio responsable sujeto al cumplimiento del crédito, según que se ostente frente a obligaciones propias o frente a obligaciones de la sociedad de gananciales²¹.

El hecho de que los acreedores gananciales tengan preferencia sobre los bienes gananciales ha sido recientemente cuestionado²² no solo en el ámbito civil (a pesar de ser admitido por la mayoría de la doctrina²³), sino también en sede concursal. Se critica tal preferencia porque choca abiertamente con el régimen concursal de clasificación de los créditos, en tanto un acreedor subordinado cuyo crédito tuviera naturaleza ganancial se antepondría a un crédito privilegiado que tuviera la condición de privativo²⁴. A mi juicio, la preferencia de los acreedores comunes sobre los bienes gananciales (art. 1399 CC) debe mantenerse en sede concursal por más que su ordenación interna y preferencia en el marco de la agresión de los bienes gananciales deba realizarse conforme a la clasificación de créditos concursal (art. 1921 CC)²⁵. Es obvio que la LC clasifica los créditos por razón de su naturaleza en los arts. 89 y ss., pero no por su adscripción a masas de bienes diferenciadas dentro del procedimiento. Ello es así porque no se debe olvidar que la LC no

tiene en cuenta las especialidades que genera la sociedad de gananciales pues está construida sobre la base del texto del Proyecto de 2002 que partía de una sociedad de gananciales disuelta y liquidada en la que solo se incluían los bienes gananciales adjudicados al concursado. Con todo, el art. 94.2 LC sí tiene presente esta circunstancia cuando dispone que en la lista de acreedores “*se relacionarán separadamente los créditos que solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común*”. La redacción del precepto es criticable pues no hay créditos que “solo” puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio común o “solo” frente al patrimonio privativo, teniendo en cuenta la solidaridad de masas que establece el art. 1369 CC y lo dispuesto en el art. 1373 CC que permite la agresión subsidiaria de bienes comunes adjudicados al concursado cuando se trata de deudas privativas.

A mi juicio, es que la LC —como no podía ser de otra manera— hace suya la disciplina específica del régimen económico matrimonial que no puede ser obviada en el proceso concursal. El procedimiento de ejecución colectiva en que consiste el concurso de acreedores no puede suponer una alteración de las reglas de responsabilidad de los bienes gananciales, otorgándose por el mero hecho de la declaración de concurso una preferencia sobre esta masa patrimonial a un acreedor privativo y ello por muy privilegiado que sea. Tal resultado conculca las reglas básicas del sistema civil, para lo cual, carece de competencia el legislador estatal ya que se verían afectados principios básicos de Derecho civil foral. Ciertamente puede ser llamativo que un acreedor privativo privilegiado no cobre sobre la masa ganancial antes que un acreedor ganancial subordinado, pero no debe olvidarse que la masa ganancial no es propiedad exclusiva del concursado, que es un caso en el que la LC concursal violenta el principio de responsabilidad patrimonial universal. El cónyuge del concursado, no tiene por qué pagar con su patrimonio ganancial una deuda privativa del otro cónyuge por mucho que el acreedor privativo tenga la consideración de privilegiado.

El matrimonio no puede ser causa de expropiación que es lo que en definitiva se produce cuando se proclaman principios sin atender a sus consecuencias prácticas. La masa ganancial debe responder de las deudas gananciales y de las privativas debe hacerlo el patrimonio del deudor que será el privativo y ganancial adjudicado y ello considero que es así, a mi juicio, aunque chirrién algunas reglas concursales (o se hable de paradojas²⁶) que deben ser adaptadas al régimen civil y no anularlo. El cónyuge del concursado es solo “cónyuge” y no socio y no debe ser olvidado ese extremo.

Como resultado de las operaciones liquidatorias deberá procederse a la *adjudicación formal* a los cónyuges de los bienes gananciales que les correspondan, llevándose a cabo un inventario de los bienes comunes adjudicados, tal y como ordena el artículo 1.401 del Código Civil. Tal división del patrimonio es formal, no material²⁷, por cuanto *todos* los bienes comunes van a conformar la masa activa, si bien con la misma se da efectividad al mandato contenido en los artículos 94.1 y 86.3 de la LC, distinguiéndose dentro de la masa activa los bienes comunes que se hacen cargo de las deudas comunes y los bienes comunes adjudicados al concursado sobre los cuales (además, por supuesto, de sus privativos) se podrán hacer efectivas las deudas privativas del concursado, todo ello en consonancia con el artículo 1.373 del Código Civil.

Sólo tras el resultado de lo acordado en el convenio o liquidación concursal, al cónyuge del concursado se adjudicará, si procede, su parte en los bienes comunes. El cónyuge *recupera bienes* (no es titular de un simple derecho de reembolso) que son de su propiedad, ejercitando lo que sería un derecho de separación (art. 80 LC), que, se demora por virtud de este mandato de coordinación contenido en el artículo 77 de la LC, a la fase de convenio o liquidación del concurso.

Hasta la reciente reforma de la LC de 2011, un argumento de peso a favor de la liquidación previa de la sociedad de gananciales lo constituía la norma contenida en el artículo 84.1 de la LC, ya citada, que excluía del pro-

ceso concursal a los acreedores gananciales que contrataron con el cónyuge del concursado. De no hacerse tal liquidación previa donde se tuvieran en cuenta sus derechos, la LC habría acabado con la garantía que sobre el patrimonio ganancial les concedía la legislación civil, efecto que no podía consumir el legislador estatal pues afectaría entre otras cosas al derecho civil foral para lo cual carecía de competencia legislativa. La LC debe ser interpretada sobre la base de un escrupuloso respeto al derecho civil, pues tan solo puede adaptar su realidad al proceso de ejecución, pero sin desvirtuarla. Reitero lo señalado *supra* respecto del alcance de la competencia legislativa en materia concursal y civil.

El hecho de que la reforma 2011 haya solventado el despropósito de privar de la garantía del patrimonio ganancial a los acreedores gananciales que contrataron con el cónyuge del concursado, no altera la tesis de que la liquidación de la sociedad de gananciales debe ser previa al convenio o liquidación concursal²⁸.

La presencia de estos acreedores sigue siendo necesaria en el concurso por cuanto la liquidación previa no impide que toda la masa de bienes gananciales quede integrada en la masa activa, tal y como ordena el art. 77 LC. Tales acreedores podrán adherirse a la propuesta de convenio (art. 103 LC) y formar parte de la junta de acreedores (art. 118 LC). El convenio puede afectar a deudas gananciales adjudicadas al concursado e incidir este hecho en la masa activa ganancial. La presencia de estos acreedores del cónyuge del concursado sería innecesaria si, realizada la liquidación previa de la sociedad de gananciales, sólo se incluyera en la masa activa la parte adjudicada al concursado. Pero dado que el art. 77 LC exige integrar en la masa activa la totalidad de los bienes gananciales, la presencia de dichos acreedores resulta imprescindible pues pueden ver afectados sus derechos por el convenio aprobado. El hecho de que no sean acreedores del concursado no constituye a mi juicio un obstáculo a que puedan ser proponentes o adherirse al convenio²⁹, si bien sería necesario recabar el consentimiento

to del cónyuge del concursado cuando se pretendan novar créditos contratados con él. Es obvio que la LC parte de la hipótesis de que en el concurso solo están presentes los acreedores del concursado y éste es el supuesto de los arts. 99 y ss., pero una vez que el art. 49 LC incluye a los acreedores gananciales del cónyuge del concursado en la masa pasiva, su inclusión hay que entenderla a todos los efectos pues no solo entran en el proceso para estar presentes en la liquidación previa, pues ya he dicho que a pesar de que ésta se sustancie, todos los bienes gananciales siguen en la masa activa si bien haciéndose constar en el inventario los contablemente adjudicados a uno y otro cónyuge. Si, como será lo normal, la mayoría de las deudas del concursado son gananciales, una quita puede descuadrar claramente la liquidación previa contable y afectar a los acreedores gananciales del cónyuge del concursado y de ahí su necesaria intervención en el convenio. Una quita de una deuda ganancial del concursado afecta también a los demás y varía el neto adjudicado. Aunque les afecte en sentido positivo, ello justifica su presencia en esta fase.

En definitiva, la liquidación de la sociedad de gananciales debe seguir siendo previa a los efectos de salvaguardar los derechos que le corresponden al cónyuge del concursado sobre el patrimonio común frente a la agresión por parte de los acreedores privativos del concursado. La novedad que aporta la LRLC es que los acreedores gananciales que contrataron con el cónyuge del concursado ven tutelados sus derechos al margen de la decisión del cónyuge de disolver o no la sociedad conyugal. El avance en este punto de la reforma es notable y positivo.

Cuando el cónyuge no opta por la disolución del régimen conyugal, todos los bienes gananciales se integrarán en la masa activa del concurso. Tales bienes responderán de las deudas gananciales y, subsidiariamente, de las deudas privativas del concursado. Parece que la protección de los intereses del cónyuge del concursado (más acuciante cuando se trata de deudas privativas del concursado) sólo se contempla que pueda llevarse a cabo si opta por

la disolución del régimen. No se prevé que el cónyuge del concursado pueda salvaguardar el valor que le corresponde sobre el patrimonio común si no disuelve la comunidad. De esta forma, si los acreedores ejecutan bienes comunes para el cobro de deudas privativas parece que debe jugar el principio establecido en el Código para la ejecución singular³⁰ contemplado en el art. 1.373.2 Cc: *“si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal”*. En el hipotético caso de que se produzca un exceso de adjudicación al cónyuge deudor, se resolverá en la esfera interna del matrimonio el día que se proceda a la liquidación del haber conyugal.

Que entren en el concurso acreedores que no lo son del concursado (art. 49 LC) supone una fractura grave a la estructura general sobre la que se ordena el proceso concursal, algo que ha sido recientemente criticado³¹, a mi juicio, sin mucha justificación, pues no me cabe duda que también rompe el régimen general el incluir en la masa activa bienes que se sabe a ciencia cierta que no pertenecen al concursado. Aquí estuvo la fractura del sistema y el error. El art. 49 LC trata de enmendarlo, pero la crítica a mi juicio debe hacerse al art. 77 LC y no a la reforma 2011 que acaba con un sistema que era a todas luces injusto con el cónyuge del concursado en el que pocos piensan cuando se critica el texto vigente. Lo acertado hubiera sido, sin duda, mantener el texto del Proyecto de Ley con disolución automática de la sociedad de gananciales e inclusión en la masa activa del patrimonio del concursado (privativos y porción de gananciales adjudicados), en claro respeto al art. 1911 CC, auténtico motor del proceso concursal que, sin embargo, en caso de concurso de persona casada, se obvia de manera intolerable.

En el caso de ausencia de disolución de la sociedad de gananciales, todos los acreedores comunes encuentran en el concurso, de forma que ya no se produce la disfunción denuncia-

da de que los acreedores comunes y privativos del concursado consuman todo el patrimonio ganancial en detrimento de los comunes del cónyuge del concursado. En el pago de acreedores comunes deberá respetarse su preferencia sobre el patrimonio ganancial y, agotado éste, cobrarán los acreedores privativos del concursado sobre el remanente, resultando de aplicación en régimen contenido en el art. 1373 CC. Ello puede perjudicar a los acreedores privativos del cónyuge del concursado quienes deberán agredir el patrimonio privativo de éste en primer lugar, tal y como ordena el art. 1373 CC y, dado que la sociedad de gananciales no se ha disuelto, siempre podrán agredir bienes gananciales futuros.

Se ha dicho que en esta situación se produce una liquidación de la sociedad de gananciales sin disolución³². Ello no es contradictorio y algún ejemplo tenemos en nuestro derecho civil como el contemplado en el art. 225 del Código de Derecho Foral de Aragón. La particularidad que presenta la liquidación concursal cuando hay bienes gananciales y no se ha disuelto el régimen es, al igual que lo que acontece con el supuesto contemplado en el art. 1373 CC respecto a la ejecución de bienes gananciales por deudas privativas, que el acreedor privativo agredirá los bienes gananciales que queden tras el pago de las deudas gananciales³³, sin tener que valorar si han sido adjudicados o no al cónyuge no deudor, ya que al no haberse disuelto el régimen, tampoco se ha realizado la liquidación previa contable. No ejercitada la facultad de disolución, el cónyuge del concursado no puede salvaguardar su derecho sobre el patrimonio común de la agresión del mismo por parte de los acreedores privativos del concursado.

En definitiva, la propuesta que se hace en el presente trabajo no pretende ni de lejos distorsionar el procedimiento concursal, sino coordinarlo (que no es lo mismo que subordinarlo) con el derecho civil que, aunque algunos no lo compartan, debe ser respetado en sede concursal y de ahí que, como he comenzado este trabajo, la complejidad del derecho concursal radica en que afecta a muchas aristas del orde-

namiento jurídico a las que no “fulmina” sino “adapta” (y no podría ser de otra manera) a sus especialidades de régimen.

3. CUENTAS CORRIENTES INDISTINTAS DE TITULARIDAD CONYUGAL

Por último, solo añadir unas reflexiones sobre un precepto que plantea importantes problemas. Me refiero a la norma contenida en el art. 79 LC referida a las cuentas de titularidad indistinta: “1. *Los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integrarán en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal.* 2. *Contra la decisión que se adopte podrá plantearse incidente concursal*”. Se trata de un artículo que no va dirigido exclusivamente al concursado persona física, ni constituye una especialidad de régimen del concursado casado. Lo que sucede es que el supuesto de hecho lo constituyen las cuentas de titularidad indistinta³⁴, algo que suele darse precisamente entre personas unidas por una especial relación de confianza, lo cual se produce en especial en el matrimonio y no sólo cuando están casados en un régimen de gananciales. Por otro lado, la costumbre de tener una cuenta común se da también entre cónyuges cuyo matrimonio se rige por el régimen de separación de bienes, respecto del cual hay que tener siempre en cuenta la presunción de indivisión³⁵ del art. 1.441 Cc.

El art. 79 LC genera conflictos importantes si es puesto en conexión con la normativa del régimen conyugal. En particular, y en lo que se refiere al régimen de gananciales, habría que entender que el saldo acreedor de una cuenta de titularidad indistinta (y lo mismo pienso que sucede con la conjunta), si no se puede acreditar la privatividad de los fondos, entraría en la masa activa del cónyuge concursado, como bien ganancial, por virtud de la presunción de ganancialidad contenida en el art. 1.361 Cc. Esto significa que como bien gananc-

cial debería incluirse en el activo a la hora de la liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, el art. 79 LC introduce una notable excepción a este régimen³⁶ en tanto que lo que establece es justo lo contrario: una presunción de privatividad de los fondos a favor del concursado. La norma presume que los saldos acreedores de cuentas de titularidad indistinta son patrimonio privativo del concursado, con lo que tales saldos no formarán parte del activo común y no podrán ser tenidos en cuenta en la liquidación de la sociedad. Será entonces el otro cónyuge el que deba demostrar que tales fondos no son privativos del concursado, pero es que para ello debería bastar con la prueba de su carácter ganancial, que no es precisa en el régimen de gananciales, dada la presunción de ganancialidad del art. 1.361 Cc. Lo que no se puede pretender es que la *única* prueba en contrario que puede alegar el cónyuge del concursado es la privatividad propia de los fondos. Basta la prueba de la ganancialidad, con la particularidad —insisto— de que en el régimen de gananciales no es preciso probar que un bien es ganancial dado que se presume. Por supuesto, en el caso de que los fondos sean privativos del cónyuge del concursado, deberá demostrarlo, pero no es preciso que pruebe que son gananciales. Por lo tanto, aunque parte de los fondos procedan del concursado por provenir, por ejemplo, de rentas del trabajo, los mismos habrán de incluirse en la masa activa (con las limitaciones que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de los salarios)

como activo ganancial y no como activo del patrimonio privativo del concursado. Tampoco creo que el art. 79 LC para el caso de cuentas de titularidad conyugal debiera haber establecido la presunción solo en cuanto a la mitad. Esta solución pudiera haber sido razonable en cónyuges casados en régimen de separación de bienes, pero no en los casados en régimen de gananciales, dada su naturaleza como comunidad germánica que impide hablar de cuotas antes de disolución y liquidación. Los saldos de las cuentas corrientes, como cualquier otro activo del matrimonio cuya titularidad no conste, deben ser considerados gananciales y no privativos de ninguno de los cónyuges. Quizá lo razonable sería establecer una norma *ad hoc* específica para cuentas de titularidad conyugal, dada la especialidad que presentan.

Nuevamente se aprecia en la Ley Concursal una importante desconexión con las normas de régimen económico matrimonial, que son de aplicación mientras no resulten excepcionadas legalmente de manera clara y terminante. A mi juicio, una presunción como la contenida en el art. 79 LC, diseñada para cualquier situación en la que existan cuentas indistintas, no puede desvirtuar la presunción de ganancialidad, que para este contexto, constituye *lex specialis*, y no al contrario³⁷. Cosa distinta es que por aplicación del art. 79 LC, el cónyuge del concursado tenga la carga procesal de alegar la ganancialidad o demostrar la privatividad propia de los fondos.

NOTAS

1. El tratamiento regulación del concurso de persona casada ha sido tratado en varios trabajos, vid. CUENA CASAS, M, “El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad”, y también, “La presunción muciana concursal, *ADCo*, nº 5, 2005, pp. 147 y ss. ARNAU RAVENTÓS, L, “La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio”.
2. PARRA LUCÁN, MA, *La insolvencia de la persona física*, p. 126.
3. En contra, ÁLVAREZ OLALLA, P, *La incidencia de la LC...*, p. 71.
4. 1. “Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la

adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso. 2. Las presunciones a que se refiere este artículo no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho”.

5. El art. 12 CF Cataluña (Ley 9/1998, de 15 de julio, vigente hasta enero de 2011), disponía “En caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración o desde la fecha de la retroacción deben presumirse donados por el primero, salvo que se acredite que, en el momento de la adquisición, el matrimonio estaba separado judicialmente o de hecho o que el adquirente disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuarla”. Por su parte, el art. 39 del mismo cuerpo legal señalaba “En las adquisiciones hechas a título oneroso por uno de los cónyuges durante el matrimonio, si consta la titularidad de los bienes, la contraprestación se entiende pagada con dinero del adquirente. En caso de que la contraprestación proceda del otro cónyuge, se presume su donación”.

6. CUENA CASAS, M, *La presunción muciana concursal.*, p. 153.

7. REBOLLEDO VARELA, A, *La nueva presunción muciana...*, p. 6.

8. 1. En caso de declaración de concurso de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración se sujetan al siguiente régimen:

a) Si la contraprestación para su adquisición procedía del cónyuge concursado, se presume la donación.

b) En aquella parte en que no pueda acreditarse la procedencia de la contraprestación, se presume la donación de la mitad.

2. La presunción del apartado 1.b) se destruye si se acredita que, en el momento de la adquisición, el adquirente tenía ingresos o recursos suficientes para efectuarla.

3. Las presunciones establecidas por el presente artículo no rigen si los cónyuges estaban separados judicialmente o de hecho en el momento de la adquisición.

9. Sobre si es posible la aplicación de la presunción al régimen de gananciales, cfr. CUENA CASAS, M, *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (la llamada presunción muciana)*, Madrid, 1999, pp. 196 y ss.

10. Art. 78.3 LC “Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de un experto cuando lo estime oportuno”.

11. ÁLVAREZ OLALLA, P, *Comentarios...*, p. 943.

12. ORDUÑA, J Y PLAZA, J, *Com LC* p. 1422.

13. CUENA CASAS, M, *Comentario al art. 78 LC*, 2009, p. 328.

14. Sobre las vicisitudes de la tramitación parlamentaria vid. CUENA CASAS, M, *El concurso de persona casada.*, p. 48 y ss.

15. Artículo 76.2 del Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002 “Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirá, además en la masa el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común. La declaración del concurso determinará su disolución tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

16. De hecho en el proceso de elaboración de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal llevado a cabo en la Comisión General de Codificación, se puede apreciar que el art. 79 (equivalente al vigente art. 77 LC) y el art. 11 del Título V, Capítulo 3º, Sección 1ª (equivalente al vigente art. 84.1) se redactaron al mismo tiempo. Acta nº 41 de la sesión celebrada el día 19 de enero de 1999 por la sección especial para la reforma concursal. Legajo número 2. Comisión General de Codificación. Ministerio de Justicia.

17. CORDERO LOBATO, *Comentario al art. 84 LC*, p. 977. BELTRÁN SÁNCHEZ, “De la determinación de la masa pasiva (art. 84º)”, p. 1498, para quien la norma “es confusa, cuando no incomprensible, porque contradice a otras

normas de la propia Ley e incluso del Código Civil". MAGARIÑOS BLANCO, *El concurso y la sociedad de gananciales*, Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005, p. 2083. También GUILARTE GUTIÉRREZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado*, p. 75, recalcó la incoherencia que suponía la norma contenida en el art. 84.1 LC. Alaba la regulación anterior contenida en el art. 84 LC, CABANAS TREJO, R, *Régimen...*, p. 173 y ss.

18. CUENA CASAS, M, *El concurso...*, p. 239 y ss. también, PARRA LUCÁN, MA, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, p. 280. CURIEL LORENTE, E, *El artículo 77. 2 ...* p. 59).

19. RAGEL SÁNCHEZ, LF, *La sociedad de gananciales*, p. 1390.

20. GUILARTE GUTIÉRREZ, V, *La liquidación...*, p. 95. PARRA LUCÁN, MA, *Persona...*, p. 284.

21. BLANQUER UBEROS, R, *Notas acerca de la relación del concurso y de la sociedad de gananciales...*, p. 1779.

22. CABANAS TREJO, R, *Régimen de gananciales y concurso de la persona física*, *cit.*, p. 308.

23. RAMS ALBESA, J, *La sociedad de gananciales*, p. 458. RAGEL SÁNCHEZ, LF, *La sociedad de gananciales*, *cit.*, p. 1388 y 1389.

24. Se plantea esta cuestión aunque no la resuelve, CARRASCO PERERA, A, *Derecho de familia...*, p. 444.

25. En este sentido, ARNAU RAVENTÓS, L, *La declaración de concurso*, p. 53.

26. Así lo denuncia CABANAS TREJO, R, *Régimen de gananciales...*, p. 295.

27. Por el contrario, para CABANAS TREJO, R, *Régimen de gananciales...*, p. 158, la liquidación previa de la sociedad de gananciales implica "salida material" de los bienes gananciales adjudicados al cónyuge del concursado. A mi juicio no hay base legal para mantener tal interpretación con un artículo como el 77 LC que exige la inclusión en la masa activa de "todos los bienes gananciales". Tal interpretación sería defendible, a mi juicio, en el texto del Proyecto de LC, pero no en el vigente. Con la tesis del autor citado las deudas gananciales del cónyuge del concursado solo podrían hacerse efectivas con los gananciales adjudicados al cónyuge del concursado, lo que contraviene el art. 1401 CC.

28. PARRA LUCÁN, MA, *El concurso de la persona física*, p. 147.

29. En este sentido, CABANAS TREJO, R, *Régimen de gananciales...*, p. 388. Por el contrario, niega esta posibilidad PARRA LUCÁN, MA, *El concurso de persona física...*, p. 149.

30. En este sentido, DÍEZ SOTO, *El régimen de gananciales...*, *cit.*, p. 1297. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario...*, *cit.*, p. 1573.

31. CABANAS TREJO, R, *Régimen de gananciales...*, pp. 175 y ss.

32. CABANAS TREJO, R, *Régimen de gananciales...*, p. 158.

33. CURIEL LORENTE, E, *El artículo 77. 2 de la LC en relación con el consorcio conyugal*, *cit.*, p. 162.

34. Esta modalidad de contratación bancaria se caracteriza por el hecho de que otorga a sus titulares plenas facultades de disposición sobre los fondos sin necesidad de contar con los demás. Constituye un supuesto de solidaridad activa: El Banco, deudor de los activos en cuenta, tendría ante sí a dos o más acreedores solidarios, los titulares de aquélla, porque cada uno tiene derecho a pedir la prestación debida en su integridad. En tanto se atenga a lo pactado, el Banco no asume responsabilidad alguna por atender las órdenes que reciba y, a la vez, ningún titular puede escapar a las consecuencias de su debida ejecución. (MUÑOZ PLANAS, *Cuentas bancarias con varios titulares*, Madrid, 2003, p. 31). La forma en que se organicen las relaciones de los titulares con el Banco no prejuzga la titularidad de los fondos, para lo cual habrá que acudir a las relaciones internas (art. 1.142 Cc. Las facultades dominicales no se ven afectadas por las facultades dispositivas). MARTÍNEZ NADAL, *Cuentas bancarias indistintas de titularidad conyugal*, p. 725.

35. LAUROBA LACASA, *Cuentas corrientes bancarias y régimen económico matrimonial*, en Contratación bancaria, Jornadas celebradas en Tarragona, 6 y 7 de marzo de 1997, Madrid, 1998., p. 438.

36. La presunción contenida en el art. 79 LC me parece absolutamente desproporcionada y, como señala GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios a la legislación concursal*, dirigidos por Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez, t. II, Valladolid 2004, p. 1607, otorga un beneficio extremadamente injusto a los intereses del concurso en perjuicio de quienes son ajenos al mismo. Se separa en este punto la legislación concursal de la asentada doctrina del Tribunal Supremo respecto del embargo de cuentas de titularidad indistinta en la que se afirma que “La titularidad indistinta, lo único que atribuye a los titulares frente al banco depositario es la facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no declara por sí sola la existencia de condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos o más titulares indistintos de la cuenta, ya que eso habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos”. (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000 (RJ 2000/3922). En el mismo sentido, las sentencias del TS 7 de junio de 1996 (RJ 1996/4826), 8 de febrero de 1991 (RJ 1991/1156, comentada por GARCÍA RUBIO, en Cuadernos Cívitas de jurisprudencia Civil, nº 25, pp. 273 y ss.), 29, septiembre de 1997 (RJ 1997/6825), de 29 de mayo de 200 (RJ/3922/2000), de 25 de mayo de 2001 (RJ2001/3872). No cabe deducir de la forma en la que se relacionan los titulares con la entidad bancaria, la titularidad de los fondos para lo que hay que acudir a las relaciones internas entre los cónyuges. Es más, podría suceder que ni siquiera los fondos fueran de los titulares (cfr. MUÑOZ PLANAS, *Cuentas bancarias con varios titulares*, p. 18). Cosa distinta es que en defecto de prueba sobre la titularidad de los fondos, quepa presumir la cotitularidad con base en el art. 1.138 y 393 Cc, criterio seguido por el artículo 171. 2 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003 de 17 de diciembre): “Cuando los fondos o valores se encuentren depositados en cuentas a nombre de varios titulares sólo se embargará la parte correspondiente al obligado tributario. A estos efectos, en el caso de cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario o de titularidad conjunta mancomunada, el saldo se presumirá dividido en partes iguales, salvo que se pruebe una titularidad material diferente”. Cfr. sobre este particular el art. 79 del Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 939/2005 de 29 de julio) y el Cuaderno 63 de la Asociación Española de la Banca que regula el procedimiento centralizado tanto de la información como de la ejecución de embargos de dinero en cuentas a la vista abiertas en Entidades de Depósito por deudas tributarias y otras entidades de Derecho Público. El hecho de que la cuenta de titularidad indistinta sea conyugal implica que para valorar la propiedad de los fondos deba tenerse en cuenta las normas sobre el régimen económico matrimonial (MUÑOZ PLANAS, *Cuentas bancarias...*, cit., p. 118, nota 109.), para lo cual será decisiva la presunción de ganancialidad del art. 1.361 Cc (Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 6 de julio de 2005 (AC2005/2390). Con todo, creo que debe ser destacado que a la vista de la normativa y jurisprudencia citada, es evidente la extralimitación de la Ley Concursal que presume la titularidad exclusiva del concursado del saldo acreedor de las cuentas de titularidad indistinta, lo que puede suponer en cierta forma una vulneración del art. 1.911 Cc.

37. Que el art. 79 LC ha de ceder ante el 1361 Cc también parece ser la opinión de ARNAU RAVENTÓS, *La declaración de concurso de persona casada*, p. 180. La conexión entre la presunción del art. 79 y las normas de régimen económico matrimonial ha sido poco estudiada por la doctrina concursalista. En contra, destaca la opinión de MADRAZO, “*Cuentas indistintas (art. 79 LC)*” p. 1430, para quien no cabe aplicar a esta hipótesis la presunción de ganancialidad del art. 1.361 Cc: “debe tenerse presente que la presunción concursal implícita tiene carácter apriorístico, es decir no es que entre en juego en defecto de toda otra prueba, sino que determina *a priori* la titularidad del concursado sobre el saldo acreedor. Ello determina que el término prueba empleado en el precepto comentado designa, no todo sistema o mecanismo para la fijación de un hecho como cierto a efectos procesales, sino únicamente los medios de prueba en sentido estricto (art. 299 LEC). Como consecuencia, la presunción de ganancialidad, aun cuando también tenga carácter apriorístico, no resulta de aplicación, en virtud del principio *lex specialis derogat generalis*”. Este planteamiento implica derogar una norma básica de activo de la sociedad conyugal que en ningún caso podría aplicarse en territorios forales en los que juega también la presunción de ganancialidad o comunidad (Artículo 217 Código de Derecho foral de Aragón (Decreto legislativo 1/2011 de 22 de marzo), Ley 82 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra para el régimen de conquistas). Así lo entiende PARRA LUCÁN, MA, *El concurso de la persona física*, p. 129. Así mismo, hay que tener presente la norma contenida en el artículo 231.13 del Código Civil de Cataluña: “*en caso de declaración de concurso de cualquiera de los cónyuges o de embargo de cuentas indistintas por deudas privativas de uno de los cónyuges, el cónyuge no deudor puede sustraer de la masa activa del concurso o del embargo los importes que acredite que le pertenecen*”. Como se puede apreciar, el sentido de la norma es equivalente al art. 79 LC, teniendo el cónyuge no deudor la carga de probar la privatividad de los fondos.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ÁLVAREZ OLALLA, P, “La incidencia de la LC en los regímenes económico matrimoniales de derecho foral a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución”. *Derecho privado y Constitución*, nº 24, enero-diciembre 2010, pp. 67 y ss.
– “Comentario al art. 78 LC”, en *Comentarios a la Ley Concursal* coordinados por R. Bercovitz, vol. I, Madrid, 2004.

- ARNAU RAVENTÓS, L, “La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio”, *Concursal*, Barcelona, 2006.
- ASÚA GONZÁLEZ, C, “Régimen de separación y concurso de acreedores. Las presunciones de donación del art. 78 LC”, en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, dirigido por Colino Mediavilla y Cuena Casas, Cizur Menor, 2009.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E, “De la determinación de la masa pasiva (art. 84)”, en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004,
- BLANQUER UBEROS, R, “Notas acerca de la relación del concurso y de la sociedad de gananciales”, AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a M. Olivencia*, t. II, Madrid, 2005, pp. 1737 y ss.
- CABANAS TREJO, R, “Régimen de gananciales y concurso de la persona física. La división de masas en la Ley Concursal 38/2011”, Barcelona, 2012.
- CARRASCO PERERA, A, *Derecho de familia. Casos, reglas. Argumentos*. Madrid, 2006.
- CORDERO LOBATO, E, “Comentario al art. 84 LC”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano, vol. I, Madrid, 2004,
- CUENA CASAS, M, “El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad”, *Estudios de Derecho Concursal*, dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Cizur Menor, 2008 y también,
- “La presunción muciana concursal, ADco, nº 5, 2005, pp. 147 y ss.
 - *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (la llamada presunción muciana)*, Madrid, 1999.
 - “Comentario al art. 78 LC”, en *Tratado práctico Concursal*, t.III, dirigido por P. Prendes Carril, Cizur Menor 2009, pp. 261 y ss.
 - Cuena Casas, M y Más-Guindal, J, “Familia y concurso de acreedores”, en *Tratado de Derecho de la familia*, coordinado por Yzquierdo Tolsada, M y Cuena Casas, M, t. IV, Cizur Menor, 2011.
- CURIEL LORENTE, “El artículo 77. 2 de la LC en relación con el consorcio conyugal”, *Actas de los decimonovenos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2010.
- DÍEZ SOTO, C, “El régimen de gananciales en la nueva Ley Concursal”, AAVV, *Libro Homenaje l Prof. Albaladejo*, coordinado por González Porras, JM y Méndez González, FP, t. I, Murcia, 2004, pp. 1096 y ss.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V, “La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado”, *ADco*, nº 5, 2005.
- GUILARTE ZAPATERO, V, *Comentarios a la legislación concursal*, dirigidos por Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez, t. II, Valladolid 2004,
- LAUROBA LACASA, E “Cuentas corrientes bancarias y régimen económico matrimonial”, en *Contratación bancaria*, Jornadas celebradas en Tarragona, 6 y 7 de marzo de 1997, Madrid, 1998
- MADRAZO, “Cuentas indistintas (art. 79 LC)” en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ NADAL, “Cuentas bancarias indistintas de titularidad conyugal”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 59, julio-septiembre 1995
- MAGARIÑOS BLANCO, *El concurso y la sociedad de gananciales*, Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005, PP. 2053 y ss.
- MUÑOZ PLANAS, “Cuentas bancarias con varios titulares”, Madrid, 2003
- ORDUÑA, J Y PLAZA, J, “Los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia o pacto de supervivencia” (art. 78), en Rojo-Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- PARRA LUCÁN, M^a:
- “Persona y patrimonio en el concurso de acreedores”, colección de Estudios de Derecho Concursal”, dirigidos por Rojo Fernández-Río y Beltrán Sánchez, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009.
 - “El concurso de persona física”. La reforma concursal. III Congreso español de derecho de la insolvencia, dirigido por García Cruces JA, Beltrán E y Prendes, P. Cizur Menor 2011.
- RAGEL SÁNCHEZ, LF, “La sociedad de gananciales”, en *Tratado de Derecho de la familia*, coordinado por Yzquierdo Tolsada, M y Cuena Casas, t. III, Cizur Menor 2011.
- RAMS ALBESA, J, *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1990.
- REBOLLEDO VARELA, A, “La nueva presunción muciana: Ley Concursal y Bienes Inmuebles”, *El Consultor Inmobiliario*, año 5, nº 46, mayo 2004, p. 6.

Fecha recepción: 28/05/2012

Fecha aceptación: 05/11/2012

SUBSTITUTE CORPORATE TRANSACTIONS OF THE INSOLVENCY PROCEEDING

RESUMEN

El trabajo analiza las posibilidades de sustituir el concurso de acreedores por determinadas operaciones societarias, que pueden constituir soluciones más eficientes e incluso más justas de la insolvencia. Así sucede con la liquidación, que debe sustituir al concurso en dos casos extremos (la insolvencia por simples dificultades de tesorería y la insuficiencia del patrimonio para satisfacer los gastos del concurso al que vendría a sustituir) y, sobre todo, con la modificación estructural traslativa, que puede constituir una solución alternativa general al concurso de acreedores.

PALABRAS CLAVE

Cesión global, concurso de acreedores, impugnación, liquidación, escisión, fusión, rescisión concursal

ABSTRACT

The work analyses the possibilities of substituting the insolvency proceeding for some corporate transactions, which can be a more fair and efficient solutions to insolvency. Liquidation should substitute the insolvency proceeding in two particular cases (the insolvency due to simple cash difficulties and the lack of assets for paying the cost of the insolvency proceeding). Corporate restructuring involving transmission of enterprises (mergers, spin-offs) can be a general solution to insolvency.

KEY WORDS

Universal transfer, insolvency proceeding, challenging, liquidation, spin-off, merger, avoidance transactions in insolvencies

OPERACIONES SOCIETARIAS SUSTITUTIVAS DEL CONCURSO DE ACREEDORES*

Emilio M. Beltrán

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad CEU-San Pablo. Dictum

Sumario: 1. Operaciones societarias sustitutivas del concurso de acreedores. 2. La conveniente sustitución del concurso por la liquidación de la sociedad en dos casos. A) En los casos de simple iliquidez. B) En los casos de insuficiencia patrimonial cualificada. C) La posible sustitución del concurso por la modificación estructural traslativa. Nota bibliográfica

1. OPERACIONES SOCIETARIAS SUSTITUTIVAS DEL CONCURSO DE ACREEDORES

Constituye un lugar común la afirmación de que el procedimiento concursal tiene un coste, temporal y económico, elevado. Este tópico constituye una verdadera realidad en la Ley Concursal de 2003, que diseñó un único procedimiento, cualquiera que fuese la condición del deudor y la naturaleza de la crisis, y, por tanto, un procedimiento de elevada complejidad. Parece razonable, pues, analizar en qué casos puede ser evitado el concurso de acreedores, alcanzándose los mismos fines con un menor coste. Esa tarea es más sencilla en el caso de sociedades o, en general, de personas jurídicas, en la medida en que el ordenamien-

to jurídico disciplina formas específicas de extinción de sociedades que pueden cumplir las mismas funciones que el concurso de acreedores de una manera más eficiente e incluso más justa. Nos referimos, claro está, a la liquidación como forma de extinción progresiva de personas jurídicas, y a la fusión, escisión total y cesión global de activo y pasivo (es decir, a las modificaciones estructurales extintivas), como formas de extinción inmediata a través de la sucesión universal. Las relaciones entre esas operaciones societarias y el concurso de acreedores, en realidad entre el derecho concursal y el derecho de sociedades, distan mucho de ser claras, pero encontramos un elemento común en la extinción de una persona jurídica que, a diferencia de lo que sucede con la muerte de una persona natural, sólo puede tener lugar

* El trabajo forma parte de una investigación más amplia sobre “Los problemas de aplicación de la Ley Concursal (y III)”, financiada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (DER2009-10387, subprograma JURI).

cuando haya puesto fin a las relaciones jurídicas que hubiera entablado con los terceros y, en su caso, con los propios socios. La finalización de esas relaciones puede producirse de un modo gradual, a través de la liquidación, o bien de un modo instantáneo, mediante la fusión, la escisión total o la cesión global de activo y pasivo con entrega directa de la contraprestación a los socios, es decir, a través de la transmisión universal de patrimonios y, en su caso, el traspaso de socios a otras sociedades de nueva creación o ya existentes, que podemos denominar modificación estructural extintiva. Curiosamente, la Ley Concursal ha establecido una tercera forma de extinción de personas jurídicas, a consecuencia, precisamente, de un concurso de acreedores (art. 178.3 LC), lo que dota de mayor sentido a estas breves reflexiones.

El análisis de las posibilidades de sustitución del concurso de acreedores por alguna de estas operaciones societarias extintivas ha de partir, como es obvio, de la consideración de las funciones que cumple el concurso de acreedores, a fin de determinar si tales funciones pueden ser igualmente realizadas por las instituciones societarias. El concurso de acreedores (regulado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, modificada, de forma parcial y urgente, por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, y de una forma más intensa por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal) es un instrumento legislativamente previsto para la satisfacción —lo más eficiente y equitativa posible— de los acreedores de cualesquiera deudor insolvente, a través del medio (en caso de empresa, reorganización, transmisión o liquidación) que resulte más adecuado. Naturalmente, entendemos el concurso de acreedores en sentido muy amplio, como solución —judicial o extrajudicial— a las situaciones de insolvencia con pluralidad de acreedores. La circunstancia de que el derecho español solo cuente con un procedimiento regulador de la insolvencia no significa que todas las demás soluciones posibles no merezcan el calificativo de con-

cursales, en la medida en que son soluciones dispuestas para la colectividad de acreedores. En este sentido, no puede menos que considerarse solución concursal (aunque incomprensiblemente se haya generalizado el calificativo de preconcursal) al acuerdo de refinanciación entre el deudor y sus acreedores financieros judicialmente homologado, como ha de calificarse igualmente en tal sentido (aunque sea gobernada por la Administración Pública) la liquidación especial prevista para las entidades de seguros en la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, que constituye, además, en muchos aspectos un modelo a seguir. Se echa de menos, sin embargo, en el derecho español un procedimiento concursal total o parcialmente desjudicializado que permitiera solucionar muchas de las crisis empresariales (y profesionales) y prácticamente todas las no empresariales de una forma mucho más rápida y económica, y en la que podría emplearse la figura de la mediación, recientemente potenciada (v. Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles), que tantos frutos está dando en algunos países. La existencia de tales procedimientos alternativos disminuiría la urgencia de soluciones societarias alternativas.

Pues bien, el derecho concursal cumple tres funciones, que serán las que hayan de tenerse en cuenta para determinar la posibilidad de su sustitución por el derecho societario. La función esencial del concurso es la satisfacción de los acreedores. Naturalmente, se trata de que esa satisfacción se produzca de la manera más eficiente y equitativa posible, y eso es lo que ha justificado, justifica y justificará la existencia de un derecho concursal. Cuando el deudor puede cumplir de forma regular las obligaciones contraídas, los acreedores encuentran suficiente seguridad en las normas legales generales, pues tienen como garantía todos los bienes presentes y futuros del deudor (art. 1911 CC) y cuentan, aunque de forma subsidiaria, con la posibilidad de ejercicio de la acción revocatoria de los actos realizados por el deudor en

fraude de acreedores (art. 1111 CC). Además, quienes dispongan del correspondiente título ejecutivo pueden iniciar la ejecución individual de los créditos y el embargo de bienes de ese deudor por valor suficiente para cubrir el importe de los créditos. Cuando, por el contrario, el deudor no puede cumplir regularmente las obligaciones a medida que devienen exigibles, ese Derecho general se sustituye por un Derecho excepcional a fin de evitar que tan sólo obtengan satisfacción aquellos acreedores que primero ejecuten o embarguen. Si la situación del deudor común es la de insuficiencia patrimonial, por ser el pasivo exigible superior al activo realizable —como acontece normalmente en caso de insolvencia—, la plena satisfacción de los acreedores más diligentes en el ejercicio de acciones ejecutivas supondrá inexorablemente la insatisfacción de aquellos que, por una u otra causa, demoren ese ejercicio. Y si la situación es de mera iliquidez —es decir, en aquellos casos en los que la imposibilidad de pagar no deriva de la situación de insuficiencia patrimonial, sino de dificultades de tesorería—, las ejecuciones individuales suelen producir la desorganización del patrimonio del deudor y afectar a la capacidad productiva de éste. De ahí que, en los casos de insolvencia, exista o no insuficiencia patrimonial, la experiencia jurídica aconseje establecer mecanismos jurídicos para eliminar o, al menos, paliar ese posible efecto negativo, de modo tal que la satisfacción individual por razón del tiempo en el ejercicio de los derechos de crédito —o, más exactamente, por razón de la prioridad en el tiempo del embargo (*prior tempore potior iure*)— se sustituya por la satisfacción colectiva, en la que, bajo la tutela de la autoridad judicial, los créditos de cada uno de los acreedores se identifiquen convenientemente, con cuantificación del pasivo que representen, se clasifiquen conforme a criterios legales de preferencia y se satisfagan los comunes u ordinarios con arreglo al principio de paridad de trato o de comunidad de pérdidas (*par condicio creditorum*).

El concurso de acreedores se explica, pues, por *razones de justicia*. Al más elemental sen-

tido de justicia repugna, en efecto, que, en caso de insolvencia, unos acreedores obtengan íntegra satisfacción y otros de la misma clase o categoría pierdan la posibilidad de cobrar siquiera parte de sus créditos. La aplicación de las normas legales generales significaría la satisfacción de los acreedores con mejor preparación o con mayor información —los acreedores profesionales, especializados en la concesión y en la recuperación de créditos, o los acreedores más cercanos al deudor (familiares o amigos, sociedades pertenecientes al mismo grupo)— en detrimento de los demás acreedores. Pero el Derecho concursal se basa también en *la eficiencia*, de modo que trata de conseguir el mayor grado posible de satisfacción de los acreedores ordinarios. Así se explica, de modo especial, que, en caso de insuficiencia patrimonial, el concurso de acreedores posibilite la rescisión de los actos perjudiciales para los acreedores realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubieran tenido intención fraudulenta (art. 71.1 LC), o que, en caso de calificación culpable del concurso de acreedores, pueda también reintegrarse el patrimonio del deudor con condenas pecuniarias a quienes causaran o agravaran la insolvencia (art. 172 LC).

Ni que decir tiene que esa función, la esencial, del concurso de acreedores sería, evidentemente, cumplida tanto en algunos casos de liquidación como en las modificaciones estructurales extintivas. En la liquidación porque, si bien la finalidad última es la extinción de la sociedad, se establece legalmente la preferencia en la satisfacción de los créditos, de manera que no podrá realizarse distribución alguna del patrimonio entre los socios hasta que no hayan sido satisfechos todos los créditos (art. 391.2 LSC). En la modificación estructural extintiva la función solutoria se cumple de un modo directo en la medida en que todas las deudas sociales y todos los bienes y derechos son transmitidos a otra persona.

La segunda función del derecho concursal —limitada a aquellos casos, ciertamente dominantes, en que el deudor ejercite actividad

empresarial o profesional— es la de adoptar, de la manera más eficaz y eficiente posible, la decisión de si la empresa en crisis puede y debe ser conservada por ser viable o si debe ser expulsada del mercado por ser inviable o, al menos, ineficiente. Como no podía ser de otra manera, el concurso de acreedores puede constituir un instrumento de “salvamento” o de “rescate” de empresas viables, *en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses*. Y, en efecto, entre los objetivos básicos del concurso de acreedores se encuentra el de ayudar a la *conservación de la empresa en crisis*, con independencia de que subsista en manos del propio deudor (*reorganización de la empresa*) o en manos de un tercero (*transmisión de la empresa*), y con independencia igualmente de que la conservación se alcance a través de un acuerdo entre el deudor y la mayoría de los acreedores (*convenio, plan de reorganización*) o, incluso, de una forma imperativa (fase de *liquidación*). Pero, simultáneamente, el concurso de acreedores es también el cauce adecuado para *expulsar del mercado a las empresas inviables, reasignando unos recursos mal empleados*, lo que podría lograrse tanto mediante un convenio entre deudor y acreedores como de una forma imperativa, abriendo la fase de liquidación.

La neutralidad del derecho concursal respecto a la suerte de la empresa en crisis hace que esta segunda función del concurso de acreedores sea, evidentemente también, satisfecha tanto en los casos de liquidación como en los de modificación estructural extintiva. En la modificación estructural extintiva, porque supone que la empresa continuará tras ser transmitida a otra u otras sociedades, de modo que se lleva a cabo una de las soluciones naturales del concurso de acreedores. En caso de liquidación, la función se cumple más claramente aún en la medida en que la sociedad ha optado previamente por una solución a la empresa, que puede consistir tanto en la extinción en sentido estricto como en la transmisión (no puede olvidarse que la sociedad en liquidación puede participar en operaciones de fusión, de escisión y de cesión global).

En fin, ha de concederse también al derecho concursal una *función represora (moralizante)* de determinadas conductas del deudor, de sus representantes y, sobre todo, de sus administradores, que se subordina a las otras funciones del concurso, en el sentido de que permite que los acreedores puedan, en ciertos casos, satisfacerse con cargo a otro patrimonio y puede favorecer las posibilidades de conservación de la empresa en la medida en que inducirá a la presentación del concurso en tiempo oportuno. Por esa razón, en el derecho español está función está claramente matizada, pudiendo hablarse de un auténtico “contrato social”, al que se ha llegado a través de una larga evolución, desde unos orígenes en que la insolvencia era considerada *per se* delito. Ese “contrato social” tiene como fin incentivar a los deudores insolventes a instar el concurso de acreedores tempestivamente, es decir, cuando sean razonables las posibilidades de satisfacción de los acreedores en un grado también razonable y sean también mayores las posibilidades de conservación de la empresa y se traduce en varias medidas importantes. La primera, que la represión no se produce —no se formará ni siquiera la sección de calificación— cuando se apruebe “un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años” (art. 167.1-II)¹. La segunda, que, en los casos en que llegue a formarse la sección de calificación, el concurso solo se declarará culpable cuando exista dolo o culpa grave. La tercera, que la condena a los administradores, liquidadores y apoderados generales de la persona jurídica deudora que con su conducta hayan causado o agravado la insolvencia a la cobertura, total o parcial, del déficit patrimonial solo podrá producirse cuando la sección sexta se forme como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (art. 172 bis).

Tampoco esta función —muy limitada ya— sería desatendida en caso de liquidación o de modificación estructural. Obsérvese, en primer lugar, que esta función se encuentra subordinada a las otras y que, en definitiva,

la utilización de cualquiera de esas opciones societarias (la liquidación o la modificación estructural extintiva) no impediría que llegara a declararse un concurso en el que llegara a formarse la sección de calificación. Téngase en cuenta, además, que la liquidación y la modificación estructural no impiden que la sociedad, los socios y los acreedores cuenten con las correspondientes acciones de responsabilidad contra administradores, de acuerdo con las reglas generales (y recuérdese que, precisamente, los acreedores solo tienen legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en caso de insuficiencia patrimonial de la sociedad para la satisfacción de los créditos (art. 240 LSC), e incluso no podría descartarse que la responsabilidad pudiera derivar de la utilización torticera de tales operaciones societarias.

Siendo eso así, sorprende que ni la disolución de una persona jurídica ni la iniciación de una operación de modificación estructural extintiva tengan efecto alguno sobre la *concur-sabilidad* de la sociedad: ni enervan el deber de la sociedad de solicitar la declaración de concurso ni obstaculizan la posibilidad de que los acreedores lo insten. No hay duda de la concursabilidad de una sociedad que haya iniciado un proceso de modificación estructural ni hay duda tampoco de la *concur-sabilidad de la sociedad en liquidación*, que conserva su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza (art. 371.2 LSC). Es más, la Ley Concursal da por sentada tal posibilidad, al referirse a sociedades que propongan como solución una modificación estructural en la que se transmita íntegramente el activo y el pasivo (art. 192.2) y al considerar como órgano social competente para instar el concurso voluntario al “de liquidación” (art. 3.1-II LC). Tales normas —que fueron acompañadas de la derogación expresa de las normas societarias que imponían a los liquidadores, en caso de insolvencia de la sociedad, el deber de instar la suspensión de pagos o la quiebra (arts. 281 LSA y 124 LSRL), ya que carecía de sentido una norma especial acerca del deber del deudor de instar el concurso (art. 5 LC)— deben ser repensadas, porque en algunos casos la liquidación debe

ser una solución alternativa del concurso que conduzca a la extinción de la propia sociedad, lo que contradice frontalmente la existencia de un deber, y porque la modificación estructural extintiva puede ser también una alternativa al concurso.

No estará de más señalar que las dos operaciones societarias que pueden ser substitutivas del concurso puedan superponerse, en la medida en que la modificación estructural puede ser la forma de liquidación —abreviada— elegida para la extinción de una sociedad disuelta, ya que se establece que las sociedades en liquidación pueden participar en operaciones de modificación estructural transmisiva (arts. 28 y 83 LME). No hace demasiado tiempo se consideraba incluso que la cesión global de activo y pasivo constituía únicamente una forma de liquidación abreviada

En fin, las dos operaciones societarias pueden ser no solo substitutivas del concurso, sino también, como es lógico, soluciones del propio concurso (arts. 100.3 y 190.2 LC) y también pueden integrar el contenido de un acuerdo de refinanciación, sea ordinario (art. 71.6 LC) u homologado (disp. ad. 4ª LC).

2. LA CONVENIENTE SUSTITUCIÓN DEL CONCURSO POR LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD EN DOS CASOS

La liquidación constituye un instrumento legislativo dispuesto para la extinción de la sociedad (y, en general, de la persona jurídica). Se distinguen entonces los conceptos de *disolución*, *liquidación* y *extinción*, que han encontrado acomodo en todas las normas que integran el derecho de sociedades, y cuyo significado no coincide, obviamente, con el que de modo corriente tienen esos términos. En especial, la *disolución* no significa “desaparición” de la sociedad, sino que únicamente sirve para dar nombre al *momento inicial* del proceso extintivo, que abre automáticamente

te el período de *liquidación* y que, por tanto, se agota en sí misma. Durante el período de liquidación, la sociedad —que, obviamente, sufre algunas modificaciones— debe poner fin a sus relaciones con terceros (*liquidación en sentido estricto*) y, en su caso, con los propios socios (*división del patrimonio* resultante). La liquidación culminará con la *extinción* (definitiva) de la persona jurídica, que se encuentra íntimamente vinculada a la cancelación de sus asientos registrales. El concepto fundamental del proceso extintivo de una sociedad es, pues, el de *liquidación*, que se abre con la *disolución* y se cierra con la *extinción*. En ese sentido, en efecto, el diccionario de la Real Academia de la Lengua define “liquidar” como “poner término a algo o a un estado de cosas” (acepción 4), e incluso, vulgarmente, como “acabar con algo, suprimirlo o hacerlo desaparecer” (acepción 9). La liquidación es, en definitiva, el modo de extinción progresivo de las personas jurídicas, consistente en la gradual extinción de las relaciones jurídicas con terceros (liquidación en sentido estricto) y, en su caso, con los propios socios (división del patrimonio resultante).

La circunstancia de que concurso y liquidación cumplan funciones diferentes implica que sean *independientes* y, por tanto, *compatibles*, de modo que *una sociedad puede entrar en liquidación cuando se encuentre en situación de concurso de acreedores* (así, art. 145.3 LC) y *una sociedad puede ser declarada en concurso de acreedores* —no sólo durante el período de explotación, sino también— *durante el período de liquidación* (arg. ex art. 3.1-II LC). Sin embargo, la autonomía entre el concurso de acreedores y la liquidación de la sociedad se rompe —por imperativo legal— cuando se abra la denominada *fase de liquidación* del concurso, que, como es sabido, es aquella solución, alternativa o consecutiva al convenio, consistente en la enajenación, preferentemente global, de los bienes que integran la masa activa para satisfacer a los acreedores por el orden legalmente establecido, a la que pueden considerarse aplicables las referidas acepciones de la expresión liquidar: “poner término a algo o a un estado de cosas” y “acabar con algo, supri-

mirlo o hacerlo desaparecer”. Surge, entonces, el problema de las relaciones entre la liquidación de la sociedad (la *liquidación social*) y la fase de liquidación del concurso de acreedores (la *liquidación concursal*): la liquidación social es —como se ha indicado— el procedimiento legalmente establecido para la extinción de la persona jurídica, es decir, para la eliminación de sus relaciones jurídicas con terceros —particularmente con los acreedores— y con los socios; en cambio, la liquidación concursal es una —posible— fase del concurso de acreedores —alternativa o consecutiva al convenio— prevista exclusivamente para la satisfacción de los acreedores —y no, por tanto, para la extinción de la sociedad—. En principio, pues, la sociedad puede encontrarse en liquidación fuera del concurso de acreedores; a la inversa, podría abrirse la liquidación concursal sin que ello implicase la disolución de la sociedad y, en fin, podrían coexistir igualmente la liquidación social y la fase de liquidación del concurso. No obstante, se establece, imperativamente, que *la apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de la sociedad determina la disolución de la sociedad* (art. 145.3 LC), y, en consecuencia, la liquidación —social— (v., p. ej., art. 371.1 LSC), y, además, que esa liquidación —social— se llevará a cabo necesariamente por la administración concursal (no serán nombrados liquidadores: art. 376.3 LSC). Existe, pues, por imperativo legal, una íntima conexión entre liquidación social y liquidación concursal: la liquidación —social— que deriva de haberse abierto la fase de liquidación del concurso de acreedores se rige por las normas concursales y no por las sociales (así, en particular, no habrá “liquidadores”; ni, por ejemplo, podrán ser designados interventores en las sociedades anónimas). En otros términos, la extinción de la sociedad a través de su liquidación, que implica la extinción de las relaciones jurídicas con los terceros acreedores y, en su caso, con sus miembros, deja de ser materia social y pasa a ser materia concursal².

Pues bien, lo que se quiere indicar ahora es que, del mismo modo que el concurso de acreedores “sustituye” —con limitaciones— a

la liquidación, por imperativo de lo dispuesto en la Ley Concursal, la liquidación puede —e incluso debe— sustituir al concurso, con el consiguiente ahorro de costes temporales y económicos, al menos en dos situaciones diferentes de insolvencia: la derivada de simple iliquidez o de dificultades de tesorería y la derivada de una insuficiencia patrimonial tan cualificada que no permita ni tan siquiera los gastos del concurso.

A) EN LOS CASOS DE SIMPLE ILIQUIDEZ

El concurso de acreedores es particularmente ineficiente y costoso cuando se trata de liquidar empresas. Por eso, tratándose de empresarios personas jurídicas, la liquidación puede constituir un instrumento más ágil y eficiente de solución del problema de la insolvencia que obedezca exclusiva y precisamente a un problema de iliquidez y que, por tanto, no afectara de forma radical a la satisfacción de los acreedores. En este sentido hay que recordar que el presupuesto objetivo del concurso de acreedores es la *insolvencia*, definida como aquel estado patrimonial que no permite satisfacer regularmente las obligaciones exigibles (art. 2.2 LC); pero ese presupuesto —único— se desvirtúa después en una doble dirección de signo contrario: si la solicitud la presenta el propio deudor, se admite que la insolvencia no exista todavía, sino que sea simplemente una *insolvencia inminente*, es decir, que haya tan sólo un *riesgo de insolvencia* (art. 2.3 LC), con lo que se facilitaría la declaración del concurso; mientras que si la solicitud la presenta un acreedor, no deberá fundarla en realidad en el estado de insolvencia del deudor, sino en alguno de los “hechos presuntos reveladores” específicamente establecidos (art. 2.4 LC), que, en principio, presuponen esa insolvencia, pero que, de un lado, son de tal gravedad que han permitido acuñar la expresión de *insolvencia cualificada*, y, de otro, no impiden que el deudor acredite su solvencia, de modo que, en realidad, obstaculizan la declaración de concurso y convierten el concurso necesario en una institución residual.

La Ley Concursal define la insolvencia como el estado en que se encuentra el patrimonio de un deudor consistente en la incapacidad de satisfacer regularmente las obligaciones exigibles (art. 2.2). En la mayoría de los casos, se declarará el concurso de acreedores cuando el activo del deudor sea inferior al pasivo, es decir, cuando el estado de insolvencia derive de una *insuficiencia patrimonial*. Con cierta frecuencia, sin embargo, el estado de insolvencia coexistirá con una situación de superávit patrimonial, porque no será posible liquidar el patrimonio o porque no será posible hacerlo ordenadamente y ni siquiera será posible la obtención de crédito —o su aplazamiento—. En algunos casos excepcionales, se encontrarán también en estado de insolvencia aquellos deudores que, a pesar de tener bienes suficientes, y a pesar incluso de que podrían obtener liquidez a corto plazo, no podrían cumplir regularmente las obligaciones. Si entendemos por cumplimiento regular el realizado de acuerdo con los *medios ordinarios* —o regulares— con que cuente el deudor, parece claro que, cuando el deudor ejercite una actividad profesional o empresarial, será cumplimiento regular el realizado *conforme a las reglas observadas por los operadores económicos en el específico sector de actividad de que se trate y, además, con medios normales derivados del ejercicio de la actividad*, de modo que se encontrará también en estado de insolvencia —será insolvente— el deudor que no pueda afrontar las deudas con los medios ordinarios, normales, corrientes, regulares.

Pues bien, esa —gran— amplitud del presupuesto objetivo del concurso de acreedores no puede ser aplicable a las sociedades en liquidación (a menos que, simultáneamente, optasen por su reactivación). En efecto, el presupuesto objetivo del concurso de acreedores de una sociedad en liquidación debe quedar reducido exclusivamente a la insolvencia derivada de una situación de *insuficiencia patrimonial*: carece de sentido declarar un concurso de acreedores si la sociedad está en liquidación y el activo realizable supera al pasivo exigible, porque entonces el instrumento adecuado para la

“expulsión del mercado” es el de la liquidación societaria y no el concurso de acreedores³, que nada puede añadir a la liquidación voluntaria (ni siquiera podría alcanzar un convenio con sus acreedores). Para llegar a esa conclusión, basta con considerar que la persona jurídica en liquidación no podría utilizar la solución del convenio, de modo que sería inútil iniciar una fase de liquidación concursal que nada añadiría al estado de liquidación de la sociedad, y puede articularse a través de una interpretación correcta de la exigencia legal de que se trate de una incapacidad de satisfacer *regularmente* las obligaciones exigibles: la sociedad en liquidación con activo superior a pasivo puede satisfacer regularmente las obligaciones exigibles, a través precisamente de la liquidación, que puede considerarse una forma regular de satisfacción de los créditos. Se trata de un supuesto similar al de una herencia con activo superior a pasivo que no desarrolle actividad empresarial⁴. Tanto en el caso de la sociedad en liquidación como en el de la herencia yacente debe calificarse de regular el pago realizado a través de la liquidación extraconcursal de los bienes: la sociedad en liquidación y la herencia deben liquidar sus bienes para satisfacer a los acreedores, sin que tenga ningún sentido acudir al concurso para hacer aquello a lo que ya se encuentran obligados⁵.

Aunque no sea necesaria, podría ser conveniente una reforma legislativa que perfilase el presupuesto objetivo de una persona jurídica en liquidación y, por extensión, las relaciones entre la sociedad en liquidación y el concurso de acreedores. Desde luego, debería separarse con claridad el deber de los liquidadores del correspondiente a los administradores y no caer en una acrítica asimilación. Por el contrario, es evidente que habría que mantener inalterada la posibilidad de que un acreedor inste el concurso, para lo que deberá probar no el estado de insolvencia sino alguno de los hechos legalmente previstos (art. 2.4 LC), pudiendo los liquidadores enervar la declaración de concurso demostrando precisamente que la liquidación societaria podrá terminar en un pago de todas las deudas sociales y que, por tanto,

no existe insolvencia como imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles (art. 2.2 LC). Es más, la cancelación de los asientos registrales de la sociedad —que, recordemos, podrá tener lugar incluso sin satisfacción íntegra de las deudas sociales⁶— no puede impedir el concurso de la *sociedad*. Es evidente que en la mayoría de los casos los acreedores de una sociedad cancelada carecerán de interés por solicitar el concurso, porque en unos casos contarán con la responsabilidad de los socios personal, ilimitada y solidariamente responsables de las deudas sociales (arts. 127 y 148-I CCom); en otros con la de los “antiguos socios”, quienes responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación (art. 399.1 LSC), e incluso con la responsabilidad por daños de los liquidadores (art. 399.2 LSC), o sencillamente porque se trataría de un concurso sin masa; pero la facultad de los acreedores de instar el concurso de la sociedad cancelada y, en consecuencia, la concursabilidad de la sociedad cancelada no puede ser negada: si se defendiera que una sociedad cancelada no puede ser declarada en concurso, la satisfacción de los acreedores podría llegar a ser imposible y, además, se incentivarían las cancelaciones contrarias a la Ley.

B) EN LOS CASOS DE INSUFICIENCIA PATRIMONIAL CUALIFICADA

En segundo lugar, parece claro que debe valorarse la conveniencia de declarar el concurso de una sociedad cuando no se vayan a conseguir ninguno de los fines asignados al concurso, en especial en el supuesto del llamado “concurso sin masa” que se da en el caso de que la masa existente no sea suficiente para cubrir los costes del concurso e incluso cuando los únicos bienes están completamente gravados con garantías reales de modo que no se podría satisfacer a acreedores ordinarios. En tal caso, el concurso debería ser sustituido por la liquidación y, en consecuencia, debería dispensarse a la sociedad del deber legal solicitar el concurso de acreedores si se acude a la liquidación vo-

luntaria. Lejos de ello, como sabemos, la Ley Concursal impone a las sociedades el deber de instar el concurso, con independencia de que se encuentren en período de explotación o en período de liquidación, y, por tanto, es exigible a los liquidadores el mismo deber de instar el concurso que a los administradores (art. 3), y, además, se admite la posibilidad de que se declare la conclusión del concurso por falta de masa en el propio auto de declaración de concurso (art. 176 bis 4).

En ocasiones, el concurso de acreedores carece de fondos para satisfacer los propios gastos que genera. Se ha acuñado la expresión “el concurso del concurso” para hacer referencia a la situación de insolvencia del propio concurso de acreedores; es decir, a aquel estado en que se encuentra la masa activa de un concurso incapaz de pagar regularmente las obligaciones exigibles (art. 2.2 LC), algo que, como atestigua la jurisprudencia, se da demasiado a menudo⁷. Naturalmente, se trata de un juego de palabras, porque sería absurdo, bajo todos los puntos de vista, declarar el concurso de acreedores de una masa activa que, además, carece de personalidad jurídica, en la medida en que conduciría, previsiblemente, a una sucesión indefinida de procedimientos concursales. Se hace preciso, pues, buscar una solución del concurso de acreedores que evite la declaración de concurso del propio concurso. Esa solución se ha convertido en la “tercera vía” para la conclusión de un concurso de acreedores, junto a las dos formas ordinarias de solución formal al problema de la insolvencia: el convenio y la liquidación.

En esta situación (*concurso de acreedores de la masa activa* o *concurso del concurso*) la Ley ha de resolver dos problemas estrechamente unidos: la forma en que el procedimiento habrá de concluir y el criterio para el pago de las deudas de la masa pendientes. a) Por lo que se refiere a la *forma de conclusión del concurso*, parece claro que el auto de conclusión no podrá dictarse hasta que no se hayan agotado realmente los bienes y derechos de la masa, pagando total o parcialmente sus propios créditos en la forma indicada, y ello *sin abrir la fase de liquidación*⁸,

porque en tal caso el concurso deberá concluir inmediatamente. Nos encontramos, pues, ante una forma de conclusión del concurso distinta de la liquidación —y, por supuesto, del convenio—, en la que la administración concursal habrá de convertir en dinero los bienes y derechos que pudieran existir (como le ordena la Ley), pero sin abrir la fase de liquidación concursal. b) Respecto al *orden de pago*, la Ley Concursal establecía en su redacción original, de forma ciertamente incomprensible, que, en caso de que la masa activa resultase insuficiente para el pago, “*lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos*”⁹, que lo único que dejaba claro era que no había entre los créditos contra la masa pendientes de pago una jerarquía concursal específica que no fuera, en su caso, el orden de sus vencimientos. El derecho vigente establece, en cambio, un orden específico de pagos, no exento de críticas¹⁰, señalando que

“la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrateo dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

1º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2º Los créditos por salarios en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3º Los créditos por alimentos, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5º Los demás créditos contra la masa”.

El problema que interesa ahora, parcialmente distinto al de la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa; es decir, por no resultar eficiente la *continuación* del procedimiento, es el de *si debe o no declararse un concurso en el que el patrimonio del deudor no sea, presumiblemente, suficiente ni tan siquiera para hacer frente a los gastos del concurso* y, más aún, *si, tratándose de una persona jurídica, tiene sentido que esa concurso sea instado*. El problema no es fácil de afrontar porque, si es evidente que el *establecimiento de la suficiencia del pa-*

rimonio del deudor para hacer frente a los gastos del concurso como presupuesto objetivo del concurso de acreedores sería el mejor remedio para evitar la proliferación de concursos sin masa y si igualmente no parece muy eficiente declarar el concurso de un deudor que no dispone de medios suficientes para hacer frente a los gastos del propio proceso, no es menos cierto que la consideración de la suficiencia de la masa como presupuesto objetivo del concurso impediría el juego de los principales instrumentos concursales: las acciones de reintegración de la masa y la posibilidad de obtener una calificación de concurso culpable.

Por esa razón, la Ley Concursal ha optado por una *solución intermedia*: la suficiencia de la masa no constituye, en sí misma considerada, presupuesto de la declaración de concurso y, además, la conclusión del concurso por insuficiencia de bienes queda subordinada a la improcedencia de acciones de reintegración de la masa y de responsabilidad de terceros (arts. 176.1-3º y 176 bis); pero, para evitar que pueda abrirse un “concurso sin masa”, se establece (tras la reforma producida por la Ley 32/2011) que el juez puede acordar la conclusión del concurso en el propio auto de declaración cuando considere inviable tanto el ejercicio de acciones de reintegración de la masa como la culpabilidad del concurso de la que pudiera derivar una responsabilidad de terceros cómplices y, en caso de concurso de persona jurídica, de administradores y liquidadores con la que se reintegraría el patrimonio concursal. La razón de esta solución es evidente: si, declarado el concurso, puede producirse la conclusión por insuficiencia de la masa activa en cualquier momento, es decir, incluso inmediatamente después de la declaración de concurso, en cuanto la administración concursal “*compruebe*” la inexistencia de bienes y derechos y que no hay posibilidades serias de reintegración del patrimonio por ninguna vía, parece claro que el concurso no deberá abrirse cuando esa imposibilidad resulte de manera evidente en el propio momento de la declaración de concurso.

Así lo establece, en efecto, la Ley Concursal (art. 176 bis. 4), a pesar de la contradicción que supone hablar de “conclusión” de un concurso que no llega a declararse:

“También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, que no es previsible el ejercicio de acciones de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, y que no es previsible la formación de la sección de calificación”.

La conclusión del concurso por insuficiencia de la masa obliga a pronunciarse acerca de los efectos que ha de producir sobre el deudor. Tratándose de un deudor persona natural, se aplica la regla general según la cual los acreedores recuperan el ejercicio de sus acciones (art. 178.2)¹¹. Tratándose de una persona jurídica, parece necesario vincular la conclusión del concurso a la extinción de tal persona, y así lo hace, en efecto, la Ley Concursal, que contiene una causa de extinción de las personas jurídicas, que viene a añadirse a las establecidas en la legislación societaria (la liquidación, la fusión, la escisión total y la cesión global de activo y pasivo con entrega de la contraprestación a los socios): “*la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que correspondan*”. Pues bien, si, con anterioridad a la reforma de 2011, la Ley Concursal establecía, correctamente, que la conclusión del concurso por *inexistencia de bienes y derechos* traería consigo la extinción de la persona jurídica (art. 178.3), la reforma producida en este precepto por la Ley 32/2011 no ha estado muy afortunada. Al “arrastrar” la regulación de los efectos de la conclusión del concurso desde el supuesto de *inexistencia de la masa* hasta el de —simple— *insuficiencia*, no percibe que esta nueva causa de extinción de personas jurídicas solo tiene razón de ser cuando haya sido completamente liquidado el patrimonio del deudor, sea porque haya fi-

nalizado la fase de liquidación sin satisfacción íntegra de los acreedores, sea porque el concurso concluya con esa “liquidación especial” a la que se refiere el artículo 176 bis, sea, incluso, cuando el deudor no tuviera ni un solo bien o derecho en su patrimonio en el momento de la solicitud de concurso. El proclamado efecto extintivo (art. 178.3) no puede extenderse a los casos de conclusión del concurso en el propio auto de declaración (art. 176 bis. 4), en los que el deudor sea titular de bienes y derechos (aunque insuficientes para satisfacer los gastos del concurso)¹². La persona jurídica no podrá ser extinguida hasta que no proceda a realizar las correspondientes operaciones de liquidación. Negado el concurso y, por tanto, rechazada la liquidación de ese patrimonio en el concurso, es obvio que tal liquidación deberá realizarse conforme a las normas previstas en el ordenamiento jurídico para la extinción de las personas jurídicas; es decir, procederá su liquidación, de acuerdo con las normas previstas para la persona jurídica de que se trate.

Naturalmente, esa interpretación soluciona el problema creado por la precipitada modificación del tenor literal del artículo 178.3 de la Ley Concursal, pero parece necesario ir más allá y afrontar de raíz el problema de fondo, que no es otro que el de la posibilidad de que las personas jurídicas lleguen a extinguirse sin necesidad de satisfacer íntegramente su pasivo y de solicitar la declaración de concurso. En ese sentido, parece claro que la regulación de las situaciones de insuficiencia patrimonial de las personas jurídicas debería “emigrar” al derecho regulador de la persona jurídica, solucionándose a través de la liquidación —voluntaria— de la propia persona jurídica, y reservando el instrumento del concurso de acreedores —como medio de tutela de los acreedores— para aquellos casos en los que se considere que tal insuficiencia pueda eliminarse por la vía de la reintegración de la masa y/o de la calificación culpable del concurso. La propia ineficiencia que está en la raíz de la causa de conclusión —o de no declaración— de concurso de una persona jurídica sin patrimonio —libre— suficiente para satisfacer los gastos del concurso

justifica que la extinción tenga entonces lugar de acuerdo con las normas generales. Bastaría para ello con establecer una relación adecuada entre la liquidación y el concurso de las personas jurídicas, que hoy está muy lejos de existir.

Como ya señaláramos a propósito de las meras dificultades de tesorería, debería separarse con claridad el deber de los liquidadores del correspondiente a los administradores y no caer en una acrítica asimilación. Por el contrario, es evidente también en este caso la necesidad de mantener la posibilidad de que un acreedor inste el concurso, para lo que deberá probar no el estado de insolvencia sino alguno de los hechos legalmente previstos (art. 2.4 LC). En este caso, los liquidadores no podrían enervar la declaración de concurso demostrando que la liquidación societaria podrá terminar en un pago de todas las deudas sociales, pero (al modo como sucede en el derecho vigente para la reapertura del concurso) debería imponerse al acreedor instante la prueba de que el concurso serviría para reintegrar la masa activa, a través de acciones de reintegración o de responsabilidad o de la sección de calificación. Ni siquiera la cancelación de los asientos registrales impediría el concurso de la *sociedad*.

C) LA POSIBLE SUSTITUCIÓN DEL CONCURSO POR LA MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL EXTINTIVA

La modificación estructural constituye un instrumento dispuesto para *favorecer la transmisión de activos y pasivos de la persona jurídica* y para la creación y la extinción de personas jurídicas. La propia denominación legal (modificación estructural) es muy sugestiva y sólo por eso cumple una finalidad, pero se trata de una denominación que no tiene en cuenta que lo fundamental no es en realidad la modificación de la sociedad, sino la transmisión de empresas y la constitución y extinción de sociedades, y olvida que se trata en realidad de una operación en la que siempre hay más de una sociedad involucrada. Como señaláramos respecto

de la liquidación, concurso de acreedores y modificación estructural cumplen funciones diferentes y, por tanto, son *compatibles* en las dos direcciones posibles: *una sociedad puede —y, lo que es más grave, debe— ser declarada en concurso de acreedores mientras participa en una operación de modificación estructural* (arts. 1 y 5.1 LC) y *una sociedad puede participar en una operación de modificación estructural aun cuando se encuentre en situación de concurso de acreedores* (así, arts. 100.3 y 190.2 LC). Puede criticarse por ello que la Ley 38/2011, que dice profundizar “*en las ‘alternativas’ al concurso o los denominados institutos preconcursales*” (Preámbulo, III), se haya limitado a los “*acuerdos de refinanciación*”, que no agotan las soluciones alternativas. No se comprende que la Ley no exonere del deber de solicitud de concurso (art. 5 LC) a las sociedades que se encuentren en un proceso de modificación estructural extintiva que pudiera conducir a la superación de la insolvencia, limitándose a admitir el procedimiento abreviado cuando se proponga una modificación estructural con transmisión íntegra del activo y del pasivo (art. 192.2).

Como es lógico, solo pueden considerarse verdaderamente sustitutivas del concurso las modificaciones estructurales extintivas (la fusión, la escisión total y la cesión global de activo y pasivo con entrega de la contraprestación a los socios), en la medida en que la sociedad en crisis se extingue transmitiendo todas sus deudas, aunque también puede incluirse la cesión global de activo y pasivo con entrega de la contraprestación a la propia sociedad, en la medida en que afecta también a todos los acreedores y a todos los bienes. Y así parece haberlo entendido la Ley Concursal, en la medida en que establece que “El juez podrá también aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente ... una propuesta de convenio que incluya una *modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo*” (art. 190.2). Por supuesto, ni la transformación ni el traslado internacional de domicilio tienen efecto directo alguno sobre los acreedores, pero tampoco pueden considerarse, por sí mismas, sustitutivas del

concurso la escisión parcial y la segregación, en la medida en que, por definición, no afectan a todos los acreedores ni a todos los bienes. La modificación estructural sustitutiva del concurso será, además, aquella en que la sociedad en concurso transmita todo su activo y todo su pasivo, aunque la adquisición de una empresa por parte de una sociedad insolvente puede mejorar su situación e incluso poner fin al estado de insolvencia.

El supuesto típico es, pues, aquel en que una sociedad en crisis se extingue, por fusión o escisión total o lleva a cabo una cesión global de activo y pasivo. La sociedad en crisis puede transmitir todo su pasivo y todo su activo y extinguirse, mediante una *fusión*, que es el traspaso por sucesión universal de todo el patrimonio y, por tanto, de la empresa, a *otra sociedad (única)*, sea nueva (fusión por constitución) o sea preexistente (fusión por absorción), traspasando también los socios; mediante una *escisión total*, que es el traspaso de todo el patrimonio y, por tanto, de la empresa, a *varias sociedades*, sean nuevas o preexistentes, traspasando también los socios, cuya diferencia fundamental con la fusión es que divide su patrimonio —y, en su caso, sus socios— entre varias personas, de modo que surge un problema de “reparto” de activos y, sobre todo, de pasivos, para los que rige un principio de relativa libertad, que se soluciona con la responsabilidad solidaria de todas las sociedades resultantes; o mediante la *cesión global de activo y pasivo en la que la contraprestación sea recibida por los socios*, en la que la sociedad se extingue mediante el traspaso por sucesión universal de todo el patrimonio y, por tanto, de la empresa, a *otra persona, sociedad o no*, sea nueva o sea preexistente (como si fuera una fusión), o traspaso de todo el patrimonio —no de los socios— y, por tanto, de la empresa, a *varias personas, sociedades o no*, sean nuevas o preexistentes (como si fuera una escisión total). Aunque la sociedad subsista, puede incluirse el supuesto de *cesión global de activo y pasivo en la que la contraprestación sea recibida por la propia sociedad*, puesto que se transmite todo el activo y todo el pasivo.

La sociedad en crisis puede realizar también una *escisión parcial*, transmitiendo por sucesión universal una parte de su patrimonio (*una empresa*) a cambio de acciones o participaciones para los socios, o una simple *segregación*, transmitiendo por sucesión universal una parte de su patrimonio (*una empresa*) a cambio de acciones o de participaciones que serán titularidad de la propia sociedad concursada. Ambas operaciones pueden ser una solución, pero solo parcial, al problema de la insolvencia, en la medida en que pueden permitir desgajar la parte de la empresa —que constituya una unidad económica— más afectada por la crisis, que sería absorbida por otra empresa.

La “compatibilidad” entre la modificación estructural y el concurso de acreedores obliga a considerar ahora dos posibilidades: que se declare el concurso de acreedores cuando la operación de modificación estructural se encuentre ya en marcha o que se declare el concurso cuando ya ha sido completamente ejecutada.

A) Es posible, en primer lugar, *que la modificación estructural transmisiva (cualquier modificación) se encuentre pendiente de ejecución cuando se declare el concurso de la sociedad*. El concurso de acreedores, como procedimiento previsto para satisfacer los derechos de los acreedores en caso de insolvencia del deudor, puede —es más, debe— tener lugar con independencia de que una sociedad esté o no participando en un proceso de modificación estructural. Se lee, con frecuencia, que la fusión y la escisión total y la cesión global de activo y pasivo son una forma instantánea de extinción de sociedades, a diferencia de la liquidación, y así es en su resultado; pero lo cierto es que constituyen también un proceso. Por eso, si el proceso aún no se ha completado, aun en el caso de que se trate, por ejemplo, de una sociedad filial inmersa en un proceso de reestructuración del grupo solvente, la declaración de concurso se someterá a las reglas generales, de modo que cualquier acreedor puede instar el concurso invocando la concurrencia de cualquiera de los hechos presuntos reveladores (art. 2.4 LC) y la sociedad sólo podrá evitar el concurso probando que, a pesar de eso, es sol-

vente (art. 18 LC). Además, como ya señaló, la apertura de un proceso de modificación estructural por parte de una sociedad insolvente no paraliza el deber de los administradores de solicitar el concurso (art. 5 LC), aunque lógicamente modulará sus consecuencias.

Cuando se declare el concurso de una sociedad en proceso de realizar una modificación estructural, hay que valorar los efectos de la declaración de concurso sobre la operación societaria. Evidentemente, a pesar de la publicidad derivada de la propia declaración de concurso, hay que considerar que la formación de las masas activa y pasiva del concurso constituyen “modificaciones importantes del activo o del pasivo acaecidas”, de modo que se activa el doble (y sucesivo) deber de información legalmente exigido (art. 39.3 LME). Además, la solicitud de declaración de concurso y, por supuesto, la declaración judicial de concurso constituirían *justa causa* para la resolución del correspondiente proyecto por parte de cualquiera de las otras sociedades participantes e incluso para la *revocación* del correspondiente acuerdo. Además, será preciso interrogarse acerca de si serán aplicables las previsiones de la Ley Concursal sobre los contratos bilaterales pendientes de ejecución y, en particular, la posibilidad de que el contrato pueda resolverse en interés del concurso (art. 61.2-II LC). Con esas salvedades, el proceso de modificación estructural iniciado por una sociedad que más tarde sea declarada en concurso podrá continuar adelante, aunque quedará sometido a las reglas concursales, del mismo modo que si el proceso se iniciara con posterioridad a la declaración de concurso. Eso significa que, en todo caso, habrá de intervenir, en mayor o menor medida, la administración concursal, y, además, obliga a distinguir si la sociedad concursada es transmitente o adquirente, porque en el primer caso la modificación estructural que estuviera realizándose deberá integrarse necesariamente en alguna de las soluciones formales del concurso —convenio o liquidación—.

B) La segunda circunstancia a valorar es que la modificación estructural llegue a completarse y con posterioridad sea declarado el concur-

so de una de las sociedades participantes en la operación. Surge entonces el tema de la posibilidad de rescindir la modificación estructural realizada dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, siempre, claro está, que fuese perjudicial para la masa activa (art. 71 LC). Dos son los argumentos que, con carácter general, se barajan en contra de la rescisión: la *inimpugnabilidad de la operación* (arts. 47 y 90 LME) y el *derecho de oposición de los acreedores* (arts. 44 y 88 LME). A ellos se añade, en los casos de escisión y de cesión global la *responsabilidad solidaria* de los participantes (arts. 80 y 91 LME). El argumento fundamental y de mayor peso es el derivado del artículo 47.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales (v. también art. 90 LME), que establece que “ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados”. La norma trata de garantizar que una modificación estructural que haya cumplido con las exigencias legales no podrá declararse ineficaz después de su inscripción registral y la cuestión estriba entonces en determinar si tal inimpugnabilidad incluye la rescisoria concursal. Se añade el argumento del *derecho de oposición*, pero ese derecho no tiene carácter general, ya que tutela solo a los acreedores cuyos créditos hubieran nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de modificación estructural, no hubieran aún vencido en ese momento y no se encontraran ya suficientemente garantizados (arts. 44 y 88 LME). En fin, para los casos de escisión y de cesión global se añade el argumento de la *responsabilidad solidaria por las deudas de la sociedad transmitente*, que evita fraudes en el reparto del activo y del pasivo entre las sociedades beneficiarias.

A falta de solución legal expresa, el “conflicto” entre las reglas societarias y las concursales debe solucionarse distinguiendo dos supues-

tos. Tratándose de una *modificación estructural extintiva* (y teniendo en cuenta que la cuestión solo puede plantearse en caso de concurso de una sociedad absorbente —en la fusión o en la escisión total— o de una sociedad beneficiaria en la escisión total¹³, o de un cesionario, puesto que la sociedad en crisis se habrá extinguido y no será posible su declaración de concurso) parece lógico que prevalezca la regla de inimpugnabilidad, en la medida en que la sociedad en crisis se ha extinguido transmitiendo todo el activo y todo el pasivo. Por definición, no hay perjuicio para la masa activa o para la colectividad de acreedores, sino un simple cambio de deudor. Deben prevalecer las reglas societarias sobre las concursales, pues no hay viejos acreedores sin tutela y parecería excesivo deshacer operaciones que a nada pueden conducir. Y en ese sentido no cabe olvidar el fundamento de la reintegración de la masa. Tratándose, de una escisión total o de una cesión global con pluralidad de cesionarios, existe, además el argumento de la *responsabilidad solidaria* de los beneficiarios y cesionarios.

La posibilidad de rescisión cobra, en cambio, pleno sentido cuando se declare el *concurso de la propia sociedad* que hubiera llevado a cabo una escisión parcial, una segregación o una cesión global de activo y pasivo con entrega de la contraprestación a la propia sociedad, es decir, cuando la sociedad transmitente subsista. No puede darse preferencia a la norma del derecho de sociedades, en la medida en que un deudor concursado habrá realizado una operación de transmisión de activos que puede ser perjudicial para sus acreedores, lo que asemeja la operación a una simple compraventa (o permuta). La irrescindibilidad sería especialmente grave en caso de escisión parcial que vacíe de patrimonio a la sociedad, que puede afectar a acreedores con los créditos ya vencidos en ese momento (y, por tanto, sin derecho de oposición) y también a los nuevos acreedores, que pudieran contratar ignorando la verdadera situación patrimonial de la sociedad.

NOTAS

1. Con la reforma de la Ley 38/2011, se ha suavizado aún más la función represora, ya que, a diferencia de lo previsto en la Ley de 2003, la calificación no se abrirá cuando se apruebe cualquiera de las dos modalidades de convenio previstas: una quita inferior a un tercio o una espera inferior a tres años. Por lo demás, la decisión legislativa acentúa la importancia de determinar a qué se refiere el legislador cuando se refiere a “acreedores de una o varias clases”.
2. La —errónea— conexión entre liquidación social y liquidación concursal se pone de manifiesto también, aunque sea de una forma indirecta, cuando la solución del concurso de acreedores sea el convenio, ya que la Ley Concursal prohíbe los convenios de liquidación. Surge entonces el problema de la compatibilidad entre el estado de liquidación de la sociedad y el convenio concursal, que no puede ser afrontada ahora.
3. En este sentido, cabe recordar que la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado a favor de permitir la cancelación registral de una sociedad aunque existan acreedores sociales, al argumentar que es la “inexistencia de haber social” y no la “inexistencia de deudas” el presupuesto que permite dicha cancelación y considerando que no existe norma alguna que supedita la cancelación registral a la previa declaración de concurso. Las Resoluciones de la DGRN de 13 de abril de 2000 y de 29 de abril de 2011: “En el ámbito estrictamente registral no existe norma alguna que supedita la cancelación de los asientos registrales de una sociedad de capital que carezca de activo social a la previa declaración de concurso (...) aunque es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico societario que el reparto del haber social entre los socios requiere inexcusablemente la previa satisfacción de los acreedores sociales —o la consignación o el depósito del importe de la obligación pendiente e, incluso, su aseguramiento o afianzamiento, según los casos— (cfr. Artículos 391.2, 394.1, 395 y 396 de la Ley de Sociedades de Capital, 235 del Código de Comercio, y 1708 en relación con el 1082, del Código Civil), es también cierto que esas disposiciones relativas al pago de los acreedores o consignación de sus créditos presuponen necesariamente una disponibilidad patrimonial que permita el cumplimiento de tales obligaciones de suerte que si resulta acreditada la inexistencia de haber social, no puede impedirse la cancelación de los asientos registrales de la sociedad”.
4. Así lo señaló, acertadamente, el auto del Juzgado de Primera Instancia número 10 y Mercantil de Santander de 14 de junio de 2005: “al ser superior el activo al pasivo en más de una tercera parte, no desarrollar actividad empresarial o profesional alguna y ser perfectamente posible el pago de los acreedores mediante la venta de los bienes de la herencia, que es lo que piden en el plan de liquidación, no puede concluirse que exista imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles puesto que, a la vista de las circunstancias, puede considerarse como cumplimiento regular la venta de los bienes para el pago”.
5. Así lo dispuso el auto del Juzgado de lo Mercantil de Coruña, de 2 de mayo de 2008, según el cual “ante el cese de la actividad de una compañía y su inminente liquidación, la perspectiva desde la que debe examinarse el presupuesto objetivo del concurso no puede ser la misma que en el caso de una empresa en funcionamiento, que razonablemente trata de preservar los elementos patrimoniales vinculados a su actividad productiva para poder mantenerla”, añadiendo que si la propia deudora declara que no tiene capacidad ni intención de continuar con la explotación de su objeto social y cuenta con patrimonio para atender al cumplimiento de sus obligaciones, “podrá cumplir regularmente sus obligaciones exigibles y no se halla en estado de insolvencia, ni actual ni inminente”, e incluso que “cuando una sociedad mercantil, tras analizar su situación económica y financiera, decide en junta general, y por acuerdo unánime de sus socios, que ya no es posible continuar con una actividad mercantil que sólo habrá de generar nuevas pérdidas —y congruentemente, que debe cesar y cesa en el ejercicio de esa actividad—, deberá acordar su disolución y la apertura del proceso ordinario de liquidación, notificándolo a todos sus acreedores”.
6. V. las ya citadas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de abril de 2000 y de 29 de abril de 2011.
7. El motivo principal del concurso del concurso es, sin duda, la falta de una cultura concursal en los operadores económicos y jurídicos, pues el concurso sigue considerándose un problema en sí mismo y no la solución a un problema previo. Los deudores sólo recurren a él cuando la situación es desesperada y lo mismo hacen los acreedores. Pero no es menos cierto que esa falta de cultura concursal no fue debidamente afrontada por la Ley Concursal. Una de las principales razones de la proliferación del concurso del concurso es, sin duda, la defectuosa concepción del presupuesto objetivo del concurso. A pesar de las palabras de la Exposición de Motivos, la Ley Concursal no se ha enfrentado con decisión al denominado “problema temporal”, y sigue obligando a los acreedores y, lo que es más grave, a los propios deudores a presentar pruebas de su estado de insolvencia y a pagar un precio demasiado alto para intentar la reestructuración de su empresa, de modo que, inevitablemente, un número importante de concursos —tanto voluntarios como, sobre

todo, necesarios— se declara cuando las posibilidades de satisfacción de los acreedores concursales y de conservación de la empresa en crisis son inexistentes, es decir, cuando el propio procedimiento no puede cumplir las funciones para las que se ha creado, y cuando, para lo que ahora interesa, el patrimonio del deudor es insuficiente para sufragar el coste del propio procedimiento.

8. Un apunte en SJM Madrid 22.11.2010, según la cual iniciar una larga y costosa liquidación concursal para satisfacer un derecho crediticio dotado de ejecución separada (art. 57 LC), sin posibilidad alguna de satisfacer créditos ordinarios y subordinados, carece de sentido jurídico y justificación económica.

9. La finalidad de la norma era resolver el concurso entre acreedores de la masa pendientes de satisfacción, pero no podía considerarse afortunada. a) En primer lugar, porque la interpretación literal del precepto era imposible: si la masa activa es insuficiente, no puede *distribuirse* entre *todos* los créditos contra la masa por el *orden de sus vencimientos*, sino que o bien se reparte el activo existente entre *todos* los créditos contra la masa pendientes de pago (a prorrata) o bien se pagan, por el orden de sus vencimientos, algunos de esos créditos, pero no todos, que es lo que la norma parece querer (V. SJM 1 Barcelona 31.7.2009: “*Al disponer que en caso de resultar insuficiente la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, se distribuya la masa activa “entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos” (art. 154.3), sí que (...) regula expresamente la posibilidad de que concurren una pluralidad de créditos (...) y deba establecerse un criterio para el cobro, que no es otro que el orden de sus vencimientos. En este último supuesto, la norma sí que prevé que los de vencimiento anterior se hagan efectivos antes que los que vencen con posterioridad*”).

b) En segundo lugar, porque la Ley no dejaba a salvo de esa regla la eventual preferencia que pueda asistir al titular de un crédito contra la masa, por aplicación de las normas comunes, ya que nada obsta, como es obvio, a que un crédito contra la masa tenga al mismo tiempo la condición de privilegiado en sentido estricto, cuya preferencia deberá ser respetada en el procedimiento concursal. Como dice, respecto de créditos salariales, la sentencia JM 2 Barcelona 31.7.2009, “*los créditos contra la masa derivados de salarios posteriores a la declaración de concurso pueden ser clasificados y seguir un criterio de prelación para su pago distinto del vencimiento, ya que la normativa concursal no deroga ni contradice el sistema de privilegios establecido en la legislación laboral*”).

10. Dos son las críticas fundamentales que merece: en primer lugar, la utilización de la expresión “liquidación”, cuando es evidente, como la propia Ley indica, que no se abre la fase de liquidación del concurso y que, por tanto, esa “liquidación” constituye solo la forma de referirse a la necesaria enajenación de los bienes existentes. En segundo lugar, no haber hecho referencia expresa a los honorarios de la administración concursal, que, en consecuencia, deberán incluirse entre los créditos por costas y gastos judiciales (n.º 4º), salvo los relativos a los gastos derivados de la enajenación de los bienes y derechos existentes, que han de considerarse, precisamente, “créditos imprescindibles para concluir la liquidación”.

11. El derecho español sigue teniendo como asignatura pendiente la de ofrecer a los deudores personas naturales un sistema razonable de remisión de las deudas que no puedan satisfacer en la liquidación concursal. Cuando esa asignatura se apruebe, habrá que decidir también si la remisión de deudas puede producirse también cuando el concurso no sea posible por falta de masa.

12. Así lo ha percibido con nitidez el auto del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 22 de febrero de 2012. No conviene olvidar, además, que la decisión legislativa de preferir los créditos con privilegio especial a los créditos contra la masa (art. 154 LC) hará que no deba declararse el concurso en aquellos casos en los que el deudor sea titular únicamente de bienes y derechos afectos a privilegio especial cuyo valor no sea superior al de los correspondientes créditos.

13. Es el caso de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Las Palmas de 12 de diciembre de 2011. Las importantes discrepancias entre los dos socios provocaron la escisión de la sociedad, dividiendo el patrimonio social en dos partes, agrupadas en torno a dos ramas de actividad. La escisión se estructuró a favor de dos sociedades beneficiarias preexistentes titularidad de los correspondientes socios. Pasados algunos meses, una de las sociedades beneficiarias de la escisión es declarada en concurso de acreedores. La administración concursal interpuso demanda en la que ejercitaba una acción rescisoria basándose en el perjuicio causado a la masa activa por la deficiente valoración y atribución patrimonial de los activos adjudicados en la operación de escisión total, es decir, alegando que con la escisión se había procedido a una división desigual o no equitativa de la sociedad escindida entre las dos sociedades beneficiarias, una de las cuales había sido después declarada en concurso de acreedores.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- BELTRÁN, E., “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, en *AAMN*, 2010, pp. 157-183; “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en Rojo/Beltrán (dirs.), *La liquidación de las sociedades mercantiles* (2ª ed.), Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 417-449.
- BELTRÁN, E./MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Efectos de la conclusión del concurso (art. 178)”, en Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, 2004, II, pp. 2642-2676.
- CERDÁ, F., “Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales”, en *RGD*, 1998, julio-agosto, pp. 9331 y ss.; “Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal”, en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, 2010, pp. 713-729; “Rescisión concursal y modificaciones estructurales transmisivas”, en *ADCo*, 26 (2012-2), pp.
- CORTÉS, L. J./PÉREZ TROYA, A., “Algunas notas sobre la fusión de sociedades de capital en liquidación societaria o concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, 2005, IV, pp. 4805-4825.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.Mª., “Los posibles escenarios concursales de la Ley de Modificaciones estructurales de las Sociedades mercantiles”, *www.elderecho.com*, 6.2.10.2010.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores”, en *RDCP*, 14 (2011), pp. 151-170.
- LARGO, R., “La fusión y la escisión de las sociedades como contenido del convenio concursal”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, 2007, III, pp. 2135-2154; “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada”, en *RDCP*, 9 (2008), pp. 87-116.
- MORILLAS, Mª J., *El concurso de las sociedades*, Iustel, 2004.
- MUÑOZ PÉREZ, F., “¿Es posible una operación de cesión global como contenido de un convenio concursal?”, en *RDCP*, 3 (2005), pp. 327-329
- PÉREZ TROYA, A., “Las especialidades concursales de las entidades de crédito ante la crisis financiera”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 2010, pp. 241-259 (disponible también en <http://hdl.handle.net/10017/7975>); voz “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Thomson Reuters, 2012, en prensa.
- PULGAR, J., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril”, en *La Ley*, martes, 20 de octubre de 2009, pp. 1-6, y “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, en Rodríguez Artigas y otros (dirs.), *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, 2009, II, pp. 729-771.
- SÁNCHEZ-CALERO, J./FERNÁNDEZ TORRES, I. “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del artículo 35 LME)”, en *RDCP*, 14 (2011), pp. 109-133.
- Fecha recepción: 16/07/2012
Fecha aceptación: 05/11/2012

ESTUDIOS

La seguridad jurídica y sus paradojas actuales

Antonio-Enrique Pérez Luño

Democracia, derechos y políticas migratorias en tiempos de crisis

Javier de Lucas

El Derecho Romano y Europa

Ricardo Panero Gutiérrez

El derecho de sufragio activo y la mayoría de edad

David Giménez Gluck

LEGAL CERTAINTY AND ITS CURRENT PARADOX

RESUMEN

Este ensayo analiza el cambio en el significado y función de la seguridad jurídica en los ordenamientos jurídicos actuales. Esa transformación se ha manifestado a través de unas mutaciones, que tienen un sentido paradójico y que muestran las diferencias del concepto actual de la seguridad jurídica respecto al que tuvo en el pasado. El cambio paradójico en el sentido de la seguridad jurídica, afecta a sus principales garantías. Para comprobarlo se estudian en este ensayo sus repercusiones en: la necesaria publicidad de las normas, como requisito ineludible de su conocimiento por los destinatarios (*lex promulgata*); la exigencia de claridad y precisión en el lenguaje normativo (*lex manifesta*); la garantía del carácter pleno del ordenamiento jurídico para evitar las lagunas legales (*lex plena*); el respeto a la jerarquía normativa y a la reserva de ley (*lex stricta*); el principio de la irretroactividad de las leyes desfavorables o restrictivas de derechos (*lex previa*); y la adecuada estabilidad y persistencia del Derecho (*lex perpetua*).

PALABRAS CLAVE

Seguridad jurídica, lenguaje normativo, jerarquía normativa, reserva de ley, irretroactividad, estabilidad del Derecho.

ABSTRACT

This paper analyses the changes taking place in the meaning and function of legal certainty in contemporary legal systems. This transformation has manifested through a series of paradoxical mutations that show the differences between the current concept of legal certainty and passed versions. In order to show and analyse this paradoxical character, referred to the main guarantees associated to legal certainty, this essay focuses on its impact upon the following requisites: the necessary publicity of legal rules that enable its access by their addressees (*lex promulgata*); the requirement of clarity and accuracy in legal drafting (*lex manifesta*); the absence of normative gaps (*lex plena*); respect to legal hierarchy and matters to be exclusively regulated by legislative norms (*lex stricta*); the principle of non-retroactivity of unfavourable regulations or rules which restrict individual rights (*lex previa*); and the adequate stability and persistence of Law (*lex perpetua*).

LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SUS PARADOJAS ACTUALES

Antonio-Enrique Pérez Luño

Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Planteamiento: la seguridad jurídica revisada. A) *Lex promulgata*. B) *Lex manifesta*. C) *Lex plena*. D) *Lex stricta*. E) *Lex praevia*. F) *Lex perpetua*. 2. Conclusiones. Notas bibliográficas.

1. PLANTEAMIENTO: LA SEGURIDAD JURÍDICA REVISADA

No debiera pasar inadvertida la circunstancia paradójica de que una de las obras más representativas de la literatura del pasado siglo, cuya trama argumental consiste en la angustiada y opresiva situación de un ciudadano al que se le niegan las garantías jurídicas, ostente el nombre de: *El proceso*. La obra de Franz Kafka constituye un dramático testimonio de cómo la instrucción de un procedimiento judicial, de forma tenebrosa y arbitraria, se convierte en una pesadilla implacable y letal para un procesado. Se advierte, de este modo, la profunda ambivalencia, o radical paradoja, subyacente al proceso.

El *due process of law* es un derecho fundamental constitutivo del Estado de Derecho y una de las instituciones máximas del valor de

la seguridad jurídica vertebrador de dicho Estado. Pero, privado de las garantías formales y los valores materiales que deben informar el proceso en las sociedades libres, éste se convierte en uno de los instrumentos más lesivos e implacables contra el *status* de la libertad personal y una de las agresiones más flagrantes a la seguridad jurídica que se produce en los sistemas totalitarios.

La ambivalencia del proceso no es la única paradoja que incide en la seguridad jurídica. En la actualidad se han producido una serie de circunstancias que convierten en paradójicas las principales manifestaciones o exigencias en las que la seguridad jurídica se desglosa. Ese nuevo horizonte contextual en el que opera el valor de la seguridad jurídica en los Estados de Derecho del presente, invita a una revisión de su significado y alcance.

En algunos trabajos anteriores, publicados desde hace dos décadas, he intentado dar cuen-

* El trabajo forma parte de una investigación más amplia sobre “Los problemas de aplicación de la Ley Concursal (y III)”, financiada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (DER2009-10387, subprograma JURI).

ta de las principales exigencias y manifestaciones del valor de la seguridad jurídica propio de los Estados de Derecho. En el tiempo transcurrido desde que aquellos trabajos fueron editados, se han ido produciendo una serie de circunstancias y fenómenos nuevos que invitan a un replanteamiento de dichas garantías. Este proceso de revisión, entiendo, que puede plantearse bajo el signo de la paradoja.

No huelga advertir que, desde la Antigüedad clásica helena, la labor del intelectual se ha venido cifrando en la revelación de los tópicos y de las ideas rutinarias persistentes en la opinión pública. Advierte José Ortega y Gasset que, como la opinión común, pública y establecida se denominaba en Grecia “*Doxa*”, la opinión del intelectual que es siempre contrap opinión será inevitablemente “*paradoxa*”. La paradoja será, en efecto, un ingrediente básico en la historia de la cultura, y un acicate constante para la renovación de los conceptos y categorías teóricos; también de aquellos que constituyen el arsenal metódico y definitorio de la teoría jurídica.

La paradoja no constituye, por tanto, algo insólito en la actividad de razonar y definir críticamente. La actitud paradójica debe suponer, en el ámbito del derecho, un esfuerzo para eludir los caminos trillados de la rutina y de las ideas preconcebidas, que pretenden quedar exentas de cualquier renovación.

Estas consideraciones pretenden justificar la adopción de un enfoque paradójico. Mediante dicho enfoque, pienso, puede propiciarse un análisis presente de los principales rasgos informadores de la seguridad jurídica, tal como deben ser revisados en el contexto de su nuevo marco operativo.

Como es notorio, la seguridad jurídica es un valor que se concreta en exigencias *objetivas* de: *corrección estructural* (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y *corrección funcional* (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su acepción *subjetiva*

encarnada por la *certeza del Derecho*, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva.

Respecto a las condiciones de *corrección estructural* se pueden concretar en una serie de exigencias básicas todas ellas sometidas ahora a un proceso de revisión. En función de esas premisas metódicas, se abordarán en estas reflexiones, por aproximación sucesiva, los principales elementos y garantías vertebradores de la seguridad jurídica, en su dimensión estructural, aludiendo a su sentido hasta ahora vigente y proyectando sobre el mismo las revisiones que dimanen de las circunstancias paradójicas propias de su *status* significativo actual.

A) *Lex promulgata*

La promulgación es esencial a la ley, pues sin ella no podría llegar a conocimiento de los destinatarios y, en consecuencia, no podrían cumplirla. La información y comunicación de la ley, en la que su publicación consiste, responde a la demanda de conocimiento de la norma, a los procedimientos que permiten su transmisión a quienes obliga su cumplimiento. La falta de publicación de las leyes sume al destinatario en el patético déficit de certeza reflejado en las situaciones de aquellos sistemas políticos despóticos en los que el conocimiento del derecho se reservaba a una clase, grupo o partido privilegiado, con exclusión del resto de la sociedad. La garantía de publicidad de las leyes es, por tanto, una exigencia básica de las sociedades libres y democráticas y un rasgo constitutivo de los Estados de Derecho.

Franz Kafka, manifestó, a lo largo de su obra una sensibilidad obsesiva hacia todas aquellas situaciones-límite caracterizadas por la violación de la seguridad jurídica. En su escrito *Sobre las leyes*, imagina, como una pesadilla siniestra, la atmósfera patética de quienes se ven privados del conocimiento del Derecho, en una denuncia plena de dramatismo: “Nuestras leyes no son conocidas por todos, son un secreto reservado al pequeño grupo que nos domina. Estamos convencidos que estas anti-

guas leyes se aplican escrupulosamente, pero nos resulta extremadamente penoso estar gobernados por leyes que ignoramos”.

En nuestro tiempo, uno de cuyos rasgos identitarios se halla conformado por las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), parece que el principio de la publicidad normativa debería haberse potenciado hasta el logro de su plena implantación. No obstante, paradójicamente, la situación real de los sistemas jurídicos actuales es la inversa. Es la nuestra una época en la que se han producido fenómenos normativos que han debilitado su publicidad y transparencia, sustituyéndolas por una progresiva *opacidad*.

Hoy los sistemas jurídicos de las sociedades avanzadas se hallan aquejados de una creciente *inflación normativa*. Esta circunstancia, ha convertido a los Estados del presente en: “máquinas de legislar”. El flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos. La crisis de la información jurídica precipita en las tinieblas al ordenamiento jurídico. La transparencia del sistema normativo, que es presupuesto básico de la certeza del Derecho, se ve suplantada por su creciente *opacidad e inescrutabilidad*: el Derecho positivo deviene, por tanto, inaccesible para los propios especialistas. El principio de publicidad normativa, informador de la seguridad jurídica, se resquebraja por el menoscabo de la vigencia del ordenamiento jurídico, muchas de cuyas normas permanecen inoperantes por falta de información.

Ante esa situación en la que la certeza del Derecho se halla más próxima al mito que a la realidad, se hace apremiante la búsqueda de soluciones que restituyan la seguridad perdida. Entre ellas, quizás la que hoy ofrece mayores y más estimulantes posibilidades sea la informática. La crisis de la seguridad se enmarca en un proceso de crisis de adaptación de los conceptos y las categorías jurídicas heredados del pasado a las exigencias de la sociedad tec-

nológica. En consecuencia, las aportaciones de la *Informática jurídica*, es decir, de la disciplina que aborda la proyección de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación al Derecho, representan la respuesta inevitable para tratar de resolver aquellos problemas jurídicos para los que los métodos tradicionales han perdido capacidad operativa.

La crisis de publicidad, es decir, de información y documentación en el Derecho de las sociedades tecnológicamente avanzadas, producida por la avalancha de legislación, jurisprudencia y doctrina, sólo puede ser, a su vez, contrarrestada poniendo en juego medios proporcionados, o sea, a través del adecuado empleo de la tecnología informática y los sistemas de teledocumentación. Sólo así el jurista se halla en condiciones de restablecer un equilibrio entre el incesante flujo de datos jurídicos y su capacidad para asumirlos y aprovecharlos. La informática jurídica documental representa un instrumento imprescindible para el conocimiento adecuado de las fuentes del Derecho y, por tanto, como un vehículo imprescindible para recuperar su publicidad perdida.

B) *Lex manifesta*

Con esta exigencia se alude a la necesidad de que las normas puedan ser comprensibles y eludan las expresiones ambiguas, equívocas u oscuras que puedan confundir a los destinatarios. La claridad normativa requiere una tipificación unívoca de los supuestos de hecho. De ese modo, se elimina, en cuanto es posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados. Al propio tiempo, una buena técnica legislativa tenderá a la delimitación precisa de las consecuencias jurídicas. Con ello, se evitará la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho.

En su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre: *La terminología jurídica de la Reforma Concursal*, el profesor Manuel Olivencia hacía especial hincapié en la necesidad de prestar atención al soporte lingüístico en el que las normas jurídicas se expresan. Sin esa atención al lenguaje

normativo y a la exigencia de claridad en el que se formulan las reformas legislativas, muchos de sus aspectos básicos quedarían en la penumbra. Esta observación metódica, estimo que es de incuestionable interés para el planteamiento actual de la seguridad jurídica.

Los métodos actuales del análisis del lenguaje han cifrado como una de sus principales metas en el ámbito jurídico el dotar a la ciencia del Derecho de un lenguaje riguroso. Para ello, se ha dirigido a esclarecer el significado de los términos fundamentales que aparecen en el lenguaje normativo. Su principal preocupación metódica ha sido la de purificar los dominios del Derecho de conceptos inútiles, ambiguos o equívocos. Todo ello, ha venido a reforzar la importancia que reviste la claridad normativa como ingrediente básico de la seguridad jurídica.

El análisis del lenguaje constituye un procedimiento habitual y tradicional de los juristas al ser las normas jurídicas, en su dimensión externa, entidades lingüísticas. El propio profesor Olivencia, mercantilista de denso prestigio, en sus estudios sobre *Lenguaje y Derecho*, reitera las tesis de su maestro el insigne jurista Joaquín Garrigues, cuando nos recuerda que: “Los juristas vivimos de las palabras dichas o escritas. Somos vendedores de palabras. A diferencia de otras profesiones, resolvemos el problema con las palabras de la ley o con las palabras que nos sirven para interpretar la ley...”.

La dimensión lingüística del derecho impone, más que en cualquier ámbito científico o cultural, la exigencia de claridad y precisión. Si Ortega hizo célebre el *motto* de que “la claridad es la cortesía del filósofo”, para el jurista legislador, juez, intérprete o teórico del derecho, el uso de un lenguaje transparente, sin concesión alguna a la obscuridad o a la confusión, constituye una exigencia vinculada al propio valor de la seguridad jurídica. Lo mismo cabe predicar de la precisión, es decir, de la exactitud en el empleo de términos, ideas y conceptos, sea en el lenguaje legislativo, en el de los jueces o en el de los juristas. Tampoco debe desdeñarse en la preceptiva del lenguaje jurídico la pulcritud estilística de sus expresiones. Tiene razón, Ma-

nuel Olivencia para postular que: “la belleza no está reñida con el derecho, las ideas jurídicas pueden envolverse en el hermoso ropaje de una buena literatura, aunque lo que se cuenta sea la doctrina del acto de comercio”.

Hoy las formas estilísticas del lenguaje jurídico, oral o escrito, se alejan de la retórica profusa y barroca que caracterizó el lenguaje de los juristas de anteriores épocas y busca la pulcritud en el empleo de un lenguaje jurídico terso y escueto, cuya calidad se cifra en la austera precisión de sus formulaciones. Estas inquietudes y exigencias deben plantearse en un estudio de una institución tan vinculada al lenguaje jurídico y a sus transformaciones como es la seguridad jurídica. El lenguaje en el que se expresa el Derecho, permitirá advertir el cambio de circunstancias sociales, económicas y jurídicas que han determinado su nueva formulación.

En los últimos años, ha adquirido, asimismo, notoriedad en la doctrina jurídica norteamericana, especialmente en el ámbito penal y procesal, la denominada teoría del “*labeling approach*”, es decir, del enfoque a través de etiquetas o rótulos, denominada también como “teoría de las definiciones”. Se trata de una radicalización de las tesis del análisis del lenguaje jurídico, tendente a maximizar la claridad de los conceptos y categorías de la experiencia jurídica. Ese propósito clarificador tendería también, en definitiva, a precisar el ámbito significativo del Derecho, contribuyendo al reforzamiento del valor de la seguridad jurídica.

Este enfoque metódico, postula que la juridicidad no es una cualidad esencial u ontológica de determinadas conductas o hechos, sino el resultado de un proceso de atribución de tal cualidad. La juridicidad o antijuridicidad, la licitud o ilicitud, la validez o invalidez de los actos jurídicos son categorías de fronteras móviles y oscilantes, que, de ningún modo, pueden considerarse previas a su definición o tipificación como tales. La juridicidad es una etiqueta creada por determinadas instancias formalizadas de los ordenamientos. Esta tesis tiene a su favor el replantear la evidencia, muchas veces indebidamente soslayada, de que

determinadas imprecisiones, equívocos y opacidades del lenguaje normativo o las categorías ambiguas, del lenguaje de los juristas, no son producto de preferencias casuales o arbitrarias. Esas circunstancias, suelen obedecer a mutaciones políticas, sociales o culturales, o a opciones ideológicas, que inciden en la mayor o menor diafanidad del lenguaje del derecho y, por tato, refuerzan o debilitan la seguridad jurídica.

La creciente crisis de la publicidad del Derecho, se ha visto acompañada del grave menoscabo de su *claridad*. La propia estructura formal de las normas legales se halla hoy en crisis motivada por graves problemas de política y de técnica legislativa. La certeza del Derecho, en cuanto posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones, se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje en el que se expresan las disposiciones legales. En esa coyuntura no son sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas funcionarios administrativos, jueces o abogados, los que tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho.

Haciéndose eco de esas circunstancias, nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado que: “La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas” (STC 46/1990, FJ 4; véase también STC 146/1993 FJ 6). Nuestro máximo intérprete de la Constitución ha sido también sensible a la necesidad de contar con una buena técnica legislativa como garantía de seguridad jurídica. “No cabe subestimar —señala el TC— la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas..., puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además

de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia (STC 150/1990, FJ 8).

C) *Lex plena*

El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* garantiza que no se producirán consecuencias jurídicas penales para las conductas que no hayan sido previamente tipificadas. Pero correlativamente implica que ninguna conducta criminal, o, en una acepción más amplia, ninguna situación o comportamiento susceptible de revestir trascendencia jurídica, carecerá de respuesta normativa. Un ordenamiento con vacíos normativos (lagunas) e incapaz de colmarlos incumpliría el objetivo que determina su propia razón de ser: ofrecer una solución, con arreglo a Derecho, a los casos que plantea la convivencia humana.

El “dogma” de la *plenitudo* se considera nota constitutiva de los ordenamientos jurídicos y cláusula básica de su seguridad. Para garantizar su plenitud los ordenamientos jurídicos establecen un sistema de fuentes del Derecho y prevén la utilización por los jueces de unos medios de integración de las eventuales lagunas legales (interpretación extensiva, analogía, equidad y principios generales del Derecho); para evitar que éstos, ante la carencia o insuficiencia legal, puedan limitarse a emitir un *non liquet*.

Frente al dogma tradicional de la plenitud del orden jurídico, uno de los signos paradójicos característicos del constitucionalismo actual, con inmediata incidencia en la plenitud del sistema de fuentes jurídicas, es el de su paulatino debilitamiento. La cláusula de la plenitud se halla sometida a un paulatino desplazamiento hacia la garantía de una multiplicidad de instancias jurisdiccionales tendentes a articular la tutela efectiva de los derechos. El carácter completo y pleno del ordenamiento jurídico era corolario de su condición de sistema único y cerrado. Por eso, cuando hoy se afirma la dimensión plural y abierta del ordenamiento, necesariamente se cuestiona el rasgo de su plenitud.

Los ordenamientos jurídicos y, en especial su sistema de fuentes, se han visto directamente afectados por el fenómeno del pluralismo. La superación del ámbito de referencia estatal, producto del nuevo orden de relaciones internacionales, se ha traducido en fuentes que expresan una *supra estatalidad normativa*. Pero, el desplazamiento del centro de gravedad en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas no sólo se ha producido por la aparición de poderes normativos superiores al Estado. De forma paralela, se ha producido una ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre el ciudadano y el poder estatal. Hoy se asiste a un fenómeno de *infra estatalidad normativa* manifestado en el pluralismo de determinación de fuentes jurídicas. Para aludir a esa situación he utilizado la metáfora del “*Desbordamiento de las fuentes del derecho*”.

En esta nueva coyuntura en la que el ordenamiento jurídico estatal se halla trascendido por otras instancias normativas, aludir a la inexistencia de lagunas en su seno ha perdido gran parte del significado que pudo tener en el periodo histórico anterior como garantía de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

En la coyuntura presente se hace especial hincapié en la apertura al procedimiento jurisdiccional, más que a la plenitud del ordenamiento jurídico, como garantía de la tutela de las libertades. Esa tendencia ha hallado eco doctrinal en la obra colectiva, *Critical Legal Thought*, que vino a ser para los años 90 lo que en la década de los 70 supuso el Congreso de Catania sobre el *Uso Alternativo del Derecho*. En su contribución a dicha obra, Rudolf Wiehöltner ha definido la tarea a cumplir en los años inmediatos por la teoría crítica del derecho, como la “Proceduralización” de las categorías jurídicas. Esa tarea ha sido concretada, en la propia obra, por Erhard Denninger como un esfuerzo hacia la garantía a través del procedimiento de un equilibrio de posiciones entre los miembros de la sociedad democrática, en las relaciones entre particulares y de éstos con los poderes públicos. Ese *status activus processualis*, que completaría la teoría de los status

elaborada por Jellinek, constituye un factor clave de los Estados de Derecho para asegurar el ejercicio pleno de todas las libertades. Este status procesal se concibe como el reconocimiento de cada persona de participar activamente y asumir su propia responsabilidad en los procedimientos que le afectan, así como en las estructuras organizativas. En el plano de los derechos fundamentales, implica reconocer la apertura a la protección jurisdiccional de las libertades, así como acoger formas de participación dinámicas y activas por parte de los interesados en los procedimientos tendentes a la formación de actos jurídicos.

Haciéndose eco de esa inquietud, ha reconocido nuestro TC que: “Para la ordenación adecuada del proceso existen impuestos, formas y requisitos procesales que, por afectar al orden público, son de necesaria observancia por su racionalidad y eficacia”, pero sin que ello suponga aceptar la validez de obstáculos procesales que “sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginan con el derecho a la justicia”. (STC, 95/1983, FJ. 5. Vid. también en sentido análogo las SSTC, 3/1983, FJ 1; 19/1983, FJ 4; 65/1983, FJ 4). Todavía reviste mayor interés, desde el punto de vista del reconocimiento por nuestra jurisprudencia constitucional del derecho a la jurisdicción, cuanto se afirma en la decisión que proclama: “el artículo 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. El TC entiende que el contenido básico de tal derecho “en un orden lógico y cronológico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y, como ha declarado este Tribunal Constitucional, poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas” (STC 220/1993, FJ2; vid., también las SSTC 115/1984; 15/1985; 34/1989; 164/1991; 192/1992; 28/1993 y 101/1993).

En lo que respecta a la tensión entre plenitud y apertura jurisdiccional, los enfoques actuales de la seguridad jurídica deben inclinarse

a una postura mediadora. Cabe demandar a los actuales empeños teóricos y prácticos sobre la significación de la certeza del Derecho un esfuerzo de mediación entre las exigencias, hoy prácticamente inalcanzables, de la absoluta plenitud del orden jurídico y un procedimentalismo entendido como respeto a las garantías procesales y apertura a la jurisdicción que son rasgos informadores de las estructuras jurídicas de las instituciones democráticas.

D) *Lex stricta*

Corolario de la división de poderes, reputada a partir de Montesquieu principio informador del Estado de Derecho, se *reserva a la ley*, en cuanto norma general y abstracta promulgada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...). Esta cláusula de garantía tiene su complemento en el principio de *jerarquía normativa* por el que se establece un orden de prelación de las fuentes del Derecho, que impide la derogación, modificación o infracción de las normas de rango superior por aquellas que les están subordinadas.

La *jerarquía* de las fuentes del Derecho garantizaba la exigencia de subordinación de las normas de rango inferior a las superiores, impidiendo que aquéllas pudieran infringir lo preceptuado en éstas. De esta forma, el principio jerárquico se integraba en los postulados de la seguridad jurídica informadores del Estado de Derecho, en el que las normas procedentes del poder legislativo debían prevalecer sobre las normas y disposiciones administrativas.

Conviene advertir que en el Estado constitucional de Derecho, que es el Estado de las actuales sociedades pluralistas, complejas y pluricéntricas, la jerarquía del ordenamiento jurídico debe concebirse desde nuevos parámetros. En el Estado constitucional se da una heterogeneidad de factores e instancias sociales que influyen en la producción del derecho. De ahí, que la jerarquía del sistema jurídico no pueda concebirse como corolario de un único

principio dominante del que mecánicamente se derivan por subordinación estricta todos los demás.

La morfología del ordenamiento jurídico, inferida de la concepción kelseniana, evocaba la imagen de una pirámide o estructura piramidal, cuyo vértice venía constituido por la *Grundnorm*. Frente a esa representación, el actual significado de los sistemas jurídicos reclama una simbolización que se aproxima más a una *bóveda* que a una *pirámide*. Esa estructura abovedada implica la confluencia, involucro o interacción de un conjunto de arcos o cubiertas esféricas, que cierran el espacio comprendido entre muros o columnas. El actual desplazamiento desde la jerarquía al pluralismo induce y avala ese nuevo enfoque, que ha tenido su consiguiente proyección a nuestro sistema constitucional

Nuestro orden axiológico constitucional no responde, en la actualidad, a una estática y cerrada jerarquía de valores, sino a una estructura abierta y dinámica, corolario del pluralismo político, consagrado también en nuestra Ley de leyes (art. 1.1CE) como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro estatuto de valores y derechos fundamentales se halla, de este modo, fundado en un orden político pluralista, acorde con una sociedad abierta. Esta estructura pluralista es la que legitima a los representantes parlamentarios para una concreción y desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, acorde con las aspiraciones sociales expresadas por las mayorías. De igual modo, el propio proceso hermenéutico constitucional actúa como un cauce abierto a las distintas exigencias y alternativas prácticas, antes que con arreglo a un rígido esquema de jerarquización de valores e intereses, es decir, como una instancia crítica capaz de “ponderar los bienes”, a fin de resolver y canalizar los conflictos que puedan darse entre los diversos valores e intereses tutelados por la normativa constitucional (vid., sobre ello, las SSTC 101/1983; 32/1985; 163/1991; 30/1993...).

No menos paradójica que la metamorfosis de la jerarquía normativa en el Estado constitucional de Derecho, ha sido la transforma-

ción operada en la garantía de la reserva de ley. El orto del Estado de Derecho tuvo una de sus claves de bóveda en el principio de la *reserva de ley*, corolario de la división de poderes propugnada por Montesquieu. Dicho principio suponía atribuir exclusivamente al parlamento la definición, a través de normas generales y abstractas, de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...).

Estimo de interés subrayar que la reserva de ley entrañaba una doble garantía: suponía, de una parte, que las materias jurídicas más importantes no serían reguladas por normas de rango inferior a la ley, pero implicaba, al propio tiempo, una consciente “autolimitación” del legislador, o sea, que éste reservaría la ley a lo esencial, sin recurrir a ella más allá de lo necesario. Pudiera afirmarse que el legislador liberal desarrollaba su actividad sometido a un mandamiento implícito, expresado en los siguientes términos: “no recurrirás a la ley en vano”.

Esta situación experimentó un notable cambio con el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho que supuso una presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil. Pero la satisfacción de esa “procura existencial” (*Daseinvsorge*), a través de las consiguientes prestaciones y servicios públicos, que distingue al *Welfare State* ha tenido su coste en términos de erosión del principio de legalidad. La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por las leyes medida (*Massnahmegesetze*). La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, frecuentemente, por vía de medidas o providencias administrativas.

La ampliación de las tareas de los poderes públicos que caracterizó al Estado social de Derecho produjo en los ordenamientos jurí-

dicos un fenómeno que ha sido denominado, con razón, *hipertrofia legislativa* y, en el ámbito anglosajón, “contaminación legislativa” (*Legal Pollution*) determinado por un crecimiento sin límites de las normas legales que ha erosionado gravemente el principio de la reserva de ley. En estas nuevas circunstancias esta cláusula de seguridad jurídica ha adquirido un nuevo significado y alcance, que dista mucho de su sentido tradicional.

En el desplazamiento desde el Estado social al Estado constitucional de Derecho la “reserva de ley” ha dejado de ser una garantía para regular el *status* normativo de las cuestiones jurídicas básicas y es preciso reemplazarla por la “reserva de Constitución”. Este fenómeno no se halla exento de algunos rasgos paradójicos.

La “reserva de constitución” no implica que el legislador ordinario usurpe el papel que incumbe al constituyente, ya que —como advirtió nuestro Tribunal Constitucional— “lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso de que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente” (STC, 76/1983, FJ 4). Pero, como se desprende del último párrafo del fallo reseñado, existen ámbitos en los que la Constitución puede atribuir al parlamento “alguna función constituyente” para el desarrollo de cuestiones constitucionales básicas; una de ellas, y no la de menos importancia, el desarrollo del sistema de los derechos fundamentales.

Es obvio que la integración en los textos constitucionales de la disciplina *in extenso* de todas esas cuestiones jurídicas básicas ampliaría su contenido hasta extremos inadmisibles. Para evitarlo los Estados constitucionales del presente cuentan con unas normas especiales, que si *formalmente* son leyes o “super-leyes”, por exigir para su aprobación mayorías parlamentarias reforzadas, *materialmente* se integran de lleno en el bloque de la Constitución, al implicar el desarrollo de algunos de sus aspectos nucleares. La Constitución española, contando con el precedente del art. 46 de la francesa de 1958, reserva a unas super-leyes,

denominadas “leyes orgánicas”, al desarrollo de los derechos fundamentales, aprobación de los Estatutos de Autonomía y régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución (art. 81.1).

E) *Lex praevia*

Es sabido que, así como para la concepción positivista comtiana la ciencia consiste en la previsión que se introduce en el conocimiento de la realidad, según la vieja máxima: *savoir c'est prévoir*, el Derecho a través de sus normas introduce la seguridad en la vida social al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos.

Contradice frontalmente la garantía de la *lex praevia* la retroactividad de las normas. Por retroactividad se entiende la proyección del ámbito temporal de las normas a hechos o conductas previas a su promulgación. La prohibición de retroactividad de las leyes representa una manifestación básica y específica de la seguridad jurídica. Ese requisito de la legislación halló plena acogida en el célebre postulado del Iluminismo jurídico: “*Nullum crimen nulla poena sine lege*”, en el que el término “*lege*”, se entendía siempre como *lege praevia*. En el clima cultural de la Ilustración, una de las más inmediatas matrices ideológicas del Estado de Derecho, se reputó una conquista irrenunciable del proceso racionalizador de los sistemas jurídicos el que sus normas establezcan siempre consecuencias jurídicas *ante* y no *ex post facto*.

A partir de la Ilustración, se entiende que la libertad de acción del ciudadano, y la consiguiente posibilidad de calcular los efectos de sus actos, son incompatibles con normas que extiendan su validez a conductas anteriores a su promulgación. Tales comportamientos fueron realizados en un momento en el que, para su agente, resultaba imposible conocer el contenido de futuras leyes y, en consecuencia, prever sus repercusiones.

En la génesis del Estado de Derecho la irretroactividad representó, a un tiempo, una garantía de seguridad y de justicia dirigida a

poner coto a los abusos del *Ancien Régime*. En la fase liberal del Estado de Derecho la irretroactividad se planteó como un dogma jurídico tendente a garantizar el *status quo* económico y político de la sociedad. Esa circunstancia, incide inmediatamente en el cambio de rumbo del propio significado de la retroactividad en el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho.

El Estado social de Derecho no renuncia, ni supone una quiebra de la garantía de irretroactividad. “Una ley que pretenda ser aplicable a un caso que haya ocurrido antes que la ley haya entrado en vigor, es —en palabras de Winfried Hassemer— un fantasma del Estado policial”. En el Estado social de Derecho, como regla, la irretroactividad mantiene íntegra su función de garantía cívica de la necesidad de conocimiento previo de las consecuencias jurídicas de los comportamientos. Esta garantía es de especial aplicación en la esfera de las disposiciones sancionadoras, pues si se admitiera para ellas la retroactividad, se vulneraría abiertamente el principio de legalidad penal. Las garantías formales del Estado de Derecho, por ello también del Estado social de Derecho, no casan con la posibilidad de criminalizar *post festum* conductas desviadas. La confianza de los ciudadanos en el sistema penal exige la publicidad, con la antelación debida, de los presupuestos bajo los cuales una acción se considerará antijurídica y cuáles serán sus consecuencias; en ello se cifra el fundamento social que legitima el Derecho penal en un Estado de Derecho.

La reflexión global e integradora sobre el sentido de la irretroactividad en el Estado social de Derecho y, en nuestros días, en su decantación hacia el Estado constitucional de Derecho, induce a superar cualquier planteamiento antitético entre justicia y seguridad jurídica. Se trata de un signo más de esa significación paradójica que asume hoy la seguridad jurídica en relación con su sentido en épocas anteriores. Esta nueva orientación no está exenta de implicaciones.

Las versiones social y constitucional del Estado de Derecho son incompatibles con una concepción inmovilista de las leyes e institu-

ciones. Ello implica la posibilidad de modificar desde el presente aquellas situaciones del pasado que ahora se juzgan carentes de legitimidad. Señala, en efecto, nuestro Tribunal Constitucional que: “la interdicción absoluta de la retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la petrificación de situaciones dadas, que son contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2” (STC 8/1982, FJ.3). Nuestro máximo intérprete de la Constitución propugna la supeditación de la irretroactividad en aquellos casos en que se oponga abiertamente a exigencias de bien común, es decir de justicia, y reclama la ponderación de esta garantía con otros valores constitucionales que puedan concurrir en los supuestos concretos en los que aquella pueda venir invocada (STC 126/1987, FJ. 11).

En favor de la irretroactividad se aduce, en ocasiones, que no puede afirmarse *a priori* que toda ley nueva, en cuanto nueva, es más justa que la anterior, sino que aun supuesto que lo fuese, no siempre sería más justo concederle efectos retroactivos. De tal razonamiento se infiere, a la inversa, que en determinadas circunstancias sí será justa la ley nueva y que ésta no necesariamente tiene que perjudicar el *status* de los ciudadanos. En esos supuestos se deberá reconocer al legislador la facultad de dotar a la ley “del ámbito de retroactividad que considere oportuno” (STC 27/1981, FJ 10). En muchas ocasiones, será inevitable que la ley se prolongue con un determinado margen de retroactividad; porque aunque la ley se diseñe como prognosis de futuro es difícil que no incida sobre situaciones preexistentes. Esa retroactividad impropia permite resolver los problemas de derecho transitorio que plantea cualquier sustitución de leyes en el tiempo, no con merma, sino en función de la propia seguridad jurídica.

La retroactividad, en definitiva, presta un servicio simultáneo a la justicia y a la seguridad jurídica cuando opera anulando retroactivamente normas que por atentar gravemente contra el bien común pueden ser motivo de perturbación social; máxime en los supuestos en que tales normas suprimieron retroactiva-

mente una legislación justa. Así las leyes que retroactivamente sancionaron los crímenes contra la humanidad, o reconocieron los méritos de funcionarios privados de sus derechos por sistemas totalitarios. En estos supuestos nos hallamos ante una “retroacción de la retroacción”; o si se quiere parafraseando a Hegel, ante una “violación de la violación” (*Verletzung der Verletzung*). Se trata, en definitiva, de reparar a través de la retroactividad (justa) atentados a la justicia y a la seguridad perpetrados mediante la retroactividad (injusta).

El Tribunal Constitucional español ha reflejado en su trayectoria jurisprudencial los nuevos planteamientos que inciden en el significado y alcance de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de Derechos individuales (art. 9.3 CE). Especial interés reviste, en este aspecto, la STC 112/2006 de 5 de abril. En ella se traza una exposición compendiada de la doctrina del TC en materia de irretroactividad, que refleja las principales orientaciones expuestas *supra* sobre la relevancia actual de este principio de seguridad jurídica en los Estados de Derecho de las sociedades democráticas del presente. (Esta decisión del TC, por su interés para las cuestiones aquí abordadas, será reseñada *in extenso* en el apéndice crítico-bibliográfico de este trabajo).

F) *Lex perpetua*

La estabilidad del Derecho es un presupuesto básico para generar un clima de confianza en su contenido. “El hombre —nos dice Helmut Coing— aspira siempre a crear situaciones e instituciones duraderas bajo cuya protección pueda vivir; el hombre quiere sustraer su existencia a un cambio permanente, dirigirla por vías seguras y ordenadas y librarse del asalto constante de lo nuevo”. La tendencia de las normas jurídicas hacia la perduración se conecta con el aludido principio de su irretroactividad y cristaliza en dos manifestaciones de la seguridad jurídica frecuentemente invocadas: la *cosa juzgada*, que atribuye firmeza a las decisiones judiciales no susceptibles de ulterior

recurso, por desistimiento o renuncia o por haberse agotado las instancias o plazos para interponerlo; y los *derechos adquiridos* que ampara las situaciones jurídicas surgidas de acuerdo con la legalidad vigente en el momento de su conformación, frente a eventuales cambios legislativos que pudieran incidir *ex post facto*, es decir, retroactivamente en ellas.

En cuanto valor jurídico la estabilidad normativa que dimana de la seguridad jurídica mantiene una constante relación de engarce no siempre adecuadamente entendida, con la justicia. Dicha relación ha sido planteada, las más de las veces, en términos de una antítesis inevitable cuyas polaridades vienen determinadas por: una justicia concebida como exigencia de adaptación del Derecho a las cambiantes necesidades de la vida social; y una seguridad jurídica encarnada por los rasgos de perdurabilidad del Derecho.

Esa tensión quizá no ha hallado un cauce expresivo más rotundo y diáfano que el ofrecido por José Ortega y Gasset en sus consideraciones sobre la crisis del Derecho en nuestro siglo. No quiero dejar de reproducir sus palabras, que sólo en parte suscribo: “A fuerza de hablar de *justicia* se ha aniquilado el *jus*, el Derecho, porque no se ha respetado su esencia, que es la inexorabilidad y la invariabilidad. El reformismo del Derecho, al hacerlo inestable, mudadizo, lo ha estrangulado. Para ejemplificar ese fenómeno, recuerda Ortega: “el caso del gitano que va a confesarse y al sacerdote, al preguntarle los mandamientos de la ley de Dios, el gitano le responde: ‘Mire usted, padre, yo los iba a aprender, pero he oído por ahí un runrún de que los van a quitar...’. Derecho es sólo hoy el runrún de que algo se va a quitar, no es lo que se da, y todo a cuenta de la llamada justicia”.

En el tiempo transcurrido desde que fueran escritas estas páginas el “runrún” del cambio legislativo ha sido cada vez más intenso, extenso y acelerado, hasta términos que rebasan con creces la preocupación orteguiana. El fenómeno acecha a la seguridad jurídica, pero también, y de ahí mi discrepancia con el planteamiento de Ortega, a la justicia. Porque para Ortega y

Gasset la justicia significa, especialmente desde 1789, “ciertos *desiderata* de orden moral y ético, utópico y místico, por sí ajenos totalmente al Derecho como tal”. En tanto que el perfil del Derecho consiste en dotar “de caracteres absolutos, rígidos, invariables e ineluctables a una figura de comportamiento”. Las normas e instituciones jurídicas romanas, así como el sistema jurídico inglés, no se concibieron —según Ortega— para ser justas sino como resultado de luchas políticas y sociales; como precipitado histórico de experiencias prácticas de y para la convivencia.

El principal error de Ortega, pienso, reside en establecer una confrontación entre términos y categorías que corresponden a distintas órbitas culturales. Falta así el denominador común o los cauces de simetría que son necesarios para cualquier comparación. En otros términos, el concepto romano de justicia debiera ponerse en relación con el concepto romano de Derecho y lo mismo las nociones de justicia y Derecho propias del *common law*. Intentar parangonar el *ius* romano con la idea de justicia que, forjada por el iusnaturalismo racionalista y contractualista, legitima a los Estados de Derecho a partir de 1789, entraña una distorsión histórica en el uso de las categorías jurídicas. Sin que quepa tampoco soslayar que las concepciones jurídicas romana e inglesa no pueden reputarse ajenas a las exigencias éticas y de justicia trascendentes a la positividad.

Las alarmas de Ortega en orden a ese *perpetuum mobile* en que se han convertido los ordenamientos jurídicos actuales constituyen, en todo caso, una penetrante llamada de atención sobre los riesgos que para una vida cívica, dotada de certidumbre, revisten las mutaciones incesantes de la legalidad. Se debe al prestigioso jurista y profesor norteamericano Lon L. Fuller, una afirmación categórica: “Una ley que cambia todos los días es peor que no tener ley en absoluto”. La estabilidad normativa debe seguir siendo considerada, como una de las principales garantías de la seguridad jurídica. Esta garantía ha adquirido especial protagonismo en los sistemas jurídicos contemporáneos de las sociedades avanzadas, en las que

el cambio social, económico y tecnológico se ha traducido en un incesante flujo de normas, que dificultan el conocimiento de la legalidad vigente, incluso para los propios operadores del Derecho.

La mutación constante de las normas, propia de las sociedades avanzadas del presente, ha dado lugar a algunas situaciones que, para los juristas formados en el paradigma de la codificación, hubieran resultado inconcebibles. Para corroborarlos puedo aducir un episodio referido por un prestigioso laboralista, compañero desde hace años en el Claustro docente de la Facultad de Derecho de mi Universidad de Sevilla. Este profesor fue invitado por un colega de la Universidad de Santiago de Compostela a impartir una conferencia sobre un determinado ámbito de la legislación de su especialidad. Mi compañero de Sevilla no quiso apresurar su jornada de viaje, deteniéndose en algunos lugares de la Ruta de la Plata célebres por su monumentalidad. Esta circunstancia le llevó a omitir, durante el breve plazo de su itinerario, el seguimiento de las noticias de actualidad reflejadas en los medios de comunicación. Llegado a su destino, al iniciar su conferencia en la sede universitaria compostelana, con una discreta llamada de atención, su colega le informó que, la normativa objeto de su exposición, había sido derogada el día anterior por el Consejo de Ministros. De este modo, la disertación concebida como un estudio crítico del Derecho laboral vigente, quedó convertida, en el transcurso de unas horas, en unas reflexiones sobre la Historia del Derecho del Trabajo

Al promediar el siglo XIX el fiscal prusiano Julius Hermann von Kirchmann formuló un aserto, destinado a adquirir notoriedad, al señalar que bastaban tres palabras del legislador para condenar a la inutilidad enteras bibliotecas jurídicas. En el tiempo en que fue expresado este juicio, esa contingencia era excepcional; hoy en cambio ha devenido una posibilidad cotidiana.

El carácter perdurable de las normas sigue siendo una garantía de seguridad jurídica, pero las transformaciones sociales culturales económicas y tecnológicas, que constituyen

un dato identitario de los sistemas jurídicos de las sociedades más evolucionadas del presente, paradójicamente, exigen que hoy la seguridad jurídica avale el cambio normativo. Cuando nos lamentamos de las distorsiones e incertidumbres provocadas por la incesante mutación de las leyes, no somos debidamente conscientes de que esa permanente transformación es un signo inevitable de sociedades en continuo progreso científico y tecnológico. Por ello, uno de los aspectos en los que esos cambios legislativos son inevitables es el que concierne a la disciplina jurídica de las Nuevas Tecnologías (NT). Se ha indicado que tras cada Feria o cada Congreso tecnológico aparecen nuevos dispositivos para garantizar la operatividad de los sistemas informáticos, lo que permite al legislador la regulación jurídica de ese sector conforme a esos nuevos avances. No obstante, todas esas garantías de seguridad técnica y jurídica, quedan de inmediato condenadas a la obsolescencia en la medida en que los piratas informáticos, los Hackers, perforan la pretendida seguridad de esos sistemas. La criminalidad informática se caracteriza por las dificultades que entraña descubrirla, probarla y perseguirla. Se ha hecho célebre la imagen de D. B. Parker de que los sistemas informáticos y las normas encaminadas a garantizar su funcionamiento son como “queso de Gruyer”, por las enormes oquedades y lagunas que quedan siempre abiertas a posibles atentados criminales.

Un juicio ponderado sobre el sentido de la estabilidad y la mutación en el Estado de Derecho de las sociedades tecnológicas actuales, induce a un replanteamiento de la tensión entre la permanencia y el cambio jurídico.

Los Estados de Derecho de las sociedades avanzadas de nuestro tiempo son incompatibles con un inmovilismo normativo e institucional que se traduzca “en petrificación del ordenamiento jurídico” (STC99/1987, FJ 6). Como expresamente reitera nuestro Tribunal Constitucional: “El principio de seguridad jurídica no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en rela-

ción con derechos o situaciones determinadas” (STC 227/1988, FJ 10).

La seguridad jurídica adopta en las formas políticas constitucionales del presente, abiertas y permeables a las necesidades sociales, un sentido dinámico que implica la aceptación tácita de la cláusula *rebus sic stantibus* como criterio básico de política legislativa. En función de ese postulado la estabilidad y permanencia de las normas se considera un valor a mantener cuando persiste la *ratio legis* de las mismas. Cuando, por contra, cambian las circunstancias que motivaron la promulgación de la ley, el ordenamiento jurídico en cuanto instrumento de progreso y de perfeccionamiento no puede resistirse a su mutación. El legislador del Estado constitucional de Derecho en las sociedades tecnológicas, no puede congelar el sistema jurídico en normas ajenas a los apremios de la historia. Ello no solo por exigencias de justicia, sino también como garantía de seguridad.

2. CONCLUSIÓN: LA SEGURIDAD JURÍDICA VEINTE AÑOS DESPUÉS

En las reflexiones que anteceden he intentado dar cuenta de los nuevos rumbos por los que discurre el significado y alcance de la seguridad jurídica en la actualidad. Para captar el nuevo perfil que hoy asume este valor, he tomado como punto de referencia de la situación anterior algunos de los trabajos que tuve ocasión de publicar hace dos décadas. El tiempo transcurrido desde entonces ha determinado la aparición de fenómenos nuevos, que ahora condicionan, dificultan u obligan a un cambio de orientación de determinadas garantías tradicionalmente vinculadas con el valor de la seguridad jurídica. De ahí, ese sentido paradójico que la seguridad jurídica ostenta, en nuestros días, con respecto a sus caracterizaciones del pasado.

Ha destacado nuestro Tribunal Constitucional, como uno de los rasgos que dimanan de la seguridad jurídica, su virtualidad para:

“informar el ordenamiento jurídico y presidir la conducta de los poderes públicos” (STC 165/1999, FJ 2). Esa renovada capacidad de irradiación se proyecta, en las elaboraciones doctrinales y en la jurisprudencia, sobre aspectos tales como: la exigencia de generalidad y abstracción de las normas frente a la proliferación de leyes singulares; la necesidad de igualdad en la aplicación de la ley por parte de los tribunales de justicia en la resolución de supuestos análogos; la crítica de los retrasos injustificados de las resoluciones judiciales; la prevención de las consecuencias desfavorables para los ciudadanos del silencio administrativo; la denuncia de la falta de aplicación o de la ineficacia de las leyes... La fuerza expansiva de la seguridad jurídica propicia su conexión con otros valores, instituciones y supuestos del sistema constitucional y se manifiesta en ámbitos tan peculiares del ordenamiento jurídico como el de las leyes presupuestarias. “El principio de seguridad jurídica constitucionalmente garantizado —sostiene el TC— exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de presupuestos generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional” (STC 3/2003, FJ 10; en el mismo sentido se pronuncia la STC 238/2007, FJ 4).

La multiplicidad y heterogeneidad de planos y situaciones, sobre los que la seguridad jurídica incide, hace prácticamente inviable cualquier tentativa de exponerla con exhaustividad. Consciente de ello, he limitado las consideraciones que aquí se avanzan a una mera aproximación indicativa y fragmentaria, de algunos de los aspectos en los que se revela la proyección de ese valor en distintos ámbitos de la experiencia jurídica de nuestros días.

Es la nuestra, en definitiva, una época caracterizada por la omnipresencia de la seguridad jurídica en casi todos los ámbitos del Derecho, así como por la apelación constante a ese valor por parte de los operadores jurídicos y de los ciudadanos. Esta situación se ha traducido en algunas paradojas, a las que he tenido oportunidad de aludir en las reflexiones, que ahora concluyo. Estimo que el planteamiento para-

dójico que ha servido de pauta a este ensayo se ve corroborado por las propias circunstancias de nuestro tiempo. No en vano, la inquietud por la seguridad, constituye la respuesta lógica

al síndrome de la “sociedad del riesgo”, expresión acuñada por el sociólogo germano Ulrich Beck, como diagnóstico de la experiencia colectiva del momento presente.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Ad 1.

Algunos de los principales aspectos jurídicos de la obra de Franz Kafka *El proceso*, han sido objeto de un lúcido comentario por parte de Lorenzo Silva, *El Derecho en la obra de Franz Kafka*, Editorial Rey Lear, Madrid, 2008.

Los trabajos sobre la seguridad jurídica publicados hace dos décadas a los que aludo en el texto son, entre otros:

- *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, 2ª ed. 1994;
- “Las tensiones axiológicas de la seguridad”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 10, 1990, pp. 17-53;
- “Seguridad jurídica y sistema cautelar”, en *Doxa*, n. 17, 1990, pp. 327-340;
- “La seguridad jurídica en el Estado de Derecho”, en *Ius et Praxis* (Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima), n. 16, 1992, pp. 33-54.
- “La seguridad como función jurídica”, en la obra col. *Funciones y fines del Derecho. Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, 1992, pp. 273-289;
- “Legalidad penal y seguridad jurídica”, en la obra col. *Los derechos fundamentales y libertades públicas, XIII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993 vol. I, pp. 457-472;
- “Seguridad jurídica”, voz en la obra colectiva a cargo de E. GARZÓN VALDÉS y F. LAPORTA, *El derecho y la justicia*, de la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 481-492.

Las reflexiones de José ORTEGA Y GASSET sobre la relevancia filosófica de las paradojas, se hallan en su estudio: “La razón histórica”, en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, 1983, vol. 12, p. 270 ss.

Sobre las proyecciones jurídicas de las paradojas, vid.:

C. ALARCÓN CABRERA, *Normas y paradojas*, Tecnos, Madrid, 1993; y R. DE ASÍS ROIG, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, Dykinson, Madrid, 2ª ed., 2000.

Ad 2.

El texto de Franz KAFKA, *Sobre las leyes*, corresponde en su versión original a su obra, *Zur Frage der Gesetze*, en su vol. *Beschreibung eines Kampfes*, Fischer, Frankfurt a M., 1969, pp. 68 ss. No parece aventurado atribuir a los conocimientos adquiridos durante su etapa de formación jurídica la inspiración de este relato, que parece querer reproducir literariamente el clima de incerteza de los plebeyos en la Roma anterior a la Ley de las XII Tablas.

Sobre la crisis de la información y consiguiente opacidad del Derecho, han devenido clásicas las reflexiones de Spiros Simitis, *Informationskrise des Rechts und Dateverarbeitung*, Müller, Karlsruhe, 1970;

“Crisis de la información en el Derecho y sistemas automatizados de información jurídica”, en A.E. PÉREZ LUÑO, (ed.), *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica* (actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), Madrid, Tecnos, 1987.

Sobre las aportaciones de la informática en la elaboración de los sistemas de información y documentación jurídica, cfr., mis trabajos:

- *Cibernética, Informática y Derecho. Un análisis metodológico*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976;
- *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*, Fundesco, Madrid, 1987;
- *Manual de informática y derecho*, Ariel, Barcelona, 1996;
- *El desbordamiento de la fuentes del Derecho*, La Ley & Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 257. 2011;
- “El derecho ante las nuevas tecnologías”, en *El Notario del Siglo XXI*, 2012, n. 41, pp. 76-82.

Ad 3

Las citas del profesor Manuel OLIVENCIA reseñadas en el texto, corresponden a sus trabajos:

- La terminología jurídica de la Reforma Concursal, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2005, pp. 28 ss.;
 - “Lenguaje y Derecho”, en sus *Estudios Jurídicos*, vol. I, Fundación El Monte, Sevilla, 2005, pp. 496 ss. y 510 ss..
- Me he referido a las teorías actuales del análisis del lenguaje jurídico y el *labeling approach*, en:
- *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, 5ª ed. a cargo de R. GONZÁLEZ-TABLAS y F. LLANO TÉBAR, Madrid, 2007, pp. 45 ss.;

– *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, ed. a cargo J. F. PALOMINO MANCHEGO, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 10.ª ed. 2008, pp. 41 ss. y 125 ss.

Sobre la problemática de la técnica legislativa, cfr.:

– M. ATIENZA, *Contribución para una teoría de la legislación*, Cívitas, Madrid, 1997;

– L. MARTÍNEZ ROLDÁN, J. A. FERNÁNDEZ SUÁREZ y L. SUÁREZ LLANOS, *La ley desmedida. Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*, Dykinson, Madrid, 2007;

– V. ZAPATERO, *Arte de Legislar*, Thomson & Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

La preocupación del TC por la exigencia de claridad normativa se desprende también del Auto TC 72/2008, FJ. 3, en el que se insta al legislador a actuar: “procurando la claridad y no la confusión normativa, de tal manera que sólo si en el Ordenamiento jurídico en el que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generan en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica”.

Ad 4

Me he referido a la crisis de la plenitud de los ordenamientos jurídicos actuales, así como a sus causas, manifestaciones y efectos, en mi libro: *“El desbordamiento de las fuentes del Derecho”*, cit., en especial, los Capítulos II (“Las fuentes del Derecho y su problemática actual”) y III (“La desconstrucción de la ley en el constitucionalismo global”). En relación a las Tensiones entre plenitud y pluralismo en los sistemas constitucionales del presente, vid., por todos, la obra de Peter HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, ed. a cargo de E. MIKUNDA, Tecnos, Madrid, 2002.

Sobre la proceduralización de las categorías jurídicas, con referencia a las tesis aducidas en el texto, vid.: R. WIETHÖLTER, “Proceduralization of the Category of Law”, en el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, a cargo de Ch. JOERGES y D.M. TRUBEK, Nomos, Baden-Baden, 1989, pp. 501 ss.; id.; “Materialization and Proceduralization in Modern Law”, en el vol. col. *Dilemmas of Law in the Welfare State*, a cargo de G. TEUBNER, Walter de GRUYTER, Berlin/New York, 1986, pp. 221 ss. Cfr. G. MARTIN, H. RENK y M. SUDHOF, “Masstäbe, Foren, Verfahren: Das Prozeduralisierungskonzept Rudolf WIETHÖLTERS”, en *Kritische Justiz*, 1989, n. 2, pp. 244 ss.; E. DENNINGER, “Government Assistance in the Exercise of Basic Rights (Procedure and Organization)”, en el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, cit., pp. 461 ss.

Ad 5.

Respecto a la sustitución del principio de jerarquía normativa y de la visión piramidal del orden jurídico, cómo sistema cerrado, vid., mi ensayo: *“Abschied von Hans Kelsen? la metamorfosis actual de los sistemas jurídicos y su impacto en la Teoría pura del Derecho”* en mi obra, *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009.

Sobre el desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de Constitución, en el constitucionalismo pluralista actual, vid.:

P. CRUZ VILLALÓN “¿Reserva de Constitución?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, III/9, 1983, pp. 185 ss.

Peter HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, cit., passim.

A.E. PÉREZ LUÑO “*El desbordamiento de las fuentes del Derecho*”, cit., 78 ss.

Ad 6.

El texto reseñado de Winfried HASSEMER se halla en su obra: *Fundamentos del Derecho penal*, trad. cast. de F. MUÑOZ CONDE y L. ARROYO BOSCH, Barcelona, 1984, pp. 32.

La cita de G.W.F. HEGEL, corresponde a su obra: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §. 101.

La STC 112/2006 de 5 de abril en su FJ. 17, señala que: “El tema del fundamento y alcance de la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, prevista en el art. 9.3CE, ha sido tratado repetidas veces por este Tribunal Constitucional en una jurisprudencia que ha venido a matizar dichos fundamento y alcance... Hemos dicho que la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.2 CE [por todas, SSTC 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983, 6), F. 3, y 126/1987, de 16 de julio (RTC 1987, 126), F. 11] y que dicha regla de irretroactividad no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las Leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo, sino que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona [por todas, STC 42/1986, de 10 de abril (RTC 1986, 42), F. 3]. Por otra parte, lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el

futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir [por todas, SSTC 42/1986, de 10 de abril, F. 3, y 97/1990, de 24 de mayo (RTC 1990, 97), F. 4]. El precepto constitucional, de este modo, no permitiría vigencias retroactivas que produzcan resultados restrictivos o limitaciones de los derechos que se habían obtenido en base a una legislación anterior (STC 97/1990, de 24 de mayo, F. 5), aunque, sin embargo, la eficacia y protección del derecho individual —nazca de una relación pública o de una privada— dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987, 99), F. 6 b), o 178/1989, de 2 de noviembre (RTC 1989, 178), F. 9], de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre “relaciones consagradas” y afecta a “situaciones agotadas” [por todas, STC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987, 99), F. 6 b)].

Resulta relevante, igualmente, para el caso que nos ocupa, recordar que hemos establecido [por todas, SSTC 126/1987, de 16 de julio (RTC 1987, 126), F. 11, y 182/1997, de 28 de octubre (RTC 1997, 182), F. 11] una distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley, y ya consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia. En el primer supuesto —retroactividad auténtica— la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo —retroactividad impropia— la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso”.

Ad.7

Las referencias incluidas en este epígrafe corresponden a los autores y obras que se relacionan a continuación por el orden en el que se les cita en el texto:

H. Coing, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. cast. de J.M. MAURI, Ariel, Barcelona, 1961, p. 44.

J. ORTEGA Y GASSET, *Una interpretación de la Historia Universal, en Obras Completas*, cit., vol., IX, p. 227; Ortega cita también esta anécdota en *La rebelión de las masas*, en *Obras Completas*, cit., vol. IV, p. 238. Para una exposición reciente del pensamiento jurídico-político orteguiano, vid., F.H. LLANO ALONSO, *El Estado en Ortega y Gasset*, Dykinson, Madrid, 2010.

L.L. FULLER, *La moral del Derecho*, trad. cast. de F. NAVARRO, Trillas, México, 1967, p. 47.

H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, (1849), ed. a cargo de G. NEESSE, Kohlhammer, Stuttgart, 1938, p. 37 (existe trad. cast., a cargo de A. Truyol y Serra, bajo el título de: *La jurisprudencia no es ciencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949).

D.B. PARKER, *Crime by Computer*, Charles Scribner's Son, New York, 1976, p. 46.;

– *Fighting Computer Crime*, Charles Scribner's Son, New York, 1983, p. 72.

Sobre la dimensión temporal de la leyes, Vid., M. VAQUER CABALLERÍA, *La eficacia territorial y temporal de las normas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Ad.8

La referencia a Ulrich BECK alude a su libro: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, trad. cast., J. NAVARRO, D. JIMÉNEZ, M. R. BORRÁS, Paidós, Barcelona, 2006.

DEMOCRACY, RIGHTS AND MIGRATION POLICIES IN TIMES OF CRISIS

RESUMEN

Este trabajo propone una reflexión sobre los fundamentos de las políticas migratorias en contextos de crisis. El texto saca a la luz los malentendidos de la relación entre crisis y movimientos migratorios para situar la emigración como factor estructural de las sociedades del presente. El diagnóstico que se lleva a cabo enlaza con una perspectiva de corte más normativo centrada en la necesidad de articular respuestas que corrijan aquellos errores de enfoque, de método y de ejecución que lastran las políticas migratorias, para asumir la necesidad de una nueva *gramática de la democracia*, una gramática social (moral, jurídica y política) a la altura de este cambio epocal.

PALABRAS CLAVE

Políticas migratorias, democracia, igualdad, derechos.

ABSTRACT

This paper proposes a reflection on the fundamentals of migration policies in a context of crisis. It points out the misunderstandings about the relationship between crisis and migrant movements in order to place migration as a structural factor in current societies. The diagnosis links more to a normative perspective, based on the convenience of promoting responses with the capacity to correct some focusing, methods and execution mistakes, which finally burden migration policies, in order to assume the need for a new *democracy grammar*, a social grammar (morals, legal and political) on the same level of this time of changes.

KEYWORD

Migration policies, democracy, equality, rights.

DEMOCRACIA, DERECHOS Y POLÍTICAS MIGRATORIAS EN TIEMPOS DE CRISIS

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política
Instituto de Derechos humanos. Universitat de València

Sumario: 1. El impacto de la crisis sobre las migraciones. 2. La constatación del relativo fracaso de las políticas migratorias nos descubre déficits radicales que afectan al vínculo social y político. 3. El problema no es la crisis, sino nuestras respuestas. 4. Sin abdicar de la exigencia de la igualdad, debemos comenzar por recuperar el pluralismo y comprender las dificultades y oportunidades de las sociedades de la *diversidad profunda*. 5. Para superar la sociedad del menosprecio: estado de derecho y democracia inclusiva. 6. Anexo. Un decálogo de prioridades para “otras” políticas migratorias

1. EL IMPACTO DE LA CRISIS SOBRE LAS MIGRACIONES

La experiencia de la crisis, desde 2008 hasta hoy, impone una primera llamada al realismo: la crisis no es un escenario pasajero sino que, al menos por lo que se refiere a los países de la UE y, obviamente, para España, está aquí para quedarse —como las migraciones, por cierto—. Desde luego, eso es así si entendemos por crisis algo más que el *casino* económico-financiero en el que nos hemos visto embarcados. Y la paradoja es que, en ese sentido, bien podemos añadir: *afortunadamente* que la crisis está para largo, porque, como advertiera Rahm Emmanuel (aún en su papel de jefe de gabinete de Obama), “no hay que desperdiciar una buena crisis”... En efecto, la propuesta que haré en estas páginas es precisamente ésta: aprovechemos esta crisis para preparar políticas que corrijan los errores de perspectiva, de método y de ejecución que

lastran nuestras políticas migratorias y aún más allá. Pero antes de todo ello, no me parece superfluo formular un par de observaciones sobre los malentendidos en la relación entre crisis y movimientos migratorios:

1) *La primera: no es razonable sostener que la inmigración dejará de constituir un factor importante como consecuencia de la crisis.* A pesar de la crisis económica mundial y de las crisis políticas, la emigración se mantiene como un factor estructural de nuestro mundo: los flujos migratorios no van a desaparecer. Los movimientos de personas que cruzan fronteras en busca de oportunidades alcanzan los 214 millones de seres humanos, según el informe de 2011 de la Organización Internacional de Migraciones (OIM), presentado en diciembre de 2011. Si a la cifra de desplazados que atraviesan las fronteras se añaden los ciudadanos que protagonizan desplazamientos en el interior de sus propios países¹, resulta que más de 1.000

millones de habitantes del planeta se hallan actualmente en movimiento².

Por lo que se refiere a España, el impacto de la crisis se deja notar, aunque no se ha producido el masivo retorno que algunos habían anunciado, si bien se ha reactivado el retorno de algunos inmigrantes a sus países de origen, especialmente Latinoamérica. Buena parte de la inmigración que ha llegado a España en los últimos veinte años, se ha establecido y difícilmente va a retornar³. El informe de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración *Extranjeros residentes en España. Principales resultados*, revela que en 2011 se ha reducido la cifra de extranjeros de cinco de las principales nacionalidades que viven en España (Ecuador, Colombia, Perú, Cuba y Argentina). El número de ciudadanos de Ecuador, la segunda nacionalidad extracomunitaria con más residentes en España, ha disminuido en 3.234 personas. Mientras, en el caso de Colombia, la tercera nacionalidad, se ha reducido en 1.751 ciudadanos, y en el de Perú, en 1.511⁴. El informe también habla de la tendencia al equilibrio entre la cifra de ciudadanos procedentes de otros países de la Unión Europea que viven en España y los de terceros países. A finales de 2011, el 48,5% de los extranjeros pertenece al régimen comunitario y el 51,5% restante al régimen general. Con todo, a lo largo de los nueve primeros meses de 2012, se han observado algunas variaciones. Destacaré dos. Una primera matización es que, según se ha ido agudizando la crisis en este año y, al mismo tiempo, según ha ido creciendo el paro entre los inmigrantes (un 35%, frente al 22% de paro entre los españoles) y van sufriendo recortes en servicios sociales básicos, a la par que mejora la situación en algunos de los países de origen de los inmigrantes asentados en España, las expectativas de retorno se han ido consolidando⁵. Probablemente el caso más claro sea el de Ecuador⁶. La segunda matización es el nuevo fenómeno de emigración española, pues la situación de paro que afecta casi al 50% de la población española entre 25 y 35 años está actuando como motor de un nuevo fenómeno de emigración en el que, como de costumbre, los protagonistas son la parte más activa, dinámica

y adaptable de nuestra sociedad. Se produce así una fuga de cerebros y mano de obra cualificada de nuestro país⁷ a otros países de la UE y a potencias emergentes como los BRIC o países árabes (y no sólo para deportistas jubilados)...

2) *La segunda observación es que los inmigrantes no son tanto la causa desencadenante ni aun el acelerador de la crisis, cuanto víctimas de la misma*: son tiempos difíciles, tiempos duros para todos. Y lo son más para los inmigrantes. Lo recordaba hace algo menos de un año (en noviembre de 2011) una declaración del *Foro para la integración de los inmigrantes* sobre la crisis y la inmigración: la crisis ha generado una fuerte destrucción de empleo, tanto para la población trabajadora autóctona como para la de origen inmigrante, aunque la tasa de desempleo golpea más a los inmigrantes, cuya inserción en el mercado de trabajo ve cómo se multiplican los rasgos de vulnerabilidad y precariedad⁸. Por eso, como también insiste el Foro, son más necesarias que nunca las acciones y medidas que tienen por objeto la sensibilización de la población autóctona. En su toma de posición el Foro señala, entre otras, las ocho siguientes, que bien podrían formularse como *propuestas de prioridades en las políticas migratorias hoy*.

- Fomento de políticas activas de mercado de trabajo que faciliten la recolocación de quienes han perdido el puesto de trabajo
- Promoción de medidas que eviten que el desempleo prolongado conlleve la pérdida del estatuto legal;
- Refuerzo de los dispositivos sociales de prevención de situaciones de riesgo y emergencia social,
- Impulso de medidas que remuevan los obstáculos que dificultan el acceso a los servicios públicos y a los recursos sociales
- Para ello, y para proteger al tiempo la cohesión social y solidificar las bases sobre las que reposa la convivencia, es vital reforzar las políticas de integración, que tratan de hacer efectivo el principio básico de igualdad de condiciones en la participación social y política de todos los ciudadanos, independientemente de

su nacionalidad, origen o cualquier otra condición personal o social.

- Esas políticas deben extenderse a los refugiados y demandantes de asilo.
- El creciente carácter de la sociedad española como sociedad de diversidad profunda exige repensar los mecanismos de participación ciudadana existentes y avanzar hacia un modelo de sociedad que promueva y facilite la inclusión de todos.
- Y el fomento de la participación como instrumento para forjar vínculos entre los diferentes componentes de la sociedad, contribuyendo así a un mayor grado de cohesión social.

2. LA CONSTATAción DEL RELATIVO FRACASO DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS NOS DESCUBRE DÉFICITS RADICALES QUE AFECTAN AL VÍNCULO SOCIAL Y POLÍTICO

En cualquier caso, me parece que hace falta estar ciego para no darse cuenta de que, pese a que se hayan producido avances positivos, el balance sobre nuestras políticas migratorias ofrece serias deficiencias. Buena parte de esos déficits, a mi juicio, provienen de su carácter coyuntural, derivado a su vez de unos presupuestos erróneos, de una incomprensión de los movimientos migratorios, de sus características y de sus causas. Pero a través de ellas es posible advertir los síntomas de otro déficit, que afecta a la noción misma de democracia, a la calidad del modelo democrático en el que esas políticas se insertan o, si se prefiere, del que esas políticas son un síntoma o incluso un símbolo. Porque como han explicado desde diferentes perspectivas B. de Sousa Santos⁹, J. Rancière¹⁰, o W. Brown¹¹, hoy, en la UE, en sus Estados miembros —por no decir, en todo el mundo—, el verdadero desafío es la *democratización* o, si lo prefieren, la *redemocratización* de la política.

Dicho de otro modo, creo que la reflexión sobre las políticas migratorias nos muestra la necesidad de lo que con Bovero, Honneth o el propio Santos podríamos llamar una nueva *gramática de la democracia*. Y es así porque considero que las políticas de inmigración constituyen un relevante test respecto al reto más importante que afronta hoy la democracia, un desafío a la idea misma de política que aparece como caduca ante las transformaciones espectaculares que derivan del desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación e información y del modelo de globalización que vivimos hoy. Porque es bien sabido que no disponemos ni de discurso ni de instituciones políticas a la altura de las condiciones y exigencias de un mundo como el nuestro, que vive una profunda transformación, hasta el punto de que hará época. Y la primera razón del desconcierto es que aún no sabemos en qué consiste ese cambio de época, e incluso no somos conscientes de que eso es lo que nos está pasando, por evocar el *motto* orteguiano.

Insisto. A mi juicio, lo que necesitamos hoy es precisamente esto, una *gramática social* (moral, jurídica y política) a la altura de los desafíos de esta etapa de la globalización, que llevan a su tensión máxima la relación entre cohesión social de un lado, justicia social (igualdad) y diversidad social (en todos los sentidos) de otro, sobre todo por el riesgo bien probado del incremento de la desigualdad. Una gramática en la que tiene un papel destacado la noción rescatada de dignidad, lejos de la retórica vacía y moralista que hace de ella una noción tautológica. Algo que ha apuntado Habermas, en el marco de su concepción de la emigración de la moral pública a la Constitución, núcleo de la idea de Estado constitucional que propone entre otros Ferrajoli. Escribe así Habermas: “la dignidad es así el portal a través del cual el contenido universal igualitario de la moral se importa al Derecho. La idea de la dignidad humana es la bisagra conceptual que ensambla la moral del respeto igualitario a cada sujeto, con el derecho positivo y la producción jurídica democrática”¹².

Para tratar de ofrecer pistas sobre esa gramática moral, jurídica y política, me apoyaré sobre todo en las aportaciones Axel Honneth¹³, precisamente porque, a diferencia de otros teóricos de la lucha por el reconocimiento, una seña de identidad del proyecto de Honneth es la *reivindicación de la igualdad*. Es verdad que Honneth ha subrayado reiteradamente la insuficiencia de la clave de interpretación utilitarista, pragmática, que busca el interés como razón explicativa del conflicto, pero esa toma de posición no significa sumarse a quienes enfatizan la importancia de los conflictos *identitarios*, los propios de los representantes de la *politics of identity*, que enfatizan la *diferencia cultural*. Lo que singulariza sus propuestas respecto a Taylor y Fraser, es que expresamente Honneth insiste en tratar de mantener como clave la igualdad, por encima de la diferencia, y de la identidad. Y lo hace, en primer lugar, por razones históricas (la misma experiencia de los movimientos sociales, desde el XIX), pero también por razones conceptuales: el reconocimiento según Honneth, es una cuestión de igualdad, de derechos y no de diferencia, tesis que considera un “error categorial”, sobre todo por lo que se refiere a las fuentes hegelianas de esa teoría del reconocimiento¹⁴. Lo único que el reconocimiento añade respecto a la teoría de la redistribución es la noción de dignidad, que no está asegurada simplemente con la igualdad de derechos, aunque sin ella no puede existir. Y por eso la relevancia, como test, de los derechos sociales: como he apuntado en algún otro trabajo, de acuerdo con Añón y Pisarello, resulta evidente que es imposible abstraerse de la relevancia de la confluencia histórica en esta crisis de dos fenómenos, la extranjerización de la fuerza de trabajo y el recurso a la política precisamente “ciudadanista” en el sentido más clásico (aquel de la preferencia nacional “que se sirve de un trabajo degradado de la población extranjera y pobre, y condena a los no ciudadanos —sobre todo a aquellos que se encuentran en situación de irregularidad— a un apartheid jurídico, político y social”)¹⁵. Todo ello en el contexto de una reformulación de la cuestión social, el escenario de la política de redistribución de recursos que exige laogra-

dación de los derechos sociales, una caída a la baja que admite escalas que terminan siempre en los inmigrantes como colectivo más vulnerable. Ahí es donde actúa el mensaje jurídico de la política de extranjerización que adquiere cada vez más una fuerte dimensión etnocultural que justifica a su vez la exclusión del reconocimiento y que, *quod erat demonstrandum*, afecta sobre todo a los que no pueden ser ciudadanos o, en todo caso, *denizens*, o ciudadanos de frontera (los dotados de una presencia ausente), los *inmigrantes*.

De otro lado, la línea de reflexión que propongo tiene mucho que ver con algunas de las aportaciones que, en la literatura y en el arte (en el cine), desarrollan esa filosofía del reconocimiento, cuyas raíces, al menos en sentido metafórico, pueden encontrarse en tópicos que encontramos en los grandes relatos. Me limito a recordar dos de los primeros de los que tenemos memoria: el relato del rey Nemrod y la Torre de Babel que se encuentra en el capítulo 11 del Libro del *Génesis* del *Viejo Testamento* (aunque la propia historia cuasi fundacional de Caín y Abel, en el capítulo 4 del mismo Libro del *Génesis*, también constituye una metáfora de la dialéctica del reconocimiento, al menos *in nuce*) y también esa extraordinaria piedra de toque de nuestra civilización que es la *Odisea*¹⁶. Como he glosado el primero en diferentes trabajos, quedémonos ahora con el segundo: me refiero a la argucia de la que una vez más da prueba Ulises, en el *Canto IX* de la *Odisea*, en el que se nos refiere el episodio del cíclope Polifemo. Como se recordará, Ulises se autopresenta ante Polifemo como οὐζις, “nadie”. Y lo interesante es que, en cierto modo, no se trata sólo de una astucia, sino que define al personaje: el nombre de ese arquetipo de viajero que es Odiseo, que no es *tout court* un migrante aunque sí un viajero a la fuerza —fruto de la maldición divina—, es “Nadie”. Muchos de nosotros, al estudiar las migraciones, hemos evocado esa metáfora¹⁷: pero lejos de una interpretación simplista, “ser nadie” no significa sólo un status negativo en términos de reconocimiento, sino que plantea un abanico de posibilidades enormemente complejo,

como corresponde a la dialéctica o, si se prefiere, dialógica del reconocimiento.

Todo lo anterior se puede aplicar a la situación de los inmigrantes: Es verdad que uno de los males que lastran nuestra representación y nuestras respuestas ante la presencia incluso estable de los inmigrantes entre nosotros, consiste precisamente en la casi instintiva reacción de “ningunear”, en la acepción más fuerte del término. *No son nada, no son nadie*. No lo son, en primer lugar, en el sentido de que no les ofrecemos reconocimiento o sólo un reconocimiento negativo (en el abanico que va desde la indiferencia al odio, pasando por el menosprecio): no nos importan porque pensamos que no son significativos porque están de paso, porque no nos van a cambiar. Pero no lo son, además, porque no queremos reconocerlos y por eso los mantenemos en invisibilidad, en el status que Sayad describió —con un magnífico oximoron— como *presencia ausente*. Ese es su status: no ser, o, al menos, no aparecer, lo que quiere decir no ser visibles en el espacio público, *quedar reclusos en lo privado*. Un status que les lleva a la derelicción en el sentido heideggeriano (que profundiza en el técnico-jurídico de *derelictio*), esto es, el abandono, el desamparo e incluso a la vergüenza sobre su propia condición, una forma perversa de humillación. Como no-personas, quedan al desnudo, expuestos, tal y como intuyó Foucault y explicara Castoriadis, a la violencia impune. Al no ser nadie, al quedar reducidos a la invisibilidad o al anonimato de la cifra destinada a engrosar la estadística o del N.N con el que se graban las tumbas de los que perecen en el paso del estrecho o naufragan en la travesía a Canarias, Malta, Lampedusa o Sicilia, se hace real además la terrible paradoja que encierra la condición abstracta de sujeto de Derecho, o, al menos, al riesgo de *universalismo abstracto* denunciado entre otros por S. Benhabib o W. Brown.

Ahora bien, como sabemos al menos desde Hegel y como ilustrara de forma soberbia Losey en su *The Servant*¹⁸, lo que sucede es que esa doble negación revierte sobre quienes la enuncian. Se plantea así una interacción compleja entre

nosotros, los ciudadanos (los indígenas), y ellos, los *new-comers*, los inmigrantes, *los nadie*. Y si no tenemos en cuenta ese proceso interactivo, nuestras políticas de *soi-dissant* integración están abocadas al fracaso. Y aún peor, se producirá un resultado de exclusión social que acaba poniendo en riesgo la cohesión y la supervivencia del grupo, y sus consecuencias políticas son desastrosas para la civilización: la exclusión social puede llevar al auge de movimientos antidemocráticos, xenófobos, y, sobre todo, a una batalla encarnizada que empieza por lo que antes era un derecho y se ha convertido en un privilegio, el empleo. Está sucediendo ahora mismo, como advierten entre otros Ignacio Ramonet, Sami Nair o Susan George: no es por casualidad, sino más bien porque los responsables de la crisis hacen todo para desviar la cólera de las víctimas dirigiéndola en contra de los “privilegiados”, funcionarios públicos, familias asistidas, trabajadores inmigrantes que, como apunté en consonancia con Pisarello y Añón, disfrutaban de privilegios como el trabajo y los antaño concebidos como derechos sociales.

3. EL PROBLEMA NO ES LA CRISIS, SINO NUESTRAS RESPUESTAS

Ese proceso de negación de los inmigrantes se refuerza, obviamente, en el contexto de la reacción ante la crisis. Pero no tanto debido a la crisis, sino sobre todo como consecuencia de las políticas con las que se trata de responder frente a ella. En esas respuestas domina un *ritornello* que se entona hoy por tierra, mar y aire: “*hard Times, bad Times*”, y que parece disuadirnos de cualquier empresa de mediano fuste y que se pretenda alternativa a las recetas que nos vienen imponiendo desde la Comisión de la UE, el Ecofin, el FMI y de forma más visible por esa bicefalia aparente que denominamos *Merkozy*, por más que eso sea un invento francés para tratar de disimular el secreto de polichinela (como dicen los franceses) de que sólo hay un caudillaje, el de Alemania y su canciller.

Hace ya tiempo que algunos líderes europeos predicaron el mismo lema en una versión pretendidamente “científica”, que a duras penas consigue ocultar su dimensión ideológica: según esa tesis, habíamos alcanzado el fin de la historia con la caída del bloque del Este y la victoria total del capitalismo y, por consiguiente, *There is not alternative* (por eso se habla de la fórmula *TINA*)¹⁹. La receta consecuente para la ciudadanía es clara: el papel de los ciudadanos consiste en no estorbar; los expertos trabajan. Es el mandato que no nos deja a los ciudadanos otra perspectiva que no sea la de ver, oír y callar, sujetos pasivos de una democracia cuya calidad hace saltar las alarmas. Y la coartada (porque no es un argumento) en la que se basa ese mandato, es la crisis. La misma crisis que crearon ellos, quienes realmente deciden, los mercados. Una crisis que quienes la provocaron no supieron o no quisieron controlar y que, en el colmo del cinismo, se pretende que aceptemos que se debe a que *nosotros* hemos vivido por encima de nuestras posibilidades²⁰. Una crisis cuyas dimensiones no perdonan rincón ni grupo social alguno y que, para nuestra sorpresa, ha venido a golpear hoy al corazón del mundo rico y libre, a nosotros, los europeos. Una crisis que, sin embargo, si nos atrevemos a mirarla de frente, a tratar de analizarla más allá de la versión oficial, puede ser explicada también como una oportunidad para salir del destino forzoso que nos imponen, para saber obtener de esa crisis financiera una verdadera crisis social y política que nos permita *crecer de otra manera*. El riesgo es muy importante, sin duda, pero en mi opinión vale la pena atreverse a imaginar que sí es posible otra política y precisamente porque la política puede ser otra, vale la pena imaginar una estrategia alternativa que permita que la economía de mercado, regulada y corregida, sirva a otros fines.

En todo caso, no pretendo en estas páginas ofrecer otra más de las lamentaciones sobre lo que debió ser y no es. Estoy convencido de que es posible reconducir ese déficit, corregir las carencias, aunque vivamos un período de considerable dificultad. O, mejor, precisamente por ello. En efecto, en las páginas que siguen me

propongo ofrecer una reflexión que muestre que, como quisiera Hölderlin, allí donde está el peligro, espera la salvación. Es decir, precisamente porque vivimos ya en la inmediatez de esa amenaza, la de disolución del vínculo social y político, es posible imaginar una reconstrucción del mismo que vuelva a pensar de raíz, en el origen, que se formule desde otros criterios y persiga otros objetivos, aunque se base en principios no necesariamente novedosos, como los de igualdad y reconocimiento. En efecto, parto de la base de que, por mucho que necesitemos encontrar una nueva política, una manera nueva de entender la democracia, la condición para pensar esa nueva política, esa otra forma de democracia, es arrancar de unos cimientos firmes y nada novedosos: los principios, reglas e instituciones del Estado de Derecho, la lucha por la primacía del Derecho, que es la de los derechos humanos en primer lugar. Es esa una idea de profunda raigambre en la reflexión sobre la democracia, como lo muestra el fragmento de Heráclito en el que éste insiste en el argumento de que “el pueblo debe luchar por sus leyes como por sus murallas”. Es la noción de “lucha por el Derecho” como cometido primordial de los ciudadanos, una tesis ilustrada contundentemente por el gran jurista alemán del XIX Rudolf von Ihering.

Al comienzo de estas páginas evocaba la afirmación que atribuyen al que fue jefe del gabinete de Obama, Rahm Emmanuel; esto es, que no hay que desperdiciar una crisis como ésta. Así es. Estoy convencido de que, si separamos la nariz del muro, es evidente que hay pocos momentos más adecuados para plantearnos una reflexión ambiciosa como el contexto de crisis generalizada, en la que vuelve a surgir el argumento del temor, del miedo. *Primus in orbe deos facit timor*, aseguraba el clásico. Lo entendieron Maquiavelo y Hobbes, cada uno a su manera, al sentar las bases de una forma de entender la política a la que más o menos abiertamente podemos volver. Es el recurso al miedo, al primado de una noción simplista de seguridad como *outpout* político básico, como cemento social y político cuyo precio es siempre la sumisión, ese *amén* que

parece hoy la única palabra que se nos deja hoy a los ciudadanos, impotentes ante las cifras y dimensiones de lo que se nos viene encima. Por tanto, ansiosos de que un mesías, que ya no será un profeta, ni un pelotón de soldados, sino un grupo de eficaces economistas (aunque vengan también a imponernos una *dieta de hierro*), nos salve de esto.

Pero, como se ha denunciado, esa no es una lógica democrática, una lógica de ciudadanía activa. No es legítimo apelar a ella ni siquiera bajo la presión de que nos encontramos en una situación de estado de necesidad en la que estaría justificado recurrir a medidas excepcionales. Dicho de otro modo, precisamente si hemos tocado fondo, ¿por qué no plantearnos recuperar el principio? Y más concretamente en términos del origen mismo de la democracia, ¿por qué no plantearnos si es suficiente la respuesta todavía hoy dominante acerca de quiénes tienen derecho a construir y gestionar, a decidir sobre lo que es público, común a todos, sobre el vínculo social y político? ¿puede decirse que la respuesta dominante ofrece una *inclusión social igualitaria*, justa, verdaderamente democrática, o perpetúa la deficiencia que ya afectaba a la democracia ateniense que restringía fuertemente el reconocimiento como sujetos hasta el punto de excluir a más de la mitad de la población (mujeres, esclavos)?

4. SIN ABDICAR DE LA EXIGENCIA DE LA IGUALDAD, DEBEMOS COMENZAR POR RECUPERAR EL PLURALISMO Y COMPRENDER LAS DIFICULTADES Y OPORTUNIDADES DE LAS SOCIEDADES DE LA DIVERSIDAD PROFUNDA

La dificultad de la empresa se entiende mejor si tenemos en cuenta que se trata nada menos que de corregir el déficit fundamental de la tradición liberal democrática que es un

déficit de reconocimiento del pluralismo y de las consecuencias que ello supone en términos de criterios de justicia y de legitimidad. Y eso es particularmente relevante cuando hablamos de esos agentes específicos de la pluralidad social y cultural que son los inmigrantes.

El problema es que, de acuerdo con una opción por el monismo ontológico y deontológico que, al decir de Cassirer, lastra la tradición occidental y que precisamente es ilustrada en el *mito de Babel*, la diversidad social y cultural y sus agentes (endógenos o exógenos) son vistos como un mal o como la expresión de una grave insuficiencia para la cohesión social y para una cierta noción de progreso, en particular, frente al tipo de progreso jurídico que representaría el discurso lógico-formal y el monismo característico del Estado nacional. Esa concepción, junto a una actitud típicamente paternalista —cuyo objetivo no es la acción del reconocimiento sino más bien una cierta promoción de esos sujetos para que lleguen a un estatus de asimilación más o menos impuesta colectivamente—, incorpora también una visión que creo que está en la raíz de los problemas de los que yo voy a tratar brevemente, que es la ausencia del objetivo de igualdad bajo la coartada básica de que la diferencia cultural o simplemente la diferencia (que en el caso de los inmigrantes no es tanto cultural sino la diferencia de legitimidad de presencia, los inmigrantes solo son admisibles en la medida en que aportan más de lo que cuestan...), justifica un trato básicamente desigualitario del reconocimiento, lo que se une a la acción de ignorancia, prejuicio y desprecio (sino de menosprecio al menos) que es la base de la posición con la que se encara el derecho de los inmigrantes.

Dicho de otro modo, la dificultad que nos plantea de forma común la diversidad cultural es cómo hallar criterios de justicia distributiva e igualdad diferenciada que podamos compartir. Pero hay un problema añadido: constatamos que existen bienes que no son objeto de los principios de justicia distributiva, sino de lo que podríamos denominar justicia compensatoria (relativos en gran medida a la identidad).

Para comprenderlo, necesitamos una perspectiva metodológica ajena al monismo respecto a las fuentes de autoridad: eso nos remite a la concepción del *pluralismo jurídico*. Me refiero a la tesis que podemos encontrar en la obra de Ehrlich, que sostiene la existencia del *Lebendes Recht*, el Derecho vivo. Creo que Walzer, por ejemplo, apunta a esa idea cuando propone entender la justicia como un constructo social y cultural generado en el seno de una comunidad política en un contexto preciso que depende de significados socialmente compartidos, lo que es muy relevante en contextos de diversidad social y cultural.

En los contextos de diversidad, la posibilidad de conflictos que afectan a bienes jurídicos se expande. Eso no quiere decir necesariamente que los conflictos entre bienes jurídicos sean en sí novedosos ni significativos. Lo que parece significativo de los conflictos ligados a la presencia de agentes y grupos que incrementan la diversidad cultural, como lo son los inmigrantes, pero también las poblaciones indígenas (incluso mayoritarias, pero minorizadas, *qua* sometidas a la subdiscriminación) es que, en buena medida, no serían sólo cuestión de justicia distributiva ni de igualdad compleja, al menos no exclusivamente ni quizá incluso de forma prioritaria: parecen más bien, como veremos, próximos a lo que se da en llamar justicia *anamnética* o, en términos más clásicos, *restaurativa* o *compensatoria*. Son conflictos nacidos y heredados de prácticas que se han sucedido y asentado en el tiempo respecto a determinados grupos y a los individuos que pertenecen a ellos y precisamente en razón de esa pertenencia, prácticas que asientan dos *status discriminatorios* que les fragilizan²¹:

- a) Crean ad hoc para esos individuos (por su pertenencia a los grupos en cuestión) un *status* de excepción, que les separa —e incluso invierte respecto a ellos— de la vigencia de principios básicos del Estado de Derecho: igualdad y no discriminación, presunción de inocencia, *favor libertatis*, seguridad jurídica, garantía de los derechos por juez ordinario, interdicción de la arbitrariedad y

reducción de la discrecionalidad administrativa, etc. Un estado de excepción permanente, tal y como, según veremos, denuncia Lochak.

- b) Someten a esos individuos y grupos a un *status* de dominación: la diferencia cultural es la coartada que propicia una jerarquía de dominio y el modelo de asimilación impuesta, así como la aculturación como condición *sine qua non* de la admisión de la presencia aunque sea presencia ausente. Y ello sobre la base de que se deben medir, comparar las culturas, las civilizaciones... Es el caso paradigmático de conflictos ligados al *status de la mujer* que no dependen de la diferencia cultural: un cierto tipo de Islam y un cierto tipo de cristianismo coinciden en ello.

La cuestión que debemos plantearnos es si obedecen a esas características los conflictos derivados de la presencia de la inmigración —sobre todo de inmigración asentada— y si aparecen conflictos específicos. Mi respuesta, como verán, es afirmativa: Sí, pero con una importante matización. Y es que no son tanto conflictos ligados a la diversidad cultural, conflictos de confrontación de culturas, sino ante todo y en primer lugar conflictos nacidos de la institucionalización y desarrollo de la discriminación basada en la identificación de los otros (inmigrantes) como totalmente ajenos, lo que se incrementa en función de la visibilidad de los marcadores primarios de la identidad como diferentes: la diferencia cultural —nueva forma de racismo— es hoy utilizada como prueba de la incompatibilidad jurídica e incapacidad jurídica: y el resultado es la construcción social del inmigrante como individuo/grupo social inferior y, aún peor, como individuo/clase peligrosa.

Y es que la construcción social de los inmigrantes como sujeto diferente y peligroso no es el mismo proceso que afecta a los grupos o poblaciones indígenas. Conuerdo con quienes sostienen que la diferencia básica en cuanto al déficit de reconocimiento y tratamiento en el acceso a la justicia (e insisto: no hablo tanto

del tribunal de justicia, sino del acceso a la justicia) entre los indígenas y los inmigrantes, es que en el primer caso estaríamos frente a una noción de justicia para la que no basta —e incluso puede ser contraproducente— el modelo de justicia distributiva, un modelo en el que lo que importa es acceder de un modo igualitarios a los bienes y además, a la noción de bienes individuales de acuerdo con una concepción individualista e incluso atomista: una concepción que no ve más bienes jurídicos ni más sujetos que los individuos entendidos incluso como mónadas, ni siquiera como personas, que lo son también (recordemos a Fichte antes que a Marx) por su agregación social. En ese caso, la justicia a la que se aspiraría sería no tanto distributiva sino más bien una justicia también compensatoria o incluso “*anamnética*” como dicen otros (Reyes Mate, por ejemplo); es decir, una justicia que incorpore el reconocimiento de déficit de especificidad, una ausencia de reconocimiento prolongada en el tiempo, que los sujetos y los grupos que aspiran a la justicia quieren que les sea reconocida. Se trata de una cuestión de considerable complejidad, pues la justicia anamnética, como sus versiones más conocidas (justicia “transicional” o justicia “restaurativa”), parece más bien una exigencia extrajurídica, basada en una noción de justicia de carácter profético o, en todo caso, supererogatoria, que rompe con la condición básica de los límites propios del Derecho (incluso los de la de la *justicia jurídica*) y por ello resulta difícilmente trasladable a las instituciones jurídicas propias del Estado de Derecho, y con toda claridad a las del ejercicio de la jurisdicción mediante tribunales constituidos desde el primado de la legalidad²².

Por el contrario, sostendré que en el caso de los inmigrantes, al menos en términos generales, el tipo de justicia que se persigue es el de la justicia distributiva. Porque el problema del acceso a la justicia de las reivindicaciones de los inmigrantes en la UE no es tanto el reconocimiento del déficit heredado y de una justicia que compense, sino sobre todo el reconocimiento e igualdad en el acceso y titularidad de los mismos bienes de los demás. Por lo tanto,

creo que en el caso del acceso a justicia de los inmigrantes el objetivo es superar problemas de problemas distributiva sobre todo. Porque es preciso reconocer que los hay, hay conflictos específicos relacionados con la presencia de los inmigrantes, porque hay déficits a la hora de reconocer y proteger sus derechos y reconocer la autonomía, la libertad, la igualdad. Lo que pasa es que, frente a los lugares comunes que sostienen y alientan la existencia de “conflictos propios de la inmigración” con intencionalidad básicamente de consumo político interno, esos conflictos no son ni prioritaria ni exclusivamente *conflictos culturales*.

Dicho de otro modo, los déficits que sufren los inmigrantes no son déficits que atañen sobre todo al reconocimiento de bienes culturales. Existe algún ejemplo de ese tipo de conflicto, pero no son los más significativos. Por más que se proclamen como paradigmáticos conflictos como los del velo, los ligados a prácticas rituales de mutilación femenina; por más que se proclamen otros conflictos —como supuestas prácticas atentatorias de libertades básicas e incluso a la integridad básica de las personas—, la inmensa mayoría de los problemas reales relativos al reconocimiento de derechos de los inmigrantes, propios del asentamiento significativo de inmigrantes en los países de la UE, no son éstos. Los problemas nacen sobre todo de conflictos por déficit de reconocimiento de bienes jurídicos en términos de igualdad. O por decirlo más claro, en lo que se refiere al acceso a la justicia y a sus derechos, los inmigrantes son sobre todo víctimas de un trato discriminatorio y de dominación que les imposibilita el acceso, el disfrute y la garantía de los bienes jurídicos en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos que se encuentran en el mismo espacio territorial de soberanía del que estamos hablando. Y por eso yo creo que los problemas son otros.

En esta materia, creo que el primer problema es la construcción de un estatuto de discriminación “justificada”, como propio de los inmigrantes. No hablo de discriminaciones, como se dice ahora, puntuales o circunstanciales, sino de un estatuto *tout court* de discrimi-

minación que define el lugar jurídico y por lo tanto, la capacidad de acceso a bienes, la garantía y el reconocimiento de los mismos. Sí: una discriminación que se basa no tanto en la diferencia cultural, como en el caso de otros grupos vulnerables, sino sobre todo en la visibilidad de marcadores de identidad primarios que hacen evidente esa diferencia, que no es tanto cultural o de prácticas culturales. Se trata de una nueva forma de racismo que sostiene que conforme a esa diferencia habría incompatibilidad jurídica e incapacidad política para ser tratados igual que los demás. Por lo tanto se crea un derecho especial, ad hoc. Es lo que han denunciado en varias ocasiones dos voces particularmente autorizadas, Ana Rubio y Mercedes Moya, que insisten²³ en que el indiscutible esfuerzo antidiscriminatorio de las políticas de la UE consagrado como un principio básico de la Unión (así, en el título del Tratado de Lisboa que tiene por título “No discriminación y ciudadanía de la Unión”) entra en contradicción con los instrumentos políticos más recientes, como el Plan de acción para la aplicación del programa de Estocolmo (Com. de la Comisión de 20 de abril de 2010) al crear un status de exclusión que responde a un principio concebido como justificación del trato discriminatorio: la condición de extranjería, o, para decirlo más claramente, la nacionalidad no comunitaria.

Se trata de lo que apunta la jurista francesa Danièle Lochak²⁴, cuando señala que las políticas migratorias en la UE (pero no sólo ellas) se enfrentan a una disyuntiva crucial. Esa disyuntiva es la opción entre seguir las reglas del Estado de Derecho para todos, o bien crear una suerte de estado de excepción permanente para un tipo de sujetos, en la medida en que se considera que son sujetos “naturalmente” diferentes (hablar de “natural” es siempre un barbaridad en materia de derechos)...es decir, que lo que es lógico y natural para los ciudadanos no lo es para los inmigrantes, porque ellos no están entre nosotros como sujetos iguales, sino que sólo existen —sólo están— como agentes para desempeñar una función, con el criterio de juicio de que esa función produzca

un beneficio. Y por lo tanto, la lógica de reconocimiento de derechos es una lógica basada en los recortes, porque se trata de asegurar el beneficio en el desempeño de la función. Por eso, se crea para ellos un estatus de discriminación. Un estatus que supone que no valen los principios básicos del Estado de Derecho. Así, frente a la presunción de inocencia y libertad, hay un principio de sospecha. Frente al principio de seguridad jurídica, de certidumbre en el conocimiento y de certeza en el estatus, hay una condición de permanente vulnerabilidad y desconocimiento incluso de las normas que les afectan, en la medida en que una buena parte de esas normas no siguen las condiciones de producción normativa de la ley, sino que son el fruto de actuaciones administrativas dictadas con la menor publicidad posible e interpretadas y aplicadas de modo no discrecional, sino arbitrario, por agentes administrativos sin garantía judicial.

Para ilustrar esto basta con evocar dos tipos de derechos que son básicos a la hora de proclamar la igualdad en el reconocimiento de derechos fundamentales. El primero es el reagrupamiento familiar: en su regulación en las políticas migratorias europeas se produce un conflicto muy serio y es que a los inmigrantes —por el hecho de serlo— no se les reconoce el derecho a la unidad familiar. Esto afecta pues a un bien jurídico clave y crea una discriminación injustificable. Y el segundo es el tratamiento que se le da a los menores inmigrantes por el hecho de ser inmigrantes, una respuesta jurídica dominada por el argumento de que lo importante no es que sean menores, sino que son inmigrantes. Y esto sirve de coartada para violar derechos básicos que están reconocidos en la convención de la ONU de derechos del niño, y, en el caso español por poner un ejemplo, en la ley orgánica de protección del menor. La ausencia de garantías, la discriminación y desigualdad que sufren los menores por el hecho de ser inmigrantes en este momento en la UE, es un problema de concepción de justicia y de los derechos que muestra un déficit grave de acceso a la justicia.

Y es que, en efecto, a la hora de hacer valer el derecho a tener derechos, el derecho a la justicia, se constata una diferencia básica en el acceso a la justicia entre inmigrantes y no inmigrantes (hablo por la generalidad y, naturalmente hay casos más extremos, como serían los inmigrantes llamados irregulares). Esa diferencia básica es que para los inmigrantes, al revés que para los ciudadanos, el lugar y el modo de protección de sus derechos no es en muchas ocasiones el ordinario, que exige la garantía del juez ordinario e independiente. Los inmigrantes juegan las más de las veces en el terreno de la discrecionalidad administrativa. Y se crean dispositivos para asegurar que su trato responda a la discrecionalidad administrativa que es el contrario de la garantía que ofrecen los jueces ordinarios e independientes. La existencia misma de un mecanismo que afecta al ejercicio de la seguridad y libertades básicas de los inmigrantes y por tanto pugna con exigencias básicas de legitimidad, como los “Centros de Internamientos de Extranjeros (CIE)”, atestiguan lo que acabo de decir, sobre todo en la medida en que en esos centros (pese a lo que se proclama desde luego con mucha claridad después de la denominada “directiva del retorno”), las decisiones que se toman y que afectan directamente a derechos, empezando por la libertad deambulatoria, son decisiones tomadas por funcionarios administrativos y sin control, o con un control extraordinariamente difícil por parte de los jueces. Es la razón por la que resulta inaplazable su eliminación y sustitución por otro tipo de instituciones.

El segundo elemento diferencial es la perspectiva de dominación respecto a los inmigrantes. La cuestión, desde mi perspectiva, es una cuestión de igualdad en el acceso al poder. Es la misma que la del resto de los ciudadanos. Lo que pasa es que para los nacionales esa cuestión era resuelta igualitariamente con el reconocimiento del título de soberanía y derechos que es la ciudadanía; y en cambio, para los inmigrantes no existe esa posibilidad, les es negada de raíz. Por lo tanto, en cuanto a los inmigrantes yo no creo que el problema sea tanto un debate sobre culturas, sino un deba-

te sobre el acceso al poder y la discriminación en ese acceso. La cultura sí, en todo caso (o el carácter pretendidamente no suficientemente civilizado adjudicado a algunos grupos de inmigrantes en medida en que su visibilidad muestra la diferencias enmarcadoras de identidad), es lo que actúa como argumento o razón justificativa de esa denegación de igualdad en el acceso al poder. Pero en el fondo se encuentra, insistamos en ello una vez más, como han explicado Balibar y Ferrajoli, la que ya hoy deberíamos calificar como atávica distinción entre ciudadano y extranjero, vinculada a la identificación entre ciudadanía y nacionalidad. Porque, a diferencia de lo que sucediera a finales del XVIII, cuando la ciudadanía ligada a la nacionalidad es un poderoso factor de emancipación de las clases sociales desfavorecidas, discriminadas, subordinadas, en fin, negadas como sujetos del espacio público, hoy la ciudadanía vinculada a la nacionalidad aparece a todas luces como un privilegio injustificable. No es sólo una consecuencia del proceso de desterritorialización de la política que acompaña al proceso de globalización; es que el fenómeno de la transnacionalidad y el asentamiento estable de poblaciones de otro origen en terceros Estados torna de imposible justificación el rígido nexo entre nacionalidad y ciudadanía, sobre todo por sus inaceptables consecuencias en punto a la discriminación en derechos fundamentales.

Por tanto, concluiré que los conflictos de los que hablamos son conflictos de igualdad, de igualdad y reconocimiento de los mismos derechos. Y por eso, con Honneth, habrá que reconocer que la clave está en la capacidad de asegurar la igualdad sin renunciar por ello a compatibilizar reconocimiento y redistribución (Fraser), lo que tiene bastante que ver con la capacidad de acción colectiva de grupos sociales: de los pueblos indígenas a las mujeres.

Y eso no excluye que dejemos de reconocer algún problema más específico, que no afecta a todos los inmigrantes sino de forma particular a algunos. En efecto, a la hora de presentar cuáles son las dificultades que afronta la gestión de la diversidad y más específicamente las

que nacen de la presencia de inmigración asentada, crece el tópico según el cual los conflictos más difíciles estarían ligados a la presencia de inmigración significada por el marcador religioso y más particularmente por el Islam.

Dejo de lado que, en mi opinión, no hay evidencia alguna sobre tal nexo de necesidad causal, insistentemente sostenido en buena parte de los países de la UE —Francia, Italia, España serían los ejemplos más claros— por los representantes de posiciones más reaccionarias (bajo la cobertura intelectual de Sartori). Cabe señalar, por el contrario, que a la hora de gestionar la pluralidad religiosa (que no necesariamente está vinculada a la presencia de inmigración), la condición normativa es muy clara, la adopción del principio de laicidad, concretado en leyes de libertad de conciencia y/o de laicidad según el modelo de la ley francesa de 1905²⁵.

Pero lo cierto es que uno de los fantasmas que recorre a Europa en este momento es la islamofobia, uno de cuyos corolarios es la presunción de que el islam es incompatible con la garantía de los derechos humanos, con la observancia y las vigencias de las reglas del Estado de Derecho y aun con los principios básicos de la democracia, y no ya de una democracia plural inclusiva, sino meramente representativa. Sentencias como la que ha absuelto a un líder de extrema derecha flamenco son expresivas de ese punto de vista y me parecen sumamente discutibles²⁶. La absolución se basa en entender esa afirmación como una manifestación de la libertad de expresión. Por supuesto que la libertad de expresión es un bien prioritario para la democracia, y que si uno, por ejemplo, quiere hacer caricaturas de Mahoma, las debe poder hacer hasta el límite del daño admisible, límite que sólo pueden fijar en todo caso los Tribunales de justicia. Pero no es eso de lo que se discute en realidad. En efecto, cuando se habla de esa incompatibilidad del islam en el contexto de políticas migratorias, manifestada por ejemplo en la dificultad de admitir prácticas culturales como el velo, o prácticas culturales (que, por cierto no están vinculadas al Islam) como la de los rituales de las mutila-

ciones femeninas, ni la práctica del velo ni la de esas mutilaciones son en realidad, desde el punto de vista sustantivo, los conflictos básicos. No quiero decir que no existan, pero no son los conflictos básicos relacionados con la presencia de la inmigración. Sí es un conflicto una concepción de la mujer que no la reconoce como sujeto. Pero, antes de desplegar los instrumentos de nuestra justicia (no digamos, nuestras fuerzas armadas) contra quienes sostienen esa posición, convendrá que revisemos nuestras propias filas, y advertir, por ejemplo, cuál es el lugar de la mujer en la iglesia católica, que sigue siendo hegemónica en países como España, por no hablar de otras confesiones religiosas de carácter fundamentalista entre el mundo que describiré en términos generales como protestante, que por supuesto parten de una concepción de la mujer como infrasujeto. Es decir, que vincular la existencia del fenómeno de la *subordiscriminación* (o el de la discriminación multisectorial) a la *contaminación heteróctona*, que nos habría llegado a caballo de una religión ajena (que, por cierto, en el caso europeo no es “ajena”, porque el islam es también una religión europea y forma parte de la tradición de Europa²⁷), es un disparate, solo fruto de la ignorancia y del prejuicio.

Claro que todo ello tiene que ver también con la confusión que impera en torno a la receta a la que se acude comúnmente, la *interculturalidad*. En mi opinión, el problema es que desgraciadamente la inmensa mayoría de las políticas migratorias y de las “políticas de la diversidad”, sólo hablan de “interculturalidad” en un sentido retórico, porque arrancan de una deficiente comprensión del concepto mismo de “interculturalidad”, como ha explicado en varias ocasiones Boaventura de Sousa Santos, a propósito, por ejemplo, del tópico del *concepto intercultural de derechos humanos*²⁸.

En primer lugar, porque habría que recordar que la “interculturalidad” no es un dato, ni un resultado, sino un proyecto, que significa además un proceso social complejo: si no una utopía, en todo caso una idea regulativa. Sería preferible hablar de *internormatividad* entre contextos sociales y culturales diversos, com-

plejos y plurales; es decir, en contextos de multiculturalidad en sentido amplio. La *interculturalidad* es, por decirlo así, una idea regulativa que sólo puede arrancar de una epistemología pluralista (y de la correspondiente ontología plural, vs la encarnada en el mito de Babel) y de los resultados que nos ofrece la antropología cultural sobre el reconocimiento de las fuentes de la autoridad moral y jurídica. Por eso, es un equívoco hablar de una situación o resultado de interculturalidad. Como *work in progress*, el proyecto intercultural requiere de la acción concertada de todos los agentes concernidos, lo que, a su vez, nos remite a las condiciones que permiten esa acción concertada para que sea efectiva y no sólo la habitual letanía de buenos propósitos que entonan periódicamente los bien pensantes.

En efecto, en segundo lugar, para hacer creíble y asequible ese proyecto de la *interculturalidad* es necesario que se den unas condiciones previas, relativas ante todo a la situación de reconocimiento mutuo e igualdad entre las partes que intervienen en el proceso intercultural (me refiero a los agentes, individualmente y como grupo, pero no a las culturas en sí). Hablamos por tanto de condiciones económicas, jurídicas y políticas, y no sólo culturales. Si esas condiciones no se cumplen, quizá podemos elaborar instrumentos magníficos de política intercultural de salud, educación, de acceso a la justicia, de lo que se quiera, pero no acabarán nunca de dar cuenta del problema real, de la igualdad en la satisfacción de necesidades básicas, del igual acceso a los derechos (por ejemplo, a la educación, a la cultura, a la creación de medios de comunicación, a la presencia en el espacio público, etc.) y del reconocimiento igual en la justiciabilidad de esos derechos²⁹. Por eso, bien puede decirse que por mucho que elaboremos políticas de interculturalidad en ámbitos sin duda relevantes —empezando por la escuela y por la acción en los barrios— seguimos muy lejos de ese objetivo, porque apenas se mueven las condiciones previas que garantizan un mínimo de simetría entre las partes.

5. PARA SUPERAR LA SOCIEDAD DEL MENOSPRECIO: ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA INCLUSIVA³⁰

En definitiva, con mi reflexión trato de subrayar la necesidad, la urgencia de *pensar desde el principio* el vínculo social y político, precisamente hoy, cuando la crisis nos sitúa ante las perspectivas verosímiles de una forma de entender uno y otro que se traduce en lo que hemos llamado *sociedad del menosprecio*, que no sólo es una amenaza para los *otros* que viven en nuestras ciudades, para los inmigrantes, sino para todos nosotros.

Es así que debemos preguntarnos si en este tiempo de crisis es posible seguir hablando de *inclusión igualitaria*; esto es, de una respuesta suficiente y justa acerca de los sujetos de ese vínculo social y político. ¿Es posible imaginar esa *inclusión igualitaria* como objetivo de las políticas migratorias, cuando éstas más bien tienen como resultado (si no incluso como presupuesto) dejar al margen a aquellos que hoy más que nunca representamos —construimos— como *otros*, los inmigrantes asentados de forma estable entre nosotros; un nosotros preciso, concreto, el de los ciudadanos de la Unión Europea, el de los ciudadanos de los Estados europeos?.

Parece que la crisis nos sitúa, insisto, ante el horizonte de la *sociedad del menosprecio*. Pues bien, para poder superar el peligro de la construcción de una *sociedad del menosprecio*, para ofrecer respuestas frente a esa amenaza, a mi juicio, debemos apuntar al objetivo prioritario de *igualdad de reconocimiento (igualdad moral, igualdad jurídica e igualdad política)*; lo que exige que sepamos evitar las patologías del reconocimiento. Así lo ha explicado Honneth: “Cuando nos remitimos hoy al concepto de reconocimiento para presentar una concepción de la moral social, el punto de partida consiste, en la mayoría de los casos, en un análisis fenomenológico de daños morales” y añade: “En este enfoque negativista tiene un papel central la idea de que las circunstancias que son vividas como *injustas* presentan una clave adecua-

da para explicar al menos la conexión interna entre moral y reconocimiento³¹.

En efecto, creo que en buena medida la clave de comprensión de ese “mal”, ese “daño” presente en la ambivalente alteridad, reside en la voluntad, o incluso, podría decirse quizá con mayor propiedad, en el instinto de “no reconocimiento”, que se manifiesta en la indiferencia, el *menosprecio*, el desprecio. Es un proceso en el que, tras una etapa que suele caracterizarse por la indiferencia derivada de la ignorancia y de la construcción de la invisibilidad social del otro, que posibilita la ficción de que su presencia carece de relevancia pública, social, porque es meramente coyuntural, funcional o instrumental, al imponerse la evidencia de que el asentamiento de los inmigrantes es una realidad y que no se puede mantener sin conflicto su invisibilidad, se pasa a la fase de menosprecio, en la que se le retiran los atributos propios de aquel a quien se considera como igual (atributos que, desgraciadamente, son sólo los del ciudadano, no los del ser humano desnudo *tout court*), para poder justificar un trato discriminatorio y de dominación. De ahí el desprecio, que es sólo un escalón antes del odio. En la medida, en efecto, en que esa ausencia de reconocimiento genera la frustración, la indignación, se ensancha el conflicto social y se hace político y es cuando aparece la respuesta del odio que anuncia el recurso a la violencia y dificulta hasta el extremo la negociación.

Son, pues, tres manifestaciones sucesivas de la falta de reconocimiento del otro inmigrante, pero que pueden coexistir al mismo tiempo. Tres manifestaciones que pueden ser la antesala que conduce casi inevitablemente a una cuarta, la del odio³², la del enfrentamiento en términos de eliminación del otro, un proceso que se alimenta recíprocamente entre las dos comunidades o grupos sociales concernidos (autóctonos e inmigrantes, o, mejor, cierto tipo de inmigrantes) y que podría ser entendido también, como premonitoriamente lo hacía Enzenberger, en términos de *perspectivas de guerra civil*. A mi juicio, esa hipótesis nos permite entender las razones de un fracaso por el que nos preguntamos recurrentemente, esto

es, la *vexata quaestio* del déficit del objetivo de integración, entendido como elemento definitorio de las políticas de inmigración de la UE. Y también hará posible que apuntemos algunos antidotos morales, jurídicos y políticos, de esas manifestaciones de la sociedad del menosprecio, que se acentúan hoy en nuestras sociedades que son, cada vez más, sociedades de la *diversidad profunda*. Y en particular, en esa modalidad de sociedades de *diversidad profunda* que se produce como consecuencia de una fuerte o, al menos, significativa presencia de inmigración diferenciada; es decir, casos de llegada masiva y establecimiento estable de individuos y/o de grupos alógenos que, en muchas ocasiones, reclaman un reconocimiento de su especificidad o particularidad, de su *diferencia*.

Pues bien, al mismo tiempo que constatamos que buena parte de las sociedades europeas cumplen esa condición, es obligado reconocer que, pese a la existencia de políticas de integración que tratan de gestionar ese reto particular de diversidad, nadie negará que hoy, en nuestro contexto, tanto en España como en Europa, crece la preocupación ante la extensión de un mensaje xenófobo e incluso racista frente a esos agentes de la diversidad. Un mensaje que vuelve a tomar fuerza ante la inminencia de citas electorales; es decir, una vez más, un mensaje que cae en la tentación de utilizar las políticas de inmigración (y, obviamente, los modelos de integración) como herramienta electoral. Y es que, pese a que ya sabemos muy bien que se trata de un grueso error, su rentabilidad a la hora de la captación del voto parece difícil de rechazar.

La campaña de las elecciones generales en España en noviembre de 2011, junto a la experiencia de los últimos procesos electorales vividos en la escala municipal y autonómica (con la notable excepción de las recientes en Andalucía y Asturias), nos ofrece evidentes ejemplos y no sólo desde formaciones de extrema derecha (como Plataforma por Catalunya, PxC), sino de la derecha (Partido Popular, PP) e incluso en el centro derecha (Convergència i Unió, CiU; pero también el Partit dels Socialistes de Catalunya, PSC, en munici-

pios gobernados por él). De acuerdo con esos mensajes, habríamos alcanzado el límite de la pluralidad que se puede gestionar sin poner en peligro la cohesión e incluso la supervivencia. Y, como muestra de esa pluralidad incompatible, ese tipo de discurso elige como objetivo negativo, como verdadero *fobotipo*, la diferencia que derivaría de la presencia importante en España de inmigrantes que se identifican por su pertenencia a una religión diferente del cristianismo, es decir, la presencia creciente en España de inmigrantes vinculados al Islam. No volveré a insistir sobre ese fantasma de la islamofobia que en realidad constituye uno de los más serios riesgos para la cohesión social en Europa en el futuro inmediato. Sobre todo porque, por más que se pretenda, los peligros que amenazan a la cohesión social en países como Francia, Alemania, el Reino Unido, Italia o España (aún sin menospreciar el riesgo que representa el islamismo fundamentalista) no vienen tanto de la presencia creciente de población que es afecta al Islam, sino al contrario, del afán excluyente hacia ese sector de población europea de confesión islámica.

Pero hay también pistas para superar esos riesgos, buena parte de ellas basadas de nuevo en la tipología de manifestaciones de reconocimiento y de menosprecio que nos ofrece Honneth y que permite responder gracias a tres tipos de acción de reconocimiento frente a los tres tipos de menosprecio más comunes. Así, frente a las formas más elementales de menosprecio, surge esa manifestación del reconocimiento que son el respeto, la amistad, la fraternidad, el amor, manifestaciones que se pueden y deben educar a través de las primeras instancias de socialización, la familia y la escuela. Frente al menosprecio físico, frente a la privación de derechos y la exclusión social, debemos afirmar esa forma de garantía del reconocimiento que es el Derecho. Y, en tercer lugar, cuando sufrimos la degradación del valor social de las formas de autorrealización, recurrimos a la manifestación social básica de reconocimiento que es la solidaridad. Por mi parte, insistiré en que, aun siendo insuficiente, el papel del Derecho, del Estado de Derecho,

es condición necesaria, requisito imprescindible para combatir la negación de reconocimiento y de igualdad. Porque esa igualdad en los derechos, la *egalibertad* (por expresarlo en términos de Balibar³³) es la clave de la acción de reconocimiento que desarrolla, que garantiza el Derecho. Y es que debemos recordar lo que escribiera Lacordaire en 1848: “entre el fuerte y el débil, entre el rico y el poderoso, entre el amo y el siervo, la libertad es lo que oprime y la ley la que libera”.

Sé que ese objetivo es insuficiente para responder al desafío de fondo, pero estoy convencido de que es imprescindible para poder construir respuestas a ese desafío. Respuestas que se sitúan en la perspectiva de una lucha social, cívica, por la recuperación de la democracia y del Estado de Derecho, tal y como lo ha ilustrado sabiamente Sami Naïr en sus últimos trabajos³⁴, dedicados en principio a la primavera árabe, pero que la trascienden, porque apuntan a ese objetivo más amplio. Para Naïr, la clave diferencial de la primavera árabe y, en cierto sentido, de las revueltas por la democracia en esos países, respecto a las diferentes manifestaciones de indignación que han recorrido buena parte del Norte rico (Europa, EEUU), se la ofreció su amigo el arquitecto tunecino Wassim Ben Mahmoud: la importancia de la *karama*, la dignidad. Esa identificación del papel de la dignidad como *mecha revolucionaria* me parece, en efecto, decisiva. Y es que, si la “revolución de los jazmines” puede ser caracterizada por un factor que actúa como motor, es por éste, la lucha por la *karama*, la dignidad, frente al miedo y la *hogra*, la humillación.

El concepto de *hogra*, en realidad, es más complejo que el de humillación: equivale a menosprecio e injusticia a la par, y a mi juicio tiene mucho que ver con el de *Missachtung* de Honneth, el menosprecio. La *hogra* es un concepto que expresa ante todo un sentimiento de impotencia del dominado ante el desprecio y la arrogancia del dominador. Pero también es un sentimiento ancestral heredado del feudalismo y que el periodo colonial no hizo otra cosa que reforzar. Y, por último, un sentimiento que incluye asimismo la sed de justicia. Pero, como

ha destacado recientemente el propio Naïr en un artículo en *El País*³⁵, esta lucha por la dignidad, contra la humillación, lo es también contra el desamparo. Sus argumentos se inspiran en los trabajos del sociólogo Paul Hartzfeld y en sus tesis sobre los daños cualitativos que causa el paro sobre la identidad personal del parado³⁶. Entre otras, la autohumillación o victimización, el desprecio de uno mismo unido al autoaislamiento respecto a los demás, la devaluación del estatus en el seno de la familia, la pérdida de confianza y el debilitamiento en la competición social, la aceptación cada vez más resignada de la degradación de las condiciones de vida. Y, como subraya Naïr, lo más importante es el sentimiento de “derelicción”, de inutilidad social que invade al ser humano así humillado...despertar sin tener nada que hacer, vivir el fracaso social, el no ser “nadie”, subsistir primero con el subsidio de paro y luego verse obligado a acudir a la caridad.

Es así como se incuba el proceso de exclusión social, cuyas consecuencias políticas son devastadoras: xenofobia, riesgo de fascismo y autoritarismo, lucha social encarnizada. Esa relación dialéctica es algo fácil de entender gracias al análisis que hace el propio Naïr (en su libro sobre la revolución de los jazmines antes citado) de lo que llama “el incendio”, esto es, la inmolación del joven Mohamed Bouazizi, que se quemó a lo bonzo el 17 de diciembre de 2010 en su ciudad natal de Sidi Bouzid, después de lo que se puede calificar como “bofetada”. Porque la bofetada, la humillación que sufre Bouazizi a manos de la policía que le impide la venta ambulante (el único recurso para vivir que tiene ese universitario en paro y sin expectativas de futuro), es la espoleta que le hace reivindicar su dignidad hasta el extremo del sacrificio. La revolución tunecina apuntaría a ese objetivo de dignidad porque se presentó sobre todo como una lucha democrática contra una mafia, contra el poder corrupto, envilecedor y humillante, de un clan. Y por eso es una lucha por la dignidad en clave jurídico política. Una lucha por el Derecho y por el Estado de Derecho, pero también en la discusión

hoy viva sobre la necesidad de renovar a fondo el modelo de democracia.

A ese respecto, hoy es un lugar común la comparación entre los movimientos de los *indignados* y los protagonistas de las revueltas de la primavera árabe. A veces se invoca a ese propósito (equivocadamente, a mi juicio) la tesis de Rancière (*La haine de la démocratie*), para explicar la desafección que experimentan las generaciones más jóvenes (pero no sólo hay jóvenes entre los indignados) en países de tradición democrática, la desconfianza hacia el sistema, y la radical desafección de los representantes más activos de la sociedad civil en los países árabes respecto a su sistema. Precisamente Rancière plantea lo contrario: la dificultad, la renuencia que han experimentado siempre los centros de poder de la denominada democracia representativa (las más de las veces, un mixtum de aristocracia y oligarquía) para confiar en el pueblo como sujeto soberano auténtico. Y esa desconfianza es la que genera un alejamiento cada vez mayor de las elites políticas y de los cauces de representación respecto a los ciudadanos, de donde la denuncia “no nos representan” que reitera el movimiento 15 M.

Creo que son evidentes las diferencias entre los movimientos de indignados, incluido *Occupy Wall Street* y los protagonistas de la primavera árabe, por más que la desconfianza se encuentre en el núcleo mismo del mecanismo democrático moderno: desconfianza hacia el poder que impone su división, su control mediante la separación de poderes y la sumisión al Derecho, aunque estos mecanismos se revelan ya insuficientes. Pero, por supuesto, el proceso mismo de la revolución es eminentemente cívico por parte de sus protagonistas³⁷. Sin embargo, estoy de acuerdo con Naïr cuando subraya que las nuevas revoluciones sociales y políticas de la primavera árabe anuncian otro tiempo, que supone la entrada rápida de las sociedades árabes en la modernidad, la “autonomía de las clases medias que avanzan políticamente en el interior de un sistema social globalizado”, la aparición de un “sujeto individual libre”, ya no subsumido en los vínculos religioso-identitarios, porque hay un nuevo objetivo: la cons-

trucción del Estado de Derecho como primera tarea de los ciudadanos.

Globalizar la democracia y el Estado de Derecho, redefiniendo el vínculo social y político, desde la apuesta por la igualdad y el reconocimiento, para hacer posible una democracia inclusiva. Esa es la agenda política que merecería la pena desarrollar y en la que debiera insertarse como condición *sine qua, non*, cualquier política migratoria. Y esa es, a mi juicio, la base de la verdadera respuesta, no sólo a la crisis, sino a los desafíos que supone la inmigración. Un programa, pues, para los Estados, pero sobre todo para la comunidad internacional cuyos agentes, por fortuna, no son ya sólo ni prioritariamente los Estados y las empresas transnacionales. La constitución de una verdadera sociedad civil internacional, que cuenta a su favor —con todas las prevenciones y matices— con la posibilidad ahora palpable de un espacio público común, por más que sea virtual, será un paso decisivo en ese camino.

6. ANEXO: UN DECÁLOGO DE PRIORIDADES PARA “OTRAS” POLÍTICAS MIGRATORIAS

1. La primera condición de legitimidad de toda política migratoria es el igual reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de los inmigrantes. Eso exige como paso mínimo ratificar el estándar jurídico internacional básico; es decir, la Convención ONU 1990. Junto a ello, es condición de legitimidad que esas políticas garanticen la prioridad de la dimensión de género, que debe ser una condición transversal de las políticas migratorias. Ello se concreta en la necesidad de incluir planes de igualdad e instrumentos de derecho antidiscriminatorio en las políticas migratorias.
2. Esa igual libertad debe concretarse en derechos como el reconocimiento del derecho al reagrupamiento familiar como derecho fundamental en condi-

ciones de igualdad, sin límites de edad, sexo, ni modelo familiar, desde la libertad individual y la prohibición de la subdiscriminación de la mujer.

3. Reconocimiento de la primacía del interés del menor en particular por lo que se refiere a los “menas”. el menor, sujeto justiciable.
4. Derecho a la escolarización plena, al acceso a la sanidad como efectos automáticos del empadronamiento en condiciones de igualdad en todo el estado. acabar con modelos escolares que fomentan la desigualdad y la segregación a base del detrimento de la escuela pública. la universalización de la tarjeta sanitaria. el derecho a la seguridad social y el acceso a la justicia, claves de la justiciabilidad.
5. Derecho a residencia estable tras prueba de asentamiento de 3 años o medida de arraigo similar (hijos nacidos en territorio): desarrollo de los instrumentos probatorios de arraigo.
6. Estatuto de residente de larga duración post 5 años de residencia estable, con igualdad derechos políticos.
7. Restablecimiento de los fondos para la integración, acogida y refuerzo educativo de los inmigrantes, destinados a los Ayuntamientos y CCAA (61 millones de euros en 2011; suspendido en los presupuestos de 2012). Prioridad de las “políticas de ciudad”: del urbanismo y las políticas de vivienda, a la incentiva- ción de la participación vecinal
8. Establecimiento planes estratégicos de codesarrollo basados en libre circulación y acuerdos entre las partes. Una nueva política de visados. La libre movilidad regulada (no anulada por condiciones ultra-restrictivas, desde la obsesión securitaria) que garantice el derecho a la libertad de movimiento y con ello (en su triple dimensión) el derecho a migrar.

9. Abolición de los CIE: sustitución por los centros de acogida.
10. Abolición de los “contratos de integración” y sustitución por un pacto social

por la inmigración. La importancia de las políticas de laicidad y la educación en el pluralismo como valor, son previas a los proyectos de interculturalidad.

NOTAS

1. Cfr. *World Disasters Report 2012. Focus on Forced Migration and Displacements*, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Ginebra, 2012. También, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2011. Statistical overview of asylum application lodged in Europe and selected non-European countries*, UNHCR, ONU, Ginebra, 2011.

2. Eso no significa que no se hayan producido fenómenos recientes que pueden marcar cambios de tendencias: por ejemplo, en todo el Magreb, en Egipto y Oriente Próximo, así como en el Golfo, los efectos de la primavera árabe; en el Sahel, en parte del continente africano y en Asia, los de las catástrofes naturales, lo que sigue afectando también a Haití; y sin duda crecen las consecuencias de la desigualdad a la hora de entender los flujos que se orientan a América del Norte y Europa y en particular, a Alemania, que resiste la crisis.

3. A comienzos de 2012, según el INE, vivían en España 5.7 millones de extranjeros (12% de la población). Si contabilizamos todos los residentes nacidos en el extranjero aunque cuenten con nacionalidad española, la cifra alcanza los 6.7 millones (14%).

4. Las estadísticas de las que se dispone a fecha de octubre de 2012, parecen mostrar una aceleración de los flujos de retorno, teniendo en cuenta que a lo largo de 2012 se han incrementado casi exponencialmente las consecuencias negativas de la crisis sobre el mercado de trabajo y, en particular, las medidas de recorte de derechos de los inmigrantes adoptadas por el Gobierno del Sr Rajoy, en un contexto en el que la tasa de paro, que llega al 25% de la población, afecta en primer lugar precisamente a los inmigrantes.

5. Siempre de acuerdo con las estadísticas del INE, en los nueve primeros meses de 2012 el saldo entre entradas y salidas de extranjeros habría producido una reducción de 12.000 inmigrantes en nuestro país.

6. Según el INE, en España viven 480.626 ecuatorianos, de los que 136.266 tienen la nacionalidad española. Desde 2009, han retornado más de 15.000 a Ecuador. Recientemente, con motivo del plan elaborado por la SENAMI (Secretaría Nacional del emigrante) para conseguir el retorno y en el marco de las visitas a Madrid de los ministros ecuatorianos de Salud e Industria en octubre de 2012, se ha realizado en España una encuesta según la cual el 72% de los inmigrantes ecuatorianos en España querían regresar, encuesta que ha sido contestada por la FENADE, la mayor asociación de inmigrantes ecuatorianos en España.

7. Desde 2011 han salido de nuestro país más de 117.000 nuevos emigrantes españoles, lo que —unido a la baja de los inmigrantes recibidos desde esa fecha— revierte el saldo migratorio. Así, en los 9 primeros meses de 2012 hemos perdido casi 80.000 habitantes, convirtiéndonos de nuevo en un país de emigración.

8. En la misma declaración, el Foro enumera hasta siete factores que explican esa mayor vulnerabilidad a la crisis: “la menor capacidad de sustituir las rentas del trabajo... la menor capacidad de ahorro —no sólo por el tipo de puestos de trabajo mayoritariamente desempeñados, sino también por el envío de remesas— ... la ausencia o menor densidad de las redes familiares y sociales... la menor duración de las trayectorias laborales, que se traduce en una menor protección social en caso de desempleo —nula en el caso del empleo doméstico— y las indemnizaciones más reducidas en los casos de extinción del contrato de trabajo... el incremento de la vulnerabilidad social, que ha potenciado los efectos excluyentes de factores de riesgo que afectan de manera especial a la población inmigrada... Una vulnerabilidad extrema en los casos en los que la pérdida del empleo acarrea la de la situación administrativa regular... Una dificultad generalizada para acceder al empleo (y negativas perspectivas de reabsorción en el corto plazo del alto desempleo generado), junto a crecientes situaciones de emergencia, insuficiencias en la cobertura de las necesidades sanitarias y obstáculos para el acceso a la vivienda digna o para su permanencia (baste pensar por ejemplo en las dificultades para pagar la hipoteca)”.

9. Cfr. por ejemplo entre sus libros, *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*. Buenos Aires: CLACSO Ediciones, Waldhuter Editores, 2009. También, *Para descolonizar el Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, B Aires: CLACSO, 2010 y *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Ediciones Trilce, 2010.

10. Cfr. *Le Maître ignorant: Cinq leçons sur l'émancipation intellectuelle*, Paris, Fayard 1987 (hay trad castellana, *El maestro ignorante. Cinco lecciones para la emancipación intelectual*. Buenos Aires, 2007, Libros del Zorzal) y *La haine de la démocratie*, Paris, La Fabrique, 2005. También *Momentos políticos*. Madrid, Clave Intelectual, 2011.

11. Cfr. *Regulating Aversion: Tolerance in the Age of Identity and Empire*, Princeton, 2006 y *Walled States, Waning Sovereignty*, Zone Books, 2010. Cfr. también su “Neo-liberalism and the End of Liberal Democracy” *Theory & Event* 2003, 7:1 (hay una versión francesa reducida, “Neoliberalisme et fin de la démocratie”, *Vacarme* 29/2004).

12. Habermas, J., “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez (ACFS)*, n.º 44/2010, p. 111. Como veremos después, son la noción de *autonomía* unida a la de *igual respeto*, ambas exigibles jurídicamente, las que dan fuerza a la noción de dignidad.

13. Cfr Honneth, *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Barcelona, Crítica, 1997 y, más recientemente, el penúltimo testimonio ofrecido por Honneth en respuesta a preguntas de D Gamper, en Honneth, A., (2010b), *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social* (con una entrevista a A Honneth por D Gamper), B Aires, Katz/CCCB, pp. 48-49 (inicialmente, en su entrevista en el n.º 78 de la revista *Metropolis*, 2010a). En el año 2011 Honneth publicó lo que constituye la sistematización de su respuesta en términos de una teoría de la justicia social enraizada en la praxis: *Das Recht der Freiheit-Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Frankfurt, Suhrkamp 2011.

14. Honneth 2010b, 52-55.

15. Cfr. Por ejemplo M.J Añón, *La universalidad de los derechos sociales. El reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004 y “Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, pp. 15-41. G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta Madrid, 2007 (la cita es de la p. 41).

16. Obviamente, podemos añadir muchos otros nombres, desde Montaigne y Shakespeare a Bartolomé de las Casas y Sepúlveda, de Swift a Lewis Carroll u Orwell y, por supuesto, como se viene evocando en este 2012, año de su segundo centenario, en las obras del genial Dickens, como *David Copperfield*, *Tiempos difíciles*, *Oliver Twist*, o también *Casa Desolada*, una obra en parte autobiográfica y particularmente interesante por desnudar el drama del imposible acceso a una justicia mercedora de ese nombre (no dilatoria, imparcial, no discriminatoria por razones económicas) por parte de las clases desfavorecidas. Algo sobre lo que merecería la pena reflexionar hoy cuando, al socaire de la ortodoxia neoliberal que dicta las respuestas a la crisis, se discute el copago en el acceso a la justicia e incluso la reducción o eliminación del beneficio de pobreza o acceso gratuito a defensor de oficio.

17. Que, por ejemplo, dio nombre a un estupendo audio libro de Carla Fibla y Nicolás Castellano: vid C Fibla, N Castellano, J Medina, *Mi nombre es nadie. El viaje más antiguo del mundo*, Barcelona, Icaria, 2009 (Audiolibro. Incluye 4 CD).

18. Acabo de evocar a Losey: ¿qué decir de lo que nos enseña el cine? ¿Acaso el séptimo arte no ha tratado casi desde su aparición la cuestión del reconocimiento o de su negación, el menosprecio, también en sus estadios de indiferencia y odio? Una rápida enumeración de algunos títulos (que deja aparte algunas referencias españolas) así lo prueba: *El inmigrante* de Chaplin, *América, América* de Kazan, *Las uvas de la ira* de Ford, *La nueva tierra*, de Troël o, más recientemente, *L'America*, de Amelio, *La Haine/El Odio* de Kassowitz, *Trabajo clandestino* de Skolimowski, *Clandestins* y *L'ange de Goudron* de Schouinard, *Contra la pared* (2004) de Fatih Akin, *The Visitor* (2007), de Th McCarthy, *It's a Free World* (2008) de K Loach, *Grand Torino* (2008) de Clint Eastwood, *Welcome* (2009) de Lioret, *Biutiful*, (2010) de González Iñárritu, *Illégal* (2010), de O.Masser-Depasse, y las muy recientes *El Chino* (2011) de Sebastián Borensztein, *Le Havre* (2011) de Aki Kaurismaki o *La (dés)intégration*, de Philippe Faucon (2012). Aunque, como he apuntado alguna vez, buena parte de la reflexión sobre la inmigración y la dialéctica del reconocimiento encuentra su mejor alegoría en dos géneros de Hollywood, la ciencia ficción y el western. Es lo que ilustran, por ejemplo, de un lado *Blade Runner* o *Alien* y, de otro, *The Searchers* o *Unforgiven*.

19. Aunque la receta “TINA”, que afirma que no hay alternativa al liberalismo económico, al libre mercado y al libre comercio, se puede remontar al teórico liberal Herbert Spencer en su *Social Statics* (1851), se trata de un slogan que popularizó M Thatcher en los ochenta. El lema contrario, propio del altermundialismo, reza precisamente “otro mundo es posible” o, como sintetizó Susan George, “TATA” (*There Are Thousands of Alternatives*). Cfr. Hinkelammert & Duchrow, eds., (2004). *Property for People, Not for Profit: Alternatives to the Global Tyranny of Capital*, Progressio. La

propuesta “TINA” forma parte de lo que I. Ramonet denunció en un editorial de *Le Monde Diplomatique* de enero de 1995, titulado “La pensée unique”. Ramonet sostiene que el “pensamiento único” (cuyos antecedentes se remontarían a Schopenhauer y más claramente a Marcuse) arrancaría de 1944, de los acuerdos de Bretton Woods y lo define así: “La traduction en termes idéologiques à prétention universelle des intérêts d’un ensemble de forces économiques, celles, en particulier, du capital international”. Ramonet ha desarrollado su crítica en otros trabajos, como Chomsky-Ramonet, *Cómo nos venden la moto. Información, poder y concentración de medios*, Barcelona, Icaria, 1995.

20. Una penúltima visión de ese cinismo argumentativo nos la ofrece un diálogo de la corrosiva *Margin Call*, la película de J C Chandor (2011), en la que los *brokers* protagonistas entonan el “no hay otra opción”, al mismo tiempo que arrojan toda la responsabilidad sobre los ignorantes e irresponsables ciudadanos que se han endeudado por encima de su capacidad.

21. Por eso, los estudiosos del derecho antidiscriminatorio que se apoyan en las aportaciones de la crítica feminista del Derecho (I.M. Young, K. Crenshaw o CE.Mackinnon) utilizan conceptos como los de “subdiscriminación” y “discriminación interseccional”: así, M. Barrère y D. Morondo, “Subordinación y discriminación interseccional. Elementos para una teoría de derecho antidiscriminatorio”, en *ACFS* nº 45, 2011, pp. 15-42. En ese número monográfico se recogen también trabajos interesantes de E.Beltrán, M.L. Femenías, M.Malik, R. Mestre, F. Rey y asimismo uno de A. Rubio y M. Moya que es particularmente relevante desde la perspectiva de la inmigración. En España, además del trabajo pionero de M. Barrère, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997, pueden cfr. el análisis de A. Rubio sobre la complejidad del principio de igualdad en el ordenamiento español, “Art. 14. Igualdad y no discriminación”, en *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares 2002 y el colectivo .AAVV (R. Mestre, coord.), *Mujeres, derechos, ciudadanía*, Valencia, Tirant lo Blanch 2008.

22. Por eso me parece objetable la existencia, strictu sensu, de los “tribunales para la aplicación de la justicia restaurativa”. A mi modo de ver, como pasa en otros casos que pudieran ser considerados antecedentes de justicia restaurativa (el *Tribunal Russell*, más propiamente *Tribunal Russell-Sartre*, que dio lugar después por iniciativa entre otros de L. Basso al *Tribunal Permanente de los Pueblos*, quizá sea el paradigmático), lo que resulta más discutible es la propia condición jurídica de Tribunal. Incluso diría que no es oportuna porque creo que en esos casos es mejor hablar de comisiones de verdad, o de programas de reparación.

23. Cfr. Por ejemplo su reciente y excelente estudio “La ciudadanía en Europa y el fenómeno migratorio”, *ACFS*, 45/2011, pp. 188 ss.

24. Cfr. Su *Face aux migrants: Etat de Droit ou état de siège?*, Paris, Textuel, 2007.

25. Sobre todo para evitar el efecto perverso que puede atisbarse en este momento en España, el de transformar el marco de “confesionalidad vergonzante”, que es el de la Constitución española de 1978, en un modelo de “multiconfesionalidad vergonzante”, que es la propuesta que ahora sostiene la Iglesia católica en coincidencia muy significativa con el Islam wahabista. Si el Gobierno socialista dejó caer en su segunda legislatura el proyecto de ley de libertad de conciencia que formaba parte de su programa electoral y con ello abandonó la corrección de esa “confesionalidad vergonzante” que privilegia a la Iglesia católica en el artículo 16 de la Constitución, ello se debe en no poca medida a la presión de la Iglesia católica (sus denuncias de un laicismo radical, incluso de “fundamentalismo laicista”) frente a la que se cedió, presuntamente por un cálculo electoral. No parece que en la legislatura que acaba de comenzar tras las elecciones generales de 2011 se pueda presumir otra cosa que el regreso al modelo en cuestión, en todo caso trufado de “multiconfesionalismo”.

26. Se trata de la sentencia del tribunal holandés, pronunciada el 23 de junio de 2011, que absolvió al líder islamófobo y populista holandés Gert Wilders, de los cargos de incitación al odio y discriminación que se le imputaban a raíz de su film *Fitna*, estrenado en 2008. Wilders había afirmado, por ejemplo, que el islam debe ser prohibido porque “es un cáncer para la democracia”, por su incompatibilidad con ésta. Según los jueces, “Wilders es grosero y denigrante cuando califica el islam de ideología peligrosa, pero sus opiniones se enmarcan en un debate público sobre la sociedad multicultural”. Nada más concluir la lectura del fallo, el político holandés mostró su satisfacción con ironía: “Tengo buenas noticias, criticar el islam es legal. A veces hay que ser ofensivo para demostrar que no hace falta tener miedo a ser perseguido por tus ideas” (cfr. *El País*, 24 de junio de 2011).

27. Sobre la dificultad para aceptar ese dato, que es un hecho, la existencia del *Islam europeo* (que no ya sólo el Islam en Europa o, aún peor, el Islam que *acecha a Europa*), basta evocar la capacidad de manipulación electoral que ofrece el recurso al “riesgo del fundamentalismo islamista”, como acabamos de comprobar en la campaña electoral francesa de

2012, con motivo de los asesinatos cometidos por el ciudadano francés Mohammed Merah (sí, un francés de obediencia islamista) en Montauban y Toulouse en marzo de 2012.

28. Cfr. El capítulo 3 de su ya citado *Para descolonizar el Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, B Aires: CLACSO, 2010, pp. 83 y ss.

29. Sobre esas condiciones previas me he extendido en otros trabajos. Por ejemplo, de Lucas, “Sobre el papel del Derecho y el contrato político en el proyecto intercultural”, *Isonomía*, 2/2003, pp. 47-81; “Migrazioni, diritti, cittadinanza nell’UE. Sulle condizioni di legittimità della politica d’inmigrazione”, *Ragion Pratica*, 22/2004, pp. 225-237; “La gestión de la presencia de la inmigración, catalizador del modelo de democracia intercultural”, *Tiempo de Paz*, nº 76, 2005, pp. 48-59; “Managing multicultural Society Democratically: Identities, Rights, Citizenship” en R Dunbar/R Vieyetz ed., *Human Rights and Diversity: New Challenges for Plural Societies*, Humanitarian Net, Deusto, 2007; “Una democracia plural e inclusiva”, *Teoría Política* (nuova serie) Annali I, 2011. M.J. Añón, “Integración: una cuestión de derechos”, *Arbor*, 2010, nº 744, pp. 625-638.

30. Obviamente, el título de este epígrafe obedece a la obra de Honneth, como he subrayado varias veces con anterioridad. De hecho, Honneth no ha publicado un libro con ese título. El que aparece así, fue editado por primera vez en Francia, *La société du mépris* y no es en realidad una obra de Honneth, sino una recopilación de sus trabajos realizada por Olivier Voirol con el acuerdo del propio Honneth: *La société de mépris. Vers une nouvelle théorie critique* (edición de Olivier Voirol), Paris, La Découverte, 2008 (hay traducción española, *La sociedad del menosprecio*. Madrid, Trotta, 2012). He intentado una aproximación más extensa sobre el concepto de “sociedad de menosprecio” en J. de Lucas, *Sobre los fundamentos de la igualdad y el reconocimiento. Un análisis crítico de las políticas europeas de migración*, Bilbao, Eurobask, 2012.

31. Cfr. Honeth 2010b, p. 23.

32. Aun con todos los matices posibles, creo que los factores que conducen hoy a ese proceso estaban ya acertadamente descritos en el casi premonitorio film de Matthieu Kassovitz *La haine* (1995) que narra la vida de tres jóvenes desheredados de la sociedad (un judío, un árabe y un negro) en un suburbio de Paris, a mediados de la década de los noventa.

33. Cfr. E. Balibar, *La proposition de l'égalité*, Paris, Actuel, 2010.

34. Cfr. Naïr, *La lección tunecina*, Barcelona, Galaxia Guttemberg 2011. Más extensamente, *La revolución nómada. Los caminos de la democracia árabe*, Barcelona, Galaxia Guttemberg 2012 (en prensa; he podido consultar el manuscrito por gentileza del autor).

35. “Crisis y suicidios”, *El País*, 25 febrero 2012.

36. Cfr. Hartzfeld, P., *Du paupérisme à la Sécurité Sociale, 1850-1940*, Armand Colin, Paris, 1971; cfr. asimismo, Lazzarsfeld P., Jahoda, M., Zeisel, H., *Les chômeurs de Marienthal*, Paris, Ed. de Minuit, Paris, 1981.

37. Uno de los ejemplos más claros es el papel de las redes sociales (no sólo en Túnez), de los *blogueros*, como el responsable del website www.nawaat.org, Hamadi Kaloutcha, o los muy reconocidos Aziz Amamy o Silm Amamu.

Fecha recepción: 16/04/2012

Fecha aceptación: 05/11/2012

THE ROMAN LAW AND EUROPE

RESUMEN

La UE está integrada, jurídicamente, por un creciente número de ordenamientos singulares. Estos están basados, en último término, en dos tradiciones jurídicas tradicionalmente y generalmente diferenciadas, que hoy no lo resultan tanto. En todo caso, aquellos *iura propria* necesitan aproximarse. El Derecho Romano, en su formulación medieval como *Ius Commune*, respecto a los sistemas “cerrados” y por su doble carácter casuístico y jurisprudencial, propio de los “abiertos” puede jugar hoy un papel destacado en este aspecto, pues ya ha demostrado, a lo largo de su historia, que ha sabido armonizar unidad y diversidad.

PALABRAS CLAVE

Derecho Romano, *Ius Commune*, Derecho Comunitario Europeo, Derecho Europeo, Educación jurídica.

ABSTRACT

The EU is built, legally, by a growing number of singular dispositions. These are ultimately based on two legal traditions that conventionally were more differentiated than they are today. In any case, those *iura propria* need to approach. The Roman law, for its medieval formulation as *Ius Commune* with regards to the ‘closed’ systems and for its dual nature, casuistic and jurisprudential, typical of the “open” systems, can today play an important role in this aspect, as it has already shown throughout history its ability to harmonize unity and diversity.

KEY WORDS

Roman Law, *Ius Commune*, Community Law, European Law, Legal Education.

EL DERECHO ROMANO Y EUROPA

Ricardo Panero Gutiérrez

Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Barcelona

Sumario: 1. Introducción: A) El Derecho, B) El Derecho Romano y C) La Tradición Romanística. 2. Europa: el derecho romano como *ius commune*; su difusión universitaria: A) Europa; B) *Ius Commune*; C) Universidades. 3. El derecho romano a partir del BGB: A) Concepción jurídica de un derecho histórico; B) Concepción académica autónoma. 4. El tercer milenio: juicios jurídico-críticos: A) Sobre el derecho; B) Sobre quienes lo enseñan; C) Sobre el que lo profesa. 5. Las tradiciones jurídicas europeas: compatibilidad. 6. derechos: común, comunitario y codificado: A) Derecho común; B) Derecho comunitario; C) Derecho codificado 7. El derecho europeo: A) *Unde?*; B) *Quo?*; C) *Ubi?*; D) *Qua?* 8. Algunos principios jurídico europeos de base romanista.

1. INTRODUCCIÓN

A) DERECHO

Es sabido que: a) KANT, a mediados del siglo XVIII, parafraseando al LEIBNITZ, de fines del siglo XVII, (*Codex iuris Gentium dipolomaticus*, 1693) muestra su fina ironía, diciendo “*que incluso en pleno siglo XIX los juristas buscan aún una definición de su concepto de Derecho*”; b) HERMOGENIANO, jurista del siglo IV, en D.1.5.2 (*libro I iuris Epitomarum*), recuerda que presupuesto de todo el Derecho es el hombre (*hominum causa omne ius constitutum est*); c) ARISTÓTELES precisa que, éste es sociable por naturaleza (*zoós politikós*) por lo que es ilustrativo, se suele añadir por los más modernos, contraponer al hombre en sociedad con un *Robinson Crusoe*, cuyo aislamiento y soledad impediría que alguien pudiera discutirle la facultad de hacer algo, y d) en fin, CICERÓN, resume la relación “hombre, sociedad y derecho” al decir: donde está el hombre (*ubi homo*) allí está la sociedad (*ibi societas*) y donde está la sociedad (*ubi societas*) allí está el Derecho (*ibi ius*)¹.

El Derecho, pues: se muestra como norma de convivencia y ejerce una función de instrumento pacificador de conflictos entre hom-

bres. Gracias a él, por resumir²: cada uno sabe lo que es suyo; lo que debe y puede exigir a los demás y lo que los demás pueden exigirle, evitando (en suma) lo que sin él podría ser, lo recuerda HOBBS (*De cive*, 1,12; 5.2): una guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*).

Esta norma de convivencia, exige dos presupuestos. 1º) Una organización: el Estado. Pues, recuerda LATORRE³, éste es, en sí, una organización de poder, que muestra su triple faz (de legislador, juez y gendarme) *creando* la norma, *aplicándola* e *imponiéndola*, en su caso. 2º) Que regule actos externos del hombre, indispensables para vivir en Sociedad y cuyo cumplimiento pueda exigirse coactivamente. En suma, se exige, que la norma sea jurídica, pues, como es sabido, no toda norma de convivencia es Derecho, al existir otras normas de conducta (como las religiosas, morales o sociales) que, también, ordenan en cierto modo, esta convivencia.

Partamos, pues, de la idea general, de que el Derecho es un conjunto de normas jurídicas que regulan la vida en sociedad, sin que utilizar una teoría *normativa* comporte, como advierte TORRENT⁴, preterir otros factores: éticos, sociales, culturales, políticos, económi-

cos y religiosos, que ayuden a comprender el fenómeno jurídico.

Todo esto es conocido y pacífico en el campo teórico y doctrinal. Sin embargo, desde 1998, descendiendo a la práctica y “a pie de obra”, vengo preguntando⁵: a) ¿Qué ocurre cuando la idea de *Estado* está en crisis?; b) ¿Cuando en su *faz legislativa*, a veces, parece convertirse en instrumento *provocador* (y no pacificador) de conflictos sociales?; ¿Cuando en su *faz judicial*, unas veces, olvidando a MONTESQUIEU, se pone en tela de juicio su independencia y, otras, se eclipsa, por la luz de algunos jueces convertidos en estrellas?; ¿Cuando su *faz gendarme* se cuestiona y la insumisión se proclama? ¿Los ejemplos están en la mente de todos...;

Seamos pacíficos nosotros: Recordemos que el significante crisis comporta, en su rica polisemia, el significado cambio; que hoy es una época de cambio y crisis y que el Derecho no puede sustraerse a ello.

Por esto, y sería una primera reflexión, como dice LATORRE⁶: comprender al Derecho en sus cambios pasados, ayuda al jurista a comprender los presentes; y aquello y esto, a través de las relaciones entre evolución jurídica y evolución social e ideológica, no se hará fácil, nunca lo es, pero sí menos difícil.

B) DERECHO ROMANO

Sigamos siendo pacíficos y recordemos lo no cuestionado. Así:

a) Que todo pueblo, a lo largo de su historia, posee, en mayor o menor grado de perfección, ese conjunto de normas jurídicas, con las que identificamos Derecho. Por ello Derecho Histórico se opone a Positivo (vigente) pues este es: el *positus*, “puesto”, fijado, en ciertas coordenadas de tiempo y espacio.

b) Que el Derecho Romano: es, por tanto, el conjunto de normas jurídicas por las que se rigió Roma a lo largo de su Historia. Abarca, pues, en el tiempo, desde la formación (mejor que la fundación, aludida por TITO LIVIO, *ab urbe condita*) de la ciudad (mediados s. VIII AC) hasta el 565 DC, muerte de Justiniano,

cuya figura se toma como cierre, porque a través de su obra, el *Corpus Iuris*, al que añade DIONISIUS GOTHOFREDUS (1549-1622): *Civilis* se transmite a la posteridad todo el saber jurídico de Roma.

c) Que a zaga de BIONDI⁷, hoy, se suele distinguir entre Derecho Romano y Tradición Romanística, por la que se entiende un segundo proceso histórico que se proyecta, en el tiempo, desde finales del s. XI, en Bolonia, hasta nuestros días.

d) Que, recordando a VINOGRADOFF⁸, este proceso es, desde un cierto punto de vista: “*la Historia casi de un fantasma, pues se trata de la segunda vida del Derecho Romano, después de la pérdida del cuerpo en que, por vez primera, vio la luz*”.

e) Que esta Tradición no ha entendido siempre lo mismo por Derecho Romano. Unas veces, ha visto en él la *reconstrucción* del Derecho del pueblo de Roma (visión histórica); otras, la *construcción* de un Derecho válido y actual para otras épocas, asentado sobre bases romanas (visión dogmática)⁹ y que nada impide (criterio por el optamos) obviando la contraposición, hablar de *continuación* del Derecho Romano, en una evolución secular¹⁰.

f) Que las dos tendencias (histórica y dogmática) convergen en SAVIGNY en el que se da la paradoja de que, influido por el neoclasicismo y romanticismo de su época, funda la Escuela *histórica* del Derecho y, a la vez, un pasado próximo iusracionalista hace que su obra de madurez, más destacada sea: El sistema del Derecho Romano *actual*¹¹. Las dos tendencias, influirán, a partir de él, y su discípulo PUCHTA, por separado, en los juristas de la segunda mitad del siglo XIX.

En síntesis: de un lado, el estudio *histórico* del Derecho Romano y su evolución, cuyos últimos representantes en lo académico (*neo-humanistas* los llama KOSCHAKER) son los actuales profesores de Derecho Romano; y de otro, su estudio *dogmático*, para la aplicación práctica de sus normas, que estaría representado, en aquel sector, por los actuales profesores de Derecho Civil, herederos de la *Pan-*

dectística, corriente alemana (en España no la hubo) del siglo XIX, que se caracteriza, como su nombre advierte, y conviene no olvidar, por los estudios sobre el Digesto en su denominación griega, *Pandectas*.

C) TRADICIÓN ROMANÍSTICA

VOLTAIRE, cuya aversión por el Derecho Romano le hizo decir: “¿queréis buenas leyes?, pues quemar las de Justiniano y haced otras”. (Lo que *natione materiae*, no comparto): advertía, también, que el “*arte de aburrir es pretender decirlo todo*” (Lo que sí) y en ello incurriríamos, de intentar detenernos en todas y cada una de las corrientes ideológico-culturales de estos 10 siglos (XI al XXI) pues *pretenderlo* sería *proponer* el estudio de la historia de la cultura jurídico europea.

Por ello me limito a resumir, a zaga de KOSCHAKER y WIEACKER¹², que las referidas corrientes van a incidir en la concepción y estudio del Derecho en general y del Romano en particular. Así lo hacen¹³: a) En los siglos XI y XII: Las ideas de *autoridad e imperio*. b) En los XIII y XIV: La propia decadencia de la idea de Imperio; la difusión de la doctrina de Aristóteles y la labor de la Escolástica sobre ella asentada. c) En los XV y XVI: el *humanismo renacentista* y la búsqueda de la verdad por todos los medios. d) En el XVII y sobre todo el XVIII: el *iusnaturalismo racionalista*, el libre examen y la fuerza ilimitada de la razón; y, ya en la Edad Contemporánea, e) en los siglos XVIII y XIX: las nuevas *corrientes políticas* (que cristalizan en unificación de Estados), *sociales* (que lo hacen en el ideario de la Revolución Francesa) y *culturales* (que plasman en el neoclasicismo y romanticismo), sin olvidar que las influencias *racionalistas* de antes y las *necesidades prácticas* de siempre propiciarán una tendencia Codificadora que encuentra en el *Code Napoléon* (1804) (verdadero Código de exportación) a su más genuino representante y en el BGB alemán de 1900, el cenit de su técnica más depurada.

No me resisto a recordar la frase que aparece en la EM del Código Napoleón atribuida a uno de sus autores, PORTALÍS¹⁴: “*Hemos levantado, en parte, nuestro edificio legislativo con*

los materiales que nos han transmitido los jurisconsultos de Roma. Roma ha subyugado a Europa con sus armas y lo ha civilizado con sus leyes”. Si no se considera petulancia por nuestra parte, propondríamos reflexionar sobre las tres últimas palabras y sustituirlas por “con su *derecho*”, pues SCHULZ¹⁵ se encarga de recordarnos que Roma “*que es el pueblo del Derecho no es, en cambio, el pueblo de la Ley*” y es de aquél y no de ésta del que los juristas somos deudores.

2. EUROPA: EL DERECHO ROMANO COMO IUS COMMUNE; SU DIFUSIÓN UNIVERSITARIA

A) EUROPA

Hacia el año 900 a.c.: HESÍODO, en su Teogonía, usa por vez primera el nombre de Europa¹⁶. Cinco siglos después, lo hará HIPÓCRATES, padre de la medicina, que la describe comparándola a Asia, y... hablando de padres... Heródoto, el padre de la Historia, nos dice que la tierra se divide en tres zonas: Europa, Asia y Libia, después conocida como África. Tal división, precisa KOSCHAKER¹⁷, toma como base el mar Egeo y hace que, en principio, Europa sea en lo general Mediterránea y en lo particular, griega.

En suma: según HERRERA BRAVO¹⁸ y MURILLO VILLAR¹⁹ (a quienes, en lo general, sigo²⁰) son los griegos quienes identifican a Europa como un espacio geográfico y es, precisamente, su mitología la que nos presenta a algunas heroínas con este nombre. La que propicia el de nuestra área geográfica es una joven y bella fenicia, hija del rey AGENOR, que jugaba en las playas de Tiro cuando fue avistada por ZEUS que, atraído por ella y metamorfoseado en gran Toro blanco, la raptó y condujo a Creta, donde la convertiría en su reina... y en la madre de los reyes de la dinastía de Minos.

Herederos de la grandeza griega, y según historiadores (POLIBLIO) y geógrafos (ESTRABÓN) de los romanos conservan una cierta idea geográfica de Europa (lo demuestra PLINIO el

Viejo, al inicio de nuestra era). En suma: fijan su límite Oeste, en el Océano Atlántico; contemplan a Gran Bretaña, como isla europea; señalan la frontera en el Este, con el Don y desconocen si Europa es o no insular. Para ellos, en fin, Europa comprende una serie de territorios y de pueblos: Iberos, Celtas, Germanos, Tracios, Griegos y un largo etcétera, junto a los desconocidos países escandinavos y una vasta planicie que se extiende desde el Báltico al Don²¹.

Lo cierto es que Europa no forma, de manera aislada, un continente, sino solo una península junto con Asia. Así, nos dice TOMAS Y VALIENTE²² que, por no ser un producto natural ni un supuesto geográfico: ni ha tenido, ni tiene, pacíficas y claras fronteras y por ser, en cambio, una realidad histórica, es, ante y sobre todo un fenómeno cultural, mezcla de elementos, romanos, germanos y cristianos; una civilización; una manera de entender la sociedad que, pese a las diferencias, conserva cierta uniformidad a lo largo de la Historia, pudiendo desprenderse de ello unos esquemas ideales de racionalidad que abarcan, por igual, sabores y creencias.

A la herencia greco-latina, se va a superponer el cristianismo y es a partir de este momento, aunque el proceso requiera siglos, cuando Europa surgirá con cierto protagonismo histórico, a través de la idea de la continuidad del mundo romano. Esta conciencia de identidad, según TORRENT²³, se inicia en el s VIII cuando con motivo de la invasión musulmana se produce el choque de las civilizaciones cristiana y musulmana. Es, precisamente, una crónica mozárabe del 754 la que designa como europeos (= *euro-penses*) a los que se enfrentaron a los árabes en Poitiers, en el 732, nombrando de este modo la continuidad continental que se defiende contra el enemigo exterior. Se define pues, una conciencia de Europa frente al Islam.

Dato de interés (y dentro de esta idea de Cristiandad) se produce cuando la noche de Navidad del año 800, el Papa LEÓN III, corona, en la catedral de San Pedro, a Carlomagno, Emperador y es saludado como *Rex Pater Europae*, reflejándose en los Anales de Fulda (recuerda MURILLO²⁴) su identidad al citar-

la como Europa o reino de Carlos: *Europa vel regnum Carolum*.

Por sintetizar: Más que de una forma política de Europa, que solo encontró con CARLOMAGNO y que el imperio germánico, que sucedió al carolingio, no pudo mantener, cabe hablar de una idea cultural, que aun no siendo unitaria tiene los ingredientes necesarios para amalgamarlos: mezcla de germanismo y de los elementos clásicos representados por el romano y el cristiano.

CANNATA²⁵, terminará por resumir: *Un mismo Dios; un mismo Papa; un mismo Emperador y un latín como lengua en una sociedad, que cada vez ignora más el griego y no utiliza las lenguas bárbaras en texto oficial alguno o con vocación literaria*. La pregunta surge espontánea: ¿Y un mismo Derecho? En la respuesta no hay duda: **NO**

B) IUS COMMUNE

Deberán transcurrir aún tres siglos para poder hablar de un mismo Derecho lo que, produciéndose en época medieval, requiere unas mínimas referencias, que nos conducen al aparente absurdo de lo que hoy podría denominarse ingeniería jurídica. O sea: que el Derecho que va a terminar siendo común en esta Europa existe antes que ella. De ahí que el título de este artículo sea *El Derecho Romano y Europa*, y no haya reproducido el de la obra de KOSCHAKER: *Europa y el Derecho Romano*. En otras palabras, Europa jurídicamente va a descansar en la visión dogmática, práctica si se prefiere, de un Derecho que le precede en el tiempo, aunque necesitará del concurso de las Universidades (téngase esto siempre muy presente, no se cansa de repetir TORRENT) a partir de su creación, siglo XI, para elaborar lo que se llamó *Ius Commune*.

En los siglos XI-XIII²⁶, en Bolonia nace su *Studium generale*, la Universidad más antigua junto a la de Teología de París, donde se agota, incluso en lo material, la actividad académica de la Escuela de Glosadores allí creada, y cuyo fin y mérito fue hacer inteligible la obra de Justiniano, logrando un texto sobre el que se va a apoyar durante siglos la cultura jurídica.

Esto se hace: libro por libro, título por título, frase por frase y línea por línea a través de glosas, término griego, que con igual grafía latina y catalana y omisión de una s en la castellana, comunica la explicación sucinta del significado de las palabras obscuras y que al hacerse en el mismo texto, al margen (glosa marginal) o entre líneas, (glosa interlineal) cristalizará en una *Magna Glossa*, (de ACCURSIO) con cerca de 100.000 glosas; lo que recordando (por caso) que la más extensa de las obras de JUSTINIANO, el *Digesto*, según su propio testimonio, tenía 150.000 líneas (*Constitutio, Tanta 1*) no es mal legado docente para sus sucesores.

A fines del s. XIII, principios del XIV²⁷, codificado, en cierto modo, el quehacer glosador, surge una nueva orientación en el estudio del Derecho Romano: la sucinta glosa se convierte en amplio comentario; el jurista, por su método de trabajo, de glosador pasa a comentarista y el derecho, de Justiniano, a Derecho Romano, una vez fijado y explicado, por la glosa, sigue siendo enseñado y sus *jurisprudentes* = conocedores del derecho, único que estudian y aprenden²⁸.

Así, por un lado (vertiente práctica) empiezan a aplicarlo, para resolver problemas de su época y por otro, (vertiente teórica) a sistematizar, ordenar, racionalizar y encuadrar todo el material jurídico en las categorías lógicas de la filosofía aristotélica; lo que hará que se conviertan en los primeros grandes dogmáticos y en los maestros de Europa del derecho.

Llevado quizá de un desmedido entusiasmo, (O NO), un no romanista, VALLET DE GOYTISOLO²⁹, llega a decir: “*todo cuanto tenemos no deteriorado del Derecho Civil, o sea que no necesita continuos retoques, resulta recibido del Derecho Romano, tal como lo dejaron los autores del Ius Commune, pues después no hemos hecho otra cosa, en la forma y en el fondo, que imitar, salvando las distancias, la mayoría de las veces, en su favor, el principal quehacer de comentaristas, o sea: compilar, codificar, clasificar, conceptualizar, sistematizar y fabricar dogmas jurídicos*”.

C) LAS UNIVERSIDADES

La influencia de estos Comentaristas fue extraordinaria. Estudiantes de todas partes acuden a sus Universidades hasta el punto que, en el caso de los *hispani*, la afluencia de nuestros escolares: primero catalanes, más próximos en espíritu y geografía a Italia; luego aragoneses (siglo XII) y por último, los provenientes de los reinos centrales (siglo XIII) motivó que, en el siglo XIV, que, el Cardenal Albornoz creara en Bolonia el Colegio de San Clemente, hoy Real Colegio de España, en donde, todavía, se siguen doctorando juristas españoles.

Los comentaristas pues se convierten en Maestros del Derecho de Europa y las Universidades que surgen a lo largo de la Baja Edad Media, en la Europa Occidental y Central, desplazan el carácter teológico de las anteriores y desde el siglo XV pasan a ser viveros de Comentaristas, y se convierten en un rápido proceso en base de la cultura común europea.

Consecuencia de la actividad académica de los Comentaristas fue: la recepción del Derecho Romano en casi todos los países europeos; el nacimiento de una cultura y conciencia jurídica común y la aparición de un sentimiento de unidad espiritual, asentado en la raíz latina del derecho de los pueblos (Italia, Francia, Portugal y España) a los que habrá que añadir lo que acabará siendo Alemania pues, por la constitución del Sacro Imperio Romano Germánico (962), su emperador Otón I se convierte en heredero de Justiniano, adoptando su derecho.

En suma: superando particularismos propios, se concibe al Derecho Romano como *ius commune*, adaptado a los nuevos tiempos por el *ius canonicum*³⁰ que desempeñará una función parecida (nos dice ROSSHIRT) a la del Pretor en Roma³¹. Este *ius commune*, compuesto por un *ius canonicum*, que representa el espíritu del derecho y un *ius civile*, que es su cuerpo (*corpus et animus* pues) resultarán para la época (uno y otro derecho = *utrumque ius*) inseparables.

Sin embargo, este *ius commune*, ligado a la idea de Imperio va a estar condicionado, precisamente, por la decadencia de ésta y el fraccionamiento político que conllevaba, comportan-

do la aparición de un *ius proprium municipale* en cada territorio que se le opondrá al *ius commune*. Los comentaristas superan esto encuadrando aquellas normas en la categoría del *ius singulare* con lo que se llegaba a la suprema *reductio ad unum* de todo el completo sistema jurídico: *Ius commune* Derecho Romano y Derecho Canónico, de aplicación general, *utrumque ius*, modificado en cada país, por el derecho propio y particular de éste. Siguiendo esta tendencia, las Cortes de Barcelona (de 1409 y 1599) establecen una cierta prelación de fuentes, en la que figura el *dret comú* como uno de los que pueden alegrarse ante los Tribunales³².

Pongamos punto final a nuestro periplo jurídico por la Baja Edad Media, precisando con COING³³ que esta recepción se puede ilustrar, por el desarrollo de las Facultades de Derecho, que a título de ejemplo encontramos: a partir del s XI, en *Italia* (Bolonía, la primera, Padua 1222, Nápoles 1224 y Turín 1405); del XIII, en *Francia*, [Montpellier 1260, Aviñón 1256, Tolosa 1229, Orleans (mediados) y Angers 1356]; en *España* [Salamanca 1218-1219 Valladolid, (en tal siglo) y Lérida 1300] y *Portugal* (Coimbra 1290); del XIV, en el antiguo *Imperio Alemán*, (Praga 1347), Viena 1365, Heidelberg 1385, Colonia 1388, Leipzig 1409; Lovaina 1426; *Polonia* (Cracovia, 1364) y *Hungría* (Pest, 1367) y del XV, en los Países Nórdicos *Dinamarca* (Copenhague 1478) y *Suecia* (Upsala 1477). O sea: a fines de la Edad Media casi todo territorio, precisa COING, algo extenso, disponía de su Facultad de Derecho propia donde se enseñaba el *Ius Utrumque*.

Este *ius commune* se proyecta en el tiempo por medio del llamado *mos italicus* (siglos XVI-XVIII) que emboca en las Codificaciones: prusiana, francesa y austriaca. Mientras que, en Alemania, a través del movimiento que reproduce el título de la obra de SAMUEL STRIK (1640-1710) *usus modernus pandectarum* y, de la ya citada *Pandectística*, se va a producir la última gran manifestación de vitalidad de este Derecho Romano construyendo un sistema jurídico en un ambiente tan distante de las antigua Roma como la Alemania de la 2ª mitad del s XIX³⁴.

De todo lo expuesto dos consecuencias cabe extraer: 1ª) que, como reitera TORRENT³⁵, el Derecho Romano, en su formulación, medieval, *constituye elemento destacado para la "interpretación" y "crítica" de nuestro Derecho positivo privado* general, pues, a fin de cuentas, como dice MURILLO³⁶ *es el análisis que explica la síntesis de los modernos códigos, y éstos no otra cosa que final de la evolución de un principio jurídico que sólo será bien comprendido cuando se analice su raíz remota*.

Y 2ª) Que unidad y diversidad pueden armonizarse³⁷. Así, si el jurista de *hoy* se debe empezar a familiarizar con un ordenamiento jurídico unitario, en que convivan un conjunto diverso de sistemas normativos (tanto en España, con sus autonomías, como fuera de ella, con los países comunitarios) y el jurista del *mañana* (o sea, el estudiante actual) debe partir ya de su existencia... esto, para el jurista romano (jurista de *antes de ayer*) con la pluralidad de estratos jurídicos que comporta su derecho: *Ius Civile*, *Ius Gentium*, *Ius Honorarium*, *Ius Novum* y para el comentarista (jurista de *ayer*) con la (*reductio ad unum* del *ius commune* y el *ius proprium*)... no es nuevo y sí familiar.

3. EL DERECHO ROMANO A PARTIR DEL BGB

A) CONCEPCIÓN JURÍDICA DE UN DERECHO HISTÓRICO

La promulgación del BGB, el 1 de enero de 1900, supuso la pérdida de la vigencia y aplicación práctica del Derecho Romano y, llegados los años 50, la desconexión entre Derecho Romano y Derecho Civil hará que: se tenga que precisar (por un lado) la situación de aquél dentro de las ciencias históricas³⁸; y analizar (por otro) cómo es posible su actualización, participando, así, del carácter de las ciencias jurídicas. En síntesis: esto último se logra a tenor de una concepción dogmática del Derecho Romano que toma como base, no su autoridad intrínseca, sino su valor formativo, y lo primero, demostrando que el Derecho Ro-

mano no sólo es *ciencia histórica*, al estudiar las formas jurídicas que regulan la vida de Roma y su Imperio, sino *ciencia jurídica*, pues el estudio de dichas formas interesa al jurista moderno por su propia perfección técnica³⁹. En definitiva, matiza D'ORS LOIS⁴⁰, el Derecho Romano es más que ciencia histórico-jurídica, *ciencia jurídico-histórica*, ya que el romanista, aunque historiador a la hora de determinar la autenticidad de un dato o el tenor originario de un fragmento, es ante todo jurista, al deber y tener que profundizar en el contenido sustancial de aquél para poder integrarlo en un orden jurídico-sistemático⁴¹.

B) CONCEPCIÓN ACADÉMICA AUTÓNOMA

Pasemos a la Universidad⁴². El que el Derecho Romano, como parcela académica universitaria (hasta ayer área de conocimiento), se haya estudiado (desde el siglo XI, donde era la única disciplina jurídica, mejor aún, *el Derecho*) y se siga haciéndolo en las Facultades de Derecho (no en las de Historia); que el elemento docente, en aquellas, en general (y en el ámbito del Derecho Romano, en particular) esté integrado por juristas (no historiadores) y, en fin, que el discente aspire a ser, en un futuro inmediato, jurista (no historiador) son razones que (a nuestro juicio) eximen de un mayor comentario sobre el Derecho Romano como ciencia jurídico-histórica y parcela académica autónoma que (recordadas por MURILLO⁴³) no se desvirtúan por el hecho, de que quien inicia sus estudios de Derecho, en nuestras Facultades, no sienta la vocación de jurista y sólo pretenda servirse de los estudios que se imparten en ellas para múltiples utilidades. A riesgo de reiterar, es en las Facultades de Derecho donde debe permanecer el Derecho Romano, como parcela académica autónoma y, en modo alguno, de manera ancilar, o un apéndice en extinción de otra materia, la de Historia, en aras a una más que discutible interdisciplinaridad.

Permítaseme un inciso (para mí obligado en lo personal) y (en mi opinión) de interés en lo universitario y académico (en lo general)⁴⁴.

Se debe al Decano de la Facultad de Derecho de la UB, profesor ENOCH ALBERTÍ ROVIRA el haber evitado tener que explicar en foros científicos, de calado, un auténtico contrasentido jurídico. Intento explicar algo inexplicable. Lo que resultaría del hecho de que (académicamente) la Historia del Derecho *Español*... Repito: Que la Historia del Derecho *Español* se convirtiera en Historia del Derecho *Europeo* y que el Derecho Romano (que es junto con el Canónico, la Historia del Derecho *Europeo*)⁴⁵ se convirtiera en un capítulo de la Historia del Derecho *Español*.

Esto es lo que se ha intentado (y no conseguido por la actuación responsable del DR. ALBERTÍ) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y se ha conseguido (sin casi intentarlo) en la UOC, en ambos casos por una misma persona con cargo académico (por descontado) y sin titulación de jurista (es obvio) aunque sí de historiador (reitero lo innecesario)⁴⁶.

A veces, sin duda, en aras a una brevedad y concisión familiar, (o no), se suele omitir lo de *Español*, como determinante de la Historia, tal vez, por no herir algún tipo de sensibilidad política (o no). Sin entrar en lo justo o injusto. En derecho, aunque a veces se olvide, es lícito discrepar. En mi opinión esto, hoy, y con arreglo a una normativa, todavía vigente: no sería ni riguroso ni asumible "históricamente", y, *a contrario*, sí *incongruente* al recordar los últimos descriptores de los textos (o sea, el BOE, el DOG o el RUGT⁴⁷) que son, respectivamente: el *Derecho Romano y su recepción en Europa* y la Historia del Derecho **Español**: *Estructuras básicas y evolución del derecho español*. No tengo conocimiento, oficial de algún cambio posterior. Pero, en todo caso, no habría problema: se cambian los descriptores y a otra cosa, pero seguiría sin parecerme serio, sobre todo históricamente⁴⁸, el privar la referida autonomía.

Sigo con la Universidad, entiende TOURRENT que en el ámbito jurídico es imprescindible introducir una asignatura con el título de: *Fundamentos de Derecho Europeo*, cuya enseñanza Italia ha encomendado (sabidamente) a los romanistas. La razón es sencilla (en la

forma) y científicamente impecable (al menos bajo mi óptica) en el fondo y la ofrece TALAMANCA⁴⁹ porque le corresponde desempeñar el mismo papel unificador (sugiero como hace MURILLO, “armonizador”) que ejerció el Derecho Romano en el mundo antiguo.

4. EL TERCER MILENIO: JUICIOS JURÍDICO CRÍTICOS

Hoy, en el año 2011, conviene recordar: 1) que, si “conocer” equivale, como dice BISCARDI⁵⁰, a *scire per causas*, el Derecho Romano resulta necesario para conocernos a nosotros mismos y a nuestro Derecho; 2) que, si la Historia del concepto de Europa muestra la continuidad de una tradición jurídica no interrumpida desde el mundo clásico hasta nosotros es, precisamente, a través de la supervivencia del Derecho Romano y 3) que, si se tiende a la construcción de un Derecho Común europeo, no es novedad si recordamos la Historia de la propia cultura jurídica europea⁵¹.

Es cierto que, hoy, se habla de una crisis en el estudio del Derecho Romano y, en las Universidades europeas, en lo académico, se reduce su docencia, pero no lo es menos que tal crisis es el reflejo de otra más amplia que no sólo afecta al Derecho Romano, sino a la Sociedad, al Estado, al Derecho (al Derecho Privado), a la propia Universidad y que viene siendo denunciado por voces más autorizadas que la mía. Aludamos al reflejo de esa crisis: A) en el propio Derecho; B) en quienes lo profesan y C) en quienes lo enseñan y estudian.

A) SOBRE EL DERECHO

Hay que tener presente: a) Que entre los sistemas jurídicos se difumina la tradicional distinción de codificados y jurisprudenciales al invertirse los factores, nos dice LÓPEZ ROSA⁵², con los que venían operando; b) que, en estos, y en particular en el nuestro, la inflación legislativa propicia la superación del Código como dogma y hace que se cuestione la idea de la codificación, incluso se habla de una

época de descodificación, aunque algunos territorios (también dentro de nosotros, el inciso es mío) en el polo opuesto, la acometen con entusiasmo más que por necesidad real y auténtica, como manifestación externa de su discurso nacionalista⁵³; c) que se fomenta un vulgarismo e inseguridad jurídico al que no es ajeno el confusiónismo de las propias fuentes y d) que, en el ámbito universitario, también se difumina la imagen del futuro profesional del Derecho; porque la incidencia de las ciencias sociales y económicas parecen amenazar la autonomía de unos estudios propiamente jurídicos⁵⁴, a la vez que, en España, las directrices de la docencia jurídico-universitaria a instancia del legislador, so pretexto de unos nuevos planes de estudios, “de grado” los llama ahora, y un adecuar el contenido de las materias a las nuevas necesidades, se traducen en una reducción de los programas y en invitación a que los manuales y libros, en nuestras Facultades, reduzcan el Derecho a una serie de recetas de fácil aplicación.

B) SOBRE QUIENES LO ENSEÑAN

¡Es cierto... toda esta crisis! Pero tampoco es novedad, sobre todo si preguntamos a la Historia y más aún si nos centramos en el Derecho Romano Posclásico a partir del siglo III⁵⁵.

En fin, no quiero seguir por un camino que me conduciría de lo académico a lo económico, como consecuencia de la eventual aplicación de unas discutibles tasas de rendimiento académico con las que, como el Guadiana, de vez en cuando se amenaza a los docentes. Por ello me limitaré, si se me permite el empleo metafórico de los elementos, (Arts. 1088 y 1911 del CC) que acaban por integrar el concepto de la obligación (teoría iniciada por el pandectista ALOYSIUS VON BRINZ, en 1874) y del fin que persigue (me limitaré, repito) a advertir de un triple peligro, derivado *ex hipotesi*: a) de una mal entendida necesidad, deber, *debitum*, *Schuld* (o conveniencia al menos) de suspender poco o de aprobar mucho (anverso y reverso, como crédito y deuda, de una misma moneda); b) de obviar la responsabilidad, *obligatio* o *Haftung* (al menos social) al

bajar unos niveles de exigencia académica; y c) de incumplir (dolosa o culposamente) la exacta observancia de la prestación debida, al ignorar quienes propugnan tales directrices la distinción formulada por los economistas entre bienes de *conocimiento*, bienes de *experiencia* y bienes de *confianza* (que serían estos últimos).

Finalizo este punto; me convierto en *nuntius* de TORERENT⁵⁶ del que no solo transmito, sino que hago mías sus palabras e intento tranquilizarme, al pensar que debo de estar equivocado porque: *la crisis está en todo. Y cada uno la ve, piensa y define a su manera y así, (tan diversamente vista, pensada y definida) se ha convertido en moneda corriente aun con unos perfiles totalmente desdibujados, acaso por el terrible poder que tienen las palabras de liberarse de su significado.*

C) SOBRE EL QUE LO PROFESA

Si es pacífico, en general, tener por jurista (de *ius*) a quien estudia y/o profesa el Derecho, no lo es, en particular, precisar la misión u oficio de este (*iurisprudens*) o sea del concedor del Derecho y, por ello, el tipo de educación jurídica que requiere.

En cuanto a la importancia del jurista solo observaré⁵⁷: a) Que, tras sustituir al clérigo medieval, en el siglo XIX, goza de un indiscutible e indiscutido prestigio, que se proyecta y mantiene durante la primera mitad del siglo XX; y b) que, a partir de la segunda mitad del pasado siglo y trascurrido ya el primer decenio del presente, constata que su imagen, como la que del propio Derecho se sigue, difuminando y vuelve, cada vez más borrosa.

Profundizando algo más, y sin pretender salvar, al menos de forma consciente, unos intereses profesionales; ni la vanidad de los juristas, *los más vanidosos de todos los hombres* (según ERASMO) y, menos aun, plantear el problema del humanismo moderno, sí parece oportuno: advertir (con MARX) *que todos debemos tender a que sean más humanas las relaciones entre los hombres*; tener presente (con KANT) *que todo hombre es fin en sí mismo y no instrumento de intereses ajenos* y recordar (con

LATORRE) *“Que el ser humano por serlo debe tener todos los medios necesarios para el desarrollo de su personalidad”.*

Por ello, en cuanto a la educación jurídica, huyendo de posturas extremas que la historia, *magistra vitae* en frase de CICERÓN (*De oratore*, 2.9.36), son inviables: comparto, con LATORRE⁵⁸, que aquella *no debe ser pura teoría ni simple práctica, sino adecuación del análisis intelectual a la práctica* y que un pensamiento así entendido se refleja en los 50 libros del Digesto y es la eterna lección de Roma⁵⁹.

Siguiendo al propio LATORRE⁶⁰, cabe precisar que la misión del jurista no debe ser “solo”, aun siendo importante, el exclusivo uso, o sea *aprender* el Derecho, como instrumento al servicio de unos fines concretos. La razón es obvia: porque toda técnica es instrumento y no fin. Por ello, debe ascender un segundo peldaño en su actividad intelectual y *comprender* el Derecho, lo que implica ponerlo en conexión con toda la realidad social, pues... (no lo olvidemos) es a la sociedad a la que debe servir. Comprensión (del Derecho) que es paso previo para su *interpretación* y obligado para su *crítica*. Y no nos referimos solo a una crítica interna, en cierto modo ya incluida en la técnica jurídica, sino, también, a otra externa, que (realizada fuera del sistema) recae sobre los fines y se funda en una ideología determinada. Por ello, en los países de diversa ideología, como el nuestro, podrá ser de signo distinto, y aun contradictorio, y cada jurista, o grupo, intentar persuadir del acierto de sus puntos de vista al último y difícil juez de una sociedad democrática y pluralista: la opinión pública.

Partiendo de la crítica, el jurista ha de luchar por el logro de su último objetivo: promover las *reformas* que estime oportunas, en lo que también incidirá su ideología, y, así, aunque en el mundo moderno el jurista, a diferencia del romano, no *crea* derecho, sí puede, y debe, intervenir en este proceso, en lo que estime oportuno, con su única arma: la persuasión, para así acercarnos a esa sociedad más justa que todos deseamos

5. LAS TRADICIONES JURÍDICAS EUROPEAS: COMPATIBILIDAD

Dice CANNATA⁶¹ que la experiencia inglesa (*common law*) y la de Europa continental (*civil law*) son tenidas en un mapa sistemológico, ya no europeo, sino mundial (por sus ulteriores difusiones) como tradiciones jurídicas, netamente diferenciadas. En suma: los Ordenamientos jurídicos, hoy, se suelen agrupar, como es notorio, en dos tipos, *abiertos* o jurisprudenciales y *cerrados* o codificados; nombres que se deben a SCHULZ, quien los formula en su *Historia de la jurisprudencia romana*⁶²; se difunden por ESSER, a través de su *Principio y Norma*⁶³, y superan la polémica, ya aburrida, dice WIEACKER⁶⁴, entre *jurisprudencia de conceptos y de intereses*⁶⁵.

Las principales notas diferenciales entre ambos tipos de ordenamientos descansan, tradicional, cronológica y respectivamente: a) en la contraposición de materias (codificadas, o no); b) en el modo de pensar clásico (axiomático o problemático) y c) en las categorías modernas, también de pensamiento, (sistemático o aporético).

Tras este mínimo recordatorio doctrinal, conviene, de inmediato, advertir que estas diferencias, hoy, no se producen (parafraseando a KASER)⁶⁶ “*en toda su pureza*”. Al revés, es opinión difundida que en los sistemas jurídicos se difumina la tradicional distinción. ZIMMERMANN⁶⁷ habla de *diferencia evanescente* y PANERO ORIA formula al menos, tantas observaciones críticas a contrario (*a repugnantibus*, es la terminología ciceroniana que usa) como criterios diferenciales, antes en doctrina, se habían señalado.

Es momento y ocasión de detenernos en ello, aunque sea mínimamente, porque de no hacerlo y proponer al Derecho Romano como *armonizador* entre lo que, por lo común, podría calificarse de tradiciones irreconciliables, resultaría *a priori*, incluso para un mero aprendiz de lo jurídico, tan fácil de rebatir que ni siquiera tendría que argumentar. Así, aun presumiendo, *iuris tantum*, su buena fe (la ignorancia también es peligrosa), esta hipotética persona se equivocaría y, lo que es peor, induciría a otros a un error. Por ello, se debe precisar:

1º) Que aunque las materias (en los sistemas *cerrados*), estén codificadas, su interpretación, complemento y reelaboración se realiza dentro de las categorías y con los medios del derecho casuístico, sin olvidar que en estos sistemas *abiertos* hay partes importantes de Derecho reglado⁶⁸. 2º) Que la oposición entre pensamiento problemático (tópico) y deductivo (axiomático), en el mejor de los casos, es equívoca, al ser conceptos de rango lógico diferente y operar en momentos distintos del proceso racional. En otras palabras: la tópica puede cumplir además de una primera función analítica, otra segunda sintética, a través de la cual podría construir un sistema. 3º) Que sobre el valor (o valores) de la palabra Tópica, también se debe proceder *ad cautelam* pues, siendo unívoco como significante, es plurívoco como significado, sin preterir, lo apunta VIEHWEG⁶⁹, que, también, hay una tópica de segundo grado, que consiste en aplicar unos sencillos repertorios de puntos de vista o catálogos de tópicos, previamente elaborados. Un catálogo así, con el título *de regulae iuris antiquae* ofrece Digesto 50.17. Y 4º) Que, en cuanto a lo sistemático y lo aporético⁷⁰, la prudencia invita a eludir identificar el término “sistema” con “axioma”. Es cierto que el modo de pensar sistemático procede desde el todo y el aporético al revés; pero no lo es menos que las dos funciones son compatibles y lo que exteriorizan es que, si se pone el acento en el *sistema*, su establecimiento opera en la selección de *problemas*, y si lo hacemos en el *problema*, éste buscará un *sistema* para encontrar la *solución*.

Como colofón a lo hasta aquí expuesto. CANNATA, a quien vuelvo, reitera que nadie puede negar, en los sistemas europeos del continente, los *cerrados*, que los precedentes jurisprudenciales tienen tal importancia y autoridad que, en muchos campos, no se *conoce* el derecho, si no se *conoce* la relativa jurisprudencia. A lo que me permito añadir, también, como complemento, en cuanto a los *abiertos*, y de la mano de SCHULZ, que Roma (a la que se toma como base, familiarmente, a través de su Tradición) “*que es el pueblo del Derecho, no es en cambio, el pueblo de la Ley*” y, con igual orientación, que, *en Roma*: En principio no

estaba la Ley... (el inciso es mío). “*En principio... estaba el caso*”.

HERRERA⁷¹, siguiendo a RAINER⁷² y STEIN⁷³, nos da noticia de un caso, relativo al derecho anglosajón actual, que puede servir de adecuado punto final a este apartado en que mantenemos la compatibilidad de las dos tradiciones jurídicas europeas. Se trata de dilucidar sobre los derechos de dos compañías cuyo petróleo se había mezclado en la bodega de un petrolero⁷⁴. El tribunal entendió que, al no mediar culpa de parte, debía reconocerse la copropiedad según cuotas respectivas (D.6.1.3.2)⁷⁵. La decisión se apartaba del precedente pero el tribunal, consciente de ello, declaró haber optado por la solución que *la justicia requería*, lo que no convenciendo a una de las partes, la hace recurrir a la *High Court*, argumentando la existencia de un *error iuris* o tratarse de una sentencia arbitraria, fundamentada en la *Arbitration Act*. de 1979. Este Tribunal decidió, de nuevo, a tenor del Derecho Romano, razonando que las soluciones anteriores de la *Common Law* eran toscas y primitivas y la actual tenía una base más sólida, y conforme a la aplicación de los principios de Derecho Romano vigentes en casi toda Europa.

6. DERECHOS: COMÚN, COMUNITARIO Y CODIFICADO

A) DERECHO COMÚN

Hemos visto que el fenómeno de la unificación jurídica europea no es algo reciente, sino que se ha manifestado en la Historia de su Derecho a través del *Ius Commune*. Hasta aquí no hay duda, ni tampoco que hay cierto paralelismo, *prima facie*, entre éste y el derecho *Comunitario*, aunque solo lo fuera por su raíz terminológica: pues *Comunitario* viene de *Común*. Esto, debo confesarlo, me atrae. Sin embargo, de sucumbir a la tentación, incurriría en la falta de seriedad y rigor que, siempre, hemos intentando denunciar y combatir y, en cierto modo, también, implicaría ir contra

nuestros propios actos (*patere legem quam ipse fecisti* D.2.2)

Por ello, sin negar este primigenio nexo, se debe diferenciar uno y otro Derecho para lo que nos basta incidir con HERRERA⁷⁶: Que por las *fuentes* el Derecho *Comunitario* se asienta en las directivas y tratados, mientras que el *Ius Commune* se desarrolla a través de la doctrina, se enseña y difunde en las Universidades y juegan un relevante papel los juristas. Que, por el *objeto*, el Derecho *Comunitario* se compone por normas de naturaleza pública y, *a contrario*, el *Ius commune* por elementos de derecho privado. Y por la *aplicación*, el Derecho *Comunitario* tiene aplicación preferente, mientras que el *Ius commune* es supletorio de aplicación general en toda Europa⁷⁷.

B) DERECHO COMUNITARIO

A riesgo de repetir, pero con deseo de aclarar. El actual *Derecho Comunitario*, aunque es: *común* para los estados miembros de la UE; fundamento de la cultura jurídica europea y base del derecho de la Europa cristiana y de la tradición jurídica occidental... no es un verdadero *ius commune* revivido⁷⁹. Éste, baste recordar que, entre otras notas: a) *contenía* el derecho romano-canónico; b) su *vigencia* temporal, huyendo de fechas, tomaba, como *dies a quo*, finales de la Edad Media y como *dies ad quem*, la Revolución francesa y c) por último, su *vigencia espacial* se ceñía a los países del centro y oeste del continente europeo.

Así pues, históricamente, cumple su misión y se integra en las codificaciones y en los diferentes derechos positivos, contribuyendo su estudio en la formación del jurista para que pueda comprender, interpretar y criticar el Derecho Vigente Codificado

C) DERECHO CODIFICADO

Se ha dicho, recuerda TORRENT⁷⁹, que los Códigos son *certificado de defunción del ius commune* que se había ido acrecentando complementado por los derechos y tradiciones locales; que abrían la puerta a la emancipación del

hombre buscando su felicidad con sus derechos fundamentales (personalidad y libertad) protegidos y los patrimoniales (responsabilidad y bienes) claramente perfilados. Pues si *dicitur*..., en nuestra opinión..., *nihil obicitur*. Pero también, se observa, prosigue TORRENT, aunque a lo mejor se diga menos, que los Códigos han llegado a un punto de agotamiento tal, que se discute como hemos visto, hasta su propia conveniencia. (Otra cosa cabe apostillar: su rédito, oportunidad o conveniencia política)

Dos siglos de experiencia postcódigos, prosigue TORRENT⁸⁰ han insuflado presión sobre las profesiones jurídicas. Muchos no entienden la vida sin Códigos (o sea, sin derecho legislado) y (de nuevo en nuestros días) vuelve a surgir una discusión recurrente sobre la conveniencia de contar con normas positivas dadas por el legislador o ser preferible un derecho jurisprudencial. La discusión se vuelve a plantear con el derecho de la UE y nos remitimos a su compatibilidad y a las observaciones de PANERO ORIA.

Tal vez, ahora, los juristas teóricos y prácticos, dice TORRENT⁸¹, están en un *impasse* por el agotamiento de la experiencia codicista y las dificultades propias de un derecho nuevo, derivado de la UE, cuya finalidad última es lograr un *ius commune europaeum*. Que llegue a ser realidad (o quede en *desideratum*) depende de la propia ciencia del Derecho, que ha demostrado, a lo largo de siglos, saber enfrentarse con notables dificultades y, hasta ahora, superarlas con éxito.

7. EL DERECHO EUROPEO: UNDE?; QUO?; UBI?; QUA?

Inicialmente tres preguntas, a nuestro juicio, deben contestarse para afrontar, con rigor, la formación de lo que se podría llamar Derecho Privado Europeo (*Ius Privatum Europaeum*)⁸² y que, respectivamente, fijarían su punto de partida, arribo y camino a recorrer entre aquél y éste. Método, si se prefiere, puesto que método es camino. Tales preguntas, de forma simplista,

cabría anadarlas a otros tantos interrogantes latinos: lugar *De* dónde (*Unde?*) venimos; lugar *A* dónde vamos (*Quo?*) y lugar *En* dónde estamos (*Ubi?*). Aún se podría ampliar el cuadro formulando el cuarto interrogante que especificaría el lugar *Por* donde se pasa (*Qua?*).

A) UNDE? = ¿DE DÓNDE?

Creemos que tres observaciones que formula MURILLO⁸³ posibilitan dar cumplida respuesta a este primer interrogante. Éstas son: 1ª) Que la UE tiene, entre sus deberes, acercar las legislaciones comunitarias allí donde su variedad puede plantear obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicio. 2ª) Que esto aún no ha tenido lugar, sobre todo, en el ámbito del Derecho Privado Europeo, que no es otra cosa que mera “consrelación” (metáfora que apostillo adecuada por las estrellas de la bandera de la UE)⁸⁴ de ordenamientos autónomos que se coordinan a través del sistema del Derecho Internacional Privado y la Cooperación Judicial. 3ª) Que la Unificación jurídica no es tema nuevo en Europa. Al revés, vuelve a plantearse de modo recurrente, cada cierto tiempo, y siempre teniendo las condiciones políticas un denominador común, *su necesidad*. Así, resume TORRENT⁸⁵, que: existió en el *mundo antiguo*; volvió a darse con el *renacimiento jurídico medieval*, en el siglo XI; fue defendida *de humanismo y renacimiento*, en los siglos XV y XVI; repropuesta por el *iusnaturalismo racionalista*, en los siglos XVII y XVIII que, debatiéndose entre tradición y razón (me permito matizar al Decano de los actuales Romanistas) puso los cimientos de la inmediata *codificación*, legislación única y uniforme que se producirá, a fines del siglo XVIII y a lo largo del XIX, en Prusia, Francia, Austria, Italia y España.

En definitiva, hoy, no basta con ser europeo, observa MURILLO: hay que saber serlo, lo que comporta: (1) tener un conocimiento esencial del pasado y de la actual organización colectiva de Europa. (2) Reconocer el valor de los principios en que se funda. Y (3) querer contribuir en su consolidación y mejora. En

(todo) ello Roma (su Historia y su Derecho) tiene mucho que decir, ya que, precisamente de él emanan la mayoría de los ordenamientos jurídicos vigentes.

B) QUO? = ¿A DÓNDE?

Pasemos, de la vertiente *histórica*, el pasado, a la *dogmática*, lo actual (a donde = *quo*); y de lo conocido a lo que tenemos que descubrir, *inventar* (de *invenio*) en su primera acepción. Así, en lo posible, tomando como base aquellas improntas de utilidad y practicidad, notas indelebles del *iurisprudens*, y tras las pautas sugeridas por MURILLO⁸⁶, cabría observar respecto a ese *Ius commune europaeum*:

1) Que una reflexión histórica parece imprescindible. La razón es simple y no otra que: la dificultad (imposibilidad metodológica, si recordamos, como ya dijimos, que método es camino) de saber a dónde vamos si desconocemos de dónde venimos. 2) Que no puede surgir *ex nihilo*. No debe ser inventado (en su acepción irreal y peyorativa). ¿La razón? o ¿razones?: a) *porque* se estaría creando un derecho superficial, artificial y por ende efímero; b) *porque* se encubriría (en la forma) lo que (en el fondo) no dejaría de ser Ingeniería jurídica, asentada en criterios inspirados por políticos tecnócratas; c) *porque* sería muy difícil (si no imposible) prescindir de unas categorías jurídicas ya existentes, esenciales para armonizar y regular nuestra relaciones. 3ª) Que, en el polo opuesto, no hay que llegar a la exaltación enfermiza del pasado.

Permítanme que hable de una fuente no escrita, que cita MURILLO, y creo puede y debe invocarse: *La moral del naufragio*. “Salvar lo imprescindible”, al menos lo necesario, en sentido estricto. A) ¿*Su Dificultad?* Que habría que adaptarlo a las nuevas necesidades. (Me empiezo a asustar, y hablo en primera persona, porque no sé si estoy planteando un *neopandectismo*). B) ¿*Su Atractivo?* Existir unos sólidos cimientos basados en el Derecho Romano, *ius commune* medieval y moderno. C) ¿*La gran ventaja?* que el tiempo ha sido un buen banco de pruebas al facilitar unos materiales jurídicos contrastados y consolidados de los que sería una barbaridad

prescindir a la hora de construir Europa. D) ¿*El peligro?* (y me permito prevenir a MURILLO, aunque su subconsciente lo percibe, pues habla de *barbaridad*) Que siempre ha habido *barbaros*. Y, si se me permite la *levitas animi*, basta preguntar a los romanos.

Otras razones, podrían ser E) Que un ordenamiento jurídico europeo que se base en sus antecedentes históricos, en lo esencial Derecho Romano, nunca parecerá extraño a cualquiera de los pueblos a los que se pretenda aplicar, pues cada uno podrá reconocer en ese ordenamiento unitario parte de una historia común y parte de su propio presente enriquecido con lo mejor de la realidad actual de cada una de las demás tradiciones jurídicas nacionales; pues, en definitiva, el Derecho Romano es, en frase de MURILLO, *la casa común del jurista europeo*, en donde encuentra principios y contenidos que le permiten el análisis y crítica, en profundidad, en un lenguaje que no le resulta extraño y sí familiar como la *domus* referida. Pues debe tenerse presente que si la propia UE es un proyecto en la historia, el Derecho Romano será la *graffia* con la que deba cumplirse pues no en vano se ha calificado, por IHERING: de *alfabeto del Derecho*; por ÁLVAREZ SUÁREZ de *humanismo de los juristas* y por KUNKEL de su *lingua franca*⁸⁷.

Ante la formulación de un renovado *ius (privatum) commune europaeum* (que en apariencia parece volver a recorrer caminos trillados), TORRENT⁸⁸ formula una doble pregunta: Si estamos seguros de que esto solo será posible a condición de que el jurista esté marcado a sangre y fuego por la tradición romanista, único baluarte y garantía para nuestra europeización y de la que no podrá, en modo alguno, prescindir. Y, de contestar afirmativamente, a lo anterior: Si no será un romanticismo ilusorio seguir sosteniendo la infinita efectividad del Derecho Romano.

Con sinceridad, debo confesar a TORRENT que, honradamente, no lo sé. Pero al final de mi vida académica ¿me falta tanto que aprender; Y me pregunto ¿Y no es romanticismo en una época de total y absoluto materialismo invocar que el Derecho es “el espíritu” (que en mi opi-

nión se opone a lo material o corporal, tanto como el *corpus* al *animus*) de un pueblo...? olvidando que esta frase tampoco sería nueva, sino también recurrente, y que, antes de usarla hoy nuestros políticos, DURÁN y BAS ya la había utilizado y ya antes SAVINY con su *Volksgeist*, y la incoherencia de identificar al Derecho Romano con el Alemán, cuando Roma jamás logró dominar a Germania.

C) UBI? = ¿EN DÓNDE?

Descendamos un peldaño. ¿Cómo se puede lograr este *ius europaeum*? ¿En dónde? La respuesta a este *ubi?*, a mi juicio, es clara. Solo con un esfuerzo importante de la ciencia del Derecho, concentrada, como demuestra la historia (lo hemos dicho y reiteraremos) en la Universidad, se pueden poner en claro los Fundamentos del Derecho Europeo y situar los ejes de una conciencia europea jurídica común. Ello no debe interpretarse como menosprecio a la actividad de los operadores prácticos⁸⁹, pero sí como descarte, en todo caso, de subordinarse a ella. En fin, el Tema de la unificación o armonización, lo hemos visto: *No es un problema nuevo*

Recordemos que el *ius commune (europaeum)* fue, en esencia, fruto del laboreo científico sobre textos romanos, que terminan por convertirse en *ratio scripta*, a la que se fueron añadiendo influencias canónicas y de los derechos locales. También hoy, la aspiración de alcanzar un *ius commune europaeum*, debe ser tarea prioritaria de la ciencia del Derecho y, por tanto, producida (por lo común, e incurrir en consciente *iteratio*) por las Universidades que deben preparar juristas europeos.

En este momento histórico entiendo que desde las Universidades tendréis que hacer y esforzaros⁹⁰ en ofrecer soluciones para el logro de un correcto conocimiento, elaboración y aplicación del Derecho de la EU. A favor de ello se cuenta, con a) una *tradición jurídica*, en su mayor parte Derecho Romano, espectacular; b) una experiencia jurídica sucesiva, su Historia, enormemente enriquecedora, y c) una dogmática, Derecho Civil, depuradísima. Todo lo cual hace de los saberes jurídicos uno

de los campos estudiados con más alto nivel y perfil científico⁹¹. Por ello, si en la práctica a romanistas y civilistas (no olvidemos estamos en la génesis de un *ius privatum europaeum*), se incorpora: el historiador, el filósofo del Derecho; el comparativista; el internacionalista... esta *societas iurisprudentium* en el sentido romano del primer término (huérfano, por ende, de un *animus lucri*) deberá acometer una empresa que no me atrevo a calificar de utópica, pues comportaría la extinción de la *societas* que estamos creando, casi antes de su constitución por imposibilidad de poder cumplir su fin (*solvitur...ex rebus*)⁹² pero sí de muy difícil logro, pues me cuesta trabajo entrever la obligada *fraternitas* entre los eventuales *socii*. En todo caso: será apasionante; los papeles específicos de cada especialista de lo jurídico deberán respetarse y, aun lindando la contradicción en apariencia, todos ellos conectarse.

Este camino se empieza a recorrer y los profesores (al menos de Derecho Romano⁹³) van abandonando o, en nuestra opinión deberían pensarlo, su *neo-mosgallicismus* o *neohumanismo*, para descender al derecho positivo, en su doble vertiente de *ius proprium* o *ius commune*.

D) ¿QUA = POR DONDE?

Observa KNÜTEL⁹⁴, a quien, desde este momento, sigo: que casi sin advertir, se está desarrollando en la jurisprudencia de la UE un conjunto de principios jurídicos, en el ámbito no solo del Derecho en General y del de Obligaciones en particular, sino en el del resto de Derecho Privado. Principios que son comunes a los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros y que, en buena medida, contribuyen a que un derecho comunitario *in fieri* se vaya “haciendo” por la razón, útil y práctica, que asumiría el jurista romano, de que los Tribunales recurren a ellos, lo que se desprende, con facilidad, del ojear y hojear la jurisprudencia del TJCE de Luxemburgo; Cámaras de Recursos de la Oficina Europea de Patentes en Múnich y de su Casuismo en general.

En definitiva se trata, de un retorno a aquellas acrisoladas máximas de la época del *ius com-*

mine previo a las Codificaciones⁹⁵; y la razón, prosigue KNÜTEL⁹⁶ de que Jueces y Abogados Generales, acostumbrados a los ordenamientos jurídicos propios de los diferentes estados miembros, se pongan sin gran dificultad de acuerdo sobre la validez de aquellas, se explica, por la tradición jurídica común de la Europa continental, que ni dejó de tener sus efectos también en el Reino Unido y en Escandinavia, ni se interrumpió al llevarse a cabo los códigos nacionales; pues, aunque es obvio, al establecer numerosas disposiciones especiales redujeron importancia al denominador común de la tradición jurídica, también lo es, que no abandonaron, por ello, sus fundamentos comunes, puesto que todos, sin excepción, llevan la fortísima impronta del *ius commune* y del Derecho Romano. Por ello, pueden suponer una aportación esencial para la formación de un (nuevo) Derecho Europeo y siendo así, se colige que, si queremos comprender los “principios de derecho comunes” en su sentido y objeto, difícilmente podremos hacerlo sin volver a los orígenes.

Admitido lo anterior en general, es oportuno, en particular, realizar ciertas matizaciones. Así, el propio KNÜTEL precisa: 1) Que a veces, no se trata, *stricto sensu*, de reglas de Derecho Romano o del *ius commune*, sino de Principios Generales del actual Derecho Civil. Serían por ejemplo, los casos de Responsabilidad Extracontractual⁹⁷ o *Aquiliana*. Si se prefiere, de un Derecho Civil Europeo en desarrollo. Lo que no es óbice para que, de todos modos, tengan su fundamento en el *ius commune* y en el Derecho Romano⁹⁸. 2) Que es evidente que, en su mayoría, coinciden, muy estrechamente, con los principios estructurales de la UE, como: la democracia, el estado de derecho, el estado social, la protección de los derechos fundamentales y la tenencia de los derechos humanos... por ejemplo. 3) Que es excepcional que sean investigados ahondando en sus raíces⁹⁹. Lo común es citarlos literalmente, indicando solo que se trata de un principio (general), impresión que se tiene, sobre todo, cuando el principio aparece en latín.

Este el Retorno a las reglas antiguas se va haciendo de forma metódica y ha sido expuesto

con toda claridad (y la ironía, sobre sí mismo, típica de un jurista) por un juez de la Cámara de Recursos. Transcribo, este hecho de la mano de KNÜTEL¹⁰⁰: “*En la Cámara de Recursos de la Oficina de Europea de Patentes las reglas de derecho latinas de nuestra historia jurídica común han dado lugar, hasta ahora a un consenso mayor que el conseguido por medio del uso de los derechos nacionales. La Gran Cámara también consulta el Digesto*”. “*Así que quien quiera tener buenos resultados ante esta Cámara debería olvidar las Codificaciones de los diferentes estados de los tres últimos siglos y volver al viejo derecho europeo común, tal y como ha sido formulado, de forma todavía bien comprensible en latín*”. El mismo juez, sigue informando KNÜTEL, confiesa, a continuación, que *él ha empezado ya a olvidar y a aprender de nuevo*”.

8. ALGUNOS PRINCIPIOS JURÍDICO EUROPEOS DE BASE ROMANISTA

Como último apartado del presente artículo: información ejemplar para los más; mero recordatorio para los menos y, en todo caso, sin ánimo exhaustivo, ni pretensión sistemática alguna, citaremos algún principio reconocido, asumido y aplicado por los Tribunales de la UE y que sirven, a su vez, de testimonio de todo lo hasta aquí expuesto, consignando, en cada uno de ellos, el texto o textos, *fuentes en definitiva*, en que se asientan, que, incluso, a veces, (aunque no es lo frecuente) aparecen reflejadas, de forma explícita, en la argumentación de las *sententiae* de aquellos tribunales y que certifican, indubitadamente, su base romanística¹⁰¹.

1) “Causa de la constitución de todo derecho es el hombre”. Es tan notorio como pacífico que el respeto a la libertad y propiedad y la afirmación de la igualdad, no discriminación y proporcionalidad, son parte constitutiva de la concepción jurídica que enmarca y determina todo el sistema comunitario. Lo que no es tan difundido y, a lo peor, ni siquiera se conoce, es que si nos retrotraemos en el tiempo y deshacemos lo andado¹⁰² se observa que

tales principios: a) se formulan, en términos solemnes, por las Constituciones políticas modernas; b) que, ya antes, en las codificaciones del siglo XIX, quedan configurados al plasmar, en artículos, las *sententiae* pretéritas que dan fe de su existir en los ordenamientos jurídicos antiguos; c) que, en suma, constituyen la *ratio scripta* de la vida humana en sociedad (cfr. I.1.A) y d) que, en fin, por lo que a nosotros interesa, en esencia, se trata tan solo de la mera aplicación del principio formulado, en el siglo IV, por HERMOGENIANO¹⁰³, según el cual: “Causa de constitución de todo derecho es el hombre” y que se recoge en D.2.1.5.2: *hominum causa omne ius constitutum est*¹⁰⁴.

2) “No dañar a otro” = *alterum non laedere*. En realidad, es uno de los *tria iuris praecepta* de ULPiano (recogidos en D.1.1.10.1=I.1.1.3) y que tomado ya de la filosofía estoica por CICERÓN (*De Off.* 1.10.31: *fundamentum iustitiae primum est ne cui noceatur*) convertirá KANT, no solo en precepto jurídico esencial, sino en fundamentación de la metafísica de las costumbres¹⁰⁵. Su vigencia y aplicación por organismos y tribunales de la UE es axiomática y, por ello, innecesario su *onus probandi*.

3) “El principio de igualdad jurídica”: *ius suum cuique tribuere*, según KNÜTEL¹⁰⁶, debe ser entendido en su triple sentido práctico, real y sustancial: lo que ocurre en el común de los estados miembros de la UE. Por ello, su quebrantamiento y la discriminación en los derechos de aquellos estados y en el propio derecho europeo es argüido y justificado partiendo de ARISTÓTELES. Citado el estagirita, resulta obligada la referencia al *iuris praeceptum* de ULPiano, *ius suum cuique tribuere* (D.1.1.10.1 = I.1.1.3), que anticipaba CICERÓN (*De Rep.* 3.15.24 *Iustitia praecepit...*) y que, hoy, no solo es asumido, sino invocado por las más altas instancias jurídicas de la UE, reiterándose su total sintonía con el pensamiento común europeo.

4) Principio de “claridad y comprensión legislativa”¹⁰⁷. Dos aspectos que vierten en uno y son recordados, *ab initio e in fine*, en tres obras muy significativas del Derecho Romano: *Lex XII Tabularum*, *Institutiones* y *Codex*. La pri-

mera manifestación legal, las XII Tablas¹⁰⁸, es acaparadora de elogios de juristas muy posteriores¹⁰⁹, entre otras cosas, por su *brevitas* y *elegancia verborum*. Este sentir vuelve a manifestarse al final de la evolución jurídica romana, época justiniana: bien como recomendación, en consonancia con el carácter docente de la obra en que aparece, *Institutiones*, diciéndose (I.2.23.7) que en las *leges* se debe preferir la simplicidad a la dificultad (= *legibus magis simplicitas quam difficultas placet*) y que (I 3.2.3) la sencillez es su amiga (= *simplicitas legibus amica*); bien con carácter más imperativo, al ser una recopilación de *leges*, en *Codex* (C.1.14.9) exigiendo que deben ser entendidas por todos (= *intellegi ab omnibus debent*)

5) El “Principio procesal de Audiencia” tiene en la *aequitas* su fundamento y se expresa así: “la parte demandada en juicio tiene derecho a ser escuchada” = *Audiat et altera pars* (= *audi alteram partem*)¹¹⁰. Por lo que no extraña que aquella y éste se anuden e invoquen, tanto en las fuentes literarias, como jurídicas. Así, entre las primeras, SÉNECA (*Medea* 199,200) dice que: el que sentenció sin oír a la otra parte, aunque haya sentenciado con equidad, no ha sido equitativo. = *Qui statuit aliquid inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit*; y, en las segundas, MARCIANO (D.48.17.1.pr) que usa, como jurista, más concreción, expresa: que la razón de equidad no tolera que se castigue a alguien sin haberlo escuchado antes (= *neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur*). La existencia de refranes en las principales lenguas europeas (español, italiano, francés, alemán e inglés)¹¹¹ que comunican este mismo mensaje, a nuestro juicio, es tan revelador que eximen de más comentario; pues, si el Derecho es, o debe ser, fiel reflejo de la sociedad a la que se destina, estos dichos populares son en cuanto a su adecuación otras tantas *praesumptiones iuris et de iure*.

6) El principio de “consumición procesal de la acción” se expresa diciendo: que no se juzgue a alguien dos veces por la misma causa (= *non bis in idem*) y está recogido, en el ámbito internacional, en el art. 60 del Estatuto de la CIJ. Esto es sabido, pero no lo es tanto que su

origen se debe vincular, en general, al *crimen de repetundis* (y, si compartimos el juicio de MOMMSEN a la *lex Acilia repetundarum* 123-122 AC)¹¹² y, menos aún, que sea *communis opinio*, el que su primera formulación, como aforismo, deba vincularse al *Ius commune*, en particular, a la *Glossa Ordinaria ad Decretum Gratiani* (glosa *non potest* 2.2.1.14.1)¹¹³.

7) “Las disposiciones de carácter especial (excepcionales) no se pueden interpretar de forma generalizada”=*Singularia non sunt extendenda*. La base de este principio interpretativo restrictivo se encuentra en PAPINIANO (D.40.5.23.3)¹¹⁴ y la consecuencia que de él emana es que se prohíbe la aplicación analógica de este tipo de disposiciones, lo que ya advierte y explica la razón PAULO (D.1.3.14): porque lo constituido contra la razón del derecho no debe ampliarse a las consecuencias=*quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*.

Una somera consulta a la jurisprudencia europea causa sorpresa en cuanto a la inmediata naturalidad con la que ha sido aducido y aceptado este principio. Bajo el prisma terminológico, la cercanía en Derecho Romano de los términos: *ius singulare*, *privilegium*¹¹⁵ y *beneficium* obligaría a un *excursus* más detenido que excede de nuestra finalidad¹¹⁶. Por ello solo apuntamos: Que el *Ius Singulare* parece una conceptualización postclásica¹¹⁷, siendo, precisamente, su jurisprudencia la que trasciende la contraposición desde el plano del derecho positivo al teórico racional y enfrenta, ahora, *ius commune* a *ius singulare*. Por ello, PAULO en D.1.3.16 (texto que se suele considerar alterado) define al *ius singulare*, (*ius singulare est*) dentro del *ius scriptum* y lo contrapone al *ius commune* (que ni cita ni define) como derecho que contra el tenor de la razón es introducido por alguna utilidad (concreta) en virtud de la *auctoritas* de quien lo establece,=*quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum*¹¹⁸. Con esta distinción volveríamos al principio de que bajo el prisma teórico impide que del *ius singulare* puedan extraerse reglas aplicables analógicamente a otros casos distintos de los previstos

8) “La exigente de fuerza mayor y la legitimación de lo hecho en defensa propia o estado de necesidad” son asumidas por todas las leyes y derechos. Sirva de ejemplo por todos el Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945. También aparecen ya formulados en Derecho Romano. Por ello, baste sólo a recordar, como textos de más interés y difusión: a) que, en el s I, CASIO (en ULPIANO, D.43.16.1.27) escribe que es lícito repeler un acto de fuerza por medio de la fuerza=*vim vi repellere licet*, *Cassius scribit* y ... también rechazar las armas con las armas=*arma armis repellere licet*; b) que, según PAULO (D. 9.2.45.4): Todas las leyes y derechos permiten defenderse de la violencia con la violencia=*vim vi defendere omnes leges omniaque iura preemittunt*; c) que, apunta FLORENTINO (D.1.3.3) lo que cualquiera hiciese para proteger su cuerpo se estima fue hecho conforme a derecho=*Quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur*; d) que según ACCURSIO Glosa Ordinaria ad *Digestum Verus*, Glosa *Expedire* ad D 1.10.1.1, p. 56. La necesidad no tiene ley=*Necessitas non habet legem* y Cesa la ley en estado de necesidad=*Cessat lex ubi venit necessitas* y e) que en Bonifacio VIII *Liber Sextus* (5.13.78) se lee que: no sirve como argumento lo que ha sido concedido alguna vez por razón de necesidad=*In argumentum trahi neque eunt, quae propter necessitatem aliquando sunt concessa*¹¹⁹

9) Nadie puede ir contra sus propios actos. a) La formulación más conocida y actual se debe EDWARD COKE¹²⁰ que se expresa en los anteriores términos: *Nemo contra factum suum venire potest*. b) Ya resulta y es aplicada por ULPIANO que (en D.1.7.25.pr) prohíbe al padre que emancipó, válidamente, a su hija ante testigos, tras morir ésta, promover controversia contra su propio acto. c) En el fondo no es más que una concreción del principio de buena fe que debe informar toda relación jurídica y un límite al ejercicio de los derechos subjetivos. d) Sus raíces jurídicas¹²¹ se encuentran en la *Lex Cornelia de Iurisdictione* (67 AC) en la que, expresamente, se dispone que los pretores estaban obligados a atenerse a lo que ellos mismos habían dispuesto en su edicto¹²².

10) “Lo que alguien ha establecido para otro también debe observarse para él”. Este principio es coherente con el de la igualdad jurídica; toma como base la equidad (*Summa aequitas*) y aparece, en el Digesto donde hay un título al que le da nombre: *Quod Quisque iuris in alterum statuerit ut ipse eodem iure utatur* (=lo que alguien ha establecido en derecho para otro debe ser observado, también, para el mismo). En él se reproduce y comenta un Edicto del s I AC que lo establece y Ulpiano (D.2.2.1.pr.) destaca en su comentario que “Este edicto responde al máximo grado de equidad: *Hoc Edictum summam habet aequitatem...* pues ¿Quién se negará a que se le aplique a él el mismo derecho que él ha aplicado a otros o permitido que se le aplique.=*quis enim aspernabitur idem ius dici sibi, quod ipse aliis dixit vel dici efficit?* Detrás de ello está una Regla de oro: lo que no quieres que te hagan a ti, no lo hagas a otro *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*.¹²³ La suma equidad de preside este principio de igualdad jurídica, que asegura la utilización equitativa del derecho y prohíbe su aplicación arbitraria, debe ser resaltada hoy, aún con más fuerza, pues está fuera de duda que el TJCE y la Cámara de Recursos

Jurídicos invocan una máxima con plena vigencia europea.

11) El que calla se considera que consiente=*Qui tacet consentire videtur*¹²⁴. a) Se formula este principio, en Derecho Canónico, por Bonifacio VIII, *Liber Sextus*, 5.12.43; b) su origen se vincula a época preclásica, pues en las fuentes literarias CICERÓN (*De inventione* 1.32.54) ya compara el silencio y la confesión: *taciturnitas imitatur confessionem*); c) su vigencia, en Derecho Romano clásico se acredita por CERVIDIO ESCÉVOLA (D.46.8.5) que admite la ratificación tácita, al decirnos que no sólo puede ratificarse con palabras sino también con un acto=*non tantum verbis haberi potest, sed etiam actu*; y d) sus matices los ofrece el discípulo de ESCÉVOLA, PAULO, *De eo qui tacet* (D.50.17.142) que nos dice: el que calla no por ello confiesa, pero, tampoco niega=*Qui tacet non utique fatetur, sed tamen rerum est eum non negare* y, en fin, e) su limitación se debe a ULPIANO, del que se deduce, de lo que trata en D.19.2.13.11 (pese a no decirlo) que esto solo se aplica: cuando debía haber hablado=*ubi loqui debuit*.

NOTAS

1. Se reproducen algunas consideraciones recogidas en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Os novos xuristas e o Direito Romano” *Anuario da Facultade de Dereito da Univerasidade da Coruña*, AFDUDC, 12,2008, pp. 723-746. Artículo que tuvo su origen en las Primeras Jornadas sobre Metodologías docentes activas en *Dereito Romano*, presididas por el Catedrático de Derecho Romano Prof. Dr. Luis RODRÍGUEZ ENNES y la dirección de la Profesora Titular M^a José BRAVO BOSCH, ambos de la Universidad de Vigo, celebradas en abril 2008, en el Campus de Orense. También figuran en PANERO GUTIÉRREZ, R.; *Derecho Romano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 38 y, en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Cupida legum iuventus” *Revista Internacional de Derecho Romano*, RIDROM (on line) 7, 2011, pp. 10-14, www.ridrom.com.

2. A efectos docentes, cfr. PANERO GUTIÉRREZ, R.; *Epítome de Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 28.

3. LATORRE SEGURA, A.; *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 21 ss.

4. TORRENT RUIZ, A.; *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*, Edisofer, Zaragoza, 2002, p. 11.

5. Reproduzco, amplio y matizo unas preguntas que vengo formulando, siempre que hay ocasión, desde un ya lejano 1998, con motivo de la Lección magistral impartida en El Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, en la Inauguración del Curso 1998-1999, año conmemorativo del 40º aniversario del Edificio de Pedralbes de dicha Facultad, con el título: *La experiencia jurídica de Roma. Su proyección en el umbral del siglo XXI*. Publicada, con este título, por Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pp. 12 y 13. Cfr. también PANERO GUTIÉRREZ, R.; RIDROM (on line) 7,2011, “Cupida legum iuventus”, ob. cit. pp. 10-14.

6. En los términos del texto, y referido al Derecho en general, ya se manifestaba LATORRE SEGURA, A.; *Valor Actual del Derecho Romano*, Dirosa, Barcelona, 1997 p. 20. De ello, siguiendo a mi maestro me hice eco en PANERO GU-

TÍERREZ, R.; *El Derecho Romano en la Formación del Jurista (Experiencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona)* PPU, Barcelona, 1998, p. 22.

7. BIONDO BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Giuffrè, Milano, 1933, p 1 ss. = Scritti 1, Milano, 1965.

8. VINOGRADOV P. G.; *Derecho Romano en la Europa Medieval (Proceso formativo, Francia, Inglaterra, Alemania) Derecho Romano en Escocia*, traducción MANUEL J PELÁEZ y EDUARDO PARDO UNÁNIA, Editan: Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad de Málaga. Institut per la Culture et la Coopération. Montreal. Grupo de Investigación Historia de las Instituciones Jurídicas de los Sistemas Políticos y de las Organizaciones sociales de la Europa Mediterránea, Barcelona 2000, p. 24.

9. En definitiva dice, WIEACKER, F; *Vom römischen Recht.*, 2ª Ed. Stuttgart, 1961, p 195, que en estas posturas late el dualismo entre “historia” e “idea” y responden, en pp. 228 y ss., a dos posturas fundamentales de la propia existencia humana. PANERO GUTIÉRREZ, R.; *Derecho Romano*, ob. cit. en p. 121 resume sus consecuencias.

10. BIONDO BIONDI, *Prospettive romanistiche*, ob.cit. p. 1.

11. Hay traducción española, en 6 tomos, de JACINTO MESÍA y MANUEL POLEY, prólogo de Don MANUEL DURÁN Y BAS, vertido de la traducción francesa de M. CH GUENOUX, Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878-1879.

12. Sus dos obras: la de KOSCHAKER, P.; *Europa y el Derecho Romano*, traducción de SANTA CRUZ TEIGEIRO, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955 y la de WIEACKER, F; *Historia del Derecho Romano en la Edad Moderna*, traducción de FERNÁNDEZ JARDÓN, Aguilar, Madrid, 1957 merecen, ya lo dijimos, en “Os novos xuristas”, ob. cit. p. 728 n 21 el calificativo de “clásicas” y siguen siendo, en todo caso, fundamentales.

13. Reproduzco el punto 4 de PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Cupida legum Juventus”, ob. cit. pp. 18-21; también, con el mismo nombre que aparece en el texto, aparece en el punto III de PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Os novos xuristas”, ob. cit. p. 728; reenvío a su n 23, a efectos de una mayor extensión; suprimo sus 4 puntos finales e incido y apunto una mínima observación respecto al *Code Napoleon* y al BGB.

14. PORTALIS, J. E.M.; *Discurso preliminar al código civil francés*, Traducción de I. CREMADES y LAURA GUTIÉRREZ MASSÓN, Madrid, 1997, p 50. Cita que tomo de MURILLO VILLAR, A.; “El Derecho Romano como elemento armonizador del nuevo derecho común europeo”, *Temas de Direito Privado, Uma Homenagem ao professor AGERSON TABOSA*, Fortaleza, Edição Especial da Revista Jurídica da FA 7, Volumen VII, N.º 1, Abril, 2010, p. 295 n. 10.

15. SCHULZ, F; *Principios de Derecho Romano*, Traducción de MANUEL ABELLÁN VELASCO, Civitas, Madrid, 2000, p 28. Las opiniones de SCHULZ, en sus *Prinzipien*, Leipzig, 1934, han de ser tenidas en muy especial consideración. Que fuera el propio ARANGIO RUIZ quien se encargara de traducirlas al italiano nos exime de cualquier otro comentario.

16. En el texto figura parte del contenido de la Lección inaugural del Curso 2011-2012, impartida en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de Pedralbes, de la Universidad de Barcelona, con motivo del solemne acto académico, que tuvo lugar el día 6 de octubre de 2011, a las 13 horas, bajo la presidencia de su Ilmo. Sr. Decano Profesor Dr. Enoch Albertí y su equipo de gobierno. Tras la correspondiente revisión e inclusión de las oportunas notas a pie de página, se ha enviado dicha conferencia a RIDROM, como artículo, con el título “Cupida legum luventus”, ob. cit. pp. 18-21.

17. KOSCHAKER, P; *Europa y el Derecho Romano*, ob. cit. pp. 21 y 22.

18. HERRERA BRAVO, R.; “Fundamentos Romanísticos de Derecho Comunitario Europeo”, *Estudios Jurídicos In Memoriam del Profesor ALFREDO CALONGE*, Volumen I, Salamanca, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2002, pp. 531-548.

19. MURILLO VILLAR, A.; “El Derecho Romano como elemento armonizador del nuevo derecho común europeo”, ob. cit. p. 291.

20. Cfr. síntesis de: “Occidente y Europa”, con este título en PANERO, GUTIÉRREZ, R.; (Coord.) et alii *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XXI. Catorce siglos de Historia y 14 de Tradición*, Tirant, Monografías, 400, Tirant Lo Blanch, Valencia 2005, pp. 129-131. Recientemente, en PANERO, GUTIÉRREZ, R.: “Cupida legum iuventus”, ob. cit., pp. 20-26.

21. CANNATA, C.A.; *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, traducción de LAURA GUTIÉRREZ MASSÓN, Madrid, Tecnos, 1996, p. 130 suministra un detenido recorrido sobre el territorio de aquella Europa inicial.
22. TOMAS Y VALIENTE “El ius commune europaeum de ayer y de hoy”, *Revista de Historia del Derecho europeo*, 5, 1993, p. 10.
23. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del Derecho: Derecho romano-ius commune-derecho europeo*. Edisofer, Madrid, 2007, pp. 166 y 167, 172,177, 190-192.
24. MURILLO VILLAR, A.; “El Derecho Romano como elemento armonizador del nuevo derecho común europeo” ob. cit. p. 290.
25. CANNATA, C.A.; *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, ob. cit. pp. 106-107.
26. PANERO GUTIÉRREZ, R. *et alii*; *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XX*. ob. cit. pp. 144-158, esquemaliza el quehacer glosador, tratando de su fundación y principales representantes; método de trabajo; literatura jurídica; actividad; fin perseguido; aportación; orientación ideológica y su influencia.
27. PANERO GUTIÉRREZ, R. *et alii*; *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XX*. ob. cit. pp. 158-165 esquemaliza el quehacer postglosador, tratando del nuevo clima político espiritual europeo; la denominación de una nueva escuela en atención a su método de trabajo; su fundador y principales representantes; fin perseguido; aportación y su influencia.
28. El Derecho Romano hasta la publicación del BGB es, en gran medida, Derecho vigente, no tanto de forma directa, como por su fundamentación, conceptos y reglas. Por ello los romanistas del siglo XVIII y XIX eran al mismo tiempo positivistas. Los derechos nacionales empiezan a abandonar su carácter ancilar y acceden al ámbito universitario europeo en época muy tardía. Así, valgan como ejemplo, que ofrece DAVID, R.; *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1980, pp. 34 ss.: Suecia (Upsala) en 1620; Francia (La Sorbona) en 1679; Alemania (Wittemberg) en 1707; España (Madrid) en 1741; Inglaterra (Oxford), en 1758.
29. VALLET DE GOYTISOLO *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, p. 125.
30. Cfr. *La Iglesia y su Derecho: referencia al Corpus Iuris Canonici y su formación* pp. 167-170 en PANERO GUTIÉRREZ, R., (Coord.) *et alii*: “El Derecho Romano en la Universidad”, ob. cit. donde se sigue, en todo momento, la senda de BUENO SALINAS, cuyo “*Dret Canonic Universal i particular de Catalunya*”, (Madrid-Barcelona, Marcial Pons 1999), resulta básico en la exposición.
31. LATORRE SEGURA, A.; *Iniciación a la lectura del Digesto*, Diosa, Barcelona, 1978, p. 69.
32. En “*Cupida legum Iuventus*”, ob. cit. pp. 36 y 37, se dice: Proyectándonos en el tiempo, tanto *ratione materiae*, como *ratione loci*, DOMÍNGUEZ TRISTÁN, en sus fecundos trabajos sobre la tradición romanística y su influencia en el *Dret Català*, parte, y nos recuerda jurisprudencialmente, sin duda, por el carácter emblemático que comporta (uso sus palabras)... que la primera sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil del TSJC, de 4 de diciembre de 1989, en su Fundamento 3º dice textualmente que: “...no hemos de olvidar que las leyes que constituyen la tradición jurídica de Catalunya (*Decretales y Derecho Romano*) recogen criterios informadores que pueden ayudar a la hora de aplicar el derecho propio de nuestra nacionalidad”. En otras palabras (redunda DOMÍNGUEZ TRISTÁN) se sigue recordando la vigencia, a fines del s XX, de dos de los baluartes de aquél viejo *Ius Commune (ara: Dret Comú)*. Esta Tradición jurídica catalana, siguiendo el aludido criterio jurisprudencial, se recoge (de nuevo) de forma explícita, en materia de interpretación e integración del *Dret Civil*) en su nuevo Código Civil, en concreto, en su Libro 1, Título 1, Artículo 1, Párrafo 2 = 1.1.1.2 =111.2.
33. COING, H.; *Derecho Privado Europeo*, Tomo I, *Derecho Común más antiguo (1500-1800)* Traducción de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, pp. 35,36 y n 9.
34. Cfr. PANERO GUTIÉRREZ, R. *et alii*; *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XXI*, ob. cit. pp. 189-203 y 223-229.
35. TORRENT RUIZ, A.; El Derecho Romano como instrumento para la crítica del derecho positivo, *Homenaje a JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO I*, Madrid, 1988 p. 753.
36. MURILLO VILLAR A.; “Fundamentación Romanística en la formación del jurista europeo”, *Estudios de Derecho Romano en memoria de BENITO Mª REIMUNDO YANES*, Tomo II, Servicio Publicaciones Universidad de Burgos, pp. 2000, pp. 51 y 52.

37. Así ya en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Os novos xuristas e o Direito Romano” ob. cit. pp. 739-740.
38. Este encuadrar los estudios del Derecho Romano en la Teoría General de las Ciencias, planteó a su vez, otro problema previo: el de determinar hasta qué punto dogmática e historia podían considerarse como ciencias, aspecto ligado al plurívoco valor que en si encierran dichas palabras. Nos limitamos a recordar que, por aquel entonces, mientras BOBBIO acentúa el carácter científico del Derecho, en consideración al rigor del lenguaje, asignándole como fin el análisis del utilizado por el legislador, DE FRANCISCI, califica a la Historia de verdadera ciencia y a la Dogmática de simple técnica, con una función meramente instrumental en vistas al superior fin de la realización del Derecho. Vid. referencias completas y trato más amplio en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Derecho Romano realidad histórico-realidad Actual”, *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias, con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)*, Tomo II, Madrid, Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, p. 979.
39. Así sintetizo en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Cupida legum Iuventus”, ob. cit. p. 45.
40. D’ORS LOIS, X.; *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano*. Santiago de Compostela, Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela, 54, 1979, p. 15 y ss.
41. Este proyectarse al día de hoy, resulta convincente si recordamos, con CANNATA, C.A.; *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, ob. cit. p. 65, que la actitud del jurista de Europa continental, se asienta en una dogmática que es síntesis de casuística y de teoría (aunque, matiza, recordando, precisamente, la historia de la ciencia jurídica europea, que el equilibrio entre estos dos elementos se desplaza según el tiempo y lugar).
42. Reproduzco lo ya manifestado en el año 2008 en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Os novos xuristas e o Direito Romano” p. 732 n 43.
43. MURILLO VILLAR, A.; “Fundamentación Romanística en la formación del jurista europeo”, ob.cit. p. 53.
44. Así lo manifesté, reciente y públicamente, en la ya referida conferencia *Cupida legum Iuventus*, pronunciada el día 6 de octubre como Lección inaugural del Curso 2011-2012.
45. Cfr. Por su difícil simplicidad y la practicidad argumentativa, sobre todo en el ámbito del Derecho Privado, MURILLO, A., “Derecho Romano”, ob.cit. p. 295.
46. Así, en PANERO GUTIÉRREZ, R. “Cupida legum Iuventus”, ob. cit. pp. 45-48.
47. Registro Universitario de Grados y Títulos.
48. Quede, en todo caso, constancia: que no seré yo quien cuestione, y menos niegue, la importancia y utilidad disciplinar de la Historia del Derecho Español como materia jurídica fundamental; y que respeto en lo científico, y aprecio, en lo personal, a su Catedrático Dr. FRANCISCO PACHECO, así como a la generalidad de sus profesores, que colaboraron con sus escritos, amén de los de profesores de otras Áreas, y los propios alumnos en mantener la referida autonomía de la Historia del Derecho y del Derecho Romano, y no incidir en lo que ya propuso WENGER, en 1905, y si se me permite el juicio crítico, con la perspectiva del tiempo, con no excesiva fortuna Cfr. *Römische und antike Rechtsgeschichte*, Graz, 1905. Cfr. también PANERO ORIA, P; en *El Derecho Romano y la Universidad del Siglo XXI*, ob. cit. cap. 5º, La Investigación Romanística, del que es autora, pp. 379-381, bajo el epígrafe: *El Método Comparativo*.
49. TALAMANCA, M.; *Il diritto romano come fattore de unificazione nel mondo antico*, en Studi Impallomeni, Giufré, Milano, 1999, pp. 405 ss.
50. BISCARDI, A.; “El Derecho y la Ciencia del Derecho en los umbrales del año 2000”, Traducción de JAVIER PARICIO, *Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense*, Madrid, 1989, p. 20.
51. Así lo expresamos ya en un apartado similar: V. *El siglo XXI: Algunas observaciones jurídico-críticas*, en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Os novos xuristas e o Direito Romano”, ob. cit. p 733-735 y más recientemente, también en punto 10 de “Cupida legum Iuventus”, ob. cit. pp. 46-48.
52. LÓPEZ ROSA, R.; “Estudios de Derecho y Formación de Juristas. Un apunte a propósito de la reforma de los planes de estudio”, *Cuadernos informativos, de derecho histórico, público, procesal* 15-16 febrero, Barcelona, 1993, pp. 3791-3799. Cfr. también de LÓPEZ ROSA, R.; “El Derecho Romano y la Formación del Jurista. Bases para un Derecho Común Europeo” *ibidem* pp. 4093-4014.

53. Resulta sorprendente que esto sea denunciado incluso por los no juristas. Así en la *Revista de l' Escola Universitària de la Universitat de Barcelona*, Management-Empresa, nº 27, Fundació Bosch Gimpera, Barcelona, 2002, pp. 4 y 5 con el título "In pessima republica plurimae leges", sus Editores, ROCAFORT A. y PONT, JF; dicen en uno de sus párrafos: "La Unión Europea, el Estado y la Comunidad Autónoma compiten en la producción normativa, sin menospreciar a los administradores locales. Las Comunidades Autónomas, en particular, quizá por ser neófitas o para reafirmar su existencia, insisten en regular hasta los más nimios aspectos de nuestra vida y no se recatan en hacer declaraciones de principios rimbombantes y normalmente inútiles... imposible estar al día de la efervescencia leguleya de nuestros gobiernos y parlamentos".
54. Así fue denunciado hace ya más de 30 años por LATORRE SEGURA, A.; *Valor Actual del Derecho Romano*, ob. cit. p. 15 y en su *Introducción al Derecho*, ob. cit. p. 56. Siguiendo a LATORRE, vid. PANERO GUTIÉRREZ, R.; en *Derecho Romano y Formación del Jurista*. ob. cit. p. 38; *La experiencia jurídica de Roma en el umbral del siglo XXI*, ob. cit. pp. 27 y ss.; en "Os novos xuristas e o Direito Romano", ob. cit. p. 734 y en *Cupida legum Iuventus*, ob. cit. pp. 46-48.
55. PANERO GUTIÉRREZ, R.; *Derecho Romano* (al hablar del Derecho Romano Postclásico) ob. cit. p. 100.
56. TORRENT RUIZ, A.; "El Derecho Romano como instrumento de crítica del Derecho Positivo". *Homenaje a JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO*, (Madrid, 1988), separata, p. 758.
57. Reproduzco, siguiendo a mi maestro LATORRE SEGURA, A.; *Valor Actual Del Derecho Romano* ob.cit. unas ideas ya expuestas en PANERO GUTIÉRREZ, R.; *La Experiencia jurídica de Roma en el umbral del siglo XXI*, ob. cit. p. 34 y s; en "Os novos xuristas e o Direito Romano", ob.cit. p. 737 y "Cupida legum Iuventus," ob. cit. pp. 49-50.
58. LATORRE SEGURA, A.; *Iniciación a la lectura del Digesto*, Barcelona, Dirosa, 1978, p. 73.
59. Así lo mantuvimos ya en PANERO GUTIÉRREZ, R.; *La experiencia jurídica de Roma* ob.cit. p. 33.
60. LATORRE SEGURA, A.; *Valor Actual del Derecho Romano*, ob.cit. p. 18 ss. cuya posición se sintetiza en el texto y al que ya seguimos en PANERO GUTIÉRREZ, R.; *La experiencia jurídica de Roma*, cit. pp. 35 y ss.; confirmamos, con amplitud en "Os novos xuristas e o Direito Romano" ob. cit. pp. 737 y 738 y resumimos en "Cupida legum Iuventus", ob. cit. p. 51.
61. CANNATA, C.A.; *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, ob. cit. p. 238.
62. De la obra de SCHULZ están, como fundamentales: la versión originaria inglesa; *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946 (ed. anastática de 1953); la publicación alemana, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961 y la traducción italiana de NOCERA, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, que es sobre la que hacemos las citas.
63. De la obra de ESSER, *Grundsatz und Norm. Untersuchungen zur Methodik der Rechtsvergleichung*, 1956, hay traducción española de VALENTÍ FIOLE, Barcelona, Bosch, 1961 y una destacada recensión crítica de DE CASTRO, en *Anuario de Derecho Civil*, XI, 1, p. 235 y ss. y 283 y ss.
64. WIEACKER, F.; *Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der ausergesetzlichen Rechtsordnung*, Karlsruhe, 1958, p. 14.
65. Agradezco a PANERO ORIA, P.; el acceso a su "The methodological criteria of counterpropositions within the Roman social legal Framework", artículo en fase de publicación. La síntesis que figura en el texto procede de su trabajo.
66. KASER M.; *En torno al método de los juristas romanos*, traducción de JUAN MIQUEL, Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 1964, p. 10.
67. ZIMMERMAN, R.; "El legado de Savigny. Historia del Derecho. Derecho comparado y el nacimiento de una ciencia jurídica europea, en *Estudios de Derecho Privado Europeo*, traducción de VÁZQUEZ ALOY, Madrid, Civitas, p. 39 y ss.
68. KASER, M.; *En torno al método de los juristas romanos*, ob. cit. p. 10.
69. VIEHWEG, T.; *Topica y Jurisprudencia*. Prólogo de García de Enterría, Traducción de Luis Díez Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1963, p. 53.
70. VIEHWEG, T.; *Topica y Jurisprudencia*, ob. cit. p. 52.

71. HERRERA BRAVO, R.; “Fundamentos romanísticos del derecho Comunitario Europeo”, ob. cit. p. 535.
72. REINER J.; “Il significato e le prospettive del Diritto Romano alla fine del XX secolo, *Index*, 26, 1998, p. 451-452, advierte que en materia de arbitraje se hacen múltiples referencias al Derecho Romano, en el sentido de la *lex mercatoria* o se recurre a aquél como Derecho Natural.
73. STEIN *El Derecho Romano en la Historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Traducción de C. HORNERO MÉNDEZ y A. ROMANOS RODRÍGUEZ, Aguilar, Madrid, 2001, p. 179.
74. 1987 All England Law Reports 863 (1987) Indian Oil Comp. Itd. V. Greestone Shipping SA.
75. POMPONIO, según Ulpiano, *scribit, si quid, quod eieiusdem naturae est, ita confusum est atque commixtum, ut duci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum...*
76. HERRERA BRAVO, R.; “Fundamentos romanísticos del derecho Comunitario Europeo”, ob.cit. pp. 545 y 546.
77. Cfr. por todos, COING, H.; Derecho Privado Europeo, I. ob.cit. p 64 en particular y de la 31 a 120 en general, donde se estudia: los fundamentos; el marco y su época tardía, transformación y disolución.
78. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*. Ob.cit. pp. 32 a 37, bajo el sugerente epígrafe: Problemas de la pretendida renovación de un *ius commune europaeum*.
79. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*. ob. cit. p. 16.
80. TORRENT RUIZ, A.; *Ibidem*.
81. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*. ob. cit. p. 15.
82. Así lo hicimos en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Cupida legum Iuventus”, *Unde?* pp. 61,62; *Qua?* pp. 63-66; *Ubi?* pp. 66-68.
83. MURILLO VILLAR, A.; “El Derecho Romano como elemento armonizador del nuevo derecho común europeo”, ob. cit. pp. 291, 288 *if* y 289.
84. PANERO GUTIÉRREZ, R.; Cupida legum Iuventus, ob.cit. pp. 3-9.
85. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*, ob. cit. p. 16.
86. MURILLO VILLAR, A.; “El Derecho Romano como elemento armonizador del nuevo derecho común europeo”, ob.cit. pp. 287 y 294.
87. PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Os novos xuristas e o Direito Romano”, ob. cit. p. 744.
88. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*. ob. cit. p. 33.
89. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*. ob. cit. p. 16.
90. Por primera vez desde que inicie mi carrera universitaria me excluyo de una tarea académica que, por edad no me corresponde, siendo consciente de ello, aunque no pueda evitar un sentimiento nostálgico.
91. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*. ob. cit. p. 13.
92. Ulpiano D. 17.2.63.10
93. Las aportaciones de DUPLÁ MARÍN sobre la *cuarta falcidia*, en *Roma y en Derecho Catalán* (de hoy); desde hace años, tomando por base a Cassio-Ulpiano, D. 43.23.127 sobre: *Vim vi repellere licet* y su aplicación en los Principios UNIDROIT o, en fin, tomando partido, científicamente, ante la pregunta *Un codi per al Dret Civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme* (creemos) son ejemplos suficientes de un camino que algunos (sin hablar más que lo imprescindible y en los foros adecuados) van recorriendo los romanistas. *Factis non verbis sapientia se profitetur*, diría Abelardo, (ad Astrolarium, 43) que sintetiza el más común, *Facta non Verba*.

94. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas II, “Ius commune y Derecho Romano en los tribunales de justicia de la Unión Europea”, (ARCANA-VERI, 2001), publicado, originalmente en la *Juristische Schulung* 36 fasc. 9. 1996, trad. Prof. Dr. G PEREIRA-MENAUT. p. 15.

95. Tras la “particular” matización de KNÜTEL, TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas, ob. cit. p 16, expuesta en el texto, no puedo evitar llegar a lo “general” y en este sentido, no ya terminológico, *stricto sensu*, sino del contenido o del valor que encierran sus significantes, recordar que si el Derecho Romano es el elemento o denominador común de la mayor parte de los derechos vigentes, “su misión más noble”, como en su momento apuntó RABEL, en las conferencias mantenidas en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense durante el Curso 1930-1931 y publicadas por la Revista de Derecho Privado (1931, pp. 321-332 y 363-375) “sería volver a ser punto de partida de un derecho mundial, dejándose absorber por un nuevo *ius gentium* privado”. Vid. sin embargo, los problemas de una pretendida renovación de un *ius commune europaeum*, en TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho Europeo*, ob. cit. pp. 32 ss.

96. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas II, ob. cit. p. 16.

97. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas II, ob. cit. pp. 16 a 20, bajo el epígrafe Fundamentos de la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho de la UE.

98. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, II. ob. cit. pp. 20 a 24, bajo el epígrafe de Principios Generales del Derecho Comunes a los estados europeos.

99. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, ob. cit. p. 27.

100. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, ob.cit. p 44.

101. El número de *Principia*, en nuestro caso, viene determinado por las exigencias editoriales de la Revista, editada por Tirant lo Blanch, Teoría-Derecho y que, ha tenido la amabilidad de acogernos.

102. Aun sin pretender hacer dogmática retrospectiva, lo que se admitiría *docendi causa*.

103. Uno de los dos juristas postclásicos que se conocen, el otro sería ARCADIO CARISIO.

104. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, II, ob.cit. p 45.

105. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, II, ob.cit. p. 18.

106. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, II, ob.cit. p. 40.

107. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, II, ob.cit. p. 22.

108. Este primitivo texto legal (definido por TITO LIVIO, 3.34.7 como *corpus omnis Romani iuris* y configurado, también por él, en 3.34.6, como *fons omnis publici privatique iuris*) por su lejanía en el tiempo, 450 AC, no debe frenar sus enseñanzas que por lo que a nosotros, en este momento, interesa son: el recuerdo de que los *Xviri* establecen la *isonomia*, igualdad, ante una misma situación de todos los ciudadanos ante la ley, y que formulan, como se desprende, con nitidez, de su palingenesia, la norma jurídica con su doble carácter general y abstracto. Cfr. *ad ex XII T, V.4.5: Si intestato moritur*=Si muere intestado, *cuius suus heres nec escit*, quien no tiene heredero propio, *adgnatus proximo familia habeto*, tenga la herencia el agnado próximo, *si adgnatus nec escit*, si no existe agnado, *gentiles familiam habento*, tengan la herencia los gentiles.

109. Valga como ejemplo el caso de AFRICANO, según AULO GELIO, *Noctes Atticae*, 20.1.4.

110. MARCIANO D.48.17.1.pr *Inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur* = ninguna razón de justicia tolera que alguien sea condenado sin ser oída su causa. También. *ibi: Nemo condemnatus nisi auditus vel vocatus*=nadie puede ser condenado sin haber sido oído y citado.

111. Oír las dos campanas; Parola di uno, parola di nessuno; Qui n’entend qu’une cloche, n’entend qu’un son; Der Richter muss auch zwei gleiche Oheren haben; Mit Urteil sprechen gar nicht eile, bist du gehört hast beide teile; There are two sides to every story.

112. MOMMSEN, T.; *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1889, reimpr. Aalen, 1900, pp. 708 y ss.

113. Otras formulaciones serían: *bis de eadem re agere non liquet bis de eadem re ne sit actio, crimen idem bis non cognoscitur y Nemo bis punitur pro eodem delicto.*

114. La libertad dada por fideicomiso a cargo de un hijo para después de cierta edad de éste, si el impuber no llegó a tal edad, será dada también por el heredero del hijo en el día prefijado; cuya decisión admitida por derecho singular no puede extenderse a los demás fideicomisos dejados.

115. *Privilegium* en singular (de *privus*=privado, particular) etimológicamente, alude a *privata lex* o *privatum ferre* = *lex qui in privos lata est* y evoca la representación mental de disposición singular a favor, o en contra, de una persona determinada.

116. Ello no impide se hable en las XII Tablas (9.1.2) de *privilegia*, según refiere CICERÓN (*de leg* 3.4.11 y 3.19.44 *privilegia ne inroganto*) como sinónimo de *privatae leges*. La Jurisprudencia clásica habla de *privilegia* y *beneficia* como conjunto de normas referidas a un caso especial o una clase especial de ciudadanos, normas que, Hoy, con arreglo a las categorías modernas se debería llamar, dice TORRENT, de derecho especial dentro del *ius commune*.

117. *Privilegium*, en derecho postclásico, se configuró como *ius singulare* y los juristas acaban por usar indistintamente *privilegium* y *ius singulare*.

118. Del texto parece deducirse: que la *ratio* es el fundamento del *ius commune* y que de ella se pueden desprender ciertas consecuencias. El *ius singulare*, niega esa *ratio iuris*, por lo que no pueden extraerse consecuencias de lo que va *contra tenorem rationis*. La *utilitas* concreta (*aliquem utilitatem*) es la base del *ius singulare* y la causa de la desviación de un principio común (general). Por ello esa desviación no se basa en el *imperium* o sea en un mero poder fáctico, sino que exige el respaldo de la *auctoritas* una autoridad moral.

119. Otros textos pueden ser: Celso-Ulpiano en D. 9.2.49.1; D. 43.24.7.4; Labeón, Celso y Ulpiano en D. 47.9.3.7.

120. COKE, E.; *Institutes of the Laws of England containing the exposition of many ancient and other statutes*, vols. I-IV (ed. Londres, 1817); reimpr. Abingdon, Oxon, 1986.

121. Según TITO LIVIO (8.6-8.7.22) su origen se atribuye al cónsul *Manlius Imperiosus Torquatus* y remonta a la guerra latina 340 AC. Aquél mandó ejecutar a su hijo porque vulneró la orden de no combatir, individualmente, fuera de la formación, al enemigo, habiéndolo hecho y matado a uno de sus comandantes.

122. Según un escolio del s IV de ASCONIO (o PSEUDO ASCONIO) al *Pro Flacco* de CICERÓN imponía a los pretores: *ut ex Edictis suis ius diceret*. Recuerda TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer, Madrid, 2005, p 598: que la doctrina moderna ha interpretado esta providencia en el sentido de que en el propio Edicto perpetuo encontraban los pretores un límite a sus facultades discrecionales.

123. Según la *Historia Augusta*, 51.8 era el lema de Alejandro Severo. Sin embargo, ya en Séneca, (*Epistulae Morales* 94,43) hay un precedente. La expresión positiva de esta regla, en palabras de Jesús, (Mateo 7,12) constituye principio fundamental del Derecho Natural Eclesiástico y se encuentra también al principio del Decreto de Graciano.

124. COKE, E.; *Institutes of the Laws of England containing the exposition of many ancient and other statutes*, ob.cit. II, p. 305 formula el principio en términos parecidos: *qui non prohibere quod prohibere potest, asentire videtur*.

Fecha recepción: 21/11/2011.

Fecha aceptación: 04/04/2012.

RIGHT TO VOTE VS AGE OF MAJORITY

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto reflexionar sobre si es posible rebajar la edad mínima para votar en España sin modificar la Constitución. Contrariamente a lo que ocurre en la mayoría de los países, la Constitución Española regula la mayoría de edad, fijando la misma en los dieciocho años. Por otro lado, la Ley Orgánica de Régimen Electoral General vincula el ejercicio del derecho de sufragio activo a ser mayor de edad. Una posible extensión del mismo a los menores mayores de más de dieciséis años cambiaría el actual concepto constitucional de mayoría de edad, al dejar de significar el límite de edad establecido para el ejercicio de los derechos políticos. Sin embargo, de un repaso del Derecho histórico español y del Derecho Comparado, se llega a la conclusión que esta modificación no desnaturalizaría la institución, que, por un lado, está principalmente vinculada a la capacidad de obrar desde un punto de vista civil, no a los derechos políticos; y, por otro, no supone una frontera plenamente perfilada del ejercicio de los derechos fundamentales, sino la culminación de un acceso gradual a dicho ejercicio, que se produce en muchos casos, de manera parcial o total, ya en la minoría de edad. La conclusión es que tenemos una institución constitucional de la mayoría de edad suficientemente flexible como para poder absorber una modificación legal que otorgue a los menores mayores de más de dieciséis años el ejercicio del derecho de sufragio, sin necesidad de reformar la Constitución.

PALABRAS CLAVE

Mayoría de edad; voto; edad mínima para votar; derecho de sufragio; democracia; sistema electoral; derechos de los menores.

ABSTRACT

This article analyses the possibility of reducing the suffrage age in Spain without a constitutional reform. Contrary to other Fundamental Laws, the Spanish Constitution regulates the age of majority, setting the age at 18. The General Electoral Regime Organic Law reserves the exercising of the right to vote for adults. An enlargement to minors of the age of 16 and 17 of this faculty can change the current constitutional concept of the age of majority, because it implies the moment when the exercising of political rights is permitted. Nevertheless, if we study Spanish historic Law and Comparative Law, we find that this modification changes the institution but doesn't denature it, for two reasons: 1) Age of majority is linked principally to the capacity to act from a civil point of view, not from a political one; and 2) it is not a clear division between those who can exercise their human rights and those who cannot; in fact, it is the culmination of gradual access to exercising these rights; today, a lot of rights are exercised, total or partially, by minors. Conclusion: we have a constitutional institution of age of majority that is flexible enough to accept a legal modification that gives to minors of the age of 16 and 17 the possibility of exercising the right to vote without the necessity of implementing a constitutional reform.

KEY WORDS

Age of majority; vote; suffrage age; right to suffrage; democracy; electoral system; children's rights.

EL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO Y LA MAYORÍA DE EDAD

David Giménez Gluck

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto de mayoría de edad: mayoría de edad constitucional, mayoría de edad civil, mayoría de edad penal. 3. El ejercicio de los derechos fundamentales por los menores. 4. Edad mínima para ejercer el derecho de sufragio activo: un análisis de derecho histórico y comparado. 5. La constitucionalidad del reconocimiento del derecho de sufragio activo a los jóvenes de 16 a 18 años

1. INTRODUCCIÓN

Por primera vez se vislumbra la posibilidad, aunque sea remota, de que los jóvenes entre dieciséis y dieciocho años puedan ejercer, en un futuro todavía indeterminado, el derecho de sufragio activo. Diversas fuerzas políticas, entre las que por primera vez se sitúa alguna con posibilidades de alcanzar el Gobierno, han incorporado esta propuesta a su ideario político¹.

Desde un punto de vista politológico, la opción que se plantea ha recibido respaldo, pero también críticas. A su favor, se aducen algunas razones de peso.

En primer lugar, se alega que anticiparía el momento en que los jóvenes se comprometen de forma decidida con los valores y el sistema democrático. El ejercicio del voto marca como ningún otro acto la adquisición de la condición de ciudadano.

También se señala que estimularía la participación del conjunto de los jóvenes. Está demostrado que la abstención de la franja de edad de dieciocho a veintiún es mayor que la de veintiún a veinticinco y ésta mayor que la de veinticinco en adelante. El voto crea hábito:

las posibilidades de que un joven de dieciocho años acuda a votar aumentan si ya lo ha hecho antes. Anticipar la edad de iniciación en el voto mejoraría los porcentajes de participación de los jóvenes en general².

Por último, reforzaría el peso electoral de los jóvenes en su conjunto. Al incorporar esta franja de edad, el peso del voto juvenil aumentaría y los partidos políticos tendrían que prestar mayor atención a los problemas e inquietudes de los jóvenes. Este rejuvenecimiento del cuerpo electoral es fundamental en sí mismo. Tenemos un cuerpo electoral cada vez más envejecido, lo que puede conducir al peligro de que se descuiden las políticas a favor de la juventud, algo que ocurre paradójicamente en un momento en el que el envejecimiento demográfico debería conducirnos a mimar a los jóvenes que tenemos, que cada vez son menos y más necesarios.

Sin embargo, gran parte de la sociedad, y de la doctrina, sigue siendo muy reticente a esta posibilidad. Se alega falta de madurez de los jóvenes situados en esa franja de edad, lo que les impediría tener el discernimiento suficiente como para formar parte del cuerpo electoral³.

Este controvertido asunto admite, por tanto, un enfoque politológico. Pero también puede abordarse desde una perspectiva constitucional. Este artículo profundizará en este segundo plano, mucho menos estudiado por nuestra doctrina. Concretamente, se analizará la relación entre el voto joven y la mayoría de edad constitucional.

El artículo 12 de la Constitución Española señala: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”. Se constitucionaliza una institución tradicionalmente de Derecho Civil, como la mayoría de edad, y se hace solidificando los 18 años como el límite que se ha de franquear para ser adulto desde un punto de vista jurídico. Las consecuencias de la mayoría de edad —mejor dicho, de la minoría de edad— se proyectan sobre el ejercicio de los derechos fundamentales. Los menores son titulares de los derechos fundamentales, pero tienen limitado su ejercicio. La cuestión que nos planteamos es si resulta necesario cambiar el artículo 12 CE, para reducir la mayoría de edad a dieciséis años, como único medio para rebajar la edad para acceder al cuerpo electoral. Es decir, si es posible, constitucionalmente hablando, que un menor pueda ejercer el derecho de sufragio o si, por el contrario, para conseguirlo debemos mover hacia los dieciséis años la frontera de la mayoría de edad, lo que supondría una necesaria reforma constitucional.

2. CONCEPTO DE MAYORÍA DE EDAD: MAYORÍA DE EDAD CONSTITUCIONAL, MAYORÍA DE EDAD CIVIL, MAYORÍA DE EDAD PENAL

La mayoría de edad en España es una institución tradicionalmente regulada en el Código Civil, cuyo artículo 322 señala que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas para casos especiales por este Código”. Este reconocimiento pone fin a las restricciones que supone

la minoría de edad, en las que el menor se debe someter a las instituciones de guarda (patria potestad, tutela, curatela) por considerársele todavía no capaz de atender por sí mismo sus intereses personales y patrimoniales.

Los dieciocho años, por tanto, se consideran la edad en la que la persona alcanza la plenitud volitiva que le permite ejercer sin restricciones ni tutelas todos los derechos concernientes al ámbito privado de su vida civil, es decir, es la edad en la que se alcanza la plena capacidad de obrar. En todo caso, se trata de una regla general, pero no absoluta. No sólo existen derechos que los menores de edad pueden ejercer sin restricción, como veremos posteriormente: también existen algunas materias cuyo ejercicio se restringe a adultos por encima de los 18 años, como la adopción (art. 175 Código Civil)⁴.

Históricamente, la fijación de la mayoría de edad ha ido reduciéndose gradualmente. Antes de publicarse el Código Civil, vigente desde 1889, era de veinticinco años. El Código Civil la rebajó a veintitrés. Una ley de 13 de diciembre de 1943 la fija en veintiuno. Por último, el Real Decreto Ley 33/1978, de 16 de noviembre la establece en dieciocho años, edad que recogió la Constitución (art. 12) y el Código Civil reformado (art. 315)

En Derecho Comparado la mayoría de edad civil también gira, mayoritariamente, en torno a los dieciocho años. La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en su art. 1, establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. La mayoría de los Estados también fijan la mayoría de edad a los dieciocho años. Es el caso de casi todos los estados de los Estados Unidos, salvo algunos como Mississippi, donde se fija en 21⁵. También de la mayoría de países europeos, como Alemania, Francia, Italia, Gran Bretaña, salvo Escocia. Hay países como Canadá, en los que la mayoría de las provincias fijan la mayoría de edad a los 19 años⁶. Menos común es la mayoría de edad por debajo de los dieciocho años,

aunque existen algunos supuestos. El más interesante es el de Escocia, que por medio de una ley de 1991 instauró la mayoría de edad a los 16 años⁷.

La mayoría de edad en España está constitucionalizada, concretamente en el artículo 12 de la Constitución: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”. Como hemos visto, esta regulación no es original en la edad fijada, pero sí lo es, sin embargo, en el propio hecho de su regulación constitucional. Ninguna de las Constituciones españolas anteriores había regulado esta materia. Por otro lado, en Derecho comparado son muy pocas las Constituciones que la establecen: el proceder habitual es que la misma se recoja, más bien, en una ley ordinaria⁸.

La fijación de la mayoría de edad en el artículo 12 no es la única referencia que a la misma se hace en la Constitución. La Disposición Adicional Segunda señala lo siguiente: “La declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado”. Por tanto, la mayoría de edad civil se constitucionaliza, pero al igual que hace con otras materias, como el régimen de financiación autonómica, la propia Constitución admite que en determinados territorios se puedan producir excepciones a lo regulado en el Texto Constitucional. Lo único que se exige es que estas excepciones estén reconocidas en el momento de la aprobación de la Constitución por los derechos civiles forales y supongan reconocimiento de capacidades en edades inferiores a los dieciocho años, es decir, que tengan una finalidad favorable al ciudadano⁹.

El debate constituyente sobre la mayoría de edad giró principalmente en torno a si su constitucionalización pudiera representar una excesiva solidificación de la misma y, sobre todo, acerca de la extensión de la mayoría de edad constitucional al ejercicio de los derechos políticos o a todas las ramas del ordenamiento jurídico. Los grupos parlamentarios pertenecientes a Unión de Centro Democrático y Alianza Popular abogaban, en un principio,

por realizar esta diferenciación, mientras que los grupos parlamentarios socialista, comunista y la minoría catalana defendían que se unificara constitucionalmente la misma mayoría de edad para todas las relaciones jurídicas, las del ámbito privado y público, tesis que al final se impuso, por el cambio de opinión de UCD.

En realidad, ante la aceptación generalizada de que la edad para ejercer el derecho de sufragio debían ser los dieciocho años¹⁰, lo que suscitaba discrepancia era si la mayoría de edad civil debía seguir manteniéndose en los veintiún años, regida por las leyes civiles como hasta entonces, o rebajarse a los dieciocho años y constitucionalizarse. La primera fue la tesis que se impuso en el Informe de la Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, que señalaba: “Los españoles adquieren la plenitud de derechos políticos cumplidos los 18 años”. Y, sin embargo, acabó triunfando la segunda tesis, seguramente por la conciencia que existía en la mayoría de los partidos políticos de aquella época de la importancia que la juventud había adquirido en los acontecimientos históricos de la transición, lo que les inclinó en última instancia a facilitarles el ejercicio de todos sus derechos constitucionales y civiles a través de la rebaja del límite de la mayoría de edad, en todos los órdenes.

El debate, por tanto, nunca se planteó en lo que pudiera ocurrir en la franja de edad entre los dieciséis y los dieciocho años, a los que en todo momento se consideró como menores a efectos civiles y políticos. Sin embargo, al mismo tiempo, la mayoría de edad penal —es decir, la edad mínima para que una persona pueda ser imputada penalmente— siguió en los dieciséis años, hasta bien entrada la democracia, concretamente hasta la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Se trata de una opción legislativa que el Tribunal Constitucional, en su Auto 286/1991, vio compatible con la Constitución y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, al considerar que “...el que, de acuerdo al art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño, sea niño todo ser humano menor de 18 años, no empece para que

esta Convención en su art. 40.3 a) reconozca a los Estados firmantes la potestad de fijar por ley una edad por debajo de la cual se presume la inimputabilidad del niño. Ello supone que existe un concepto legal de niño a efectos generales y otros a efectos especiales; uno de estos efectos especiales es potestativamente el penal. Desde este aspecto España cumple, y sin acudir como otros ordenamientos a la teoría del discernimiento, con el compromiso internacional adquirido, fijando taxativamente la irresponsabilidad penal por debajo de los 16 años. De esta suerte, el someter a la jurisdicción penal un mayor de 16 años, pero menor de 18, no contraviene ningún compromiso internacional que acarree inconstitucionalidad (art. 10.2 CE)”.

Esta doctrina ha sido ratificada en el ATC 194/2001, que rechazó una cuestión de inconstitucionalidad sobre los preceptos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que mantenían la vigencia de la responsabilidad penal de los menores de más de 16 años hasta que se aprobara una Ley de Responsabilidad Penal del Menor¹¹. En dicho Auto se dice claramente que “ni el art. 12 CE, ni los preceptos constitucionales que en relación con éste se citan en el Auto de planteamiento, contienen pronunciamiento alguno acerca de la edad a partir de la cual es constitucionalmente posible exigir responsabilidad penal a las personas. Por lo tanto los preceptos alegados no justifican la duda de constitucionalidad que se plantea”.

Es interesante detenerse en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el concepto legal del niño a efectos generales y a efectos especiales, por la trascendencia que tiene de cara a la institución constitucional de la mayoría de edad. Se entiende que hay una mayoría de edad a efectos generales, que es la de dieciocho años, y diversas mayorías de edad a efectos especiales, como, por ejemplo, la mayoría de edad penal, que puede ser a los dieciséis, o lo que es lo mismo, que un niño de diecisiete años lo es a efectos generales, pero no a determinados efectos especiales, como el de la inimputabilidad penal. En este artículo no estamos planteando

si tiene sentido considerar a una persona lo suficientemente madura para imputarla pero no para otorgarle el derecho de sufragio, algo que es francamente objetable. La cuestión que se está debatiendo en este trabajo es si rebajar el límite de edad para el ejercicio de los derechos políticos es compatible con mantener un límite diferente para la mayoría de edad a efectos generales, al igual que ocurre con la inimputabilidad penal. Sin embargo, antes de afrontar este análisis, para contestar con suficiente fundamento a esta pregunta debemos primero repasar la capacidad de obrar de los menores de edad en el ejercicio de sus derechos en el actual ordenamiento jurídico.

3. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS MENORES

Los menores son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a partir de la STC 197/1991, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que en su artículo 3 señala que los menores “gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados internacionales de los que España sea parte”¹².

Sin embargo, esa titularidad no se traduce, en todos los casos, en un pleno ejercicio de los derechos. En materia de derechos fundamentales, los menores tienen capacidad jurídica, pero no tienen reconocida la plena capacidad de obrar. Como señala la doctrina, los menores podrán ejercitar por sí mismos los derechos fundamentales sólo si reúnen las condiciones de madurez precisas en relación con el acto en cuestión que se propone realizar, y siempre y cuando no exista una disposición legal que impida expresamente su actuación¹³.

Esta concepción del menor como titular de sus derechos, que los ejerce cuando el acto en cuestión así lo aconseja, enlaza con la auténtica finalidad de las limitaciones a este ejercicio:

la protección del menor. En este sentido, cabe distinguir dos tipos de protección. Una primera, que se denomina heteroprotección, dividida a su vez en medidas de heteroprotección privadas, donde el menor se beneficia de las obligaciones que recaen sobre los padres o tutores, y medidas de heteroprotección públicas, derivadas del mandato de protección integral de los menores que recae sobre el Estado en virtud de lo señalado en el artículo 39.2 de la CE¹⁴. Esta heteroprotección limita el ejercicio de los derechos —legales y constitucionales— del menor en su propio beneficio, para impedir que se perjudique a sí mismo. Sin embargo, el segundo tipo de protección, que la doctrina conoce como autoprotección, se desarrolla a partir de la consagración constitucional de un sistema de derechos fundamentales de todas las personas, incluidos los menores, lo que constituye el medio más adecuado para garantizar su autonomía¹⁵. Es decir, se protege al menor concediéndole la titularidad de todos los derechos y el ejercicio de algunos de ellos, y se protege también al menor limitándole el ejercicio de otros derechos que, por su propia naturaleza, pueden acabar perjudicándole.

Habría que añadir un tercer tipo de protección, que incide directamente sobre la limitación del ejercicio del derecho de sufragio, objeto de este artículo, pero también de otros derechos políticos, como el derecho de asociación: la protección del conjunto de la sociedad frente al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los menores. Si los derechos del artículo 23 CE o el derecho de afiliación a los partidos políticos se limitan a los menores de edad, es, supuestamente, para protegerlos a todos de las decisiones que tomen. No es, desde luego, para protegerles a ellos mismos, como podemos alegar, por ejemplo, respecto a la plena disposición sobre la propiedad de sus bienes, en manos del padre o tutor.

Entrando en concreto en cada uno de los derechos reconocidos en la Constitución, hay determinadas facultades de determinados derechos fundamentales que por su propia naturaleza los menores ejercen plenamente frente a los poderes públicos, como ocurre con el de-

recho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE)¹⁶, el derecho a la libertad personal (art. 17 CE), o el derecho a no ser discriminado por razón de raza, sexo, nacimiento, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 CE)¹⁷. Incluso hay derechos fundamentales que van dirigidos principalmente a los menores, como el derecho a la educación (art. 27.1 CE).

Sin embargo, tanto el derecho a la integridad física o moral (art. 15 CE), como el derecho a la libertad personal (art. 17 CE) o la libertad de circulación y residencia (art. 19 CE), siendo plenamente efectivos frente a la injerencia estatal, pueden ser restringidos por el ejercicio de la patria potestad o tutela de los progenitores o tutores, siempre que las actuaciones sean razonables y moderadas¹⁸.

Existen otros derechos fundamentales cuyo ejercicio corresponde a los menores porque así lo ha establecido el legislador, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En esta categoría podemos clasificar los derechos del artículo 18 de la Constitución: derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, derecho a la inviolabilidad del domicilio y derecho al secreto de las comunicaciones (art. 4 de la L.O.); el derecho a la información (art. 5 de la L.O.); el derecho a la libertad ideológica y religiosa, con los límites que establezca la ley para los derechos dimanantes de la libertad religiosa¹⁹; el derecho de reunión y manifestación (art. 7.3 de la L.O.); y el derecho a la libertad de expresión (art. 8 de la L.O.)²⁰. De todas formas, el reconocimiento del ejercicio de estos derechos por parte de la Ley no obsta para que los menores necesiten de sus representantes legales para realizar cualquier acto jurídico relacionado con los mismos, como comunicar a la autoridad de la celebración de una reunión, en el caso del derecho de reunión, o permitir que un medio de comunicación obtenga una fotografía, en el caso del derecho a la propia imagen, por poner dos sencillos ejemplos.

El ejercicio pleno de otros derechos corresponde a los menores en función de su edad. Así, dado que la legislación laboral permite que

los menores de más de dieciséis años puedan realizar prestaciones de trabajo —aunque su contrato de trabajo le corresponda concertarlo a sus representantes legales—, y que la Constitución y las leyes conceden el pleno ejercicio del derecho a la libertad sindical —art. 28.1 CE— y de huelga —art. 28.2 CE— a todos los trabajadores, es imperativo deducir que el mismo también corresponde a los menores de edad situados entre 16 y 18 años.

En el caso del derecho al matrimonio —art. 32 CE— se reconoce la posibilidad de ejercerlo a los menores emancipados (art. 46.1 del Código Civil) y a los mayores de 14 años, siempre que medie una autorización judicial que dispense el impedimento de edad (art. 48.2 del Código Civil).

El artículo 3 a) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación —art. 22 CE—, señala que para poder constituir asociaciones las personas físicas deben tener la capacidad de obrar, lo que excluye, en principio, a los menores, pero el artículo 3 b) aclara que podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, “los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”. Dicho artículo 7.2 establece: “Los menores tienen el derecho de asociación, que, en especial, comprende: a) El derecho a formar parte de asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y sindicatos, de acuerdo con la Ley y los Estatutos; b) El derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles e inscribirlas de conformidad con la Ley. Los menores podrán formar parte de los órganos directivos de estas asociaciones”.

Hay que distinguir entre la capacidad que tienen los menores de constituir o formar parte de asociaciones y la que tienen de afiliarse a un determinado tipo de asociación especial: los partidos políticos, en cuyo caso existe una prohibición expresa en la legislación, concre-

tamente en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, que señala que los miembros de éstos “deben ser personas físicas, mayores de edad, y no tener limitada ni restringida su capacidad de obrar”²¹.

El ejercicio del derecho de propiedad —art. 33 CE— queda limitado a los menores en función de lo señalado por la legislación civil, que establece un régimen general de no disponibilidad de los bienes en beneficio de los adultos que ejercen la patria potestad, tutela o curatela. Se trata de una limitación, no obstante, que puede superarse, parcialmente, a través de la emancipación del menor, prevista en los art. 314 y siguientes del Código Civil²².

Los menores de edad son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva —art. 24 CE—. De hecho, los menores, los incapacitados, e, incluso, los concebidos no nacidos pueden ser parte en un proceso, según el art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, ninguno de ellos, incluidos los menores, tiene capacidad procesal, por lo que necesitarán de los representantes elegidos por la ley para poder ejercer sus derechos ante los Tribunales civiles (art. 7.2 LEC), salvo que el menor se haya emancipado (art. 323.2 del Código Civil).

En el proceso penal, los que no gocen de la plenitud de sus derechos civiles, como los menores, no pueden ejercer la acción penal, salvo que la ejerzan por delito o falta cometidos contra sus personas o bienes, o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines, lo que harán mediante la intermediación de su representación legal (art. 102 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En el procedimiento laboral la titularidad y el pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva es una realidad en los jóvenes mayores de dieciséis años con un determinado contrato de trabajo. Así, tendrán capacidad procesal los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguri-

dad Social cuando legalmente no precisen para la celebración de dichos contratos autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres, tutores o persona o institución que los tenga a su cargo conforme a la legislación laboral o la legislación civil o mercantil respectivamente. Igualmente tendrán capacidad procesal los trabajadores autónomos económicamente dependientes mayores de dieciséis años (art. 16 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral).

Como regla general, la capacidad de obrar en el proceso contencioso administrativo se circunscribe a las personas que ostenten la capacidad de obrar con arreglo a las normas civiles, es decir, a los adultos. Sin embargo, el art. 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común otorga también la capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas a los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. De la misma manera, el art. 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Habrá que estar, por tanto, a lo que señala el ordenamiento jurídico administrativo en cada momento para dilucidar si los menores de edad tienen capacidad procesal para ejercer plenamente su derecho a la tutela judicial efectiva en el orden contencioso-administrativo.

En todos los órdenes, en cualquier proceso judicial o administrativo en el que intervenga, que conduzca a una decisión que afecte a su es-

fera personal, familiar o social, el menor tiene reconocido el derecho a ser oído (art. 9 de la Ley Protección Jurídica del Menor).

El pleno ejercicio del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública —art. 23.2 CE— se extiende a los menores de edad de más de dieciséis años. Así lo establece el art. 56.1c) del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, que establece como requisitos para acceder a la función pública tener cumplidos los dieciséis años. Lógicamente, el acceso se circunscribe a los grupos funcionariales de menor escala, porque para acceder a los grupos de élite se requiere una titulación universitaria que los menores a esa edad no han sido capaces de adquirir²³.

Lo mismo ocurre con el derecho al trabajo —art. 35 CE—. El artículo 6 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, establece la prohibición de la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años, y, consecuentemente, reconoce el ejercicio del derecho al trabajo a los menores de más de dieciséis años, aunque con determinadas limitaciones relacionadas con los trabajos nocturnos, insalubres, penosos, nocivos o peligrosos. Tampoco podrán realizar horas extraordinarias²⁴.

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a cargos públicos representativos —art. 23.2 CE—, también conocido como el derecho de sufragio pasivo, sólo se puede ejercer a partir de la mayoría de edad, pues así lo establece el art. 6.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante LOREG), que establece que son elegibles los españoles *mayores de edad* que, poseyendo la cualidad de elector, no incurran en ninguna causa de inelegibilidad.

El derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal —art. 23.1—, también conocido como el derecho de sufragio activo, tampoco se puede ejercer

por los menores de edad, en función de lo que establece el art. 2 de la LOREG, que señala la mayoría de edad como requisito para ejercer el derecho de sufragio.

En conclusión, un rápido repaso a los derechos fundamentales permite concluir que son una clara minoría los que, en ningún caso y a ninguna edad, se pueden ejercer por los menores. De hecho, en esta situación se sitúan exclusivamente el derecho de afiliación a los partidos políticos, el derecho de sufragio pasivo, y el derecho de sufragio activo, objeto de estudio en este artículo.

4. EDAD MÍNIMA PARA EJERCER EL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO: UN ANÁLISIS DE DERECHO HISTÓRICO Y COMPARADO

Todos los menores, desde su nacimiento, son titulares del derecho de sufragio activo, pero el ordenamiento jurídico español, como hemos visto, no les reconoce la posibilidad de ejercerlo hasta los dieciocho años²⁵.

No siempre fue así. En el Derecho histórico español la edad mínima para poder participar en los procesos electorales ha superado tradicionalmente con amplitud los dieciocho años, situándose en los veinticinco años, salvo en las elecciones a senadores donde la barrera se sitúa en los cuarenta años²⁶.

La Instrucción de 1 de enero de 1810 ya establecía la edad de 25 años, para el elector, en el proceso que eligió a las Cortes constituyentes de Cádiz. La Constitución de 19 de marzo de 1812, fruto de ese proceso constituyente, otorga el voto activo a “todos los ciudadanos avecindados y residentes en el territorio de la parroquia respectiva” (art. 35), y la condición de elector parroquial, fruto de una serie de elecciones indirectas, a quien “sea mayor de veinticinco años”. Pese a que no habla expresamente de un límite de edad para ser elector, se presume que se mantendría en veinticinco años.

El Estatuto Real de abril de 1834, cuya normativa se completa con el Real Decreto para la elección de Procuradores a las Cortes Generales del Reino de 20 de mayo de 1834, plantea que las Cortes se dividan en Próceres y Procuradores. El estamento de próceres está compuesto por miembros natos; el de procuradores es electivo. Para poder ser elector, se requiere “veinticinco años cumplidos” (art. 10.3 del Real Decreto de 20 de mayo de 1834). El Real Decreto Electoral de Procuradores a Cortes de 24 de mayo de 1836 establece un sistema electoral censitario, y por primera vez, directo. Su artículo 14 establece que para ser elector se requiere tener “veinticinco años cumplidos”.

La Constitución progresista de 18 de junio de 1837 establece un sistema de elección directa a la Cámara baja. El sistema electoral queda complementado por el Real Decreto de 20 de julio de 1837, que establece en su art. 7 que “tendrán derecho a votar en la elección de Diputados a Cortes de cada provincia todo español de veinticinco años cumplidos”.

La Constitución moderada de 23 de mayo de 1845 apuesta también por el bicameralismo. El sistema electoral es desarrollado por la Ley Electoral para el nombramiento de Diputados a Cortes de 18 de marzo de 1846, cuyo art. 14 establece: “Tendrá derecho a ser incluido en las listas de electores para Diputado a Cortes en el distrito electoral donde estuviere domiciliado, todo español que haya cumplido veinticinco años de edad”.

La Ley Electoral de Diputados a Cortes de 18 de julio de 1865, concebida por su Ministro de Gobernación, José Posada Herrera²⁷, insiste, en su art. 15, en que “tendrá derecho a ser inscrito como elector en las listas del censo electoral de la sección de su respectivo domicilio, todo español de edad de 25 años cumplidos”.

La Constitución progresista de 6 de junio de 1869 establece, por primera vez en la Historia de España, el sufragio universal masculino. La Ley Electoral para Ayuntamientos, Diputaciones y Cortes de 20 de agosto de 1870, establece en su art. 1: “Son electores todos los

españoles que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles, y los hijos de éstos que sean mayores de edad con arreglo a la legislación de Castilla”. Como en esta época, la mayoría de edad todavía se situaba en los veinticinco años, no se produjo en realidad ningún cambio cuantitativo, aunque sí cualitativo, en el sentido de que por primera vez se liga la edad mínima para votar con la mayoría de edad.

El primer y efímero cambio en la edad mínima para votar vino con la Ley de 11 de marzo de 1873, que fijaba las disposiciones necesarias para la elección a las Cortes constituyentes de la Primera República, que estableció la condición de elector para los mayores de veintiún años. Este cambio duró lo poco que duró la República, pero es significativo que se situara la edad mínima de votar por debajo de la mayoría de edad civil, que se situaba en los veinticinco años. La Constitución de 30 de junio de 1876, fruto de la restauración monárquica, completada por la Ley Electoral de 28 de diciembre de 1878, volvía a establecer la edad mínima de votar en los veinticinco años.

La Ley Electoral de Diputados a Cortes de 26 de junio de 1890, que regula por primera vez el sufragio universal masculino en España, sigue manteniendo la edad mínima para poder votar en veinticinco años. Sin embargo, se produce un cambio muy significativo. Un año antes, en 1889, el Código Civil había rebajado la mayoría de edad a los veintitrés años desde los veinticinco años hasta entonces existentes. Por tanto, con la única excepción de la regulación electoral de la efímera Primera República, es la primera vez que la edad mínima para votar se desliga de la mayoría de edad civil, situándose esta vez, al contrario que en la Primera República, la primera —25 años— por encima de la segunda —23 años—²⁸.

El art. 36 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 establece que “los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes”. Por tanto, se rebaja la edad mínima de votación y se equipara a la mayoría de edad civil. Esta equiparación se convierte en una vinculación expresa

en el art. 2 de la Ley para la Reforma Política, Ley 1/1977, de 4 de enero, aprobada el 18 de noviembre de 1976 y sometida a referéndum el 15 de diciembre de 1976, que señala lo siguiente: “Los Diputados del Congreso serán elegidos por sufragio universal, directo y secreto de los españoles mayores de edad”. Esta es la fórmula adoptada por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, actualmente vigente.

Por tanto, a lo largo de la Historia de nuestro Derecho electoral ha habido períodos en los que ha coincidido la mayoría de edad civil y la edad mínima para votar —de 1812 al 1889 y en el período de la Segunda República—, ha habido otros en los que no ha coincidido —1889 a 1931—, pero nunca hasta 1977 —con la breve excepción de la Constitución de 1869— había habido una legislación electoral que vinculara expresamente la edad mínima para poder votar a la mayoría de edad civil, como ocurre en la actualidad. Hasta 1977 la legislación electoral iba por un lado y la legislación civil sobre la mayoría de edad por otro.

Algo parecido ocurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno europeo, donde la edad mínima para votar aparece expresamente en la Constitución, desligada de la mayoría de edad, que se regula en la legislación ordinaria. Así, sin hacer un repaso de todos los países de la Unión Europea pero sí de los más importantes, la edad mínima para ejercer el derecho de sufragio activo se establece en 18 años en el art. 38.2 de la Ley Fundamental de Bonn²⁹, en el art. 48.2 de la Constitución de Portugal, en el art. 54 de la Constitución de Holanda, en el art. 61 de la Constitución de Bélgica, en el art. 2 del Capítulo III de la Constitución de Suecia, en el art. 62 de la Constitución de Polonia, en la sección 14 de la Constitución de Finlandia o en el art. 29 de la Constitución de Dinamarca³⁰.

Sólo en los art. 3 de la Constitución francesa y art. 48 de la Constitución italiana se establece una fórmula similar a la española, que liga expresamente la edad mínima de votar a la mayoría de edad, con la diferencia de que mientras en estos países la Constitución marca

la edad mínima para votar y la ley la mayoría de edad³¹, en España ocurre justo lo contrario. Esto significa que mientras en Italia o Francia una rebaja legal a dieciséis años no supondría una ruptura en la relación entre mayoría de edad y la edad mínima para votar establecida en la Constitución, en España la reforma de la LOREG para rebajar la edad de votación conllevaría inevitablemente desligar la misma de la mayoría de edad, pues ésta está solidificada en la Constitución en los dieciocho años.

En Gran Bretaña no hay Constitución escrita, por lo que la edad mínima para votar, fijada en los dieciocho años, se establece por la legislación electoral, concretamente por The Representation of the People Act de 1969, que rebajó la edad mínima para votar de 21 a 18 años, sin establecer vinculación alguna con la mayoría de edad civil. Gran Bretaña ha sido uno de los países donde más se ha debatido sobre la posibilidad de rebajar la edad mínima para poder votar a los dieciséis años. El 19 de abril de 2004 la Comisión Electoral, un organismo independiente creado por el Parlamento, recomendó no realizar esta reforma. Lo hizo después de que varios parlamentarios, como el común Simon Hughes, del Partido Liberal Demócrata, o el lord Lucas, conservador, hubieran presentado sendas iniciativas al respecto que habían sido derrotadas. Posteriormente, otros parlamentarios lo han intentado, como el liberal demócrata Stephen Williams, el 29 de noviembre de 2005, o el liberal demócrata Lord Livsey de Talgarth, el 19 de abril de 2006. En el Gobierno del Primer Ministro Gordon Brown, de 2007 a 2009, también se creó una Comisión para analizar esta posibilidad. El Partido Liberal Demócrata apoya esta reforma electoral, y en la última votación al respecto en el Parlamento británico, el 19 de octubre de 2010, donde se votaba extender a los electores de 16 y 17 años la posibilidad de participar en el referéndum sobre la posible reforma de la Ley Electoral para hacerlo más proporcional, el Partido Laborista dio libertad de voto, por lo que más de 200 comunes votaron a favor de la extensión del voto a estos menores.

Paralelamente, según ha señalado el Gobierno nacionalista que allí gobierna, en Escocia se va a celebrar, antes de 2014, un referéndum para decidir sobre si los escoceses quieren seguir vinculados a Gran Bretaña o convertirse en un país independiente. El Parlamento escocés y el Parlamento británico han acordado recientemente que en el censo para poder votar en este referéndum se incluya a los jóvenes de 16 y 17 años. Hay que recordar que, desde 1991, la mayoría de edad se sitúa en Escocia en los dieciséis años.

En Estados Unidos, en 1971 se reformó la Constitución para rebajar la edad de votación de los veintiún años a los dieciocho, a través de la Vigésimosexta Enmienda³². El proceso de reforma constitucional fue el más rápido de la historia constitucional de ese país, debido al consenso alcanzado en la sociedad americana sobre la necesidad de rebajar la edad mínima para poder votar en un momento en el que muchos jóvenes entre dieciocho y veintiún años estaban siendo reclutados para incorporarse a la guerra del Vietnam³³. El texto de la enmienda en ningún momento se refiere a la mayoría de edad, que, por otro lado, varía en función de los distintos Estados, como hemos visto anteriormente.

El primer y único país en Europa que ha reformado su legislación electoral para rebajar la edad de votación a los dieciséis años ha sido Austria. Lo hizo en 2007, a través de una reforma legal, ya que la Constitución austriaca no recoge ninguna edad mínima para votar. Dicha reforma electoral rebaja la edad para votar en elecciones nacionales, y deja abierta la posibilidad de que los Lander permitan votar por debajo incluso de los dieciséis años, prohibiendo que regulen una edad mínima por encima de los dieciocho años³⁴. Todo ello se hace sin rebajar la mayoría de edad, que la legislación civil sigue manteniendo en dieciocho años.

Pese a que el ejemplo austríaco no ha sido seguido por ningún otro país europeo hasta la fecha, en lo que se refiere a elecciones nacionales³⁵, el debate sobre la rebaja de la edad mínima para votar ha continuado. Así, el 23 de junio de 2011 la Asamblea Parlamentaria del

Consejo de Europa aprobó una Resolución en la que insta a los Estados europeos a que estudien la posibilidad de rebajar la edad de voto a los 16 años en todo tipo de elecciones. Pese a que no se trata de una decisión vinculante, sí refleja que en las instituciones y foros europeos más avanzados en materias de derechos humanos, ha comenzado a calar la idea de que extender el ejercicio del derecho de sufragio activo a los mayores de dieciséis años puede ser muy conveniente.

Sólo hay un reducido número de países en el mundo que, además de Austria, hayan regulado el derecho al voto de los mayores de dieciséis años. Los más importantes, por población y peso político, son Ecuador, Brasil y Nicaragua. El art. 62 de la Constitución ecuatoriana de 2008 establece que para las personas mayores de dieciocho años el voto será obligatorio y para las personas entre dieciséis y dieciocho años de edad, los mayores de sesenta y cinco años, las personas con discapacidad, los integrantes de las Fuerzas Armadas, y los ecuatorianos que viven en el exterior, el voto será facultativo. La misma fórmula se utiliza en el art. 14 de la Constitución de Brasil, que incluye a las personas entre dieciséis y menores de dieciocho entre los colectivos cuyo voto es facultativo, y no obligatorio. La particularidad respecto a la Constitución de Ecuador es que se incluye en este grupo a los mayores de setenta años y a los analfabetos, y que los ciudadanos que estén haciendo el servicio militar obligatorio no podrán censarse como electores. La mayoría de edad se sigue manteniendo en ambos países en dieciocho años, sin relación aparente con la edad mínima para votar.

Algo diferente es la solución otorgada por la Constitución de Nicaragua, cuyo art. 47 establece que “son ciudadanos los nicaragüenses que hubieran cumplido dieciséis años de edad. Sólo los ciudadanos gozan de los derechos políticos consignados en la Constitución y las leyes, sin más limitaciones que las que se establezcan por razones de edad...” Posteriormente, el art. 51 señala: “Los ciudadanos tienen derecho a elegir y ser elegidos en elecciones periódicas y optar a cargos públicos”. Por tanto,

aquí se identifica la ciudadanía con el ejercicio de los derechos políticos, y todo ello se reconoce a partir de los dieciséis años. Mientras la mayoría de edad civil se sitúa en los veintiún años, según establece el Código Civil, la dimensión política de la capacidad de obrar se establece en los dieciséis.

5. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO A LOS JÓVENES DE 16 A 18 AÑOS

Como hemos visto, la relación de la reducción de la edad mínima para votar con la mayoría de edad civil es muy residual en el Derecho comparado. Y, sin embargo, es muy importante en nuestro Derecho Constitucional, porque nuestra Constitución, como ninguna otra, vincula una institución con la otra.

Siendo esto así, la pregunta que surge es si la mayoría de edad que recoge el art. 12 de la Constitución incluye o no la edad mínima constitucionalmente establecida para el ejercicio de los derechos políticos. Si la respuesta fuera afirmativa, no podríamos rebajar la edad mínima para votar mediante una reforma de la LOREG, pues estaríamos afectando indebidamente a una norma constitucional. Necesitaríamos una reforma del artículo 12 de la Constitución. Si, por el contrario, entendemos que la institución de la mayoría de edad fijada en la Constitución seguiría siendo reconocible aunque los derechos políticos pudieran ejercerse a una edad más temprana, una reforma legal podría ser suficiente para establecer la edad mínima para poder votar a los dieciséis años.

La disyuntiva que se plantea se puede presentar también de la siguiente forma: ¿La mayoría de edad que se establece en la Constitución es la mayoría de edad civil o también implica la mayoría de edad para alcanzar la ciudadanía plena, ligada al ejercicio de derechos políticos? ¿Se pueden separar las mayorías de edad civil y

ciudadana, fijando una edad para la primera y otra edad para la segunda?

Del debate constituyente queda bastante claro que los padres de la Constitución tenían en mente que el límite de dieciocho años se aplicara a los derechos políticos. De hecho, como ya hemos visto antes, el Informe de la Ponencia de la Comisión Constitucional hablaba de una edad mínima de dieciocho años para ejercer en plenitud los derechos políticos. El texto definitivo incorporó también esa edad mínima a los derechos civiles, rebajando la mayoría de edad civil de veintiuno a dieciocho, pero es evidente que la voluntad de situar la edad mínima para poder votar en dieciocho años formaba parte de lo que se estaba regulando en el artículo 12 CE.

Esto, además, es coherente con lo que ocurre en la gran mayoría de Constituciones de nuestro entorno, que fijan, como hemos señalado anteriormente, la edad mínima para votar en sus articulados, y no la mayoría de edad. Se trata, por otra parte, del proceder más lógico de una Constitución, pues los derechos políticos son derechos fundamentales regulados en la misma, por lo que fijar la edad mínima para su ejercicio tiene más fundamento que hacerlo respecto al ejercicio de los derechos civiles, ajenos, en su mayor parte, a regulación constitucional.

Estos razonamientos nos llevarían a pensar que la institución regulada en el art. 12 de la Constitución incluye un mínimo de edad para poder ejercer derechos políticos, por lo que no se podría rebajar la edad mínima de votación sin modificar la Constitución. Sin embargo, la teoría de la garantía institucional, que sería la que, en todo caso, debería proteger el art. 12 CE de su posible vulneración, ofrece algunas dudas al respecto.

La teoría de la garantía institucional tiene origen alemán³⁶, y ha sido adoptada por nuestro Tribunal Constitucional desde su más temprana jurisprudencia. La STC 32/1981, a cuenta de la autonomía local, establece que la garantía institucional de una institución reconocida en la Constitución supone su pre-

servación “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”, de forma que la garantía “es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre”.

El Tribunal Constitucional ha encontrado instituciones garantizadas en la autonomía local (STC 32/1981), el régimen foral (STC 76/1988), la Seguridad Social (STC 37/1994), los colegios profesionales (STC 179/1994), la publicidad procesal (STC 13/1985), la autonomía universitaria (aunque a partir de la STC 26/1987 se considera un derecho fundamental). En estos momentos, se debate en el Tribunal Constitucional sobre un recurso de inconstitucionalidad que cuestiona el matrimonio entre personas del mismo sexo porque, según los recurrentes, vacía de contenido la institución constitucionalmente garantizada del matrimonio.

Con independencia de que haya sido objeto de crítica por parte de la doctrina, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha aplicado la garantía institucional a realidades muy heterogéneas³⁷, por lo que sería perfectamente adecuado que ésta fuera la vía para proteger a la institución de la mayoría de edad regulada en la Constitución de posibles reformas legales que la dejaran irreconocible. La cuestión que hay que plantearse es si otorgar el ejercicio de derecho de sufragio a los menores entre dieciséis y dieciocho años supone desnaturalizar el concepto de mayoría de edad reconocido en la Constitución.

Más allá de la voluntad que tuviera el legislador constituyente, que es un criterio interpretativo no determinante, lo cierto es que lo que se regula en el art. 12 de la Constitución Española es que la mayoría de edad se sitúa en los dieciocho años, y la mayoría de edad, en casi ningún país, se vincula al ejercicio de derechos políticos. Fijémonos en Austria, que ha regulado el voto a los dieciséis años. El debate se concibió y se ejecutó como una extensión de los derechos fundamentales de los menores;

en ningún caso como un intento de convertir a los jóvenes de dieciséis a dieciocho años en adultos³⁸. Lo mismo ocurre en casi todos los países de nuestro entorno: sus Constituciones fijan la edad mínima para ejercer el derecho de sufragio activo, y sus Códigos Civiles, sin ningún tipo de relación con lo anterior, fijan la edad mínima para poder ejercer los derechos civiles, a lo que denominan mayoría de edad.

Por tanto, la institución de la mayoría de edad es conocida en Derecho comparado como la edad a la que se accede a la plena capacidad de obrar desde el punto de vista civil. Esta es también la concepción que se ha tenido históricamente en España de la misma, y por eso su regulación corresponde al Código Civil. La vinculación que realiza el art. 2 de la LOREG entre la mayoría de edad y la edad mínima de votación es reversible sin afectar a lo que reconocemos en nuestra sociedad actual como mayoría de edad.

Prueba de ello es que durante muchos años, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la edad mínima para la responsabilidad penal se situó por debajo de la mayoría de edad, sin que el Tribunal Constitucional considerara que ello había desnaturalizado dicha institución. Como ya analizamos más arriba, los ATC 286/1991 y 194/2001 consideraron constitucional imputar responsabilidad penal a los menores. Recordemos que, en su argumentación, el TC viene a decir que existe “un concepto legal de niño a efectos generales y otros a efectos especiales”, con lo que está señalando que hay una mayoría de edad a efectos generales, que es la de dieciocho años que marca la Constitución, y mayorías de edad a efectos especiales, como la mayoría de edad penal, que puede ser a los dieciséis, o lo que es lo mismo, que un niño de diecisiete años lo es a efectos generales, pero no a determinados efectos especiales, como el de la imputabilidad penal.

Si el TC acepta que un menor pueda ser imputado penalmente, es decir, si acepta que la institución de la mayoría de edad no se hace irreconocible si la legislación no vincula la misma con la responsabilidad penal, todo hace pensar que otorgar el ejercicio de derecho de

sufragio a determinados menores tampoco va a afectar a la esencia de esta institución.

En la misma línea, los menores de edad pueden ejercer determinados derechos fundamentales, muchos de ellos a partir de los dieciséis años, como ya hemos visto. Lo cierto es que la fijación de la mayoría de edad en los dieciocho años no ha impedido que el legislador otorgara la titularidad y el ejercicio, parcial o total, de derechos fundamentales a los menores, como ya hemos puesto de manifiesto más arriba. De hecho, el derecho de sufragio es de los pocos derechos fundamentales cuyo ejercicio se niega de manera completa a los menores.

Esto conduce a pensar que la institución de la mayoría de edad en España no supone una frontera plenamente perfilada en el ejercicio de derechos fundamentales. En otras palabras, en España existe un acceso gradual al pleno ejercicio de los derechos, que culmina con la mayoría de edad; ésta no se configura como una división drástica, como un momento de la vida en que se pasa bruscamente de una inexistente capacidad de obrar, en todos los supuestos, al pleno ejercicio de los derechos.

Esta situación tiene su justificación en la heterogeneidad de los derechos, que conllevan diferentes grados de madurez para poder ser ejercidos. Pero al mismo tiempo supone cierta confusión, sobre todo en la franja de edad entre dieciséis y dieciocho años. Rebajar la mayoría de edad a los dieciséis simplificaría enormemente la situación actual, en la que el ordenamiento jurídico considera menor de edad y, por tanto, sin capacidad de obrar plenamente desarrollada a las personas entre dieciséis y dieciocho años, pero, de manera paralela, les otorga algunos derechos y obligaciones principales, como los de trabajar, pagar impuestos procedentes de sus rentas, cotizar a la Seguridad Social, ejercer el derecho a la huelga, afiliarse a un sindicato, disponer de su propio cuerpo en operaciones quirúrgicas, como la del aborto, o, en caso de estar emancipados, contraer matrimonio, o firmar un contrato de alquiler.

Modificar la Constitución para rebajar la mayoría de edad a los dieciséis años supondría

acabar con esta heterogeneidad, otorgando a los mayores de dieciséis años todos los derechos y obligaciones que corresponden a los adultos. Significaría establecer una frontera clara: por encima de los dieciséis años se tiene la madurez suficiente como para que el Estado no te pueda imponer prohibiciones, te deje ejercer todos tus derechos y, en correspondencia, te aplique el mismo patrón que a los adultos cuando has infringido las leyes penales. Por debajo de esa edad, la madurez es otra y el ejercicio de los derechos y asunción de obligaciones están limitados a su mínima expresión.

Personalmente, prefiero la opción actual. La supuesta heterogeneidad no significa confusión, sino adaptación del Derecho a la realidad social. En España, se acepta el trabajo de los menores de dieciséis años, pero no se aceptaría tan fácilmente suprimir la necesidad de consentimiento de los padres o tutores para que los jóvenes de dieciséis y diecisiete años puedan emprender cualquier negocio jurídico. Se trata de una práctica que está socialmente muy aceptada, sobre todo en un país como España donde los hijos abandonan el hogar pasada la treintena. No tiene sentido modificar la Constitución para cambiar algo que nunca se ha cuestionado.

Y, por otro lado, considero que es evidente que se puede modificar la LOREG para otorgar el ejercicio del derecho de sufragio a los menores de más de dieciséis años sin desnaturalizar la institución de la mayoría de edad reconocida en la Constitución, que, como vemos, no se ha resentido cuando el legislador ha abierto dicha posibilidad a otros muchos

derechos. Tenemos una institución de la mayoría de edad lo suficientemente flexible como para poder absorber una modificación legal de este tipo.

Prueba de ello es que ya se ha producido en nuestro país una rebaja a los dieciséis años del ejercicio de un derecho político, sin que se haya suscitado duda alguna de constitucionalidad. Se trata de la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de la Iniciativa Legislativa Popular del Parlament de Catalunya, que en su art. 2.2 señala que “están legitimadas para ejercer la iniciativa legislativa popular (...) las personas que no están privadas de los derechos políticos, *son mayores de dieciséis años*, están debidamente inscritas como domiciliadas en el padrón de algún municipio de Catalunya y cumplen uno de los siguientes requisitos: a) Tener la nacionalidad española; b) Ser ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea; y c) Residir legalmente en España, de acuerdo con la normativa en materia de extranjería”.

Cierto es que no se puede comparar la importancia del derecho de sufragio activo con la del derecho a ejercer la iniciativa legislativa popular, y que además estamos hablando de una ley autonómica, no estatal. Pero también es verdad que, por primera vez, se trata de reconocer el ejercicio de un derecho de participación política a los menores de edad. Sin constituir un precedente plenamente equiparable, la aceptación acrítica de esta medida sí apunta a que los actores políticos e institucionales pueden estar dispuestos a poner en cuestión la oportunidad de extender a los mayores de dieciséis años los derechos políticos, pero no a dudar de su constitucionalidad.

NOTAS

1. Recientemente, el XXXVIII Congreso Federal del PSOE, celebrado el 3, 4 y 5 de febrero de 2012 en Sevilla, aprobó la siguiente resolución: “con la finalidad de ampliar la base social de la representación política, el PSOE abrirá a su vez un debate sobre el adelantamiento de la edad para ejercer el derecho de sufragio de los 18 a los 16 años”. La actual posición política de este partido, en la oposición desde diciembre de 2011, resta posibilidades a la propuesta de prosperar. Sin embargo, por primera vez un partido político con opciones de gobierno en España plantea una iniciativa de esta índole.

2. SANTAMARÍA, J.: *Aspectos sociológicos de la reducción de la edad de voto de 18 a 16 años*, 2005, http://www.sevilla.org/html/portal/com/bin/contenidos/el_ayuntamiento/Organizacion_municipal/el_alcalde/articulos/1165223011331_informe_voto_jxvenes_santamarxa.pdf.

3. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 385-386. Ver también GARCÍA SORIANO, María Vicenta: *Elementos de Derecho Electoral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 51.

4. Este régimen general no se aplica a los que, al llegar a la mayoría de edad, hubieren sido incapacitados cuando eran menores, y se prevé razonablemente que la discapacidad persistirá después de los dieciocho años. A estos ciudadanos se les puede prorrogar la patria potestad, lo cual está previsto en el art. 171 del Código Civil. Ver MORENO QUESADA, B.: “La edad de la persona” en SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *Curso de Derecho Civil I: Parte General y Derecho de la Persona*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 92-93.

5. *Mississippi Age of Majority Law* <http://minors.uslegal.com/age-of-majority/mississippi-age-of-majority-law>.

6. MUNROE, Susan: *Age of Majority*, <http://canadaonline.about.com/od/canadianlaw/g/ageofmajority.htm>.

7. Age of Legal Capacity Act, (1991) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/50/section/1>.

8. Ninguno de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno contempla la mayoría de edad en su Constitución. En Francia, Italia, Alemania y Portugal se establece en el Código Civil; en Gran Bretaña en The Family Law Reform Act de 25 de mayo de 1969. Ver MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)” en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, núm. 4, 1992, p. 1419.

9. La Disposición Adicional Segunda tiene como origen una enmienda “in voce” presentada por el senador Lorenzo Martín-Retortillo en la Comisión Constitucional del Senado, firmada por senadores aragoneses y navarros pertenecientes a diversos grupos parlamentarios (*Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Constitución*, número 55, 14 de septiembre de 1978, pp. 2751 y ss.). Enmiendas similares se habían presentado con anterioridad al artículo 11.2, que se convertiría en el artículo 12, del Proyecto de Constitución, en su tramitación por el Congreso de los Diputados, enmiendas que fueron retiradas, por considerarse que el lugar técnicamente más adecuado para su tratamiento sería una disposición adicional. Véase MENÉNDEZ ALZAMORA, M. y TASA FUSTER, V.: “Minoría y mayoría: participación política y acceso al sufragio en el sistema electoral español histórico” en VALLES, A.: *La protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 330-332.

La principal consecuencia de esta Disposición es la regulación del Derecho aragonés en torno a la mayoría de edad. Así, el artículo 5 de la Compilación del Derecho civil de Aragón establece: “El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes. Los actos o contratos celebrados sin la debida asistencia serán anulables”. El artículo 2.3 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, complementa esta regulación señalando: “La representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia”. Como recuerda MARTÍNEZ DE AGUIRRE, se trata de un régimen que procede directamente del Derecho histórico aragonés sin paralelismo alguno con el Derecho (ver MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad... op. cit., pp. 1429-1430).

10. Pese a que en la elección de esas mismas Cortes constituyentes el límite de edad se había establecido en la entonces vigente mayoría de edad —veintiún años—, en virtud de lo establecido en el art. 2 de la Ley 1/1977 de 4 de enero, para la Reforma Política: “Los Diputados del Congreso serán elegidos por sufragio universal, directo y secreto de los españoles mayores de edad”.

11. El Auto que eleva la cuestión de inconstitucionalidad es de 15 de abril de 1999. Posteriormente, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, concluyó lo iniciado por el Código Penal de 1995 trasladando definitivamente la edad penal a los dieciocho años.

12. Esta concepción del menor como titular de los derechos fundamentales, la mayoría de los cuales ejerce, se deriva de la primacía que en este ámbito ostenta la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, recogidos en el artículo 10.1 CE, y de la aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea de Naciones Unidas, que supone un paso decisivo desde una concepción del menor como sujeto necesitado de protección, hacia otra que apuesta por el mismo como sujeto activo de derechos. Ver VALERO HEREDIA, A.: *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 38 y ss.

13. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, op. cit., pp. 66 y ss.
14. Artículo 39.2 CE: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...”.
15. Ver, entre otros, a VALERO HEREDIA, A.: *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, op. cit., p. 45; ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 42 y ss.; y ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor, el interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 28 y ss.
16. Como dice la STC 154/2002 (caso *transfusión de sangre a menor Testigo de Jehová*), la negativa del menor a someterse a una transfusión de sangre implica que “estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene su objeto en el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física”.
17. En éstos y otros derechos fundamentales los menores realizan actos naturales que no pueden ser sustituidos por sus representantes legales (ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales...* op. cit., pp. 128-130).
18. Así lo señala ALÁEZ CORRAL, refiriéndose expresamente a correcciones habituales como el tirón de orejas o no permitir que el menor salga de casa más allá de las diez de la noche (ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad...* op. cit., pp. 227-230, 233-236). En todo caso, las habituales correcciones físicas, como el tirón de orejas, no están permitidas desde que en diciembre de 2007 se derogó la redacción del art. 154 del Código Civil que permitía que los padres o tutores “corrigeran” moderadamente a los menores, y se sustituyó por una redacción que mandata a éstos a respetar “la integridad física y psíquica del menor”.
19. Este derecho se complementa con el deber que recae sobre los progenitores de educar y formar a sus hijos, previsto en el art. 39.3 CE, y el derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), todo lo cual impone una determinada autonomía familiar y un deber de abstención por parte de los poderes públicos. Sin embargo, dichas facultades no pueden ser utilizadas por los progenitores en contra del interés del menor; al contrario, están supeditadas a garantizar una formación integral del menor que resulte acorde con su propia personalidad. Ver VALERO HEREDIA, A.: *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la Sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*, Universidad de Valencia, Valencia, 2004, pp. 45 y ss.
20. La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor no sólo reconoce el ejercicio de estos derechos a los menores; también desarrolla normativamente algunos de ellos para que dicho ejercicio venga acompañado de la necesaria protección por parte de los poderes públicos.
21. Prohibición bastante discutible, como parte de la doctrina se encarga de poner de manifiesto. Ver VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: *La construcción de la ciudadanía del menor de edad...* op. cit., pp. 396 y ss.
22. Como señala el art. 323 del Código Civil, la emancipación permite que el mayor de 16 y menor de 18 años pueda disponer de su persona y de sus bienes como si fuera mayor de edad. Como excepción se dispone que, hasta que el emancipado no alcance la mayoría de edad, no podrá pedir préstamos, gravar o transmitir bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales ni bienes de extraordinario valor sin el consentimiento de sus padres, o en caso de que falten ambos, del tutor que le haya sido nombrado.
23. Tiene lógica que al ser los dieciséis años la edad que pone límite a la educación obligatoria se constituya también en la edad por encima de la cual se puede trabajar y acceder al derecho a la función pública (TOLIVAR ALAS, L.: *Menores y función pública*, <http://administracionpublica.com/menores-y-funcion-publica/>).
24. Los menores de más de dieciséis años tampoco pueden contratar la prestación de trabajo directamente, salvo que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo (art. 7 del Estatuto de los Trabajadores).
25. Todos, desde nuestro nacimiento, adquirimos personalidad jurídica y somos parte del pueblo soberano, como señala ALÁEZ CORRAL B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales...* op. cit., p. 102.

26. MENÉNDEZ ALZAMORA, M. y TASA FUSTER, V.: “Minoría y mayoría: participación política y acceso al sufragio en el sistema electoral español histórico” en VALLES, A.: *La protección del menor*, op. cit., p. 320.

27. FLAQUER MONTEQUI, R.: “Ciudadanía civil y ciudadanía política en el siglo XIX. El sufragio” en PÉREZ LEDESMA, M. (dir.): *De súbditos a ciudadanos. Una historia de la ciudadanía en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 86.

28. La regulación electoral sufre un nuevo cambio con la Ley Electoral de 1907, pero se sigue manteniendo la edad mínima de veinticinco años (art. 3).

29. Este mismo artículo, sin embargo, liga la edad mínima para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo a la mayoría de edad legal. Por otro lado, en 2003 se debatió en el Parlamento alemán una propuesta para permitir que los padres pudieran votar en nombre de sus hijos, y que, si ese sistema no funcionaba, se implantara el derecho al voto de los jóvenes entre dieciséis y dieciocho años. La propuesta fue rechazada. Ver GROVER, S. C.: *Young People's Human Rights and the Politics of Voting Age. (Ius gentium : comparative perspectives on law and justice)* Springer, 2011, pp. 65 y ss. No obstante, en determinados Land, se permite el voto a los mayores de dieciséis años en las elecciones municipales, concretamente en los lander de Baja Sajonia, desde 1996, Renania del Norte-Westfalia, desde 1999, Sajonia-Anhalt, desde 1998, Schleswig-Holstein, desde 1998, Mecklembourg-Pomerania occidental, desde 1999, Bremen, desde 2007 y Brandemburgo, desde 2011. En elecciones a Land, se permite exclusivamente en Bremen y Brandemburgo, desde 2011.

30. En este caso, lo que realmente realiza la Constitución danesa es remitirse a la edad fijada en la ley ratificada en referéndum de 25 de marzo de 1953, que establece los dieciocho años como edad mínima para votar.

31. El art. 3 de la Constitución francesa señala: “Son electores, de acuerdo con lo que disponga la ley, todos los nacionales franceses mayores de edad de ambos sexos que estén en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos”. El art. 48 de la Constitución italiana dice: “Son electores todos los ciudadanos, hombres y mujeres, que hayan alcanzado la mayoría de edad”.

32. La Vigésimosexta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos dice: “El derecho a votar de los ciudadanos de los Estados Unidos, que tengan dieciocho años o más, no podrá ser denegado u obstaculizado por los Estados Unidos ni por ningún Estado basándose en la edad”. Por tanto, la rebaja de la edad mínima para votar a dieciocho años alcanza también a las elecciones estatales, no sólo a las de rango federal.

33. GROVER, Sonja C.: *Young People's Human Rights and the Politics of Voting Age...* op. cit., pp. 99 y ss.

34. Un interesante repaso de las circunstancias políticas y sociales que explican esta reforma en WINTERSBERGER, H.: “Edad electoral 16 años. La reforma austríaca 2007” en *Revista de Estudios de Juventud*, 85, Injuve, Madrid, 2009, <http://www.injuve.es/sites/default/files/2HelmuntWintersberger.pdf>.

35. En algunas elecciones locales sí se ha aplicado esta reducción de la edad mínima para votar, como ocurre en los lander alemanes antes nombrados, o en el cantón de Glarus, en Suiza.

36. Concretamente, fue Carl SCHMITT, en *Teoría de la Constitución*, de 1928, el que perfiló esta figura jurídica.

37. Algunos autores mantienen que se está abusando de esta institución. En Alemania, Maunz-Durig-Herzog y Stern, entre otros; sobre esta polémica ver GALLEGO ANABITARTE, A.: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 61 y ss. En España, CINDOCHA MARTÍN opina que su uso se debe restringir a organizaciones o formas de organización (como los municipios, por ejemplo) no reguladas por la Constitución pero sí reconocidas por ésta, excluyendo otras figuras, como la publicidad procesal, que no son una forma de organización (CINDOCHA MARTÍN, A.: “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial” en *Teoría y Realidad Constitucional*, 23, 2009, p. 180).

38. WINTERSBERGER, H.: “Edad electoral 16 años. La Reforma Electoral Austríaca” en *Revista de Estudios de Juventud...* op. cit., pp. 4-7.

Fecha recepción: 13/08/2012.

Fecha aceptación: 05/11/2012.

TEMAS DE HOY

Regularización fiscal y responsabilidad penal. La propuesta de modificación del delito fiscal

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

Jurisprudencia penal y libertad: crítica de algunas disfunciones recientes

Caty Vidales Rodríguez

FISCAL REGULARIZATION AND CRIMINAL LIABILITY. THE PROPOSAL TO AMEND THE TAX OFFENSE

RESUMEN

Se analiza de manera crítica la regularización fiscal prevista en el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo y en su Orden de desarrollo (HAP/1182/2012, de 31 de mayo), comparando sus requisitos y efectos con los de la excusa absolutoria prevista en el art. 305.4 CP. Especial referencia merece el tratamiento del blanqueo de capitales de la cuota defraudada y su posible apreciación en los casos de regularización, así como las modificaciones que en materia de delito fiscal aparecen en el Proyecto de Ley de modificación del CP.

PALABRAS CLAVE

Delito fiscal, regularización, excusa absolutoria (art. 305.4 CP), blanqueo de la cuota defraudada, prescripción, prejudicialidad penal.

ABSTRACT

This article develops a critical analysis of the tax regularization adopted by Royal Decree-Law 12/2012, 30 March and additional legislation (Instruction HAP/1182/2012, 31 May). It also compares its requirements and effects with those provided by the special immunity from prosecution (art. 305.4 Spanish Criminal Code) paying special attention to the legal treatment of money laundering of defrauded tax bill and its application to regularization processes. It finally analyses the Proposal to amend criminal provision regarding tax offenses.

KEYWORDS

Tax offense, regularization, special immunity from prosecution (art. 305.4 Criminal Code), statute of limitation for criminal action, preliminary criminal ruling

REGULARIZACIÓN FISCAL Y RESPONSABILIDAD PENAL. LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL DELITO FISCAL*

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. La “amnistía” por regularización. 2. La excusa absolutoria de regularización fiscal del art. 305.4 del Código Penal. 3. Blanqueo de la cuota defraudada. Regularización y blanqueo. 4. Regularización de dinero. 5. Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal en materia de Transparencia, acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y Lucha contra el Fraude Fiscal y en la Seguridad Social: el delito fiscal. A) La falta de regularización como elemento del tipo. B) Cálculo de la cuota defraudada, regularización extemporánea y colaboración. C) No paralización de las actuaciones de liquidación y cobro por la existencia de un procedimiento penal. D) Tipos agravados.

1. LA “AMNISTÍA” POR REGULARIZACIÓN

Por Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo¹, se establecen las Medidas Tributarias y Administrativas dirigidas a la Reducción del Déficit Público; una de esas medidas consiste en conceder la posibilidad de regularización a través de una declaración tributaria especial. En los medios de comunicación se ha hablado de amnistía fiscal impropiamente; no es tal toda vez que se exige para regularizar el pago de una cantidad mínima, pero, en definitiva,

pago; no obstante lo anterior, lo que si resulta “amnistiado” es el posible delito fiscal que se haya podido cometer; pero no corre la misma suerte el posible delito de blanqueo que subsiste.

Tampoco puede hablarse de regularización tal como se entendía hasta ahora, a la vista de las previsiones del Código Penal en materia de excusa absolutoria (art. 305.4). La cuestión es litigiosa toda vez que se ha presentado recurso de inconstitucionalidad contra la medida², además de estar recurrida en la Audiencia Nacional la Orden de desarrollo del Real Decreto-

* Nota del editor: este artículo ha superado la revisión por pares

ley (Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo, por la que se desarrolla la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, se aprueban cuantas medidas resultan necesarias para su cumplimiento, así como el modelo 750, declaración tributaria especial, y se regulan las condiciones generales y procedimiento para su presentación).

La pretensión declarada por el Gobierno es que afluera 25.000 millones de Euros, para recaudar 2.500 millones una vez aplicado el 10% previsto en el Real Decreto-ley; sin embargo, cuatro meses después de entrar en vigor la nueva normativa, siguen existiendo dudas sobre el alcance real de la misma y los sujetos defraudadores incluidos en el ámbito de aplicación de la norma siguen a la espera de conocer las consecuencias de la nueva medida para acogerse o no a ella³. Así, no está claro qué ocurrirá con la responsabilidad penal por blanqueo, o qué ocurrirá cuando un sujeto regularice y otro no estando ambos implicados en el mismo acto defraudatorio. Respecto al dinero en efectivo, las dudas se han querido solventar mediante una Orden de desarrollo a la que nos referiremos después.

En el Preámbulo del Real Decreto-ley se establece lo siguiente:

“Por último se considera importante favorecer que los obligados tributarios puedan ponerse voluntariamente al corriente de sus obligaciones tributarias regularizando también situaciones pasadas, siguiendo en esta línea la norma penal que admite la exoneración de responsabilidad penal por estas regularizaciones voluntarias efectuadas antes del inicio de actuaciones de comprobación o, en su caso, antes de la interposición de denuncia o querrela. A tal efecto se introduce la correspondiente modificación en la Ley General Tributaria”.

Se trataría, según el texto transcrito, de una regularización tributaria, a imagen y semejanza de la que establece el Código Penal, que quedaría residenciada en la Ley General Tributaria. Sin embargo, tal como se analizará más adelante, existen entre esta regularización y la excusa absolutoria del Código Penal di-

ferencias muy considerables. La medida ahora prevista en el Real Decreto-ley 12/2012 lo es respecto de la responsabilidad fiscal, y quiere serlo también respecto de la responsabilidad penal; pero este último extremo no parece pacífico. La regulación que se introduce en el Real Decreto-ley, concretamente en su Disposición adicional primera⁴, es la que a continuación se esquematiza:

1. Se refiere a los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes.
2. Afecta a quienes —personas físicas o entidades— sean titulares de bienes o derechos que no se correspondan con las rentas declaradas en los correspondientes impuestos⁵.
3. El ámbito temporal de la regularización se delimita por las titularidades de bienes y derechos anteriores a la finalización del último período impositivo cuyo plazo de declaración hubiera finalizado antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley; es decir, titularidades anteriores al 31 de diciembre de 2010.
4. El plazo para la presentación de las declaraciones y para el ingreso finaliza el 30 de noviembre de 2012.
5. La declaración especial que se contempla tiene por objeto regularizar la situación tributaria.
6. La regularización se consigue ingresando un 10% del importe o valor de adquisición de los bienes o derechos⁶.
7. La declaración especial seguida del pago del 10% comporta la no imposición de sanciones y la no exigencia de recargos o intereses, a diferencia del sistema de declaración complementaria ordinaria que supone pagar la deuda fiscal que corresponda, los intereses de demora, más un recargo.
8. La declaración especial debe acompañarse de la información necesaria para identificar los bienes y derechos.

9. El importe declarado tendrá la consideración de renta declarada⁷, es decir, no se hablará de una ganancia patrimonial no justificada o de un bien o derecho no declarado.
10. La declaración e ingreso no puede ser posterior a la notificación de iniciación por la Administración tributaria de procedimientos de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias.

Basta una rápida lectura de la Disposición adicional primera para entender una de las críticas que ha recibido: el incumplidor es exonerado de responsabilidad si paga el 10% del valor de los bienes escondidos y luego aflorados, además de eludir los intereses de demora y el recargo y no sufrir consecuencias penales por el posible delito fiscal, mientras que el que declaró y pagó en su momento lo hizo por una cantidad considerablemente superior a ese 10%. Y si este 10% parece mucho, resulta que la praxis puede conducir a pagar cantidades menores en algunos supuestos⁸.

A lo anterior se añade que cuando Hacienda oferta esta regularización lo que está haciendo es inducir y cooperar en un proceso de blanqueo de capitales: “una oferta de impunidad a bajo coste por la defraudación cometida... una forma de blanquear el dinero del crimen, en general”⁹.

Por otro lado, si Hacienda se conforma con tan poco a cambio de tanto —tributar solo un 10% o menos, sin multa, sin recargos y con exención de responsabilidad penal, contribuyendo en su caso al blanqueamiento de unos bienes criminales—, la imagen que se proyecta es de gran ineficacia en el cobro de los impuestos, porque la regularización solo opera en los casos en los que no se ha notificado al infractor ningún procedimiento de investigación, es decir, en los casos en los que Hacienda no tiene ni idea de la existencia de la defraudación y ante su fracaso oferta tal pacto: reserva e impunidad a cambio de 10%.

Reserva, porque en la Orden HAP/1182/2012¹⁰, de desarrollo de la Dispo-

sición comentada, se establece el carácter reservado de los datos obtenidos por Hacienda en la declaración especial (art. 7).

Y, además de reserva, impunidad, porque la regularización no solo afecta a la infracción tributaria, sino que quiere alcanzar también al delito fiscal. En este sentido, la Disposición Final Primera del Real Decreto-ley 12/2012 modifica la Ley General Tributaria, introduciendo un nuevo apartado 2 en su art. 180 con el siguiente contenido:

“2. Si la Administración tributaria estimase que el obligado tributario, antes de que se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación, ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, la regularización practicada le exoneraría de su responsabilidad penal, aunque la infracción en su día cometida pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, y la Administración podrá continuar con el procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación”¹¹.

El precepto se refiere a dos cuestiones capitales:

1ª) el momento y el ámbito en el que la regularización surte efectos sobre la posible responsabilidad penal;

2ª) la continuidad del procedimiento administrativo, sin suspenderlo, ni pasar el tanto del culpa al Juez o al Fiscal.

Ambas previsiones se entenderán mejor al analizar el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal en materia de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y Lucha contra el Fraude Fiscal y en la Seguridad Social. En este texto se introducen modificaciones de gran alcance para el delito fiscal y algunas de deben ser leídas a la luz del nuevo art. 180.2 de la Ley General Tributaria.

Debe recordarse que el art. 180.1 de la Ley General Tributaria¹² es el que regula el principio de no concurrencia de sanciones tributa-

rias, obligando a la Administración tributaria a pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal o a remitir el expediente al Fiscal cuando una infracción pueda ser constitutiva de delito, y ello, en virtud de la prioridad de la actuación de la jurisdicción penal. En esta situación el procedimiento administrativo queda en suspenso hasta que se dicte sentencia firme, haya sobreseimiento o archivo o se devuelva el expediente por el Fiscal. Producida la resolución judicial, los hechos declarados en la misma vinculan a la Administración. Lo anterior supone dar preferencia a los pronunciamientos judiciales sobre los administrativos y hacer que éstos sean tributarios de los primeros. Se trata de la aplicación del principio *non bis in idem*, en su vertiente procedimental¹³ y constituye una norma básica de las relaciones entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal, por un lado, y entre la Administración tributaria y los Tribunales de Justicia, por otro: las actuaciones penales son preferentes y paralizan el procedimiento administrativo que, en todo caso y en su momento, ha de respetar los hechos declarados por la jurisdicción penal.

La STC 77/1983, de 3 de octubre expresa el *non bis in idem* procedimental diciendo lo siguiente:

“la Administración no puede actuar mientras no lo hagan los Tribunales y deba en todo caso respetar, cuando actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado”, añadiendo que “La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control a posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada... La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica, y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de

que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema”.

El nuevo art. 180.2 no contempla un supuesto de expediente sancionador dirigido contra un sujeto concreto que debe paralizarse para pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal, sino un caso en el que no hay actuaciones notificadas y, de ahí, la posibilidad de regularizar. En este supuesto quedaría comprometido el deber de los funcionarios de denunciar los posibles delitos de los que tienen conocimiento, indicándose la continuidad del procedimiento sin pasar el tanto de culpa al Juez o al Fiscal. Con esta regla parece acabar el Real Decreto-ley al sustraer del ámbito judicial la decisión sobre la exención de responsabilidad criminal por delito fiscal y dificultar de hecho el conocimiento por otros delitos conexos.

Por otro lado, el nuevo apartado 2 del art. 180 podría suponer una derogación o modificación del Código Penal operada por Decreto-ley en lo que se refiere al delito fiscal, además de alterar el destino ordinario de las actuaciones cuando las mismas puedan constituir conducta delictiva, impidiéndose a la jurisdicción penal el conocimiento prioritario y preferente de un asunto. Por más que se quiera ver en la regularización ofertada por el Real Decreto-ley 12/2012 una igual o similar a la contemplada en el Código Penal, las diferencias son considerables. Por un lado, debe subrayarse que la excusa absolutoria del Código Penal se establece en una Ley Orgánica, mientras que la nueva figura ha visto la luz en un Decreto-ley. Al margen de lo anterior, hay que tener en cuenta que algunos de los aspectos más relevantes de la regularización no están contemplados en el Decreto-ley sino en la Orden ministerial —Orden HAP/1182/2012— que dice desarrollarla, aunque en realidad, la modifica o, al menos, la sobrepasa de forma muy considerable; la ausencia de rango normativo parece evidente¹⁴.

Podría razonarse que la regulación penal de la excusa absolutoria lo es mediante la técnica de la norma penal en blanco y que cuando el art. 305.4 habla de regularización tal concepto

debe llenarse con la normativa administrativa. Sin embargo, como se verá, esta tesis no parece convincente a la vista de la doctrina jurisprudencial y la opinión de la Fiscalía sobre el contenido de la regularización que da vida a la excusa. También cabría pensar que la Administración, con la declaración especial, determina una nueva cuota, pero tal razonamiento parece más una ficción que otra cosa.

Las previsiones hasta aquí analizadas solo pueden entenderse si se ponen en relación con la normativa proyectada para el delito fiscal, pero esta normativa no está todavía aprobada, ni es seguro que sea aprobada en los términos que quiere el Gobierno.

Al margen de lo anterior, lo que sí parece incuestionable es que la regulación del Real Decreto-ley 12/2012 y de la Orden que lo desarrolla no consigue neutralizar la responsabilidad penal por delitos conexos y, muy especialmente, por blanqueo de capitales.

2. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DE REGULARIZACIÓN FISCAL DEL ART. 305.4 DEL CÓDIGO PENAL

Por lo que se refiere a la regularización del art. 305.4 del Código Penal¹⁵, deben tenerse en cuenta algunas consideraciones. La regularización aparece como una excusa absolutoria¹⁶, es decir como un comportamiento post delictivo cuya apreciación por el Juez tiene consecuencias de exoneración de pena. Obedece tal excusa a razones de política criminal y de oportunidad —no de Justicia—, que llevan a prescindir de la pena a pesar de que se haya afirmado la culpabilidad; la excusa actúa sobre la punibilidad, eliminándola, pero deja subsistentes tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Se trata de una causa personal de anulación de la pena. En palabras del Tribunal Supremo, las excusas absolutorias son “*un conjunto de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica... que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presentes en*

ellos las notas de antijuridicidad tipificada y culpabilidad” (STS 26 de diciembre de 1986).

Naturalmente, tratándose de la regularización del Código Penal, solo el Juez puede considerarla a los efectos de eliminar la punibilidad y con ello, la responsabilidad penal. Por lo contrario, tratándose de la regularización del Real Decreto-ley 12/2012, es la Administración la que decide si hay regularización, sustrayendo al Juez una competencia que solo a él alcanza: eximir de responsabilidad penal; además —como ya se ha indicado— obliga a los funcionarios de Hacienda a incumplir su deber de denunciar delitos o someter sus dudas al Fiscal o al Juez penal.

Vemos ahora en qué ha de consistir el comportamiento post delictivo valioso que da vida a la excusa absolutoria de regularización.

Regularizar es reparar espontánea y completamente el perjuicio causado. Otras conductas de menor intensidad o no espontáneas no cubren los requerimientos de la exención de pena. La espontaneidad se manifiesta en el hecho de que el sujeto procede a regularizar antes de conocer formalmente, la existencia de actuaciones de comprobación, la existencia de denuncia o querrela, o que el Juez esté actuando. La reparación no se conforma con la confesión de que hay cuotas defraudadas, sino que requiere el pago de las cantidades debidas, por más que se haya querido ver que la reparación del daño solo es exigible cuando se trata de fraude de subvenciones. Cierto es que el art. 307. 4, en relación al fraude de subvenciones, especifica en qué ha de consistir la reparación¹⁷, concretamente en el reintegro de las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió; tal grado de determinación no se alcanza en el art. 305. 4, ni en el art. 307. 3 —referido al fraude a la Seguridad Social— que se limitan a exigir la regularización. A pesar de ello, se sostiene que la regularización en estos casos requiere el pago de la deuda o la devolución de las cantidades defraudadas, no siendo suficiente con declarar verazmente lo que se había ocultado.

Así lo entiende la Fiscalía General del Estado en la Consulta 2/2009, al afirmar que “En las excusas absolutorias de los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal, la conducta post-delictiva del imputado debe suponer el reverso del delito consumado, de forma que resulte neutralizado no solo el desvalor de acción (defraudación) sino también el desvalor de resultado (perjuicio patrimonial irrogado a la Hacienda Pública o a las arcas de la Seguridad Social)”. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo y, recientemente, el Juzgado Central de Instrucción núm. 4, en Auto de 22 de mayo de 2012 (asunto familia Botín) que habla de “*la reparación (post-delictum) del perjuicio irrogado mediante el pago de las deudas exigibles eludidas*”. En definitiva, tratándose de la excusa absolutoria del Código Penal, el sujeto que quiera beneficiarse de la misma debe hacer frente a la totalidad de su deuda y a los intereses y recargos que le correspondan por pago extemporáneo. Más claro es a este respecto el nuevo art. 180.2 de la Ley General Tributaria —introducido por el Real Decreto-ley 12/2012— que vincula la regularización al “*completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria*”.

¿Qué supone regularizar por una y otra vía? Regularizar 1 millón de Euros por el procedimiento que da vida a la excusa absolutoria del Código Penal puede suponer el pago de una cantidad superior a los 500.000 Euros, mientras que hacerlo por la vía contemplada en el Real Decreto-ley, supone un pago de 100.000 Euros; en ambos casos se prescinde de la pena; en el primer caso porque lo decide el Juez y en el segundo porque se sustrae del poder de decisión del Juez el asunto.

Si hay regularización espontánea y completa del art. 305.3 del Código Penal, en los términos vistos, el Juez instructor decretará el sobreseimiento y archivo. Si se opta por la vía del Decreto-ley 12/2012, será la Administración la que decida no dar entrada al Juez. Lo anterior, sin embargo, no evita que el Fiscal denuncie o el Juez actúe de oficio ante el conocimiento de un hecho presuntamente constitutivo de delito fiscal y de blanqueo de

capitales, por más que la Administración esté admitiendo una regularización por el 10% y queriendo excluir la competencia judicial y la responsabilidad penal.

Algunas de las previsiones incorporadas en el Real Decreto-ley 12/2012 son un anuncio de las que se proponen en relación al delito fiscal. A esta cuestión nos referiremos más adelante.

3. BLANQUEO DE LA CUOTA DEFRAUDADA. REGULARIZACIÓN Y BLANQUEO

La posibilidad de admitir un delito de blanqueo respecto de la cuota tributaria defraudada no es pacífica y creo que debe rechazarse. Sin embargo parece que tal posibilidad se va abriendo camino con probabilidades de éxito: habría un delito fiscal consumado, cuya cuota tributaria defraudada se convertiría en el objeto material de un delito de blanqueo, o sea, en un bien que tiene “*su origen en una actividad delictiva*”.

Creo que una construcción como la anterior (y las consecuencias que de ellas se extraen) no es posible, al impedirlo la literalidad del art. 301 Código Penal y el sentido común. La posibilidad de apreciar dos delitos se ve facilitada por dos circunstancias que se dan tras la reforma del Código Penal de 2010: primera, que el autoblanqueo es ahora punible (si bien la Jurisprudencia ya lo había admitido con anterioridad en algunas Sentencias), y segunda, que la mera posesión del bien de origen delictivo es ahora constitutiva de blanqueo. Lo anterior se quiere utilizar para decir que el defraudador fiscal cometerá inevitablemente su autoblanqueo por posesión al tener en su poder la cuota defraudada, sin necesidad de realizar sobre ella actos de transmisión o conversión.

Pero, en la opinión que aquí se sostiene, la dualidad de delitos alrededor de una cuota tributaria defraudada debe rechazarse porque tal

objeto —la cuota defraudada— no es un bien que tenga “*su origen en una actividad delictiva*” como exige el art. 301. Los rendimientos del trabajo o del capital no transmutan su origen legal en origen delictivo por el hecho de no ser declarados y eludir el impuesto; la cuota tributaria defraudada no pierde su origen para pasar a proceder de un delito fiscal y por ello no puede ser objeto de blanqueo.

La posibilidad de referir el delito fiscal y el de blanqueo a un único objeto —la cuota tributaria defraudada— tiene a su favor la reforma del Código Penal de 2010, pero tiene en contra la lógica y la naturaleza de las cosas, porque por más que el autoblanqueo por posesión sea hoy punible, sin embargo, lo que no puede afirmarse es que la cuota tributaria defraudada tenga su origen en el delito fiscal previo. Lo que el Código Penal no ha consagrado —de momento— es el blanqueo sobre bienes que no proceden de un delito (o de una actividad delictiva). Dicho de otra forma, el delito de blanqueo no está pensado para reprimir cualquier situación económica irregular.

Que el delito fiscal acabase siendo delito antecedente para el blanqueo de capitales era una aspiración del GAFI y, por lo que respecta a España, de la Fiscalía y de la Agencia Tributaria.

Naturalmente, cuando se plantea el problema de la compatibilidad entre el delito fiscal y el de blanqueo, lo es en referencia a una modalidad de delito fiscal, concretamente la de eludir el pago de impuesto, por no hacerse la declaración o por hacerla de forma no veraz, dejándose de ingresar la cuota tributaria. Cuestión distinta es la que se presenta en supuestos de no ingreso de retenciones y en caso de devoluciones indebidamente obtenidas o de beneficios fiscales indebidamente disfrutados. En los dos últimos supuestos —devoluciones y beneficios—, nos encontramos ante bienes de origen delictivo, que no estaban antes del delito en la disponibilidad del defraudador, y por tanto, bienes que pueden “blanquearse” *a posteriori* de su obtención ilícita. Lo que no parece obligado es el concurso real entre los dos delitos; en la tesis que aquí se sostiene no

debería haber concurso real: el doble castigo contraría el *non bis in idem*. En el primer caso —el no ingreso de cantidades retenidas por IVA repercutido—, el sujeto se apropia de cantidades que ha recibido por un título que le obliga a entregarlas y no lo hace. En este caso la posibilidad del blanqueo puede construirse sobre el delito de apropiación indebida, sin tener que recurrirse al delito fiscal; pero sigue sin justificarse el concurso real.

No ocurre lo mismo cuando se trata de la cuota defraudada: en este caso esa cuota está lícitamente en el patrimonio del que después defrauda y no entra en su haber después del delito fiscal —ni de ningún delito—¹⁸; es en su caso, “dinero ahorrado” que estaba previamente en el patrimonio y que no se deja salir, cuando debería salir. Nada cambia en el patrimonio del defraudador como consecuencia del engaño a Hacienda. Por tanto, aquí el problema no sería solo de *bis in idem*, sino de ausencia de objeto material en el blanqueo; falta el bien que tiene “*su origen en una actividad delictiva*”. La cuota impagada es una deuda incumplida que puede generar un delito fiscal, pero nunca es el fruto de ese delito.

Por otro lado, el fraude fiscal consistente en eludir el pago del tributo es un delito de omisión y no genera bien alguno. El art. 301 del Código Penal es claro al referirse al objeto material: “*bienes... que... tienen su origen en una actividad delictiva*” y además esos bienes tienen “*origen ilícito*”. Pues bien, la cuota tributaria defraudada no tiene su origen en una actividad delictiva de defraudación a Hacienda —sino en actividades lícitas— y por ello no tiene origen ilícito. Esta es la realidad de las cosas y lo que dice el sentido común y la ley.

Para negar lo anterior se recurre a una serie de razones que disfrazan la realidad de las cosas bajo conceptos económicos y de contabilidad. Se manejan los siguientes argumentos¹⁹:

a) En el delito fiscal hay un enriquecimiento patrimonial al no reconocerse un pasivo exigible, término éste que el Código de Comercio utiliza al referirse al balance de una empresa. La anterior afirmación no es válida para todos

los sujetos que pueden cometer blanqueo, sino solo para las empresas; en todo caso la existencia de un pasivo exigible no nos puede llevar a hablar de blanqueo de un bien producido por el delito fiscal. La cuota tributaria ni está generada por el delito fiscal, ni es blanqueable.

b) Se afirma además que según la Jurisprudencia de las Salas 1ª y 3ª del Tribunal Supremo, el enriquecimiento injusto se produce tanto por aumento del patrimonio como por evitación de su disminución, siendo ilegítimo tal enriquecimiento que empobrece a otro. Este argumento se refiere a la figura civil del enriquecimiento injusto y no a un ilícito penal que tiene una precisa mecánica delictiva; dicho de otra manera no podemos confundir la figura civil, no regulada en el Código Civil y construida sobre la base de la equidad, con un delito que tiene unos requisitos precisos que han de leerse bajo el cristal de la taxatividad. Por otro lado, la reclamación por enriquecimiento injusto no ha de basarse en una actuación antijurídica o ilícita, simplemente se exige que no haya causa, pero el enriquecimiento puede haber sido provocado por causas naturales, por un tercero ajeno o por el sujeto que se empobrece. Nada de esto tiene que ver con la responsabilidad penal por blanqueo.

Si admitiésemos que hay delito de blanqueo en relación a la cuota tributaria “ahorrada”, tendríamos que admitir también ese blanqueo en los siguientes casos:

1º) alzamiento de bienes, en tanto que el deudor se “ahorra” la deuda que tiene con sus deudores;

2º) impago de pensiones durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos, porque el obligado se “ahorra” esas mensualidades;

3º) no prestación del sustento a un hijo que lo necesita, porque hay un “ahorro” de ese sustento.

Me parece evidente que la elusión del tributo, el hecho de insolventarse ante un deudor, el impago de la pensión y la no prestación del sustento necesario, podrán ser “ahorros”, pero no son bienes generados por los delitos enumerados y por tanto, no integran el requisito

típico exigido en el art. 301 de ser “bienes... que... tienen su origen en una actividad delictiva” o de “origen ilícito”.

Otro de los argumentos que se suele manejar a favor de la tipicidad del blanqueo de la cuota defraudada es el que se residencia en el art. 1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Según el precepto “*A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos... con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública*”; se trata de un caso de interpretación auténtica. Un erróneo entendimiento de las relaciones entre esta norma y el Código Penal ha llevado a afirmar que la norma transcrita es interpretación auténtica en el ámbito del delito de blanqueo. Tal cosa ha de negarse rotundamente porque el precepto transcrito circunscribe claramente su eficacia “*a los efectos de esta Ley*”, o sea, la ley de prevención del blanqueo. Debe reconocerse que, aunque nuestra Ley de prevención ha ido más allá de lo exigido por las Directivas de la Unión Europea, no es un disparate absoluto que se quiera prevenir —no castigar con penas— la actividad de blanqueo —que no, el delito de blanqueo— incluso en los casos de elusión de los impuestos. Lo que ya no se podría explicar es que ese esquema y ese exceso de celo en lo preventivo se trasladen, sin más, a lo represivo.

Por otro lado conviene recordar que la llamada “interpretación auténtica” es un caso en el que el Legislador impide al Juez, precisamente la interpretación, porque el Legislador le dice que es lo que debe entender, aunque la lógica y el sentido común le indiquen lo contrario. Basta pensar en la “llave falsa” del art. 239 y la interpretación auténtica con la que el Legislador maniató al juez: en algún caso esa “llave falsa”, no es llave (porque es una ganzúa) y cuando es llave, no es falsa (porque es la llave legítima perdida).

Si se admite el anterior razonamiento, podrá concluirse que la “cuota defraudada” no es un bien procedente de la actividad delictiva, pero que se le quiere tener por tal a efectos de preven-

ción —o sea, de evitación— de las conductas de blanqueo. Aquí se acaba la ficción de que la cuota es un bien que proviene del delito fiscal; si el Legislador penal hubiese querido una tal interpretación auténtica en el tipo de blanqueo, tendría que haberla incluido al definir los elementos del delito, pero no lo ha hecho²⁰.

Por otro lado, es evidente que la cuota tributaria no puede entrar en el delito de blanqueo por la vía de decir que estamos ante una ley penal en blanco que encuentra su complemento en la Ley de prevención a la hora de fijar el objeto material. Y ello por la sencilla razón de que el art. 301 Código Penal no hace ningún reenvío a la norma administrativa y describe de forma completa su objeto material: “*bienes que tienen su origen en una actividad delictiva*” o que son de “*origen ilícito*”. Ese bien podrá ser el objeto material del delito previo o el beneficio que aquel bien haya supuesto para el autor²¹.

Ya se ha señalado que la Fiscalía y la Agencia Tributaria tienen un gran interés en considerar que es posible el blanqueo de la cuota tributaria defraudada a la Hacienda Pública ¿Por qué? Probablemente hay un interés práctico considerable por razón de la prescripción. El delito fiscal prescribe a los 5 años²² que se han de contar a partir del momento de la consumación, es decir, a partir del último momento que el contribuyente tuvo para cumplir su obligación fiscal, o sea, hasta que acabe el período voluntario de presentación de la declaración. Tratándose de blanqueo de capitales, el plazo de prescripción es de 10 años. Una acusación conjunta por delito fiscal y por blanqueo supone que los 5 años de prescripción para el delito fiscal se duplican por razón de la conexidad contemplada en el art. 131.5 Código Penal.

Pero hay más: el blanqueo por posesión —autoposesión— es un delito permanente por lo que su plazo de prescripción se empieza a computar desde el día en el que cesa la situación ilícita (art. 132.1 Código Penal), y esa situación subsiste en tanto se siga poseyendo el bien proveniente del delito previo o sus transformaciones. Las posibilidades de dilatar la investigación de un delito fiscal prescrito se alargan extraordinariamente y cuesta ver el

momento en el que empiece a correr el plazo de 10 años de prescripción.

Por otro lado no puede desconocerse que una investigación por blanqueo ofrece unas posibilidades de colaboración judicial de otros países que están vedadas cuando el objeto de la investigación es un delito fiscal. Basta recordar que el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959 (ratificado por España el 14 de julio de 1982, BOE de 17 de septiembre), establece en su art. 2 que “*Podrá denegarse la asistencia judicial: a) si la solicitud se refiere a infracciones que la Parte requerida considere como infracciones de carácter político, o infracciones relacionados con infracciones de carácter político, o como infracciones fiscales...*”²³. Ciertamente es que el Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1978 al Convenio de Asistencia Judicial incluye entre las materias que dan lugar a asistencia judicial el delito fiscal; este texto ha sido ratificado por España (el 27 de mayo de 1991, BOE de 2 de agosto de 1991), pero no por Suiza que se ha limitado a firmarlo. A lo anterior debe añadirse que la legislación suiza desconoce el delito fiscal cometido en el extranjero como infracción previa para el ulterior blanqueo.

El pretendido matrimonio indisoluble entre el delito fiscal y el de blanqueo tiene en su contra todos los argumentos hasta aquí esgrimidos y otro más: la regularización fiscal contemplada en el art. 305.4 Código Penal, a la que ya nos hemos referido. Su efecto es la exención de responsabilidad por el delito fiscal y por “*las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria*”. Naturalmente la regularización no alcanza al inevitable delito de blanqueo que, según las tesis aquí rechazadas, comete el defraudador por autoposesión de la cuota defraudada. De aceptarse lo anterior y, caso de regularizar el defraudador su situación tributaria, desaparecería la responsabilidad por delito fiscal (y otros conexos referidos en el art. 305.4), pero no por blanqueo (no aludido en el precepto mencionado); es decir, nos quedaría

un blanqueo sin delito subyacente y sin “cuota ahorrada-defraudada” que se habrá entregado a Hacienda con la regularización. La lógica no acompaña al anterior razonamiento.

Tratándose de la regularización del Real Decreto-ley 12//2012, nada se dice respecto de las irregularidades contables u otras falsedades instrumentales, por lo que podrán perseguirse. Por lo que se refiere al blanqueo, tampoco queda alcanzado por los efectos de la regularización, produciéndose el mismo absurdo ya visto para los casos contemplados en la excusa absoluta del art. 305.4 del Código Penal. Probablemente se ha pretendido que esta regularización no solo alcance al delito fiscal que se cometió y no se descubrió por Hacienda, sino también al delito de blanqueo subsiguiente, el referido a la cuota tributaria defraudada que, en interpretación que aquí se ha rechazado, pero que parece imponerse, se comete inevitablemente tras la defraudación tributaria ¿Desaparecerá también la responsabilidad penal por ese delito de blanqueo? Así debería ser —pero no lo es—, salvo que se quiera llegar al absurdo de exonerar por delito fiscal y castigar por el blanqueo encadenado a ese delito fiscal y todo ello en un procedimiento de regularización que fácilmente puede entenderse como una oferta de blanquear un dinero ilícito, quizás, incluso delictivo, a cambio de aflorarlo con un peaje del 10%. Pero lo cierto es que el Código Penal no se ha modificado en lo que al blanqueo se refiere, ni la interpretación aquí rechazada —posibilidad del blanqueo de la cuota defraudada—, y no se alcanza a ver la razón por la que la tesis —se insiste, aquí rechazada, pero sostenida con entusiasmo por la Fiscalía y por la Agencia Tributaria— del blanqueo de la cuota tributaria defraudada debería ceder en los supuestos contemplados en la nueva regulación.

4. REGULARIZACIÓN DE DINERO

Otra cuestión llama la atención: la Disposición Adicional Primera se refiere a “*bienes o derechos que no se correspondan con las rentas*

declaradas”; tales bienes y derechos deben haberse adquirido antes del 31 de diciembre de 2010 y no después y tal extremo debe acreditarse. Lo anterior quiere decir que si con posterioridad a esa fecha se adquieren bienes y derechos, los mismos quedan fuera de la regularización y por ello —por más que el plazo para presentar la declaración especial sea hasta el 30 de noviembre de 2012— operaciones con adquisiciones hechas en 2011 no se benefician de la regularización. Téngase en cuenta que el Decreto-ley es de 30 de marzo de 2012 y que entró en vigor al día siguiente. Pero este querer mirar solo al pasado anterior a 31 de diciembre de 2010 puede ser un deseo frustrado a la vista de lo dispuesto en la Orden de desarrollo. En efecto, en la misma se contempla la posibilidad de aflorar dinero en metálico y tratándose del mismo no rige la regla general (art. 3. 4. “*La titularidad de los bienes o derechos, así como su fecha de adquisición, podrá acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho*”), sino una especial que relaja el requisito de prueba hasta hacerlo inexistente. Así se dice que “*En particular, tratándose de dinero en efectivo será suficiente la manifestación, a través del modelo de declaración, de ser titular del mismo con anterioridad a 31 de diciembre de 2010*”. O sea que Hacienda confiará en que los dineros en efectivo aflorados se poseen desde antes de tal fecha y no después de la misma si así se lo dice el defraudador. Lo anterior quiere decir que podrán aflorarse dineros obtenidos en 2011 y 2012, indicándose falsamente que se adquirió antes del 31 de diciembre de 2010 y que tal declaración servirá como prueba y permitirá regularizar al 10% un dinero que debería tributar en mayor porcentaje.

Pero ¿por qué la norma abarca titularidades anteriores a 2011 y no posteriores? La razón hay que buscarla en la fecha de vigencia del Real Decreto-ley: 31 de mayo de 2012, es decir un momento en el que todavía estaban sin pagar los impuestos de Sociedades y de la Renta de 2011 y en el que se estaban generando ingresos en 2012. Lógicamente, el Gobierno no deseaba que la entrada en vigor del Real Decreto indujese a defraudar en la campaña

vigente, al salir más barato pagar un 10% por regularización que lo que correspondiese por cada tributo. Lo anterior puede verse sorteado en el caso del dinero en metálico que podrá “colarse” en la regularización con la sola declaración de que se generó en 2009 o 2010, aunque su adquisición sea posterior. Lo pretendido en marzo por el Real Decreto-ley 12/2012, se puede desmoronar a partir de mayo gracias a la Orden HAP/1182/2012. De esta manera, la nueva normativa de regularización, permite e incentiva el fraude o el blanqueo de dinero de origen delictivo. Algunos podrían ceder a la tentación de no declarar y no tributar ordinariamente por ingresos obtenidos en 2011 o 2012, para regularizarlos con la declaración especial.

Más arriba se ha señalado que no ha habido una gran afluencia de defraudadores a la llamada del Gobierno a regularizar, dadas las dudas no aclaradas todavía sobre sus verdaderos efectos. A ese escenario de desconcierto quería dar respuesta el “Informe sobre diversas cuestiones relativas al procedimiento de regularización derivado de la presentación de la declaración tributaria especial” de la Dirección General de Tributos. Se trata de un amplio y minucioso Informe que quiere resolver 17 cuestiones prácticas, algunas de ellas de gran trascendencia; así, lo referido a los bienes que están a nombre de un testaferro o a la regularización de cantidades en metálico. Ciertas opiniones vertidas en este Informe no parecen pacíficas y se han cuestionado por la Organización Nacional de Inspectores de Hacienda del Estado en un documento de 4 de julio de 2012²⁴. Se señala en este documento que los Informes de la Dirección General de Tributos no son vinculantes, conteniendo simplemente opiniones a las que no han de someterse ni los Jueces, ni los órganos de la Administración Tributaria. Se indica también que el contenido del Real Decreto-ley 12/2012 ha sido superado por la Orden HAP/1182/2012 y que el Informe cuestionado opera, a su vez, una ampliación de la citada Orden, dándose así a la regularización un alcance mayor del que tiene en la norma que la establece. Por otro lado, se rechaza

la interpretación de la Dirección General de Tributos referida al régimen de bienes y derechos adquiridos en ejercicios prescritos²⁵. Con todo, lo más relevante de la contestación de los Inspectores de Hacienda no está en las interpretaciones de supuestos concretos, sino en la consideración que, con carácter general, hacen de la regularización: “la recaudación tributaria total gestionada por la Agencia Tributaria ha caído hasta mayo en 3.500 millones de euros, respecto del mismo periodo del año anterior. Esto se debe no sólo a la caída del crecimiento económico, sino también al desmoronamiento de la conciencia fiscal de los contribuyentes, derivada en parte de la amnistía fiscal, y a la falta de medios e impulso en la lucha contra el fraude fiscal”.

5. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL Y EN LA SEGURIDAD SOCIAL²⁶: EL DELITO FISCAL

Puede ser oportuno aquí hacer una referencia a las líneas que podrían consolidarse en un futuro en materia de delito fiscal; algunas parecen anunciarse en la legislación que hemos analizado (concretamente lo que se refiere a la modificación del art. 180.2 de la Ley General Tributaria); otras son una aspiración puesta de manifiesto en las más recientes interpretaciones del delito fiscal como antecedente del blanqueo (el plazo de prescripción del delito fiscal). El día 27 de julio de 2012 el Consejo de Ministros envió a las Cortes el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social²⁷. Se contempla la modificación de los arts. 305 (delito fiscal), 306 (defraudación a los presupuestos generales de la Unión Europea), 307 (defraudación a la Seguridad Social), 308 (fraude de subvenciones), 310 bis (responsabilidad de las personas jurídicas), 311 (delitos contra los derechos de los trabajadores) y 398 (certificación falsa de autoridad o funcionario); se propone la derogación de los arts. 309 (referido a la obtención indebida de fondos de los presupuestos generales de la Unión Europea, como consecuencia de la nueva regulación del art. 306), 626 y 627; se introducción nuevos preceptos, concretamente los arts. 305 bis (tipos agravados de delito fiscal), 307 bis, 307 ter (obtención fraudulenta de prestaciones de la Seguridad Social) y 433 bis (delito de mala gestión pública).

A) LA FALTA DE REGULARIZACIÓN COMO ELEMENTO DEL TIPO

La tipificación del delito fiscal del art. 305.1 se ve alterada toda vez que se exige un elemento negativo: no haber regularizado. De tal manera que el actual contenido de la excusa absolutoria pasa a ser un elemento típico negativo y, con ello, la regularización se convierte en un supuesto de atipicidad. Se define el concepto de regularización (art. 305.4), acabándose así con las dudas ahora existentes sobre si la regularización exige la declaración veraz y el pago o si se conforma con la declaración. La regulación propuesta exige el pago de la deuda tributaria. Por lo que se refiere al requisito temporal, se mantiene el actual según el cual la regularización debe producirse antes de la notificación de las actuaciones de comprobación o investigación, antes de que exista denuncia o querrela o antes de que el juez o el Fiscal estén actuando. Los efectos de la regularización se producen también cuando se procede al pago de la deuda tributaria estando ya prescrito el derecho de la Administración a determinarla, en concordancia con las modificaciones ya introducidas por el Real Decreto-ley 12/2012 en los arts. 180.2 (“*los efectos de la regularización*

prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación”) y 221 de la Ley General Tributaria. Lo anterior es consecuencia de la doctrina según la cual la prescripción de las deudas tributarias a los cuatro años no tiene relevancia alguna en el plazo de prescripción del delito de cinco años, sin que quepa alegar falta de bien jurídico o atipicidad sobrevenida al finalizar el período en el que la Administración tiene derecho a determinar la deuda y a cobrarla.

La regularización alcanza a las falsedades instrumentales y a las irregularidades contables conexas. Como ya se ha indicado, una previsión como esta última falta en el Real Decreto-ley 12/2012.

La configuración de la no regularización como elemento del tipo, frente a la regularización como excusa absolutoria, tendrá consecuencias relevantes a la hora de determinar el momento de consumación del delito y, con ello, el principio del cómputo de la prescripción. La actual excusa absolutoria es un hecho posterior a la consumación del delito —y como se ha dicho, no afecta a la tipicidad, a la antijuridicidad y a la culpabilidad—; por lo contrario la no regularización como elemento del tipo, supone que mientras que tal regularización sea posible, el delito no estará consumado. Con la regulación ahora vigente se fija el momento de consumación, según los casos, en la finalización del período de autoliquidación voluntaria, en la terminación del plazo del pago o cuando se recibe la devolución indebida, sin que para nada afecte una eventual posterior regularización. Por lo contrario, la regulación propuesta, al introducir como elemento del tipo la no regularización, pospone la consumación —y el principio de la prescripción— a un momento posterior a los indicados: concretamente al momento en el que la Administración inicia actuaciones de comprobación o investigación, se interpone denuncia o querrela o se inicia la actuación del Juez o del Fiscal, porque hasta que tales hechos no ocurran el sujeto puede regularizar. La consecuencia principal es que los plazos de prescripción, de hecho, se alargan

considerablemente, por más que no se modifiquen, al empezar a correr más tarde. Lo que no se sabrá entonces es cuándo, exactamente cuándo, empezará a correr la prescripción, al no saberse si los hechos que impiden la regularización se producirán y cuándo se producirán, lo que desde luego genera una buena dosis de inseguridad.

Por otro lado, cuando se interponga denuncia o querrela, lo que ya impide la regularización, se producirá la siguiente situación: el día de la interposición quedará consumado el delito y será el día en el que empiece a correr la prescripción; además, será el día en el que el computo de tal prescripción se suspenda (art. 132.2 del Código Penal); finalmente, en el caso de que se dirija el procedimiento contra persona concreta, se retrotraerá a ese mismo día la interrupción de la prescripción. En resumen, la prescripción empieza, se suspende y se interrumpe el mismo día.

Al margen de las anteriores consideraciones, no parece oportuno mutar el carácter de la regularización en el sentido que se propone, toda vez que parece consagrarse la idea de que el delito se consuma, no cuando se haya producido el hecho defraudatorio, sino después y que tal consumación no se producirá hasta “que se pille” al delincuente por iniciarse actuaciones administrativas o judiciales. Por otro lado, el momento de la consumación queda en manos de la Administración, del Juez o del Fiscal, que con su actuación pueden precipitar la realización del segundo elemento del delito.

B) CÁLCULO DE LA CUOTA DEFRAUDADA, REGULARIZACIÓN EXTEMPORÁNEA Y COLABORACIÓN

Por lo que se refiere a los baremos para calcular la cuota defraudada (art. 305.2), se mantienen los actuales —período impositivo o de declaración y año natural—, sumándose un tercero para el caso de que se trate de organizaciones o grupos criminales o se actúe bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla efectivamente; en estos casos

no será necesario completar el año natural y se podrá denunciar y actuar desde que se hayan alcanzado los 120.000 Euros, aunque no haya pasado un año (la misma regla y para los mismos supuestos se introduce para el fraude a la Hacienda comunitaria que requiere exceder los 50.000 Euros —art. 305.3—).

Se contempla una atenuante muy calificada, que permite la rebaja de la pena en uno o dos grados (art. 305.6), en casos de regularización extemporánea si se produce en el periodo de los dos meses posteriores a la notificación de la imputación. También se atenúa la pena por colaboración con la autoridad para probar los hechos o identificar a los responsables. Se trata, esta última, de la atenuación a la que el Legislador suele recurrir para delitos sometidos a un régimen excepcional (terrorismo, tráfico de drogas) en búsqueda de mejores resultados; la cuestión es si el delito fiscal ha de compartir ciertas cotas de excepcionalidad con otros sectores de la delincuencia o si sería suficiente un régimen penal ordinario, acompañado de una mayor eficacia en la recaudación de los impuestos.

C) NO PARALIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES DE LIQUIDACIÓN Y COBRO POR LA EXISTENCIA DE UN PROCEDIMIENTO PENAL

También como novedad, se establece un distinto sistema para regular la actuación de la Administración y del Juez. El texto pretendido para el art. 305.5 es el siguiente:

“Cuando la Administración tributaria apreciare indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, podrá liquidar de forma separada, por una parte conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, y por otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública.

La liquidación indicada en primer lugar en el párrafo anterior seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria. Y la liquidación que en su caso derive de aquellos conceptos y cuantías que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública seguirá la tramitación

que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal.

La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciarse que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación”.

En primer lugar, se considera que, aún existiendo indicios de delito, la Administración podrá proseguir con las actuaciones de liquidación y con el cobro de la deuda. La liquidación deberá en este caso hacerse separadamente para los conceptos y cuantías no relacionados con el posible delito fiscal y para los que sí tengan relación. Se indica que la liquidación no relacionada con el posible delito seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria; mientras que la liquidación vinculada al posible delito seguirá “la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria”, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal. El inciso entrecomillado parece hacer referencia a una futura legislación tributaria que hoy no existe, no aparece anunciada, y que permitiría conciliar la liquidación previa de la Administración con un posterior fallo judicial discordante. A falta de esa futura regulación, la que ahora se propone para el art. 305.5 es bastante dudosa.

En segundo lugar, se establece que la actuación judicial no paraliza las actuaciones administrativas de liquidación y recaudación, salvo que el juez decreta la suspensión, previa prestación de garantía (o sin tal garantía o con garantía parcial ante la posibilidad de daños irreparables o de muy difícil reparación).

Se trata de una reforma de gran calado que genera algunas dudas sobre su viabilidad.

De entrada, supone acabar con la preferencia o prioridad de la actuación de la jurisdic-

ción penal frente a la Administración, o sea, con la prejudicialidad penal, quedando solo una vinculación “final” a lo que se decida en el proceso penal; además es claro que la liquidación hecha por la Administración no puede vincular al Juez y que una posible discrepancia en la determinación de la deuda no es admisible; a pesar de lo anterior, la regulación propuesta permite que la Administración determine y cobre una deuda que después puede ser calculada como menor por el Juez o, incluso, declararse la inexistencia de la deuda. Por otro lado, si hay delito fiscal es evidente que el cálculo de la cuota defraudada debe hacerlo el Juez, y no la Administración. Una situación como la descrita se opone frontalmente a la idea de que un mismo hecho no puede tener dos respuestas distintas por partes de dos órganos del Estado.

D) TIPOS AGRAVADOS

Importantes modificaciones se introducen en los tipos agravados del proyectado art. 305 bis), sustituyéndose el vigente art. 305.1 I.

En primer lugar, se contemplan nuevos supuestos de agravación que son el de cuantía defraudada superior a 600.000 Euros, el de actuar en el seno de una organización o grupo criminal y el relativo a la interposición de personas o entes sin personalidad jurídica, negocios fiduciarios o recurso a territorios que oculten o dificulten la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, o de la cuantía defraudada o el patrimonio.

Por lo que se refiere a la cuantía, en el vigente art. 305,1.I se contempla la agravación de “*especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado*”. La falta de determinación de una cuantía concreta por encima de la que aplicar la agravación se suple en la Jurisprudencia que, recientemente ha señalado la cantidad resultante de multiplicar 120.000 Euros por 5, o sea, 600.000 Euros (STS 31/2012, de 19 de enero). A esa cifra llega el Tribunal Supremo por el siguiente procedimiento:

“se han tenido en cuenta las cuantías defraudadas en los diferentes delitos fiscales de que ha conocido esta Sala desde el año 1990, siempre que se hubieran superado los 120.000 euros que actualmente constituye el listón para apreciar el delito contra la Hacienda Pública. Se han examinado las cuantías de un total de 108 cuotas, referidas a distintos impuestos, en las que se superaba los 120.000 euros y la cuantía defraudada total sumaba 56.064.694,70, es decir más de 56 millones de euros que si se dividen por 108 nos da una media de cuota defraudada de 519.117,54. La agravante tiene que estar por encima de esa media, que supera el resultado de multiplicar por cuatro la cuantía exigida para que la defraudación pueda ser constitutiva de delito. Así las cosas, atendido que el artículo 305 del Código Penal, en lo que se refiere a la cuota defraudada, exige una especial trascendencia y gravedad de la defraudación para imponer la pena en la mitad superior, pena que podría alcanzarse aunque no concurriese agravante alguna, se considera adecuada y proporcionada a esa especial trascendencia la suma que resulte de multiplicar por cinco el límite de los 120.000 euros, es decir, seiscientos mil euros, que supera en bastante la media a la que se hacía antes referencia”.

Si los 600.000 Euros se consideran hoy una cantidad adecuada para imponer la pena del tipo básico en su mitad superior, probablemente debería haberse señalado una cantidad superior para ir a la mayor pena que pretende introducir el proyectado art. 305 bis).

En los supuestos agravados proyectados, la pena de prisión será de dos a seis años, lo que eleva el plazo de prescripción a 10 años (frente a los 5 actuales, consiguiéndose así, al menos para los casos más grave, la aspiración de algunos de contar con un plazo de prescripción más dilatado en materia de delito fiscal).

Según se lee en el proyectado art. 305 bis 2), “A los supuestos descritos en el presente artículo les serán de aplicación todas las restantes previsiones contenidas en el artículo 305”. Quiere lo anterior decir, entre otras cosas que la atenuación de pena contemplada en el art. 305.6 son compatibles con los supuestos agravados. Se corrige de esta manera lo previsto en el texto del Anteproyecto, a cuyo tenor dándose los supuestos agravados, solo cabía aplicar la atenuante muy cualificada ya vista —y, con ello, la rebaja de la pena en uno o dos grados—, en el relativo a la cuantía superior a 600.000. Es decir, en los otros casos —grupos u organizaciones y dificultades para la identificación— se evitaba el efecto oclusivo del tipo más leve, debiéndose ir a las penas agravadas. La limitación de la atenuación de regularización extemporánea o colaboración a los casos de cuantía superior a 600.000 era sorprendente, toda vez que la regularización completa y espontánea es aplicable a todos los supuestos contemplados en el art. 305 bis).

NOTAS

1. Con esta norma se dice querer dar respuesta a la grave situación económica que atraviesa España en lo que se refiere a su déficit, complementándose así anteriores medidas (Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público), con las ahora previstas que son, unas relativas a los impuestos de sociedades, sobre las labores del tabaco y sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbanas; otras referidas a la declaración tributaria especial para determinadas rentas; y otras dirigidas a generar ahorros en la gestión del patrimonio inmobiliario público.

2. El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el que se afirma que la regularización es “especialmente injusta” por sus consecuencias y “manifiestamente contraria a los principios de igualdad, proporcionalidad y progresividad”. El PSOE explica que con la legislación vigente anterior al Real Decreto-ley 12/2012, para regularizar una renta de un millón de euros obtenida en 2008 y ocultada a la Administración Tributaria, se tenía que pagar 565.315 euros (430.000 euros de cuota, 86.000 por recargo y 49.315 en concepto de intereses de demora devengados), mientras que con la nueva normativa bastará con pagar 100.000 euros. La admisión a trámite del recurso y, con ello, la posibilidad de que en un futuro el Tribunal Constitucional decretase la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley podría ser un freno para quienes pueden ahora, y hasta noviembre de 2012, acogerse a la regularización; una eventual declaración de inconstitucionalidad podría tener como consecuencia que la Administración tributaria se viese obligada a devolver las cantidades recaudadas y a iniciar actuaciones contra los defraudadores que regularizaron, lo que podría derivar en algunos casos en responsabilidad penal.

3. Quince días después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 12/2012 solo se habían presentado 115 declaraciones para regularizar y ninguna correspondía a grandes fortunas o a grandes empresas (*El País*, de 26 de junio de 2012).

4. La Disposición adicional primera del Real decreto-ley 12/2012 tiene el siguiente contenido:

“Declaración tributaria especial.

1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean titulares de bienes o derechos que no se correspondan con las rentas declaradas en dichos impuestos, podrán presentar la declaración prevista en esta disposición con el objeto de regularizar su situación tributaria, siempre que hubieran sido titulares de tales bienes o derechos con anterioridad a la finalización del último período impositivo cuyo plazo de declaración hubiera finalizado antes de la entrada en vigor de esta disposición.

2. Las personas y entidades previstas en el apartado 1 anterior deberán presentar una declaración e ingresar la cuantía resultante de aplicar al importe o valor de adquisición de los bienes o derechos a que se refiere el párrafo anterior, el porcentaje del 10 por ciento.

El cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior determinará la no exigibilidad de sanciones, intereses ni recargos.

Junto con esta declaración deberá incorporarse la información necesaria que permita identificar los citados bienes y derechos.

3. El importe declarado por el contribuyente tendrá la consideración de renta declarada a los efectos previstos en el artículo 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, y en el artículo 134 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

4. No resultará de aplicación lo establecido en esta disposición en relación con los impuestos y períodos impositivos respecto de los cuales la declaración e ingreso se hubiera producido después de que se hubiera notificado por la Administración tributaria la iniciación de procedimientos de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias correspondiente a los mismos.

5. El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas aprobará el modelo de declaración, lugar de presentación e ingreso de la misma, así como cuantas otras medidas sean necesarias para el cumplimiento de esta disposición.

El plazo para la presentación de las declaraciones y su ingreso finalizará el 30 de noviembre de 2012”.

Por Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, se completa la Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012; la pretensión es modificar la citada disposición “con objeto de determinar el valor a efectos fiscales de los bienes o derechos que hayan sido objeto de declaración, al tiempo que se introducen ciertas cautelas con la finalidad de evitar situaciones de desimposición”. La Disposición final tercera, bajo el título de *Modificación del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público*, tiene el siguiente contenido:

“Con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, se añaden dos nuevos apartados 6 y 7 en la disposición adicional primera del citado Real Decreto-ley, que quedan redactados de la siguiente forma:

“6. Cuando el titular jurídico del bien o derecho objeto de la declaración tributaria especial no resida en territorio español y no coincida con el titular real, se podrá considerar titular a este último siempre que llegue a ostentar la titularidad jurídica de los bienes o derechos con anterioridad a 31 de diciembre de 2013.

7. El valor de adquisición de los bienes y derechos objeto de la declaración especial será válido a efectos fiscales en relación con los impuestos a que se refiere el apartado 1 anterior, a partir de la fecha de presentación de la declaración y realización del ingreso correspondiente. No obstante, cuando el valor de adquisición sea superior al valor normal de mercado de los bienes o derechos en esa fecha, a efectos de futuras transmisiones únicamente serán computables las pérdidas o en su caso, los rendimientos negativos, en la medida que excedan de la diferencia entre ambos valores.

En ningún caso serán fiscalmente deducibles las pérdidas por deterioro o correcciones de valor correspondientes a los bienes y derechos objeto de la declaración especial, ni las pérdidas derivadas de la transmisión de tales bienes y derechos cuando el adquirente sea una persona o entidad vinculada en los términos establecidos en el artículo 16 del texto refundido de la ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

Cuando sean objeto de declaración bienes o derechos cuya titularidad se corresponda parcialmente con rentas declaradas, los citados bienes o derechos mantendrán a efectos fiscales el valor que tuvieran con anterioridad a la presentación de la declaración especial”.

5. En el art. 2.2 de la Orden HAP/1182/2012 se establece lo siguiente:

“A los efectos previstos en esta Orden, tendrán la consideración de titulares quienes ostenten la titularidad jurídica de los bienes o derechos. No obstante, cuando el titular jurídico del bien o derecho objeto de la declaración tributaria especial no resida en territorio español y no coincida con el titular real, se podrá considerar titular a este último siempre que llegue a ostentar la titularidad jurídica de los bienes o derechos con anterioridad a 31 de diciembre de 2013.

Se considerarán titulares reales las personas físicas o entidades que tengan el control de los bienes o derechos a través de entidades, o de instrumentos jurídicos o de personas jurídicas que administren o distribuyan fondos”.

Quiere lo anterior decir que también cabe acogerse a la regularización cuando los bienes están a nombre de un testaferrero, siempre que la titularidad real se ponga al descubierto antes de fin de 2013.

6. En el modelo 750 de declaración tributaria especial recoge siete casillas para los bienes y derechos: 1. Bienes inmuebles. 2. Bienes y derechos afectos a actividades económicas, excepto inmuebles. 3. Depósitos en cuenta corriente o de ahorro, a la vista o a plazo, cuentas financieras y otros tipos de imposiciones en cuentas. 4. Valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios. 5. Valores representativos de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad. 6. Efectivo. 7. Restantes bienes y derechos.

7. La consideración de renta declarada lo es a los efectos previstos en el art. 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, y en el art. 134 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. El citado art. 39 se refiere a las ganancias patrimoniales no justificadas y el art. 134, también citado, contempla los bienes y derechos no contabilizados o no declarados. Lo anterior quiere decir que hecha la declaración especial, los bienes que se habían ocultado no pueden considerarse ganancia patrimonial no justificada, ni bienes no declarados sobre los que proyectar las presunciones de obtención de renta contempladas en el art. 134. La declaración especial convierte los bienes a los que se refiere en renta declarada, lo que se extiende a las transformaciones que hayan sufrido tales bienes.

8. Así se deduce del “Informe sobre diversas cuestiones relativas al procedimiento de regularización derivado de la presentación de la declaración tributaria especial” de la Dirección General de Tributos. Como se verá más adelante, este Informe no es pacíficamente admitido por todos. Ver “Los evasores podrán acogerse a la amnistía fiscal pagando menos del 10%”, *El País*, de 4 de julio de 2012.

9. Ver Gómez Benítez, J. M., “Blanqueo de capitales contra la crisis”, *El País* de 12 de abril de 2012.

10. La Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012 dice lo siguiente: “5. *El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas aprobará el modelo de declaración, lugar de presentación e ingreso de la misma, así como cuantas otras medidas sean necesarias para el cumplimiento de esta disposición*”.

11. También se modifica el art. 221. 1 c) de la Ley General Tributaria que queda con el siguiente contenido: “*Cuando se hayan ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción. En ningún caso se devolverán las cantidades pagadas que hayan servido para obtener la exoneración de responsabilidad en los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 180 de esta Ley*”.

12. Según el art. 180.1 de la Ley General Tributaria:

“*Si la Administración tributaria estimase que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente, o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal. La sentencia condenatoria de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa. De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria iniciará o continuará sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados, y se reanudará el cómputo del plazo de prescripción en el punto en el que estaba cuando se suspendió. Las actuaciones administrativas realizadas durante el período de suspensión se tendrán por inexistentes*”.

13. La vertiente material del principio *non bis in idem* supone que no cabe la doble sanción por un solo hecho y se contiene en el art. 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “*No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*”. El principio de proporcionalidad y la fuerza de la cosa juzgada sirven de sustento al *non bis in idem* material.

14. El Consejo de Estado, a través de su Comisión Permanente, al dictaminar sobre el Proyecto de Orden ministerial en su Informe de 24 de mayo de 2012, no ha encontrado tachas importantes a su contenido y se ha limitado a subrayar que algunos de los aspectos regulados habrían tenido mejor acogida en un Decreto-ley.

15. El art. 305.4 del Código Penal tiene el siguiente contenido:

“Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria”.

16. Sobre la excusa absolutoria de regularización fiscal ver CUGAT MAURI, M. y BAÑERES SANTOS, F., “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en Álvarez García, F. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 821-826.

17. Según el art. 307. 4 “Quedará exento de responsabilidad penal, en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados primero y segundo de este artículo, el que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección o control en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida”.

18. La misma opinión ha sostenido QUINTERO OLIVARES al decir que el objeto material del blanqueo son bienes que el autor no tenía antes de cometer el delito previo y la cuota impagada “no es dinero producto del delito fiscal... y por lo tanto no puede ser objeto del delito de blanqueo” (“El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 698, 2006, pp. 1-6).

19. DOMÍNGUEZ PUNTAS, A., *Delito fiscal y blanqueo de capitales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 183 y ss.

20. Distinta opinión puede verse en BLANCO CORDERO, I., (“El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-01 (2011), Disponible en <http://criminet.ugr.es/reCódigo Penal/13/reCódigo Penal13-01.pdf>. Para este autor el objeto de la Ley de prevención es armonizar las dos definiciones de blanqueo, la de la propia Ley y la del Código Penal. No estoy de acuerdo con esta afirmación porque el objeto de la Ley es regular el sistema preventivo del blanqueo, dejando claro que la inclusión de la cuota tributaria lo es solo a los efectos de la Ley (no del Código Penal).

21. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 484. Debe tenerse en cuenta que el Código Penal de 1995 habla de bienes que “tienen su origen en una actividad delictiva”, mientras que la redacción del derogado Código Penal se refería a “bienes que procedan de los delitos”. El cambio permite incluir como objeto material del blanqueo cualquier bien sustitutivo del originario fruto del delito previo. En la doctrina se advierte de la amplitud de esta inclusión y se proponen criterios de limitación.

22. CUGAT MAURI y BAÑERES SANTOS (“Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en Álvarez García, F. J. (Dir.), *Derecho Penal Español, Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 818) nos recuerdan que se pretendió introducir en la reforma del Código Penal de 2010 un plazo especial de prescripción para los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, lo que finalmente fue descartado desde la idea de que una tal previsión hubiese supuesto vulnerar el principio de generalidad de la ley penal, citando al respecto la STS 751/2003, de 28 de noviembre, que a propósito de la posible reducción del plazo de prescripción del delito fiscal de cinco a cuatro años para su equiparación con el plazo administrativo, afirmaba lo siguiente: “Asimismo ha de recordarse que el Legislador ha utilizado la técnica de fijación de un plazo único de prescripción en relación con la gravedad de los tipos delictivos, y no de la naturaleza de los delitos o del bien jurídico protegido. Ello implica que no pueda construirse un sistema excepcional de prescripción para cada figura delictiva, sino que la extinción de la responsabilidad penal en los delitos fiscales habrá de determinarse con las técnicas generales del Derecho Penal. En consecuencia la doctrina que se mantenga sobre la extinción de la responsabilidad penal en estos casos sólo puede tener validez si es generalizable al resto de las figuras delictivas reconocidas en nuestro ordenamiento”. A la cuestión del distinto plazo de prescripción del delito fiscal —5 años— y de la deuda tributaria —4 años— se ha referido RODRÍGUEZ RAMOS indicando la existencia de casos en los que la deuda ya nos es exigible, por prescripción administrativa, y sin embargo la responsabilidad penal sigue siendo exigible. Considera

el autor que en estos casos debería haberse optando por entender que el delito fiscal quedaba prescrito a los 4 años, en contra de lo sostenido por el TS que se ha decantado por mantener los dos plazos. Considera el autor que esta situación es absurda por jurídicamente imposible al suponer que la deuda fiscal nace del delito y no de la ley, resucitándose una deuda ya muerta, que deja de ser causa del delito, para convertirse en efecto derivado del delito (“La responsabilidad civil relativa al delito fiscal”, en VV. AA., *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006, pp. 738-739).

23. Por su parte el art. 18 del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, contiene una previsión similar de denegación de asistencia en caso de delitos políticos o fiscales.

24. El documento puede consultarse en:

http://www.inspectoresdehacienda.org/images/stories/pdf/notasdeprensa/040712_np_informeamnistia.pdf.

25. El art. 4. 2 de la Orden establece lo siguiente “*Las cantidades depositadas en cuentas...se declararán por el importe total del saldo a 31 de diciembre de 2010*”. Según la Dirección General de Tributos lo anterior se limita en los casos en los que el contribuyente puede acreditar que la totalidad o parte del saldo a 31 de diciembre de 2010 corresponde a ejercicios prescritos; siendo así bastará con declarar la parte del saldo vinculada a ejercicios no prescritos. Según los Inspectores de Hacienda tal interpretación debe rechazarse, indicándose además que con esa interpretación, que excluye de tributación los bienes adquiridos con rentas prescritas, las cantidades de tributación efectiva que podrían alcanzarse serían ridículas y harían inviable el objetivo del Gobierno de recaudar, vía amnistía, 2.5000 millones de euros.

26. El Proyecto puede consultarse en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-17-1.PDF.

27. Se inscribe este Proyecto entre las medidas para hacer frente a la crisis, al igual que otros dos Proyectos de ley cuya remisión se aprueba el mismo día: el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el Proyecto de Ley contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. El Proyecto en el que se propone la modificación de diversos aspectos del delito fiscal no debe confundirse con el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (julio de 2012), texto que contienen importantes modificaciones en la Parte General y en relación a algunos delitos; este Anteproyecto puede consultarse en <file:///F:/ANTEPROYECTOS%20y%20PROYECTOS%20de%20REFORMA%20CP/Anteproyecto%20reforma%20CP%20julio%202012.htm>.

Fecha recepción: 10/08/2012

Fecha aceptación: 05/11/2012

CRIMINAL JURISPRUDENCE AND FREEDOM: A CRITIQUE OF SOME RECENT DYSFUNCTIONS

RESUMEN

El principio de legalidad exige que el mandato de determinación incluya como destinatario al juez. La interpretación de un precepto penal que va más allá de su tenor literal o el abandono brusco de un precedente consolidado impiden la previsibilidad de la respuesta jurídica. Ello, además de socavar alguna de las garantías comprendidas en el aludido principio, cercena el derecho a la libertad. Ante la dimensión de tales efectos, la jurisdicción ordinaria debería adquirir un mayor compromiso en la defensa de los derechos fundamentales y asumir que dicha tutela es lo único que legitima la labor jurisdiccional en un Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE

Libertad, principio de legalidad, jurisprudencia, interpretación judicial, vinculación al precedente.

ABSTRACT

The principle of legality requires that the constitutional requirement of certainty includes the judges as a target group. The interpretation of a criminal provision that goes far beyond their wording or the sharp abandonment of a legal precedent hinders the predictability of the legal answer. Furthermore, this fact does not only undermine one of the guarantees included in the aforementioned principle, but it also curtails the right of freedom. Taking into account the magnitude of such effects, the ordinary jurisdiction should gain a greater commitment in the defense of fundamental rights and assume that such protection is the only way to legitimate jurisdictional action under the rule of law.

KEY WORDS

Freedom, legality clause, jurisprudence, judicial interpretation, entailment to precedent.

JURISPRUDENCIA PENAL Y LIBERTAD: CRÍTICA DE ALGUNAS DISFUNCIONES RECIENTES*

Caty Vidales Rodríguez

Profesora de Derecho penal
Universidad Jaume Primer

Sumario: 1. Planteamiento. 2. El mandato de taxatividad o de determinación de la ley penal. 3. El valor de la jurisprudencia. 4. Vulneraciones jurisprudenciales al principio de legalidad. A) Interpretaciones extensivas en contra del reo. B) Abandono de un precedente consolidado. 5. A modo de recapitulación: libertad, principio de legalidad y Tribunal Constitucional.

1. PLANTEAMIENTO

Recientemente, Vives Antón ha hecho una exacta descripción de la situación jurídica de España que, con todo acierto, califica de laberíntica. En ese trabajo pone de manifiesto que lo que se halla en tela de juicio es la totalidad del sistema jurídico porque no sólo desconfiamos de las normas creadas, sino también del modo en que éstas se aplican¹ y, como veremos, en algunos casos hay fundadas razones para la suspicacia.

Poco contribuye a paliar este descrédito lo que se ha dado en llamar Derecho penal de la seguridad; es decir, reformas legislativas que, amparadas en la alarma social que producen, ponen en serio compromiso determinados postulados garantistas y, más que perseguir la

reducción de la realización de comportamientos delictivos, tienen como principal objetivo calmar a la población y conformar la creencia social de que el Estado actúa y resuelve², o disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia³.

La concepción del Derecho penal que desde esta perspectiva se propicia olvida, a mi juicio, que el Derecho penal no es ni el único, ni el más efectivo mecanismo para devolver la confianza y la seguridad perdidas. Y, además, conviene tener presente que relegar la vigencia de derechos y garantías constitucionalmente reconocidos en aras de la consecución de una siempre pretendida y no menos quimérica paz social, engendra mayores peligros que los que trata de conjurar⁴. Esta política criminal de marcado sesgo securitario y la permanente

* Nota del editor: este artículo ha superado la revisión por pares

reivindicación de un mayor intervencionismo penal contrasta, y de ahí lo insólito de la situación, con el permanente cuestionamiento de la labor de la Administración de Justicia⁵. Como he tenido ocasión de ocuparme en relación con una problemática distinta, ni el incremento del número de conductas delictivas, ni el endurecimiento de las consecuencias jurídicas de las existentes contribuye a superar la ya endémica saturación del sistema de justicia penal⁶. Antes al contrario, la desconfianza en el mismo y su atribuida incapacidad para dar una respuesta eficaz y rápida al fenómeno de la delincuencia genera más inseguridad⁷ lo que, a su vez, se traduce generalmente en el reclamo de mayor rigor punitivo. Se establece, de este modo, un círculo vicioso difícil de romper o, en el peor de los casos, interesadamente mantenido por quienes persiguen la obtención de rendimientos políticos, e incluso económicos, a corto plazo⁸.

En efecto, una de las características de la sociedad actual es el auge del sentimiento de inseguridad. Entre los factores que favorecen esta situación, pueden citarse los medios de comunicación que con el constante relato, en ocasiones sesgado, parcial y distorsionado, de hechos constitutivos de delitos contribuyen de manera decisiva a incrementar esta percepción⁹. Se genera así una alarma social —eso sí, selectiva respecto de determinadas manifestaciones de la delincuencia— que, a menudo, es atendida por quienes tienen competencias legislativas. Fiel reflejo de ello es la sucesión de reformas y contrarreformas que ha experimentado el Código penal de 1995 desde su entrada en vigor¹⁰. Ni que decir tiene que esta hiperactividad legislativa entorpece la consecución de la seguridad jurídica ínsita en el principio de legalidad; además, transmite, en el mejor de los casos, la inexistencia de una política criminal definida y, asimismo, refleja cierta precipitación en la adopción de unas decisiones que, por las importantes consecuencias jurídicas que de ellas derivan, requerirían, en todo caso, de una reflexión más profunda.

El recurso prácticamente exclusivo al Derecho penal, bien sea mediante la incriminación de conductas cuya inclusión en el texto punitivo contradice el carácter de *ultima ratio* de éste, bien a través del progresivo aumento en la severidad de las penas —o las condiciones de su cumplimiento— previstas para comportamientos más tradicionales colapsa la Administración de Justicia y explica que nuestro país ostente el dudoso record de ser el país europeo con mayor tasa de población reclusa (146 presos por cada 100.000 habitantes), pese a que el índice de delincuencia no justifique esta situación¹¹.

La importancia de los temas mínimamente esbozados precisa, desde luego, de un análisis mucho más detenido que el que aquí se está en condiciones de hacer. No obstante, esta referencia sirve para contextualizar la labor de los jueces que, en el panorama brevemente descrito, es digna de encomio. La escasez de medios personales y recursos materiales, la siempre cuestionada independencia e imparcialidad judicial y la constante exposición a exacerbadas críticas que generan algunas de sus decisiones no constituye el mejor de los escenarios donde desarrollar su no siempre bien entendida tarea.

Tarea ésta que, como es obvio, adquiere mayor importancia cuanto menor haya sido el grado de cumplimiento del mandato de determinación de la ley penal dirigido al legislador. La jurisprudencia, se convierte de este modo, en un complemento de la ley y, en consecuencia debería, servir a idénticos propósitos que el principio de legalidad; esto es, a garantizar tanto la libertad individual como la certeza jurídica¹². Y así es en la mayor parte de los casos; sin embargo, en algunas ocasiones el llamado “principio de principios”¹³ no sale bien parado ni desde una ni desde otra perspectiva. Basta para comprobarlo con examinar los dos supuestos que, a modo de ejemplo, aquí se proponen; si bien, antes de ocuparme de ellos, se impone hacer una referencia, necesariamente escueta, al mandato de determinación de la ley penal.

2. EL MANDATO DE TAXATIVIDAD O DE DETERMINACIÓN DE LA LEY PENAL

Como, entre tantos otros, pusiera de manifiesto recientemente Ferrajoli, no basta para dar cumplimiento a las exigencias ínsitas en el principio de legalidad con la existencia de una ley previa (mera legalidad), sino que se requiere de la estricta legalidad, lo que condiciona al legislador acerca de la formación válida de las leyes penales¹⁴. El Tribunal Constitucional explicita estas pretensiones en numerosas ocasiones en las que exige la existencia de una ley (*lex scripta*), anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)¹⁵. En palabras del propio Tribunal, “no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tienen el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además, de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia”¹⁶.

Y no puede ser de otro modo porque, como es fácil de comprender, en caso contrario se estaría vulnerando lo que Beling denominara el “significado esencial” del principio de legalidad¹⁷. En efecto, como garantía del ciudadano frente al Estado y como freno a la arbitrariedad judicial a través de su sometimiento a la ley, obliga a que ésta venga formulada con un grado suficiente de determinación de modo que permita saber en todo momento qué conducta es la prohibida —o, en su caso, ordenada— y cuáles son las posibles consecuencias de su inobservancia.

Este deber de formular con precisión los tipos penales, evitando en la medida de lo posible una redacción que permita o propicie interpretaciones diversas, ha de partir de la aceptación de que la certeza absoluta es imposible y, en contra de lo que pudiera pensarse, la solución no pasa por una formulación casuística, exhaustiva y pormenorizada que, además

de farragosa, produciría inevitables lagunas punitivas; sino, la generalidad jurídica es un fundamento y un límite a toda regulación¹⁸.

Vemos, por tanto, que es ahí donde radica la mayor dificultad que debe arrostrar el legislador al verse obligado a conciliar los requerimientos inherentes al principio de determinación con la generalidad y abstracción que debe presidir todo enunciado normativo¹⁹. Y este conflicto se vuelve prácticamente irresoluble en relación con el llamado Derecho penal de nuevo cuño en el que la protección de intereses muy alejados de los que tradicionalmente han sido preservados, unido a la necesidad de evitar una rápida obsolescencia de los tipos penales, provoca un abuso de formulaciones caracterizadas por la vaguedad y la imprecisión. Es más, en ocasiones, como reconoce Hassemer, la indeterminación es buscada de propósito a fin de que el legislador no tenga que pronunciarse prematura y precisamente con anterioridad a que pueda valorar en su conjunto las consecuencias de esta toma de posición²⁰.

Ni que decir tiene que el empleo de una técnica legislativa así, aunque pudiera ser inevitable e, incluso, en determinados supuestos aconsejable, en la medida en que obedece, como señala Naucke²¹, al deseo de dotar a la descripción legal de mayor flexibilidad, de posibilitar una mejor adaptación a las necesidades político-criminales o, incluso, de lograr una mayor justicia en el caso concreto, no deja de tener importantes consecuencias negativas para el principio de legalidad y, por ello, ofrece serias dudas de su compatibilidad con el texto constitucional. Y no sólo por su clara afección al mandato de taxatividad, sino también porque subvierte la separación de poderes y deja al juzgador convertido en el legislador del caso concreto encomendándole la tarea de fijar los límites de la intervención penal, además de amenazar seriamente el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley²².

Consecuentemente, se hace necesario aceptar que la labor exegética es absolutamente imprescindible debido a la generalidad y abstracción con la que se formulan las proposiciones normativas y a la versatilidad del lenguaje. Y,

como de momento, no es posible recurrir en los textos jurídicos a un lenguaje simbolizado de signos, único modo, en opinión de Larenz, de evitar la interpretación²³, habrá que reconocer que asiste la razón a Jescheck cuando mantiene que “prohibir la interpretación significa tanto como querer impedir a la vida que cree problemas jurídicos, en los que el legislador no ha pensado, y prescribir al juez que no se acuerde de sus anteriores sentencias”²⁴.

Cuestión distinta es determinar si el aplicador del Derecho debe gozar de una libertad absoluta para interpretar la ley penal y pocos recelos pueden albergarse respecto de que, si así fuera, las consecuencias serían similares a las que derivan de una formulación legal indeterminada. Como puso de manifiesto De Otto, supondría la lesión de importantes derechos, como la seguridad jurídica o el principio de igualdad y, además, hace peligrar la unidad del Derecho²⁵. Razones que, por su importancia, hacen ineludible la sujeción del juez a la ley. De ahí que constituyen una abrumadora mayoría quienes sostienen que del principio de determinación se extrae un segundo mandato cuyo destinatario es, esta vez, el juez²⁶.

En conclusión, como puede leerse en la STC 34/1996, de 11 de marzo²⁷, “la garantía de tipicidad, que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador” (F. J. 5º)²⁸. De modo que, como expresa gráficamente García Rivas, “reserva de ley, determinación y vinculación del juez a la ley forman una especie de triángulo cuyos lados no tienen verdadera consistencia por sí mismos, sino en virtud de su comprensión conjunta: no se concibe la reserva de ley sin una ley determinada y el sometimiento del juez a la ley en exclusiva expresa la decisión sobre la conducta a castigar y el juez se somete estrictamente a ella y, en fin, la vinculación del juez a la ley sólo puede ponerse en práctica realmente si el legislador cumple el mandato de reserva redactando taxativamente los tipos penales”²⁹.

Que el mandato de determinación se dirige tanto al legislador como al juzgador, es algo que no ofrece duda alguna para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En reiteradas ocasiones ha reconocido que el principio de legalidad no se limita a prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del acusado, sino que también prohíbe la aplicación extensiva³⁰. Ahondando en esa línea, a decir del referido Tribunal, el requisito de certeza de la ley se cumple cuando el justiciable puede saber qué actos y omisiones desencadenan la responsabilidad penal y la pena que le será impuesta pariendo, para ello de la redacción de la disposición pertinente y, en caso de ser necesario, con la ayuda de la interpretación que sea objeto por parte de los tribunales; sin descartar que, en determinadas ocasiones, haya de recabarse asesoramiento legal para evaluar, atendidas las circunstancias del caso, las consecuencias de una acción determinada³¹.

Además, considera que todo precepto penal, por muy precisa que haya sido la fórmula legislativa empleada, siempre va a requerir de un complemento interpretativo, tanto para despejar los interrogantes que su redacción pudiera suscitar, como para ir adaptándolo a la realidad en la que la norma va a ser aplicada. Pues bien, esto sentado, el control del rigor de la interpretación judicial se efectúa a través de dos criterios específicos: la accesibilidad y la previsibilidad. Únicamente en caso de concurrir ambos caracteres se cumplen los requisitos cualitativos exigidos a la ley, sólo entonces puede hablarse de ley en sentido material³².

3. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA

De cuanto ha sido expuesto puede concluirse que la consecución de una precisión absoluta en la formulación de las leyes es imposible y, en consecuencia, resulta obligado sustituir la certeza por la previsibilidad; objetivo éste que no puede alcanzarse si para determinar el significado del texto de la ley no se atiende a usos

estables y en contextos de uso determinados³³ que, a su vez, gocen de cierta permanencia en su aplicación. Si se dan estas circunstancias, la importancia que adquiere la labor judicial no admite réplica dado que viene a contribuir de modo decisivo a garantizar la certeza jurídica. En otros términos, no puede conocerse la ley prescindiendo de su aplicación y, de esta forma, asume el papel de complemento del ordenamiento que le asigna el apartado sexto del artículo primero del Código civil³⁴. Como ya afirmara Kelsen, la sentencia judicial vendría a ser la continuación del proceso de producción del Derecho³⁵.

A esta inescindibilidad entre ley e interpretación judicial hace referencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando considera que el término “ley” empleado en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁶, comprende tanto el derecho de origen legislativo, como el de origen consuetudinario y jurisprudencial³⁷. Ciertamente es que esta alusión resulta obligada de tenerse en cuenta que hay ordenamientos que siguen el sistema de *common law* a los que también les es de aplicación el citado convenio; pero, a similar conclusión habría de llegarse atendidas las exigencias de accesibilidad y previsibilidad que se requieren como estándares para evaluar la calidad de la ley y enjuiciar su conformidad con lo dispuesto en el mencionado precepto.

Con independencia de la posición que se mantenga acerca de si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho³⁸, no puede dejar de reconocerse que ésta ostenta una gran importancia práctica. Relevancia que, por otra parte, no ha pasado inadvertida al Tribunal Constitucional ya que a la hora de determinar el grado de cumplimiento del mandato de taxatividad, apela al contexto legal y jurisprudencial en el que el precepto cuestionado se inscribe utilizando como parámetro para medir su concreción el entendimiento de que sea objeto por parte del intérprete³⁹.

Precisamente, el destacado papel de co-productor de seguridad jurídica que le corresponde, unido al hecho de que como ha destacado Vives Antón⁴⁰, en la correcta aplicación de la

ley penal está en juego el núcleo más duro de los derechos fundamentales del ciudadano, hace que, lejos de lo que se ha afirmado en alguna ocasión⁴¹, la libertad interpretativa se vea considerablemente limitada. No sólo, como hemos visto, por la barrera infranqueable del enunciado de la proposición normativa, sino también por el significado que le haya otorgado a la misma en ocasiones anteriores siempre que, claro está, no se haya producido modificación alguna en el contexto en el que la norma ha de ser aplicada. En este sentido, asiste la razón a Alexy cuando afirma que “el uso del precedente supone también una contribución a la seguridad jurídica y a la protección de la confianza en la aplicación del Derecho”⁴². Es más, en mi opinión, el respeto al precedente contribuye a legitimar la actuación del órgano jurisdiccional.

A modo de conclusión, podría decirse que una interpretación respetuosa con el tenor literal de cualquier precepto y una práctica estable en su aplicación forman parte del contenido esencial del principio de legalidad en la medida en que permiten al ciudadano identificar tanto los presupuestos de aplicación de una pena, como el alcance de ésta; en definitiva, porque proporcionan una mayor seguridad al hacer previsible, cierta e igualitaria la respuesta jurídica. Si estas consideraciones no son equivocadas, razones de coherencia obligan a concluir que, a *sensu contrario*, las interpretaciones extensivas o el abandono de un precedente consolidado, al margen de otros efectos, restringen considerablemente la vigencia del referido principio. De lo uno y de lo otro, paso a ocuparme.

4. VULNERACIONES JURISPRUDENCIALES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A) INTERPRETACIONES EXTENSIVAS EN CONTRA DEL REO

Siendo cierto que en la mayor parte de los casos la interpretación de los tipos penales se

hace de forma rigurosa, no lo es menos que, a veces, se han observado ciertas “tendencias liberticidas” que ensombrecen la labor judicial. A los ejemplos propuestos por Antón Oneca⁴³, que permiten constatar que no se trata de un fenómeno nuevo, pueden sumársele, más recientemente, el cuestionado tratamiento jurisprudencial de la continuidad delictiva antes de ser validado por el legislador de 1983 o el entendimiento de “título oficial” a efectos del delito de intrusismo que se venía manteniendo hasta que la STC 111/1993, de 25 de marzo⁴⁴, acotara el alcance de dicha expresión.

Precisamente, la citada sentencia constituye una excepción a la práctica habitual de eludir entrar a valorar la interpretación judicial de los preceptos debatidos por considerar que se trata de cuestiones de mera legalidad ajenas a su cometido⁴⁵. En aquella ocasión, el Alto Tribunal reconoció que cuando la aplicación defectuosa de la ley penal vulnera un derecho fundamental constitucionalmente reconocido, debe analizarse la interpretación y aplicación que el juez ordinario ha hecho de ese precepto penal. Sin embargo, a pesar de la solidez de esos argumentos, no suele ser frecuente que lo haga. Ello obedece a que se entremezcla el respeto a la independencia judicial con el temor del propio Tribunal a quedar convertido en una tercera instancia pero, fundamentalmente, a la extraordinaria complejidad de discernir las cuestiones de mera legalidad de aquellas otras que tienen una clara relevancia constitucional. Un caso paradigmático que refleja estas dificultades es el que se refiere a la interrupción del plazo de prescripción de los delitos.

Como es sabido, la redacción dada al artículo 132.2 en el Código penal de 1995 —idéntica en este extremo a la recogida en el artículo 114.2 del Código penal de 1973— establecía que la prescripción se interrumpe “cuando el procedimiento se dirige contra el culpable”, sin que se señalara cuál es el acto procesal concreto que interrumpe el plazo prescriptivo; si bien, el tenor literal del precepto exigía la iniciación del procedimiento. Y así venía siendo entendido hasta que el Tribunal Supremo consideró que bastaba a efectos de paralización del cóm-

puto del tiempo con la mera presentación de la denuncia o la interposición de la querrela.

Respecto de esta interpretación se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2005, de 14 de marzo⁴⁶. En ella, restableciendo el entendimiento tradicional —y el único que se ajusta a la dicción literal del precepto— concluye que el plazo de prescripción únicamente puede ser detenido en el supuesto de que exista un acto de interposición judicial; pues, de no ser así, se estaría ante una interpretación irracional que, además de ser contraria al reo, deviene incompatible con el fundamento y fines de esta institución. Razones que le llevan a conceder el amparo estimando que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente por “no satisfacer el canon de motivación reforzada exigible a toda decisión judicial acerca de si los hechos están o no prescritos, al oponerse al fundamento material de dicho instituto, ignorar la ratio que lo inspira y no resultar, por todo ello, coherente con el logro de los fines que con él se persiguen” (F. J. 8º).

Sin estar en mi ánimo detenerme a comentar este pronunciamiento⁴⁷, se hace preciso señalar que se establece una diferencia entre la regulación de la prescripción, que es una cuestión de mera legalidad, y la concreta aplicación que realicen los órganos jurisdiccionales que en determinados casos, como el enjuiciado, puede tener relevancia constitucional. Se acoge, de este modo, la tesis del Pleno expuesta, entre otras, en las SSTC 65/2001, 66/2001, 68/2001 y 69/2001, todas ellas de 17 de marzo de 2001⁴⁸, lo que no fue óbice para que se formularan dos votos particulares que, sin discrepar de la decisión adoptada, disienten respecto de que entre las competencias del Alto Tribunal esté la de establecer una “doctrina interpretativa general” que, por sugestiva y acertada que pueda ser, invada el ámbito propio de la jurisprudencia ordinaria.

En parecidos términos se pronuncia el Tribunal Supremo y por medio del Acuerdo de 12 de mayo de 2005, la Sala Penal denuncia que el Tribunal Constitucional ha hecho una interpretación del derecho a la tutela judicial

efectiva que vacía de contenido el artículo 123 de la Constitución que, como es sabido, establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de las normas penales, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Este Acuerdo ha sido reiterado en dos ocasiones posteriores: en los Plenos de 25 de abril de 2006 y de 26 de febrero de 2008, este último también en relación con un caso de prescripción examinado en la STC 29/2008, de 20 de febrero⁴⁹. En ellos se insiste en que la interpretación de la legalidad ordinaria le corresponde en exclusiva al Tribunal Supremo pero, como tendré ocasión de referirme posteriormente, es la salvedad contenida en el referido precepto lo que permite cuestionar el acierto de la decisión adoptada. Y no sólo porque puede transmitir la falsa idea de que la interpretación fijada no es vinculante puesto que es realizada por quien no tiene competencia para ello; sino también porque olvida —lo que denota cierta soberbia— que los jueces y tribunales deben aplicar los preceptos constitucionales “conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”, según dispone el apartado primero del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se confunde, de este modo, como ha señalado Vives Antón, “la legalidad con el principio de legalidad, la interpretación y aplicación de la ley con las exigencias que la Constitución proyecta a la ley misma y a la aplicación judicial de la ley”⁵⁰.

Al respecto, conviene tener presente que la aplicación de normas penales, en cuanto que, en todo caso, cercenan derechos fundamentales, son susceptibles de enjuiciamiento constitucional; otra cosa es, como señala González Cussac, que existan quejas que no puedan ser atendidas en sede constitucional⁵¹. De asistir la razón al Tribunal Supremo, la posición monopolística que parece defender, conduciría a resultados inasumibles en un Estado de Derecho al permitir que la interpretación y aplicación de la leyes penales soslaye el control constitucional.

Dejando a un lado la paradoja que supone que una institución que tiene como principal objetivo garantizar la certeza jurídica, provoque tantas y tan serias divergencias interpretativas no existiendo acuerdo, ni tan siquiera, respecto de la naturaleza procesal o sustantiva de este instituto, el legislador alude a estas discrepancias y en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de junio, de reforma del Código penal, se justifica la modificación operada en el deseo de aumentar la seguridad jurídica. A tal fin, “se ha optado por una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos” y, en consecuencia, se establece de manera más precisa el momento de inicio de interrupción del plazo prescriptivo. Falta por ver si en este manifiesto intento de contentar a todos al final, lo que suele ser frecuente, no se satisface a nadie.

B) ABANDONO DE UN PRECEDENTE CONSOLIDADO

Y si, como acaba de verse, la interpretación de un precepto que excede de su tenor literal afecta seriamente al principio de legalidad y, por ende, menoscaba el derecho a la libertad, no menor es la agresión sufrida cuando una determinada interpretación mantenida a lo largo del tiempo es sustituida por otra. Evidentemente, los resultados de la nueva doctrina son distintos en función del signo que tenga el cambio⁵². En lo que sigue, únicamente voy a referirme a las nefastas consecuencias que se derivan cuando el nuevo entendimiento perjudica al reo y, para ello, como ya se hiciera en el apartado anterior, me serviré de un ejemplo; en este caso, el conocido como doctrina Parot, no sin antes advertir que, siguiendo idéntico proceder, serán orilladas todas aquellas cuestiones que no tengan una incidencia directa en la problemática abordada.

Como es sabido, la doctrina Parot es un nuevo criterio jurisprudencial que varía el cómputo de la redención de penas por el trabajo y, aunque surge en relación con largas condenas por delitos de terrorismo, no es este

el único ámbito de la delincuencia donde ha dejado sentir sus adversos efectos⁵³. El fallo que inaugura este nuevo entendimiento es la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero⁵⁴. La interpretación anterior de los artículos 70.2 y 100 del Código penal de 1973 venía considerando que la redención de penas por el trabajo operaba respecto del límite máximo de cumplimiento de la pena privativa de libertad. Sin embargo, en el caso de autos, la Audiencia Nacional acumula las condenas estableciendo dos períodos distintos separados por el lapso de dos años y medio en los que el sujeto interrumpió su actividad delictiva.

El Tribunal Supremo entendió que la decisión adoptada carecía de anclaje en la ley y en la jurisprudencia, recordando que el único criterio para la unidad de enjuiciamiento es el de conexidad y no la vinculación temporal. Sorprende, sin embargo, que corrija la interpretación efectuada incurriendo en el mismo error que reprocha al Tribunal de instancia. Así es por cuanto que, para evitar una excarcelación que le debía parecer prematura atendido el largo y cruento historial delictivo que atesoraba el sujeto en cuestión, uno de los terroristas más sanguinarios, estimó que el beneficio penitenciario debía operar respecto a cada una de las penas impuestas en las diversas condenas que, en el caso concreto, ascendían a 26. Tampoco creo que fuera ajeno a la repercusión mediática y al “escándalo” que, a buen seguro, habría de ocasionar la procedente puesta en libertad; cuestión distinta es si debió atender tanto a lo uno como a lo otro.

No cabe duda de que la tesis defendida sugiere interesantes comentarios que, no obstante, no van a hacerse aquí⁵⁵. En aras de la aurrestricción impuesta, he de referirme únicamente al evidente cambio de criterio operado y su incidencia en el principio de legalidad aunque, ciertamente, es poco lo que se puede añadir a los contundentes argumentos que se exponen en el voto particular.

En opinión de los magistrados disidentes, la interpretación del artículo 70.2 del Código penal de 1973 no es una interpretación innovadora, sino que constituye “una altera-

ción drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo”. Siguen afirmando que la resolución controvertida no es una relectura del citado precepto sino una verdadera reescritura del mismo que equivale a aplicar de manera tácita y retroactiva el artículo 78 del Código penal vigente con la redacción dada tras la reforma que en él introdujo la Ley Orgánica 7/2003. Por ello, concluyen que no hay razones que justifiquen este cambio de criterio que, además de ser perjudicial para el reo, incorpora una filosofía de cumplimiento íntegro de las penas, ajena al Código penal de 1973 y que puede ser fuente de trato diferencial de situaciones penitenciarias equivalentes.

El Tribunal Constitucional, no obstante, no comparte esta sólida argumentación. En efecto, el pasado 29 de marzo el Alto Tribunal inadmitió tres recursos de amparo, desestimó veinticinco y en las tres sentencias en las que se otorga el amparo lo hace por considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Se desatienden, de este modo, la alegada vulneración de los derechos a la libertad, a la legalidad, a la igualdad en la aplicación de la ley y a la resocialización.

Por lo que respecta al principio de legalidad, cabe decir, en primer lugar, que en todas ellas se rechaza que las resoluciones recurridas, en las que había sido aplicada la doctrina Parrot, incidan en el ámbito propio del mismo por cuanto que no suponen la imposición de una pena mayor a la legalmente prevista, ni supera del máximo de cumplimiento señalado. Por el contrario, como ya hiciera en supuestos anteriores⁵⁶, considera que el principio de legalidad se refiere de manera exclusiva a la interpretación y aplicación de los tipos penales, a la subsunción de los hechos probados en los mismos y a la imposición de la pena prevista; debiendo quedar extramuros de su eficacia las cuestiones relativas a la ejecución de una pena privativa de libertad, como así lo establecen las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de julio de 2003 *Grava c. Italia* o, la más reciente, de 15 de diciembre de 2009, *Gurguchiani c. España*.

En segundo lugar, tampoco considera el Alto Tribunal que la nueva interpretación de los artículos 70.2 y 100 del Código penal de 1973 suponga la aplicación retroactiva contraria al reo del artículo 78 del Código penal de 1995, tras la aludida reforma de 2003. Se trata, en cambio, en su opinión, de una de las interpretaciones posibles a la vista del tenor literal de los referidos preceptos.

Por último, se vuelve a insistir en que queda al margen de su competencia la interpretación de la legalidad ordinaria y que, por tanto, no debe entrar a valorar la interpretación de los artículos 70.2 y 100 del Código penal de 1973 limitándose a examinar tales decisiones desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego que constriñen la actuación judicial. Razón por la que se explicita de un modo claro que el objeto de los recursos de amparo que se sustancian no versan sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero ni la interpretación de la legalidad ordinaria que allí se efectúa.

En contra del criterio mayoritario, se formulan votos particulares discrepantes unos, concurrentes otros. Y, desde la perspectiva adoptada, se lamenta la insuficiente fundamentación aportada para rechazar la posible vulneración del principio de legalidad; siendo, como es, que la sorpresiva interpretación desfavorable que se cuestiona afecta al núcleo esencial del derecho fundamental a la ley previa, cierta y precisa que se refiere tanto a la descripción de las conductas típicas, como a las consecuencias punitivas que de ellas derivan. De la misma forma, se reconoce que el mandato de determinación de la ley halla su complemento en la aplicación judicial para garantizar la previsibilidad del alcance de la norma e, interesa subrayar, se afirma que dicha complementariedad se convierte en inescindible cuando se trata de un criterio de aplicación consolidado de forma permanente y prolongado en el tiempo. En conclusión, no puede legitimarse la reconstrucción judicial de los tantas veces citados preceptos a través de matizaciones incompatibles con el tenor de la ley pues ello es contrario a las exigencias de pre-

visibilidad y certeza requeridas por el derecho fundamental a la legalidad penal⁵⁷.

Pues bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su reciente sentencia de 10 de julio de 2012, ha venido a dar la razón a esta posición minoritaria. La Corte, tras reiterar la importancia del principio de legalidad y la necesidad de que las conductas prohibidas y las penas que llevan aparejadas estén claramente definidas en la ley, incide en la importancia de la interpretación judicial para garantizar la previsibilidad de la ley. En ese sentido, la Corte puntualiza que el principio de legalidad no debe ser entendido como prohibición de la aclaración gradual de las normas de responsabilidad penal a través de la interpretación judicial condicionando, eso sí, a que el resultado que se obtenga sea coherente con la esencia del delito y razonablemente previsible, como ya se había afirmado en ocasiones anteriores⁵⁸.

Se reconoce, asimismo, la dificultad práctica de distinguir entre el concepto de pena al que alude el principio de legalidad recogido en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las cuestiones relativas a su ejecución o aplicación que, según lo afirmado en otros asuntos relacionados con la remisión de la pena o con el acceso a la libertad condicional⁵⁹, no tienen acomodo en dicho precepto. Se matiza ahora que el Tribunal debe ser libre para ir más allá de las apariencias y evaluar si una concreta medida equivale en esencia a una pena tomando en consideración, además de que sea la consecuencia de la comisión de un delito, la naturaleza y finalidad de la medida, su consideración en la legislación nacional, el procedimiento para su imposición o su gravedad (§ 48).

De este modo, aplicando esta doctrina al caso concreto, procede a analizar si el texto de la ley, junto a la interpretación judicial de que venía siendo objeto, cumple los requisitos de accesibilidad y previsibilidad requeridos. La conclusión a la que llega es que, si se examina la materia sometida a su juicio como un todo, esto es, incluyendo la jurisprudencia, puede afirmarse que estaba formulada con la suficiente precisión como para permitir prede-

cir el alcance de la sentencia y la manera de su ejecución. Por ello, considera que el nuevo criterio adoptado por el Tribunal Supremo condujo a extender retroactivamente la duración de la pena sin que pudiera ser razonablemente previsible la prolongación de la privación de libertad que suponía (§ 55).

Por otro lado, se afirma que el nuevo cómputo de la redención de condenas supone dejar sin efecto las previsiones contenidas en el Código penal de 1973 acogiendo, por el contrario, el criterio —mucho más restrictivo— del Código penal de 1995. El Tribunal reconoce, como no podía ser de otro modo, que los Estados son libres para modificar su política criminal; si bien, puntualiza que los tribunales tienen vedada la posibilidad de aplicar retroactivamente esos cambios legislativos con posterioridad a la comisión del delito. Únicamente es posible la aplicación retroactiva de una ley posterior cuando la modificación operada sea favorable al reo (§ 62).

En definitiva, la “calidad de la ley” implica que las leyes nacionales que autorizan la privación de libertad deben ser lo suficientemente accesibles, precisas y previsibles y, en el supuesto analizado, no pudo en modo alguno pronosticarse el cambio operado en la forma de computar la redención de penas por el trabajo, lo que lleva a la consideración unánime de que han sido vulnerados los derechos a la legalidad penal y a la libertad (artículos 7 y 5 § 1, respectivamente del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Creo que la rotundidad de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exime de ulteriores comentarios; sí quisiera, no obstante, destacar el reconocimiento explícito que se hace del valor de la jurisprudencia y su decisiva contribución para conseguir una mayor certeza jurídica. A la vista de este pronunciamiento, es evidente que la interpretación reiterada de una norma genera en el justiciable la expectativa de que le va a ser aplicado el criterio jurisprudencial mantenido en el momento de realizarse la conducta delictiva y que la protección de esa confianza queda amparada en el principio de lega-

lidad. Y, no puede ser de otro modo, si se toma en consideración que el abandono sorpresivo de un precedente, además de repercutir en el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, impide que el ciudadano pueda prever las consecuencias de su actuar y, por ende, merma la seguridad jurídica que el referido principio está llamado a garantizar.

Además, volviendo al caso concreto, la exégesis que ahora se declara contraria a la vigencia de dicho principio, a diferencia de la opinión del Tribunal Constitucional, no constituye una de las posibles interpretaciones de los preceptos aplicables, sino que la lectura de los mismos que se arrinconó era la única que contaba con el refrendo del texto legal vigente en el momento de la comisión de los hechos, como el propio legislador corroboró al excepcionar mediante la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, algunos supuestos cuya exclusión carecería de sentido si fuese ésta la norma general⁶⁰.

Precisamente, atendiendo a esa reforma, no puede dejar de denunciarse que el cambio jurisprudencial que se comenta produce *de facto* los mismos efectos que si se hubiese concedido a la ley efectos retroactivos; posibilidad ésta que no sólo prohíbe el legislador ordinario, sino también el constituyente. Y si la inconstitucionalidad de una previsión semejante hubiera sido indiscutible, procede preguntarse si al juez le está permitido hacer algo que el legislador tiene vedado y, lo que parece más improbable, si puede llevarse acabo sin menoscabo alguno de los postulados del Estado de Derecho.

Puesto que, como se evidencia en el presente supuesto, un cambio jurisprudencial puede afectar a las exigencias derivadas del principio de legalidad y, por tanto, incidir en el derecho a la libertad individual, no debe extrañar que se propongan fórmulas que sirvan para frenar la eficacia retroactiva de los mismos. Así, la Corte Suprema norteamericana, aunque considera que la cláusula *ex post facto* únicamente se refiere a actos legislativos⁶¹, entiende que la previsibilidad de la ley queda comprendida en la cláusula del *due process* y ésta resulta violada

cuando se hace una interpretación extensiva que estime como delictivos actos que hasta el momento había sido irrelevantes penalmente y cuando se modifica un precedente sólidamente asentado; ya que el nuevo entendimiento hace impredecible el significado de la norma⁶².

La necesidad de dar una respuesta satisfactoria a estas hipótesis, lejos de ser un fenómeno privativo de sistemas que se inscriben en el modelo del *Common Law*, también se ha sentido en países de clara tradición legalista, como Alemania⁶³ o Italia⁶⁴ y, como no puede ser de otro modo, las razones en las que se escudan quienes defienden la limitación de la aplicación retroactiva del abandono de un precedente perjudicial para el reo no distan de las que acaban de ser referidas. Esta coincidencia, capaz de superar las diferencias que separan ambos sistemas, indica la trascendencia de las garantías y derechos en juego lo que, sin duda, debiera hacer inaplazable la búsqueda de una solución alternativa a la resignación ante tales veleidades interpretativas.

5. A MODO DE RECAPITULACIÓN: LIBERTAD, PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como ha sido expuesto, el principio de legalidad no se conforma con la apariencia formal de la ley sino que, yendo más allá, impone una limitación material al exigir que describa el comportamiento punible con total precisión y que, asimismo, observe idéntico celo a la hora de establecer las consecuencias legales que pueden derivar de su realización o, en su caso, de su omisión. Ni que decir tiene que cuanto menor haya sido la diligencia empleada a tal fin, mayor importancia adquirirá la interpretación judicial del precepto en cuestión; se produce, de este modo, una especie de delegación tácita en el aplicador del Derecho. Es cierto que la vorágine legislativa en la que nos vemos inmersos poco contribuye a la claridad requerida pero, no lo es menos que es imposi-

ble conseguir una precisión absoluta en la formulación de los tipos. De ahí la necesidad de sustituir la exigencia de certeza por la de previsibilidad. En este contexto la jurisprudencia se encumbra, respondiendo a idéntico fin que la ley; esto es, a garantizar la seguridad jurídica. Este fundamento de la labor judicial constituye, a su vez, un límite a la libertad del juzgador por cuanto impone no sólo una interpretación rigurosa que se ajuste al tenor literal del precepto, sino también una práctica estable cuyo mantenimiento viene a legitimar la actuación del órgano jurisdiccional.

Sin embargo, esta frontera no siempre se ha respetado. Buena prueba de ello son los dos casos a los que se ha hecho referencia y que son especialmente aptos para poner de manifiesto el impacto que determinadas —y, por fortuna, excepcionales— tendencias liberticidas tienen en el principio de legalidad. Además, la elección de los mismos, lejos de responder al azar, viene motivada por su idoneidad para dejar al descubierto los dos problemas que, a mi juicio, precisan de una solución que no debiera demorarse más, atendidos los derechos implicados.

El primero de ellos, relacionado con el cómputo del plazo de prescripción, muestra con total nitidez los problemas que una técnica legislativa poco depurada puede originar. En efecto, cuando el legislador incumple el mandato de taxatividad y formula una proposición normativa carente de la necesaria precisión propicia diversas interpretaciones alguna de las cuales, por exceder el tenor literal del precepto, incide claramente en el derecho a la libertad individual. Lo que está en juego, por tanto, es el principio de determinación, la sujeción del juez a la ley, la función que el Tribunal Supremo tiene asignada en la unificación de la doctrina y, sobre todo, la delimitación competencial entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria.

El segundo caso, referido a la doctrina Parrot, remite a una problemática distinta: los cambios de criterio en la interpretación judicial y, más concretamente, las consecuencias de su aplicación retroactiva cuando la modificación

perjudica al reo. De lo que se trata ahora es de determinar si la expectativa del justiciable de que le sea aplicada la interpretación judicial de la ley vigente en el momento en el que los hechos fueron cometidos se encuentra comprendida en el ámbito de protección del referido principio. En otros términos, se trata de precisar el valor que cabe reconocer a la jurisprudencia, decidir si ley e interpretación judicial de la ley forman un todo inescindible y señalar el alcance de la vinculación al precedente.

Pero si, como digo, se trata de perspectivas distintas no puede negarse que ambas hipótesis presentan un aspecto coincidente. Me refiero a que tanto cuando se lleva a cabo una interpretación extensiva de las leyes penales, como cuando se modifica un criterio firmemente asentado, la labor judicial encierra cierta dosis excesiva de creación del Derecho escasamente compatible con los postulados del principio de legalidad. Y ello por cuanto que conculca tanto su fundamento político como el jurídico. En relación con el primero, es evidente que la creación judicial de Derecho invade una tarea que corresponde al legislador, único depositario de la voluntad popular. Respecto del segundo, cabe decir, como no es menos obvio, que el Derecho penal no cumplirá función preventiva alguna si no se posibilita que el ciudadano conozca la norma y las eventuales consecuencias de su incumplimiento.

La solución, también común, pasa por que la jurisprudencia ordinaria asuma con mayor compromiso la defensa de los derechos fundamentales y, especialmente, como es habitual cuando se trata de la aplicación de leyes penales, cuando afecta a la libertad pues no en vano, además de un derecho fundamental, se proclama como valor superior del ordenamiento. La asunción de esta responsabilidad y la persecución de un objetivo común debiera eliminar —o cuanto menos reducir— la posibilidad de conflictos entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Teniendo presente que una lectura del texto constitucional obliga a concluir que la jurisdicción ordinaria es la primera encargada de la tutela de los derechos fundamentales, en contra de lo que ahora su-

cede, el recurso de amparo debería cumplir un papel absolutamente residual.

Esto no sólo no es así, sino que cuando el Tribunal Constitucional entra a valorar una determinada interpretación judicial de un precepto penal, el Tribunal Supremo lo percibe como una intromisión en las labores que le son propias, cuando lo cierto es que no hace más que cumplir el mandato constitucional que los jueces ordinarios desoyeron; y, de otro, proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la actuación de los poderes públicos que ni excepciona de este control al poder judicial ni, no olvidemos, le es una función ajena.

Por tanto, este enfrentamiento al que me he referido que, por desgracia no constituye un hecho aislado⁶⁵ y que a la vista de las discrepancias que separan a ambos órganos va camino de encontrarse⁶⁶, carece de sentido. Así es por cuanto que un correcto ejercicio de la labor jurisdiccional haría prácticamente inexistente esta confrontación y, en los casos en que fuera inevitable, la supremacía del Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos fundamentales debiera servir de obstáculo a cualquier disidencia. La soberbia irrogación de facultades exclusivas para interpretar la ley supone obviar que la única interpretación válida es la constitucionalmente admisible y ese juicio no puede emitirlo sino quien está expresamente facultado para ello. Insistir en la confrontación, no sólo deteriora, aún más, la imagen que los ciudadanos tienen de la Administración de Justicia, sino que menoscaba la autoridad del propio Tribunal Supremo al atrincherarse en la defensa sus atribuciones a costa, incluso, del sacrificio de esenciales derechos y garantías.

De ser ciertas estas consideraciones, la crítica que merece el Tribunal Constitucional no es la que ha recibido por parte del Tribunal Supremo sino, más bien, la contraria. En este sentido, es de lamentar que en numerosos casos renuncie a valorar la interpretación judicial de las normas penales alegando para ello la distinción entre cuestiones de mera legalidad ordinaria y cuestiones con relevancia

constitucional porque, ni esa frontera puede trazarse con total nitidez, ni las leyes penales carecen de la relevancia exigida⁶⁷. Además, se corre el riesgo —materializado en el segundo caso al que se ha hecho alusión— de verse corregido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y, ante la gravedad de conceder el beneplácito a ciertas exégesis de normas penales que cercenan los derechos a los que se ha hecho referencia, la invocación de la independencia judicial parece un frágil argumento.

En efecto, la incidencia que tiene el abandono de un precedente consolidado en perjuicio del reo constituye un nuevo motivo para vencer cualquier reticencia que pudiera albergarse respecto de la necesidad de limitar la libertad interpretativa del juez y defender su sometimiento, cuando sea preciso, al debido control constitucional. Desde luego, es un pobre pretexto —y un triste consuelo para quien lo padece— la afirmación, tantas veces repetida, de que el juez está sometido a la ley y no a sus precedentes. Si el precedente careciera de valor alguno, mal se entiende la exigencia, no menos reiterada, de su justificación. Y, asimismo, no resulta fácil la conciliación entre la proclamada sujeción del juez a la ley y la posibilidad de que se altere una determinada interpretación judicial que ha gozado de cierta estabilidad haciendo imprevisibles para el ciudadano las consecuencias del nuevo entendimiento. Cabe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no descarta la posibilidad de recabar un asesoramiento jurídico para precisar el

alcance de un precepto pero, lo que en modo alguno impone, es la contratación de los servicios de personas especialmente dotadas para la adivinación o la videncia que puedan augurar el cambio de criterio que va a producirse cuando los hechos sean enjuiciados.

En este contexto, no creo pueda dudarse de que cuando una sólida línea interpretativa se ve interrumpida en perjuicio del reo, la modificación que se introduce tiene para éste los mismos efectos que un cambio normativo. Ahora bien, mientras que la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley está absolutamente vedada, pues así lo exige la vigencia del principio de legalidad, cuando se produce la sustitución del precedente, el recurrente en amparo recibe como respuesta que la restricción en su libertad está motivada, precisamente, por el respeto a dicho principio. Mayor contradicción es difícilmente imaginable. Si no fuera por la importancia de los derechos involucrados y las graves consecuencias que la imposición de una pena supone, podría pensarse que se trata de una burla y que el principio de legalidad, lejos de suponer una garantía de la libertad del ciudadano frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, se ha vuelto contra él. Así las cosas, y siguiendo con la metáfora propuesta por Vives Antón a la que se ha aludido al principio de este trabajo, no cabe sino esperar que la salvaguarda de los derechos humanos acabe con el minotauro que, como hijo de la pasión, a veces impide que triunfe la racionalidad del Derecho y sea el hilo conductor que permita encontrar la salida del laberinto.

NOTAS

1. VIVES ANTÓN, T. S., “El laberinto jurídico español”, en *Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y TIC*?. Dir. J. L. González Cussac y M. L. Cuerda Arnau; coord. A. Fernández Hernández. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012 (en prensa).
2. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, p. 65.
3. DÍEZ RIPOLLÉS, J. J., “El nuevo modelo de la seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01; disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.
4. Sobre las consecuencias de este enfoque, puede verse DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología* (07-01), 2005, dispo-

nible en <http://criminet.ugr.es/recpc>; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “El renacimiento del pensamiento autoritario en el Estado de Derecho: la doctrina del Derecho penal del enemigo”, en *Revista Penal*, nº 19. 2007, p. 52 y ss.

5. Así lo refleja el *X Barómetro del Consejo General del Poder Judicial*, de 25 de septiembre de 2008.
6. VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales”, en prensa.
7. Sobre el vínculo entre el funcionamiento de la Administración de Justicia y el miedo al delito, puede verse, BERENGUER MEDIAVILLA, R., *Miedo al delito: origen y prevención*. Tesis doctoral inédita. Universidad de Valencia, 1989, p. 129 y ss.; RICO, J. M., y SALAS, L., *Inseguridad ciudadana y delito*. Ed. Tecnos. Madrid, 1988, p. 43; y THOMÉ, H. I., *Victimización y cultura de la seguridad ciudadana en Europa*. Tesis doctoral. Universidad de Barcelona; disponible en tdx.cat/handle/10803/2866, p. 57.
8. Apunta esta idea CURBERT, J., “La producción de inseguridad en la sociedad global”, disponible en rci.net/globalización/2005/fg515.htm.
9. Sobre la incidencia de los medios de comunicación en esta problemática, puede verse FUENTES OSORIO, J. L., “Los medios de comunicación y el Derecho penal”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (07:16); disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>; GARCÍA ARÁN, M., “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, en *Problemas Actuales del Derecho penal y de la Criminología*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, p. 85 y ss.; SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios de comunicación en la percepción social de la delincuencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-09, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>; y VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y positivismo”, en *InDret* 1/2011; disponible en www.indret.com/code/getPdf.php?id=1428&pdf=791_1.pdf.
10. Una panorámica general de las reformas que ha experimentado el Código penal de 1995, puede verse en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en *Revista Xuridica Galega*, nº 38; 2003, p. 13 y ss.
11. Según datos del Ministerio del Interior, en 2011 la tasa de criminalidad del Estado español fue de 48,4 delitos por cada mil habitantes, mientras que la media europea se sitúa en 70,4.
12. BELING, E., “Il significato del principio nulla poena sine lege poenali nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale”, en *Giustizia Penale*. Vol. XXXVII. Roma, 1931; p. 320.
13. VIVES ANTÓN, T. S., “Principios penales y dogmática penal”, en *Estudios sobre el Código penal de 1995*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, p. 39 y ss.
14. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta (3ª Ed.). Madrid, 1998, p. 380.
15. Véase, entre otras, las SSTC 150/1989, de 25 de septiembre (F. J. 5º) (*Tol 81598*) o 142/1993, de 22 de abril (F. J. 4º) (*Tol 82165*).
16. STC 150/1990, de 4 de octubre (F. J. 8º) (*Tol 80402*).
17. Se ha hecho ya clásica la distinción entre el tenor literal y el significado esencial del principio de legalidad que, como es sabido, exige la concurrencia de determinados requisitos materiales en la elaboración de las leyes penales. BELING, E., *Il significato... op. cit.*, p. 319.
18. VIVES ANTÓN, T.S., “Dos problemas del positivismo jurídico”, en *La libertad como pretexto*. Valencia, 1996, p. 155.
19. Como afirma GARCÍA RIVAS, de lo que se trata es de resolver “la frontal contradicción entre una norma que por definición debe ser general y abstracta y la necesidad de que su formulación no sea genérica y vaga. GARCÍA RIVAS N., *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1992, p. 21. Describe, asimismo esta pugna, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*. Univ. Complutense. Facultad de Derecho. Madrid, 1991, p. 326 y ss.

20. HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho penal*. Trad. ARROYO ZAPATERO, L., y MUÑOZ CONDE, F. Ed. Bosch. Barcelona, 1984, p. 314 y 315.
21. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*. Tübingen, 1973, p. 15 y 16.
22. En este sentido, MADRID CONESA, afirma que “el principio de determinación se presenta como *conditio sine qua non* para poder realizar el mandato constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley”. MADRID CONESA, F., *La legalidad del delito*. Universidad de Valencia. Valencia, 1983; p. 162 y ss.
23. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Trad. Rodríguez Molinero. Ed. Ariel. Barcelona, 1994., p. 193.
24. JESCHECK, H.H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 208.
25. DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ed. Ariel. Barcelona, 1987; p. 290.
26. DE OTTO, I. *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 290. Se muestra partidario, asimismo, de ampliar el derecho a la determinación GARCÍA RIVAS, para quien, además de incluir el momento de creación de la norma, debe abarcar su posterior aplicación. GARCÍA RIVAS, N., *El principio...*, *op. cit.*, p. 97. Más recientemente, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “¿Leyes taxativas interpretativas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal?”, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* J. P. Montiel (Ed.). Ed. Marcial Pons. Madrid, 2012; p. 173 y ss.
27. (Tol 82969).
28. Inciden en esta línea las SSTC 137/1997, de 21 de julio (F. J. 6º) (Tol 252213); 151/1997, de 29 de septiembre (F. J. 4º) (Tol 80774); 232/1997, de 16 de diciembre (F. J. 2º) (Tol 80855) y 127/2001, de 4 de junio (f. J. 4º) (Tol 81479).
29. GARCÍA RIVAS, N., *El principio...*, *op. cit.*, p. 50.
30. Como se reconoce en las SSTEDH *Coëme y otros c. Bélgica*, de 22 de junio de 2000, caso y *Kafkaris c. Chipre*, de 12 de febrero de 2008.
31. SSTEDH *Cantoni c. Francia*, de 15 de noviembre de 1996, y la ya citada, *Kafkaris c. Chipre*.
32. Pueden citarse, a modo de ejemplo las SSTEDH *The Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979; *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993; *S. W. c. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995; *Cantoni c. Francia*, de 15 de noviembre de 1996; *Coëme y otros c. Bélgica*, de 22 de junio de 2000; *Pessino c. Francia*, de 10 de octubre de 2006; y, más recientemente, *Huhtamäki c. Finlandia*, de 6 de marzo de 2012.
33. VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011; p. 718.
34. Equivaldría a los *statutory precedents* en el ordenamiento jurídico norteamericano aunque, desde luego, con una eficacia más limitada.
35. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*. Trad. R. J. Revengo. 7ª Ed. Ed. Porrúa. México, 1993, p. 263.
36. *Art. 7 CEDH.: No hay pena sin ley*.
1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.
 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.
37. SSTEDH *Kruslin c. Francia*, de 24 de abril de 1990 y *Casado Coca c. España*, 24 de febrero de 1994, entre otras. Un comentario crítico a esa equiparación, puede verse en HUERTA TOCILDO, S., “El contenido debilitado del principio

europeo de legalidad penal (art. 7 CEDH y art. 4 P7)”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2005; p. 455 y ss.

38. Un resumen de las diversas posiciones mantenidas al respecto, puede verse en VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001; p. 63 y ss.

39. SSTC 133/1987, de 21 de julio (*Tol 79873*), o 89/1993, de 12 de marzo (*Tol 82112*).

40. VIVES ANTÓN, T.S., “Principios penales...” *op. cit.*, p. 42 y 43.

41. Baste citar, en este sentido, la conocida STC 89/1983, de 2 de noviembre (*Tol 79254*), en la que se cuestionaba la constitucionalidad del delito continuado.

42. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. De M. Atienza e I. Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997; p. 264.

43. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*. 2ª Ed. Anotada y corregida por J. J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino. Ed. Akal/iure. Madrid, 1986, p. 122.

44. (*Tol 82134*).

45. Sirva de ejemplo la STC 17/1988, de 16 de febrero (F. J. 3º) (*Tol 80128*).

46. (*Tol 609870*).

47. Lo han hecho, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Prescripción de los delitos y fuerza expansiva de los derechos fundamentales (a propósito de la STC 63/2005)”, en *Revista Jurídica de la comunicad Valenciana*, nº 15, 2005; p 5 a 29; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Sobre el plazo de prescripción del delito (Comentario a la STC 63/2005 de 14 de marzo)”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Dir. J. C. Carbonell Mateu. Ed. Dykinson. Madrid, 2005; p. 787 a 794.

48. (*Tol 81436, 81437, 81439 y 81440*), respectivamente.

49. (*Tol 1264013*).

50. VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 718.

51. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Prescripción...”, *op. cit.*, p. 10.

52. Sobre las distintas hipótesis que pueden plantearse, véase, VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia...*, *op. cit.*, p. 89 y ss.

53. Se ha aplicado también al conocido como “violador del ascensor”, condenado a 328 años y a uno de los autores del crimen de Alcacer cuya, cuya condena ascendía a 170 años de prisión.

54. (*Tol 846378*).

55. Puede verse, CUERDA RIEZU, A., “El concurso real y la acumulación de penas en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales”, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006; p. 217 y ss.; LLOBET ANGLÍ, M., “Caso Parot”, en *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*. Coord. P. Sánchez-Ostiz Gutiérrez. Ed. La Ley. Madrid, 2011; p. 895 y ss.; ORTS BERENGUER, E., “Comentarios a la sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (Caso Parot)”, en *ReCrim, Revista del Instituto Universitario de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia*, nº 1, 2009; disponible en <http://www.uv.es/liccp/recrim/recrim09/recrim09a01.pdf>; VIVES ANTÓN, T. S., “Una sentencia discutible: sobre la STS 197/2006”, en www.tirantonline.com. (*Tol 817709*) (DHSA_4796).

56. SSTC 137/1997, de 21 de julio (*Tol 252313*); 13/2003, de 28 de enero (*Tol 273914*); 163/2004, de 4 de octubre (*Tol 500588*); 145/2005, de 6 de junio (*Tol 673508*), o 76/2007, de 16 de abril (*Tol 1050327*).

57. Votos particulares de la magistrada Dña. Adela Asúa Batarrita.

58. SSTEDH *S.W. c. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995 y *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, de 22 de marzo de 2001.

59. SSTEDH *Grava c. Italia*, de 10 de julio de 2003 o *Kafkaris c. Chipre*. Es más, en *Anchour c. Francia*, sentencia de 29 de marzo de 2006 se afirmaba que la modificación de los plazos de prescripción no supone conflicto alguno con el artículo 7.

60. En este sentido, VIVES ANTÓN, T.S., “Una sentencia...”, *op. y loc. cit.*

61. *Ross vs. Oregon* [227 U.S. 150 (1913)] y *Frank vs. Mangum* [237 U.S. 309 (1915)].

62. *Bouie vs. Columbia* [378 U.S. 347 (1964)] o, más recientemente, *Rogers vs. Tennessee* [532 U.S. 451 (2001)], aunque en este último caso se matiza que no todo cambio jurisprudencial es irretroactivo, sino sólo aquel que sea inesperado e indefendible. En una ocasión anterior *U.S. vs. Lanier* [520 U.S. 259 (1997)] se había excluido la posibilidad de alegar dicha violación cuando se haya dado aviso suficiente de la evolución jurisprudencial. Sobre el tratamiento de esta cuestión, véase, TRIBE, L. H., *American Constitutional Law*. 3ª. Ed. Foundation Press. New York, 2000; p. 218 y ss. Sobre la discusión acerca de si puede seguir excluyéndose la eficacia de la cláusula *ex post facto* respecto de las decisiones judiciales puede verse, DIEDERICH, B. R., “Risking retroactive punishment: modifications of the supervised release Statute and the *ex post facto* prohibition”, en *The Columbia Law Review*. Vol. 99, 1999; p. 1551 y ss.; KAATZ, R., “Is there an *ex post facto* prohibition on Judicial Decisions that retroactively enlarge Criminal Punishment?”, en Wayne State University Law School, 47. 2001, p. 1367 y ss.; WHITE, D. J., “*Ex post facto* excepted: *Rogers v. Tennessee* and the permissible retroactive application of judge made law”, en *University of Cincinnati Law Review*. 71, 2003; p. 1141 y ss.

63. Puede verse el resumen de las distintas posiciones mantenidas en MADRID CONESA, F., *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*. Universidad de Valencia. Valencia, 1982. Un estado más actual de la cuestión, puede verse en NEUMANN, U., “Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Vol. 82, 2009; p. 948 y ss.; STRÄßBURG, W., “Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Vol. 103, 2009; p. 331 y ss.

64. Apunta la conveniencia de extender las garantías del principio de legalidad a la labor judicial, GRANDE, E., “Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un’antinomia?”, en *Sistema Penale in Transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*. Ed. G. Fiandaca. Cedam. Padúa, 1997, p. 134. Y, sobre el valor del precedente, puede verse CADOPPI, A., *Il valore del precedente nel diritto penale*. Ed. G. Giappichelli. Torino, 1999.

65. Así ha ocurrido, por ejemplo, en relación con la STC 136/1999, de 20 de julio (*Tol 81189*), en relación con un video emitido por la mesa nacional de Herri Batasuna; la STC 62/2011, de 5 de mayo (*Tol 2118618*) con motivo de la ilegalización de Bildu o, más recientemente, la STC 138/2012, de 20 de junio (*Tol 2579440*), respecto de la ilegalización de Sortu.

66. Al respecto, piénsese que la ya citada STC 29/2008, dictada también en relación con la prescripción, motivó el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2008. El Fiscal General del Estado, en defensa de este órgano, mostró su más absoluto desacuerdo con dicha sentencia lo que motivó que el Pleno del Tribunal Constitucional dirigiese un escrito de queja al Presidente del Gobierno.

67. Al respecto, puede verse, VIVES ANTÓN, T. S., “El *ius puniendi*...”, *op. y loc. cit.*

Fecha recepción: 06/08/2012

Fecha aceptación: 05/11/2012

VARIA

La jurisprudencia como fuente del derecho (una evolución histórica y teórica)

Giuseppe Zaccaria. Traducción Manuel Lanusse Alcover

In memoriam. Gregorio Peces-Barba. Un hombre de Derecho y de Poder

Javier de Lucas

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO (UNA EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y TEÓRICA)

Giuseppe Zaccaria

Università degli Studi di Padova
Traducción de Manuel Lanusse Alcover

1. Hace justo cuarenta años, en un memorable ensayo que conjugaba admirablemente sutiles conocimientos técnicos esparcidos por el entero espectro del derecho —del civil al constitucional, del administrativo al penal— con una rara capacidad para pensar el tema del fundamento de los sistemas jurídicos de *civil law*, Josef Esser afrontaba la espinosa cuestión de la naturaleza y el papel del derecho jurisprudencial¹. En el título del ensayo, recogido en el volumen misceláneo aparecido con ocasión del septuagésimo cumpleaños de Fritz von Hippel, Esser colocaba el *Richterrecht* junto al *Gerichtsgebrauch* y el *Gewohnheitsrecht*. No casualmente, ya que el planteamiento de Esser puede considerarse representativo, al máximo nivel, del intento de utilizar a fondo las posibilidades evolutivas abiertas por los conceptos procedentes de la dogmática jurídica tradicional, que en aquel momento reconocía como fuentes de derecho, en los sistemas de *civil law*, tan sólo al derecho legal, por un lado, y al derecho consuetudinario, por otro²; y ello, precisamente, con el objetivo de asignar nuevas

tareas y responsabilidades en la comprensión del renovarse cotidiano del derecho.

Hoy, inevitablemente, a cuarenta años de distancia de aquel ensayo fundamental, el tema de la jurisprudencia como fuente del derecho se plantea en unos términos y con unos enfoques completamente distintos: nuestro discurso de hoy pretende ante todo dar cuenta del relevante itinerario que, en paralelo a las transformaciones reales del derecho, ha recorrido la teoría jurídica contemporánea en el tema de la doctrina de fuentes.

Entre finales de los años cincuenta y los primeros años sesenta del siglo pasado, en un contexto en el que el iuspositivismo todavía mantiene una posición muy influyente, aunque acosado por el prepotente emerger de las corrientes antilogicistas de la argumentación jurídica —de Toulmin pasando por Viehweg a Perelman— y por la rehabilitación de la «razón práctica» y las propuestas de la hermenéutica jurídica, el derecho jurisprudencial era visto exclusivamente como fuente material, pero

no como fuente formal del derecho. De esta manera, la única vía a través de la cual, en el área cultural germánica, se consigue llegar a justificar el dificultoso paso de una serie de normas *particulares* de origen jurisprudencial e individuales a otras normas de carácter y alcance *general*, dotadas de fuerza vinculante en los sucesivos juicios sobre casos análogos, es la del *derecho consuetudinario*³. Esta ampliación de la categoría de la costumbre judicial permite, en suma, reconocer a la jurisprudencia la dignidad de fuente del derecho. Savigny fue el primero en considerar los precedentes judiciales como derecho consuetudinario y como un momento del derecho científico. Así, entre los siglos diecinueve y veinte, en el seno de la cultura jurídica alemana juegan un papel muy importante el influjo de la Escuela Histórica del Derecho y la idea de que el derecho entra a formar parte y se afirma en la vida de la comunidad esencialmente por medio de la actividad práctica de los juristas. Una idea que, sin embargo, en aquella cultura no se desvincula nunca de la conciencia sobre cuán importante es, en el marco del Estado de Derecho, la responsabilidad del juez en el cumplimiento de su misión institucional. En otras palabras, se confía a la jurisdicción un proceso institucionalizador de las novedades jurídicas introducidas por vía jurisprudencial; proceso que se lleva a cabo a través de las dos vías del *uso judicial* y del *derecho consuetudinario judicial*, donde el uso judicial representa un momento inferior, por cuanto menos arraigado y evolucionado, al del derecho consuetudinario. En definitiva, en el referido caso del *usus fori*, es decir, cuando la jurisprudencia alcanza unas condiciones de duración y de estabilidad tales que conducen al uso generalizado, constante y uniforme de una determinada opinión, ésta se transforma en derecho consuetudinario judicial y, en cuanto tal, tiene que aplicarse como solución vinculante a partir del presupuesto de su juridicidad y de su obligatoriedad.

Ésta era, pues, la tesis dominante en la doctrina jurídica alemana de los años sesenta del siglo XX⁴, respecto de la cual el agudo análisis de Esser objetaba justamente que la autoridad

del derecho de origen judicial no puede hacerse depender de un fundamento de naturaleza consuetudinaria, sino más bien de su efectiva justeza y de la capacidad de ser conforme al «vivo convencimiento jurídico»⁵. Aun identificándola plenamente con la mejor doctrina y la más avezada dogmática jurídica, Esser capta perfectamente cómo la vía del derecho consuetudinario no es más que un enmascaramiento ideológico —basado en una idea ampliamente difundida en la cultura jurídica alemana, y no por casualidad, a partir de la Escuela Histórica del Derecho— para ocultar una conclusión que en aquel momento histórico aún no podía reconocerse explícitamente, a saber: la naturaleza de fuente de derecho *tout court* del *Richterrecht*.

No sólo eso: el mismo Esser capta perfectamente cómo, en la tesis del derecho judicial como derecho consuetudinario, la cristalización del derecho y de la jurisprudencia que esta tesis comporta —nótese que la formación de precedentes a través de la vía del derecho consuetudinario exige un largo periodo de tiempo— representa un inconveniente serio y no secundario, y cómo consiguientemente queda vedada o, de algún modo, se desaconseja cualquier innovación que, sin embargo, es funcionalmente consustancial a la estructura de fondo del derecho, a su credibilidad y autoridad⁶. Cuando nos movemos en el terreno de la interpretación judicial, aun cuando debe subrayarse la importancia de la continuidad y la permanencia del derecho en el tiempo para su consolidación y certeza —signo de una tradición jurisprudencial clave para la solidez de la organización jurídica—⁷, es esencial reafirmar al mismo tiempo la libertad y la autorresponsabilidad del juez en la comprensión del derecho y en el cumplimiento de su misión institucional. Salvo prueba en contrario, en los sistemas de *civil law* los tribunales son plenamente libres para interpretar cada enunciado jurídico y cada caso análogo de un modo distinto, y una jurisprudencia que modifique la opinión hasta ese momento dominante debe admitirse siempre⁸. El derecho del juez, en cada decisión suya, se realiza *in action*, en un

devenir continuo que soporta mal ser «congelado» en los largos tiempos de incubación que son necesarios para la producción del derecho consuetudinario.

2. Otra vía distinta, en el mismo período que estamos considerando y que en Italia coincide con la solitaria reflexión de Gino Gorla en torno al valor del precedente judicial⁹, pasaba por reconocer sustancialmente a la jurisprudencia la naturaleza de fuente del derecho. Una vía que apuntaba, en cambio, a la fuerza institucionalizante de la jurisdicción, esencial en un sistema jurídico desarrollado y basada fundamentalmente en el vínculo al precedente.

El principal protagonista de este ulterior giro teórico es Martin Kriele, quien en 1967 publicaba un ensayo denso e innovador: *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*¹⁰. En el corazón del ensayo está el poner de relieve que, también en los sistemas de *civil law*, la influencia de hecho de los precedentes para orientar la interpretación y la decisión judicial es ya tal que tranquilamente puede hablarse de una «vinculabilidad presuntiva» propia de éstos¹¹.

En efecto, es fácil constatar cómo en la realidad efectiva de la praxis jurídica, esto es, en el momento de interpretar y aplicar el derecho, se parte de los precedentes, y que sólo nos apartamos de éstos cuando existen buenas razones para hacerlo. Con una sugestiva imagen, en su prefacio a *El imperio de la justicia*, Ronald Dworkin ha hablado a este propósito de una «fuerza gravitacional de las decisiones precedentes»¹². Es ésta una condición no contingente, sino estructural y permanente de la praxis judicial; y por eso no preterir esta característica duradera de la práctica del derecho, gracias a la cual el derecho de hoy se justifica refiriéndose a soluciones del pasado, es el cometido específico de una metodología del derecho que pretenda comprender correctamente de qué modo funciona la interpretación judicial de la ley.

De hecho, aun no siendo ésta una regla escrita de la praxis jurídica, el jurista que no la

respete correrá el riesgo, como tal jurista, de quedar en fuera de juego. Si un abogado no tiene en cuenta la orientación jurisprudencial precedente, muy difícilmente tendrá éxito y responderá por ello ante sus clientes. Las decisiones de un juez o de un tribunal que ignoren precedentes esenciales emitidos por tribunales de superior jerarquía podrán ser objeto de impugnación y revisión, mientras que un funcionario público que no tome en consideración precedentes relevantes puede ser responsable por incumplimiento de los deberes inherentes al cargo.

Se puede reconocer en definitiva que también allí donde no se atribuye una relevancia formal a los precedentes, a las directrices jurisprudenciales consolidadas, estas últimas ejercen de hecho una considerable influencia en las decisiones judiciales, en la actividad legislativa, en el actuar mismo de los miembros del conjunto social. No en vano, las decisiones de los jueces, en particular de los jueces de rango superior, se invocan como pronunciamientos autoritativos tanto en los escritos de los abogados como en los fundamentos de las sentencias, y son tenidas en cuenta por la doctrina.

Mas, ¿cómo funciona concretamente, en el análisis de Kriele, esta presunción de vinculabilidad a favor del precedente? Si la cuestión sometida al juez encaja en uno de los casos típicos en vista de los cuales se ha formado la construcción de la *ratio decidendi* desarrollada en sede judicial, aquél podrá sin más servirse de esta última, sin la carga de razonar la justeza del resultado en ese caso específico, y en cualquier caso será para él la garantía de llegar así a un resultado incontestable. Valiéndose de una solución experimentada, la presunción a favor del precedente libera de tal modo al juez de la carga de renovar en cada nuevo caso la verificación sobre la «consistencia» de la *ratio decidendi* que dicha presunción asume en este contexto la tradicional función de la norma general y abstracta. En efecto, se presupone que dicha conclusión ha sido expuesta a la crítica, debatida y, al cabo, considerada como buena. Sólo cuando se presentan al juez argumentos de una fuerza tal que hacen cesar la presunción a favor

del precedente, deberá volver a considerar las cuestiones ya resueltas con anterioridad y, por consiguiente, someterá de nuevo a examen el contexto efectivo del caso específico¹³. Lo cual mueve a observar en sede crítica que el derecho tampoco se encuentra preconstituido en el «depósito» de los precedentes, sino que cada vez debe ser nuevamente hallado y realizado a la luz de la novedad del caso concreto, y, por tanto, a partir de una relación siempre nueva y renovada entre la norma y el hecho.

Al constatar a nivel teórico que ya en la realidad jurídica europea continental los precedentes adquirían una importancia semejante a la del ámbito angloamericano, el planteamiento de Kriele, mientras registraba la innegable evolución de los sistemas jurídicos de *civil law*¹⁴, minimizaba, en nombre de una más estrecha adhesión a la realidad de la praxis jurídica, las diferencias respecto a los de sistemas de *common law*, certificando así el fin de la tesis metodológica precedentemente dominante representativa de un modo jerárquico de entender el proceso de hallazgo del derecho, según el cual el derecho judicial no podía más que tener una naturaleza apendicular y secundaria respecto al derecho de origen legislativo. Por otra parte, a esta importante «ruptura» teórica de la tradición doctrinal dominante en el tema de las fuentes¹⁵, gracias a la cual era posible orientarse hacia una más realista colaboración y «subdivisión del trabajo» de producir derecho entre poder legislativo y poder decisorial del juez, le correspondía en el terreno de los hechos una convergencia cada vez más intensa y un acercamiento cada vez más evidente entre los dos sistemas jurídicos, en nombre precisamente de la *vinculabilidad presuntiva* de los precedentes, lo que los llevaba a no ser absolutamente vinculantes como en otro tiempo en los sistemas de *common law* y de hecho cada vez más influyentes en los sistemas de *civil law*. Una convergencia y un acercamiento gracias a los cuales, por un lado, los actos aplicativos del derecho codificado adquieren una valencia creativa de derecho; mientras que, por otro lado, la adhesión al precedente derecho de creación judicial no excluye el desarrollo ulte-

rior. El hecho es —y con ello se apunta al corazón de esta convergencia de sistemas— que el juicio comparativo entre los dos casos que el juez somete a examen, el precedente y el que él debe resolver, implica siempre aspectos de comparación, de ponderación valorativa que sopesa las semejanzas y la especificidad de las decisiones y de las soluciones. La comparación asume, para ser más precisos, la coincidencia del punto de vista que, sucesivamente, se ha tenido como esencial¹⁶. Esta actividad se sitúa en el centro mismo del papel del intérprete, considerado mediador insustituible entre los modelos ordenadores representados por las reglas y su interpretación-aplicación a situaciones concretas de conflicto que precisan ser ordenadas¹⁷. Sólo después de una atenta comparación con los precedentes, acompañada de una convincente motivación contraria a seguirlos en el caso de considerarlos no pertinentes, es posible apartarse de ellos por medio de lo que la jurisprudencia anglosajona denomina *overruling*, dando lugar, con una novedosa y diferente decisión, a una nueva cadena de precedentes.

Más allá de las apariencias que confieren a la tesis de Kriele un halo de ruptura revolucionaria en el tema de fuentes, la innovación teórica por él propuesta aparece entonces como un intento de volver a adecuar la teoría a la praxis jurídica, pero que, no obstante, se mantiene fiel a una característica estructural del derecho, que parte del caso concreto pero que debe ir más allá del caso concreto, que debe garantizar igualdad de trato, certeza, continuidad y predictibilidad de las decisiones. Al resolver el caso concreto sobre la base de los precedentes, y por consiguiente desde el pasado, el intérprete sabe que su decisión se proyecta hacia el futuro y que, a su vez, podrá ser utilizada como nuevo precedente. Es una determinación del presente sobre la base del pasado, y por consiguiente fiel a la comunidad jurídica heredada por la tradición, pero cuyo sentido aspira a proyectarse hacia el futuro. La particular máxima de decisión deviene kantianamente máxima general¹⁸, y por eso la responsabilidad del intérprete aumenta al cargar con el peso del efecto

de su decisión. Desde ese momento la norma vale con el significado y la forma enriquecida que ha recibido de la jurisprudencia.

3. El acortamiento de las distancias entre los ordenamientos de *civil law* y *commom law*¹⁹ suscita algunos problemas específicos en un campo delicadísimo, que también ha experimentado un profundo cambio durante los últimos decenios, especialmente por lo que respecta a las relaciones entre legislación y aplicación judicial del derecho: el campo del derecho penal²⁰.

El hecho de que la jurisprudencia participe en el proceso genésico de nuevos supuestos inculpativos, si bien no suscita problemas en los ordenamientos penales de *common law* en los que no rige el principio de reserva de ley entendido éste a la manera continental²¹, se considera, en cambio, tradicionalmente inadmisible en los ordenamientos de *civil law*.

En efecto, en los sistemas continentales se estima incompatible con los principios de legalidad, taxatividad y reserva de ley una contribución «creadora» de supuestos inculpativos por parte de la jurisprudencia²², ya que de este modo se menoscabaría el monopolio del legislador en la materia y no se garantizaría al ciudadano una tutela suficiente contra los abusos siempre posibles en materia penal.

Esta tesis tradicional, aparentemente irremediable en su rigor conceptual, aunque de nuevo excesivamente rígida y esquemática al hacer hincapié en la contraposición entre sistemas de *civil law* y *commom law*, es objeto de una interesante revisión en el análisis de algunos de los sectores más sensibles de la penalística contemporánea, especialmente en algunos ensayos de Giovanni Fiandaca²³ y, en particular, en su conferencia impartida en Perugia: *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*.

Conviene subrayar, ante todo, cómo la realidad de los ordenamientos de *civil law* no se manifiesta en absoluto homogénea, ni siquiera con referencia al derecho penal. En efecto, existen ordenamientos como el italiano en cuya parte general sobrepasan las defini-

ciones legislativas —dolo, culpa, causalidad, etc.—, mientras que otros ordenamientos como el alemán han querido intencionada y explícitamente conferir a la jurisprudencia, pero también a la doctrina, una tarea elaboradora de instituciones generales, y por tanto verdaderamente creadora respecto al derecho de origen legislativo, con el propósito de conseguir un desarrollo evolutivo y una adecuación continua y progresiva de las categorías normativas a las situaciones de hecho.

En realidad, en uno y otro tipo de ordenamientos, la incidencia de la elaboración jurisprudencial es bastante elevada, asumiendo no sólo una función despenalizadora sino también la producción de nuevos supuestos penales, de nuevas instancias de tutela; determinando, en suma, los límites y los presupuestos de la responsabilidad penal. Esto acontece —mírese bien— relativamente al margen del grado de precisión y de taxatividad con que se delinea la disciplina normativa de los enunciados y los institutos que entran cada vez en juego; y, sin embargo, es claro que el modo en el que se formula la ley penal está destinado a simplificar —o a complicar— la interpretación. Todos los intentos que se han ensayado con la intención de formalizar los supuestos penales, los procesos lógicos y los argumentos que presiden la interpretación penal inevitablemente han quedado condenados al fracaso. En la misma naturaleza práctica del derecho se da estructuralmente una relación de tensión entre la abstracción y la rigidez de los supuestos teóricos y la riqueza y la imprevisibilidad de los casos que la vida plantea al intérprete.

Ámbitos completos de la penalística —de las reglas del procedimiento al examen de las pretensiones de las partes, de la valoración de la declaración de los testigos a la selección de datos relevantes en el plano de la reconstrucción probatoria, incluso la determinación misma de la pena— sobrepasan, en efecto, un simple calcular, deducir con exactitud y concluir; e implican por ello una mayor amplitud de comprensión y de valoración, una participación activa del intérprete, que siempre se encuentra inserto en un contexto condicionante

formado por factores extratextuales no deducibles directamente de los tipos penales considerados en sí mismos.

En síntesis, usando palabras del propio Fiandaca, es posible confirmar los tres puntos siguientes: «i) también el juez disfruta de un espacio hermenéutico, más o menos amplio dependiendo de los casos; ii) la aplicación judicial del derecho está influenciada por el contexto, no sólo institucional y normativo, sino incluso también de la realidad criminal subyacente a la norma; iii) en el proceso de aplicación del derecho intervienen factores prejudiciales, armonizables con la categoría —si se quiere polivalente y ambigua— de la precomprensión»²⁴.

En otras palabras: no es en absoluto fácil «embridar» la actividad concreta de la jurisprudencia, incluso en el campo penal. Una realidad ésta que preocupa a quien, temiendo la elusión del principio de legalidad en el plano de la aplicación jurisprudencial del derecho, ha hablado en tono polémico de «descodificación jurisprudencial»²⁵. Mas la contradicción se da justamente en el hecho de que este «embridar» no es estructuralmente posible. La interpretación y la aplicación de las leyes penales se configuran como un proceso en el cual «la norma escrita cada vez menos aparece como la única y principal categoría ordenadora de la experiencia jurídico-penal». Son los propios supuestos penales, las propias figuras típicas criminales las que poseen —como de manera inmejorable ha mostrado Winfried Hassemer en su *Tatbestand und Typus*²⁶ (hace poco meritoriamente traducido por Gaetano Carlizzi)²⁷— una dimensión hermenéutica estructural²⁸.

Precisamente porque tratan de la realidad y del modo en que ésta debe ser valorada y regulada, la legislación penal y sus significados se encuentran inevitablemente sujetos a cambios que van a la par de las transformaciones de la realidad social, de la opinión común y del desarrollo del lenguaje corriente. Ilimitado es el número de variables, que tienen por objeto a individuos, cosas, propiedades, relaciones. Por el hecho de tener que captar la realidad y, a la vez, por tener que mencionar circunstan-

cias reales, la norma penal es estructuralmente abierta. De manera que el pronunciamiento del juez no es unívocamente legible a partir del dato legislativo y no puede limitarse, ciertamente, a constituir una prolongación transparente del supuesto penal en el hecho, sin la adición de ulteriores contenidos. El intérprete penal es un buscador de la relevancia del hecho en su referencia funcional al supuesto penal.

Sometidos a la prueba de los hechos y considerados, en suma, en su dimensión concreta y efectiva, los principios de origen ilustrado-liberal (legalidad, taxatividad, prohibición de la analogía²⁹, vinculación del juez a la ley)³⁰ que vertebran los ordenamientos jurídicos continentales exigen, pues, ser profundamente —y no sólo ocasionalmente— repensados.

Si la falta de univocidad de las leyes y la necesidad de asociar los supuestos de hecho a la realidad fuerzan al juez en el momento de la comprensión aplicativa a efectuar una elección entre interpretaciones varias, todas ellas legítimamente sostenibles; si la falta de plenitud de las leyes lo enfrenta a situaciones para las que la legislación no contiene precepto alguno; si los términos legales y las representaciones de la realidad que en ellos se contienen (desde «ser humano» a «daño», desde «intencionalmente» a «peligroso») cambian incesantemente en sus significados y de ninguna manera se dejan formular unívocamente, sino que señalan al intérprete una dirección y un horizonte; entonces la vinculación del juez a la ley sobre la que reposan los Estados de Derecho, con todo y eso inevitablemente mediatizada por interpretaciones condicionadas por el contexto, deberá acoger la realidad de un juez que decide, ya que la simple deducción formal o el sueño de convertirse en mera «boca de la ley» condenaría sin remedio al intérprete a la parálisis decisional y al Estado a la ineffectividad del derecho y de la administración de justicia³¹.

4. Con este último análisis referente a la revisión penalística del dogma de origen liberal que somete al intérprete a un rígido respeto al principio de legalidad, caminamos ya firmemente sobre un terreno que, con un sano realismo, da cuenta orgánicamente del papel

institucional cada vez más amplio e influyente de la jurisprudencia. Un papel que evidentemente supone la inequívoca centralidad del momento interpretativo. Se trata del fenómeno de la llamada «constitucionalización» del ordenamiento jurídico.

Si por «constitucionalización» del ordenamiento jurídico entendemos, con Ricardo Guastini³², el proceso de progresiva penetración de la Constitución en todos los niveles normativos inferiores, con una acción expansiva capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, es fácil notar cómo tal proceso es sinérgico con el uso generalizado de la interpretación extensiva (en este caso de las normas constitucionales), pero también con la difusión de la interpretación ajustada de la ley ordinaria (operación que implica inevitablemente una suerte de recurso aplicativo a la Constitución por parte del juez ordinario). Lo que está en juego en las decisiones de los jueces constitucionales no es tanto la Constitución como sus interpretaciones³³, pues no se trata simplemente de «aplicar» la Constitución a situaciones concretas, sino de dirimir conflictos que atañen siempre a contenidos e interpretaciones de las normas constitucionales³⁴.

Por un lado, la historia constitucional del siglo XX ha dado indudablemente la razón a Kelsen, a su idea de confiar a un órgano judicial la tarea de purgar del ordenamiento jurídico las normas inconstitucionales, ya que la difusión generalizada de tribunales constitucionales ha hecho del siglo XX el siglo de la justicia constitucional. Pero esta justicia —y aquí la teoría pura del derecho, que veía la Constitución como un texto breve y esencial, formado en la práctica por meras normas sobre la producción de normas, y que poseía, por tanto, una idea *wertfrei*, mínima y procedimental de la Constitución³⁵, no puede sino quedar desmentida en su pretensión de pureza— penetra y se ubica firmemente y orgánicamente en el seno de la política, entendida como actividad encaminada a procurar y garantizar la convivencia civil³⁶. Contrariamente a lo que postulan las tesis kelsenianas, en el momento en que el Tribunal Constitucional declara la nulidad

de la norma por inconstitucional lo hace basando su pronunciamiento en un argumento indefectiblemente axiológico. En efecto, en la argumentación de los tribunales constitucionales se hace presente inevitablemente una dimensión de principio, que liga estructuralmente el derecho positivo a un ámbito que tiene que mucho que ver con la ética y la política. En la aplicación de la Constitución, la regla general la constituye la razonabilidad, entendida como una técnica ordenada a la realización de los valores y los principios positivados en el texto constitucional³⁷ y, a su vez, al control de los juicios de valor expresados por los poderes públicos, incluidos los tribunales de justicia.

No sólo eso: en la jurisprudencia «viva» de los tribunales constitucionales cada decisión está fuertemente condicionada por los precedentes, pero se prepara gradualmente, a través de interpretaciones y continuos ajustes con los precedentes³⁸, poniendo la atención tanto en la racionalidad y la coherencia de la solución normativa como en la razonabilidad con la que el caso examinado ha sido tratado, de modo que se crea un vínculo estrechísimo entre el derecho y el contexto social que lo envuelve³⁹. Tanto es así que el prestigioso constitucionalista alemán Peter Häberle, en su ensayo *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*⁴⁰, ha hablado, apuntando precisamente a la estrechísima conexión entre Constitución y cultura, de una «comunidad abierta de intérpretes constitucionales»⁴¹, mientras que Adrian Vermeule, refutando las teorías abstractas en el ámbito del constitucionalismo, ha caracterizado la interpretación constitucional como «an exercise in decisionmaking under severe empirical uncertainty»⁴².

5. Hasta aquí nos hemos movido en el plano de la dinámica abierta por las normas constitucionales y del uso que de las mismas se viene haciendo en sede jurisprudencial dentro del perímetro delimitado por el ordenamiento interno del Estado constitucional. Un escenario éste que, en resumidas cuentas, ha acabado contradiciendo la premisa iuspositivista de la rígida separación entre derecho y hecho.

Pero la centralidad de la jurisprudencia es un fenómeno de tal amplitud y profundidad que ya desde hace tiempo rebasa los cada vez más estrechos confines institucionales de los ordenamientos nacionales involucrando, por medio de una red de relaciones recíprocas por lo general aún informales, las distintas ramas del ordenamiento, del derecho interno al derecho comunitario, del derecho internacional al transnacional.

El papel central que juega la jurisprudencia en el derecho internacional condiciona de un modo cada vez más evidente la evolución misma del ordenamiento internacional, anticipando por lo general la afirmación de principios que luego son objeto de codificación.

Este razonamiento concierne, si bien con distinto grado de generalidad, al papel de la Corte Internacional de Justicia (CIG), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tribunales penales internacionales *ad hoc*, así como a los tribunales arbitrales internacionales.

Precisamente en referencia al alto grado de especialización que cada vez más se pide al juez y que demanda la misma complejidad y omnipresencia que caracteriza al actual derecho internacional, Baldassare Pastore, inspirándose en las conocidas tesis de Luigi Lombardi Vallauri⁴³, ha podido hablar de un «momento jurisprudencial del derecho internacional»⁴⁴, mientras que Maria Rosaria Ferrarese ve el origen de este papel cada vez más activo que desempeñan los tribunales nacionales, internacionales y supranacionales en la movilidad de contenidos constitucionales que marca las actuales tendencias generadas por el proceso de constitucionalización del derecho⁴⁵.

En realidad, el «terremoto» que ha supuesto el desbordante fenómeno de la internacionalización y globalización del derecho, que se añade a la erosión de la soberanía de los Estados y a la menor relevancia de las fronteras territoriales, afecta y modifica en su núcleo profundo los paradigmas tradicionales del derecho moderno, basados todos en la dicotomía interno/externo heredada del llamado «modelo Westfalia».

Cuando se permanece anclado y, por así decir, «arraigado» a una visión rígidamente ilustrada de la separación de poderes, el dato constituido por la progresiva expansión del papel de la jurisprudencia, además de difícilmente descifrable desde la óptica analítica, no puede sino merecer una valoración resueltamente negativa. El derecho jurisprudencial que producen tanto los tribunales internacionales como los supranacionales se ve como una forma jurídica profundamente sinérgica con las tendencias de la globalización. Por lo demás, como ha mostrado agudamente Maria Rosaria Ferrarese, la actividad jurisdiccional responde bien a las exigencias de «fluidez» de la globalización, por su misma naturaleza esencialmente policéntrica, y sintoniza perfectamente con la tendencia de esta última a desarrollar sus propias dinámicas alejada de ámbitos institucionales demasiado concentrados y unitarios. Esta actividad se revela muy apropiada para realizar una unión sintética de intereses privados y acciones públicas, particulares y generales, locales y globales; y, en fin, crea preferiblemente derecho a partir de las respectivas aportaciones.

Obviamente, en esta lectura la importancia clave de la jurisdicción se relaciona principalmente con el fenómeno —sin duda real, pero no unívoco ni irreversible— del «eclipse» del Estado, de manera que, ante los desafíos de la globalización, la jurisdicción demostraría una mayor agilidad y flexibilidad institucional en relación con las más «rígidas» instituciones de carácter representativo.

Cuando además, en lugar de ceder a la nostalgia de la antigua solidez del Estado y de la cohesión y simplicidad de la fisonomía del derecho moderno, el carácter expansivo de la jurisdicción es objeto de una valoración positiva, se está poniendo el acento, en cambio, en la potencialidad racionalizadora del juicio y en su integración en la jurisprudencia, lo que representa un punto firme, sobre todo, ante la ineficiencia y la impotencia de buena parte de las instituciones internacionales.

En el contexto de la profunda transformación del derecho internacional, de la fragmentación jurídica que se constata dentro del

espacio globalizado, el momento jurisprudencial puede representar aún un correctivo a la tentación dominadora propia de los sujetos fuertes en la arena del mercado. La interpretación deviene entonces expresión emblemática de la función ordenadora del derecho, de su estructural tendencia a sustraer las vicisitudes humanas de la inestabilidad y la inseguridad.

Si quiere usarse una fórmula sintética para resumir la estructural interdependencia que se ha generado entre ordenamientos nacionales, ordenamiento comunitario y ordenamiento internacional⁴⁶ en la búsqueda de un nuevo orden público —cada vez más europeo o internacional— basado en la tutela de los derechos humanos, puede recurrirse a la afortunada expresión de Ingolf Pernice: «Multilevel Constitutionalism»⁴⁷. Las relaciones entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción comunitaria⁴⁸ se han transformado dando lugar a un único tejido, estructurado en diversos niveles, en cuyo centro se halla el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas «en disposición de tomar prestado de las tradiciones constitucionales de los países miembros cualquier principio idóneo para la tutela de los derechos, a fin de reelaborarlo y después restituirlo a los legisladores, a los jueces y a los tribunales constitucionales como criterio prevalente en materias de interés comunitario e incluso como auxilio interpretativo de diversos ámbitos del derecho interno»⁴⁹.

6. Considerando la complejidad y el dinamismo del papel que juega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en orden incluso a la profundización del proceso de integración jurídica europea —papel a propósito del cual se ha hablado de «constitucionalización del derecho comunitario»⁵⁰, nos limitaremos a llamar la atención sobre un par de fenómenos específicos de la actual actividad jurisdiccional.

El primero, ligado en primer lugar a la tutela de los derechos fundamentales y como tal capaz de influir en el proceso de «fluidificación» de las fronteras entre ordenamientos jurídicos, es el de la comunicación instaurada entre los tribunales. Se trata de una suerte de «diálogo» entre tribunales que se entabla tanto

en sentido vertical (entre tribunales de distinto rango) como horizontal (entre tribunales de países distintos y de igual rango) y que acaba potenciando esa interdependencia entre distintos ordenamientos jurídicos en muchos aspectos caracterizadora de la tutela de los derechos fundamentales.

En el nivel supranacional, es un fenómeno que caracteriza las relaciones entre el TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) y los tribunales internos de los Estados miembros; entre el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y los tribunales nacionales adheridos al sistema de protección regional del Consejo de Europa; entre el TJCE y el TEDH⁵¹.

El desenvolvimiento de este «diálogo» entre tribunales, encuadrable a su vez en el marco general de la intensificación de los intercambios entre jueces a nivel mundial⁵², no puede reconducirse, de forma simplista, a una genérica cesión/pérdida/erosión de la soberanía estatal, sino que puede resultar más comprensible si se lo conecta con algunas nociones y principios en los que se va incardinando el actual sistema de protección de los derechos humanos, tales como la noción de *tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros* (en lo tocante al derecho comunitario), el principio del *margen de apreciación*, el principio de *la mejor tutela*. Nociones, todas ellas, que llevan a confrontar estructuralmente los diversos ordenamientos implicados; es más, las líneas jurisprudenciales desarrolladas en relación con tales ordenamientos. Una confrontación en la que se podría desde luego insistir a fin de mitigar el riesgo del «doble estándar»⁵³; y que podría asimismo estructurar el diálogo en un sentido biunívoco, de modo que no sólo el TJCE se fije en la jurisprudencia del TEDH sino que esta última tome en consideración el derecho comunitario y sus exigencias específicas.

Lo que el teórico general del derecho puede observar, más allá incluso de estos decisivos aspectos técnicos de «ingeniería interconstitucional», es la tendencia en las actuales técnicas de decisión judicial a considerar los ordenamientos como espacios abiertos y comunican-

tes; la tendencia a mirar más allá de los límites constitutivos de cada ordenamiento para hallar principios argumentativos o para resolver los *impasse* de la argumentación. Y el espacio europeo constituye un ejemplo del modo variado e intenso en que va manifestándose dicha tendencia.

Las lecturas que desde el campo jurídico-teórico se han ofrecido del diálogo jurisdiccional entre tribunales son de distinto signo. Entre éstas cabe señalar la que —cifrando en esto uno de los principales logros de la nueva dimensión adquirida por el problema de la legitimación del derecho— encuentra en este diálogo elementos que permiten sustraer la legitimación del terreno exclusivo de la política y proyectarla a un plano en el cual rivalizan aspectos políticos, económicos y jurídicos⁵⁴. Desde esta perspectiva, el juego de la «interactividad» permite a las instituciones judiciales ampliar y delimitar a la vez un ámbito específico de comunicación jurídica; ensancharlo sin excesivas rémoras de carácter formal, extendiéndolo potencialmente por el entero circuito de los tribunales; resguardarlo de los poderes legislativos⁵⁵. En este escenario de rivalidad, el diálogo entre tribunales, unido a la relevancia de la actividad jurisdiccional, termina por evidenciar cada vez con mayor claridad la difícil relación con la democracia⁵⁶ y la declarada «quiebra de la política», que se muestra incapaz de hacer frente a la problemática de los derechos por cuanto ésta se plantea en el contexto de la globalización en la que los derechos tienden a ser apátridas, esto es, a imponerse más allá de las fronteras territoriales, a afirmarse y estructurarse como lenguaje universal y transnacional.

Se hace evidente la dependencia de esta lectura de una específica visión de la actividad jurisdiccional y de sus relaciones con el poder legislativo y el poder político. Obviamente subsisten las dudas en cuanto al riesgo de incoherencia o de violación de los principios de legalidad y de certeza del derecho; dudas que sólo podrían despejarse resolviendo algunos problemas neurálgicos de las relaciones entre tribunales internos y tribunales supra o internacionales.

Pero lo que de ninguna manera puede infravalorarse por su importancia es la constitución misma de una «comunidad interpretativa»⁵⁷, integrada por esa particular especie de juristas que son los jueces; y que en parte está vinculada a mecanismos institucionales, en parte es fruto de una notoria exigencia de regulación jurídica y, otras veces, se basa en la autoridad de la argumentación judicial. Aunque obedece a diversas instancias autoritativas y no se halla en disposición de poner término definitivo a las controversias, esta comunidad desarrolla una importante función de orientación, crítica y sostén de las opiniones de la jurisprudencia, asumiendo un papel en muchos aspectos análogo al que juega la opinión pública en el ámbito político⁵⁸.

7. El segundo fenómeno específico del que es oportuno ocuparse, sobre todo por sus aspectos de novedad pero también de ambigüedad, es el representado por la difusión creciente de cuasi-jurisdicciones.

En el derecho global, en el marco de este grandioso fenómeno contemporáneo de migración de elementos jurídicos⁵⁹ tanto a nivel horizontal (entre distintas culturas jurídicas) como a nivel vertical (desde el plano doméstico al universal), el monopolio exclusivo de los Estados en la producción del derecho se ve reducido, ya que las normas que se generan desde el plano global penetran directamente en el interior de los ordenamientos domésticos. Aumenta el papel activo de los sujetos privados: lo que se está consolidando es un gigantesco proceso de privatización del derecho. Mas, ¿cómo la dinamicidad que resulta de la energía intrínseca a la *lex mercatoria*, en otro tiempo reprimida bajo el yugo de la exclusividad de la ley, puede ser catalizada por los procedimientos que rigen el derecho público? Ésta es la contradicción de fondo que hiera al declinante Estado nacional.

El amplio y diverso panorama que dibuja el orden administrativo global, aún hoy en fuerte desarrollo y expansión, sobre el que ha llamado la atención repetidamente Sabino Cassese⁶⁰, ve convivir y superponerse —a resultados también de la ruptura del nexo tradicional en-

tre funciones públicas y nacionalidad y, más ampliamente, de aquel ligamen entre pueblo, territorio y soberanía sobre el que reposa el derecho moderno— organizaciones internacionales con sujetos híbridos, que, aunque fundadas sobre estructuras privadas y rigiéndose por cuerpos normativos de carácter sectorial, asumen funciones reguladoras que adquieren una indudable relevancia pública. Aquí nos interesan de un modo particular aquellas instancias globales que disponen de instrumentos judiciales de solución de conflictos y que, a pesar de su acentuado carácter sectorial y fragmentario, han dado lugar a tribunales globales y, consiguientemente, a procedimientos cuasi-jurisdiccionales. La casuística es bastante amplia y abarca desde la experiencia compleja y ya fuertemente estructurada de la Organización Mundial del Comercio⁶¹ (dotada de un sistema obligatorio de verificación judicial pero no de instrumentos sancionadores en condiciones de imponerse desde arriba y, por eso, abocada a recurrir a compensaciones y retorsiones practicadas por los Estados bajo el control de los jueces) hasta la de otros sujetos híbridos, en parte privados en parte públicos, con unas obligaciones y una responsabilidad que no siempre son fáciles de definir. Tal es el caso, por ejemplo, del ICANN, organismo privado que, sin embargo, administra a nivel global el sistema para asignar las direcciones de internet con el concurso de representantes de numerosos Estados.

El fenómeno de la proliferación de estos ordenamientos paralelos e incluso alternativos al Estado-nación⁶², aun cuando no se configure como la asunción de vestiduras privatísticas por parte del derecho, da lugar a una serie de intrincados problemas no sólo de carácter práctico sino también de naturaleza teórica. En la globalización se consume la ruptura del monopolio y del rígido control estatal sobre el derecho⁶³, puesto que se da ya una pluralidad de sujetos productores; y plurales son las fuentes del derecho. Tratándose, entonces, de figuras y de «acciones» jurídicas ciertamente inconexas entre sí, además de irreducibles al esquema vertical y tendencialmente unitario

del Estado-nación que ha sido el cauce del derecho moderno y de la positivización del derecho, ¿podemos aún hablar, al referirnos a ellas, de derecho y de ordenamiento jurídico?⁶⁴.

Si por ordenamiento jurídico se entiende un instrumento que no se limita a mantener unida a una multiplicidad de sujetos sino que los organiza en una unidad coherente, la respuesta al interrogante ahora mismo planteado sólo puede ser negativa. Cuerpos normativos y praxis regulativas como los mencionados anteriormente son expresión de una normatividad débil, decantada hacia la efectividad, a menudo desprovista de aparatos ejecutivos y que a veces se confía contradictoriamente a la intervención protectora de los mismos Estados a los que trata de sujetar⁶⁵. Un *soft law*⁶⁶ que, basándose en el autoobligarse de los participantes, valora la negociación e insiste en preservar la amenaza que supondría prescindir de los beneficios de la cooperación; que puede, no obstante, revelarse débil en numerosos casos, incapaz de producir transacciones reales, problemático. Puede, desde luego, reducir la anarquía y la tendencia al caos del orden global, pero no resuelve problemas basilares de competencia entre distintos sistemas jurisdiccionales.

8. Nuestro viaje dando cuenta de las transformaciones sufridas por la jurisprudencia como fuente del derecho se ha desarrollado en un tiempo histórico más bien breve —comenzó, como recordaréis, apenas hace unos cuarenta años—, pero ha sido testigo de novedades y cambios muy profundos.

Durante este periodo, el derecho ha vivido sometido a fuertes tensiones a causa de un gigantesco proceso de adaptación y de cambio, que no acontece solamente en el nivel de cada concreto sistema jurídico sino que más bien hay que referirlo al ordenamiento jurídico global. Un proceso que ha afectado a todos los sectores del derecho —del privado al constitucional, del penal al internacional, no comunicados entre sí, como hace un tiempo— y que ha dado lugar a un entrelazamiento cada vez más complejo entre derecho nacional, supranacional y derecho global; entre lo particular

y lo universal; entre diferencias y unidad. En este espacio no jerárquico y policéntrico, similar al *réseau* descrito por Ost y Van de Kerchove⁶⁷, las relaciones entre ordenamientos, que también en ámbitos regionales se constituyen en términos de competencia⁶⁸, se estructuran conforme a lógicas cada vez menos jerárquicas y tendentes a una mayor codeterminación⁶⁹; la regla jurídica entrecruza diversos niveles normativos, con distintos grados de vinculabilidad, y por tanto deja de estar asociada en exclusiva a la vinculabilidad y a la coercibilidad; diversas fuentes interactúan entre sí⁷⁰, poniendo en tela de juicio delimitaciones antiguas e históricas organizaciones.

Uno de los principales problemas del derecho contemporáneo reside entonces en determinar la fuente de la que extraer el enunciado a interpretar⁷¹. Aumentan las responsabilidades del intérprete dentro de un marco que refleja no sólo una pluralidad de fuentes normativas jurisprudenciales sino también la coexistencia forzada con un juez supranacional cuyo precedente tiene de hecho fuerza vinculante y puede llegar a entrar en conflicto con la legislación nacional⁷².

Los profundos cambios en el derecho internacional y la apertura de las jurisdicciones internacionales no sólo a los Estados sino también a los individuos⁷³ han ensanchado enormemente el espacio judicial⁷⁴ hasta el punto de que ha podido hablarse unas veces de «ubicuidad judicial» entre los diferentes tribunales⁷⁵, otras veces de una «emergente jurisprudencia global»⁷⁶ y otras de una «mundialización de la justicia»⁷⁷. Se ha convertido también en objeto de análisis la potente fuerza atractiva de los tribunales americanos en el contexto internacional, que se explica no sólo por las ventajosas relaciones económicas y de poder sino en parte también por la privilegiada posición que reconoce al actor el procedimiento civil estadounidense⁷⁸.

Lo que importa es no limitarse a la constatación de la progresiva multiplicidad de jurisdicciones en el plano internacional —conforme a una dialogicidad de tipo más o menos conflictual⁷⁹ o parcialmente cooperativa⁸⁰—

sino saber ver lo que en ello hay de positivo y sus límites, los nuevos problemas y las contradicciones que se plantean. Si entre los aspectos más positivos del creciente peso de las jurisdicciones está la mayor dificultad de escapar al control de los tribunales internacionales, sobre todo en materia de derechos humanos o de lucha contra el terrorismo, no puede dejar de constatarse el carácter fuertemente asimétrico y a menudo caótico de este entrecruzamiento de jurisdicciones⁸¹. El problema de las lagunas del derecho había angustiado a la teoría del derecho de inspiración iuspositivista, nacida en el horizonte limitado del Estado-nación. Ahora, en el nuevo horizonte de la globalización jurídica, se consume el renovado triunfo de las lagunas del derecho, que sólo queda parcialmente compensado por el más amplio papel asumido por los árbitros privados. Aunque su papel y sus competencias han crecido de un modo exponencial, la institución judicial no agota en sí misma, ciertamente, la entera realidad jurídica.

Superada toda distinción entre fuentes formales y materiales del derecho y resultando a menudo inservible el recurso a los usuales criterios ordenadores de la jerarquía y la competencia, el uso mismo de las fuentes se torna un problema exquisitamente hermenéutico. Dentro de este marco se evidencia una fuerte potenciación del papel de la interpretación, de la elección entre distintos niveles de normatividad y de vinculabilidad.

Tampoco pueden minimizarse la relevancia y el interés del diálogo y de la comunicación transjudicial, por cuanto realizan una nueva transculturalidad, una dialéctica —obviamente no exenta de competencia y de tensión— entre valores y culturas distintos, suscitando la atención por diversas tradiciones y por diversas culturas jurídicas en el plano, ciertamente un tanto vago en lo teórico pero real, de un constitucionalismo global de generación jurisprudencial⁸², que inevitablemente relativiza las constituciones nacionales. La territorialidad de la jurisdicción⁸³, su validez dentro de unos límites que vinculan a los ciudadanos con el poder político-jurídico, su dependencia en

exclusiva del propio sistema jurídico de referencia, el valor de la interpretación como mera exégesis de textos, adquieren una dimensión completamente nueva. Incluso uno de los ejes de la historia del derecho moderno, la separación del poder judicial de la esfera del poder político, y por tanto la idea de fondo de que el verdadero poder es sólo el poder político, se ha puesto radicalmente en discusión al considerarlo desde esta nueva perspectiva. Más que la concepción jacobino-rousseauiana, conforme a la cual tiene la última palabra quien está legitimado políticamente para expresar la voluntad general —un camino que anula la interpretación e identifica, sin más, el derecho con la objetividad de la ley—, en cierto modo vuelve a ser actual la concepción lockeana de la división de poderes, según la cual éstos son realmente plurales, están ubicados en instancias diversas y no dependen los unos de los otros.

Confirmando un aspecto estructural y sustancial del derecho —el de propiciar la comunicación y la interacción entre culturas diversas—⁸⁴, instituciones, principios y conceptos jurídicos (del *rule of law* al derecho a la defensa

y a ser oído antes de la decisión) migran y se propagan en contextos muy diversos entre sí. De este modo el derecho renueva su vocación universal de encauzar la convivencia entre distintos y extraños, de armonizar lo que es diferente.

Pero esta comunicación transcultural, tanto más interesante y significativa por cuanto su fundamentación lleva incorporada la ética y la idea de una institucionalización de los derechos humanos⁸⁵, se mueve dentro de un amplio horizonte en el que las transformaciones del derecho ya no dependen en exclusiva del quehacer oficial de sus sujetos canónicos, de los «señores del derecho»⁸⁶, de los lugares y espacios de autoridad, ninguno de los cuales es completamente autosuficiente o resolutorio, sino de un proceso de producción dialógica —que obviamente no excluye el conflicto— entre juristas, políticos, hombres de cultura y ciudadanos comunes⁸⁷, coautores y protagonistas de esa empresa común que es la praxis jurídica. La «cosa» de la que habla el derecho vive en la praxis del comprender y del interpretar.

NOTAS

1. J. ESSER, «Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht», en *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, edición a cargo de J. ESSER y H. THIEME, Mohr, Tübingen, 1967, pp. 95 y ss.
2. Sobre este punto, véase G. ORRÙ, *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 87. Entre las más recientes contribuciones al tema del *Richterrecht*, de entre la vasta literatura al respecto, véanse R. LANGENBUCHER, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, Beck, München, 1996; R. RICHARDI, «Richterrecht als Rechtsquelle», en *Festschrift für Wolfgang Zöllner*, Heymanns, Köln, 1998, pp. 935-948; F. BYDLINSKI, «Richterrecht über Richterrecht», en *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, edición a cargo de C. W. CANARIS [et al.], vol. 1, Beck, München, 2000; R. SCHULZE y U. SEIF (eds.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.
3. R. LARENZ y C. W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York-Tokio, 1995, pp. 176 y ss.
4. Véase, por ejemplo, B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, Mohr, Tübingen, 1968, pp. 464 y ss.; véase, asimismo, R. WANK, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, Duncker und Humblot, Berlin, 1978, p. 37.
5. *Richterrecht, Gerichtsgebrauch*, cit., p. 129. Crítico respecto a la teoría que identifica los precedentes con la fuente «derecho consuetudinario» se muestra M. KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*, traducción italiana de G. Zaccaria, en *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Cedam, Padova, 1988, pp. 527-528.
6. Sobre este punto, véase asimismo R. BIN, *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*, Cedam, Padova, 1995, p. 119.

7. B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 154 y ss.
8. Téngase en cuenta, sin embargo, que la Corte de Casación italiana, en una sentencia de 1996, ha sostenido que la regla del *stare decisis* representa «un valor o una directriz, imanente a nuestro ordenamiento, en virtud de la cual no nos es posible, sin que medie una razón justificativa, separarnos de una interpretación consolidada por el juez de legitimidad, investido institucionalmente de la función de nomofilaquia» (Corte de Casación, Sección 3ª, sentencia núm. 1999, de 23 de febrero de 1996).
9. Muchos de los ensayos de Gorla, que aparecen relacionados en la nota bibliográfica de su voz *Precedente giudiziale* redactada para la *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 13 y ss., han vuelto a publicarse en G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981.
10. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Duncker und Humblot, Berlín, 1967. Otro representante de la metodología jurídica contemporánea que considera que los precedentes son vinculantes es W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. IV, Mohr, Tübingen, 1977, pp. 241-249.
11. Véase, a este respecto, el capítulo noveno del volumen de M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, cit., pp. 243 y ss; y del mismo autor, *Recht und praktische Vernunft*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1979, pp. 91-110; *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Lit, Münster-Hamburg-London, 2003, pp. 37-39 y 55-57.
12. R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, traducción italiana de L. Caracciolo di San Vito, Il Saggiatore, Milano, 1989, p. 4. En una línea análoga, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 373; y J. WRÓBLEWSKI, *Dibattito introduttivo*, en *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, edición a cargo de G. VISINTINI, Cedam, Padova, 1988, pp. 30 y ss.
13. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, cit., p. 262.
14. En un contexto más amplio, la tesis de la creciente convergencia entre sistemas de *civil law* y *common law* fue enunciada brillantemente por J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1990.
15. Teoría tradicional que en Alemania tiene como representante a LARENZ, *Methodenlehre*, cit.
16. M. KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continente e anglosamericano*, cit., p. 522.
17. Sobre este punto, véase J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel proceso di individuazione del diritto*, traducción italiana de S. Patti y G. Zaccaria, Esi, Napoli, 1983, pp. 113 y ss. y 121.
18. M. KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico*, cit., p. 521.
19. Sobre este aspecto, véase U. VINCENTI, «Argomenti e decisioni argomentate correttamente», en *Retorica, processo, verità*, edición a cargo de F. CAVALLA, Cedam, Padova, 2005, p. 101 y ss.
20. Véanse, a este propósito, *Diritto penale in trasformazione*, edición a cargo de G. MARINUCCI y E. DOLCINI, Giuffrè, Milano, 1985; *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Jovene, Napoli, 1991; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999; *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, edición a cargo de G. COCCO, Cedam, Padova, 2005.
21. Sobre este punto, véase E. GRANDE, «Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia», en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, edición a cargo de G. FIANDACA, Cedam, Padova, 1997, p. 129 y ss.
22. Al respecto, véase R. RAMPIONI, «In nome della legge (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione creativa)», en *Cassazione Penale*, 2004, p. 310 y ss.; N. MAZZACUVA, «A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova "garanzia" o rinnovata violazione di principi fondamentali?», en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, edición a cargo de E. DOLCINI y C.E. PALIERO, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 437-453.

23. Véanse, sobre todo, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, cit.; *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, que incluye la conferencia de Perugia citada en el texto, concretamente en las pp. 33-64; «Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione», en *Cassazione Penale*, 2005, p. 1722 y ss.; «Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica», en *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, edición a cargo de G. INSOLERA, Monduzzi, Bologna, 2005, pp. 41-52.
24. *Ermeneutica e applicazione giudiziale*, cit., p. 59.
25. M. MELONI, «Il ruolo del precedente in Cassazione», en *Interpretazione e precedente giudiziale*, cit., pp. 188-189.
26. W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, C. Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967.
27. W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo: indagini sull'ermeneutica penalistica*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli-Roma, 2007. (Nota del traductor).
28. Sobre este punto, además de G. FIANDACA (*Ermeneutica e applicazione giudiziale*, cit., p. 39), véanse asimismo M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 111 y ss.; y B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 114 y ss.
29. Al respecto, véase nuestro trabajo «Sul fondamento del procedimento analogico», en G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990, pp. 175 y ss.; y, asimismo, A. KAUFMANN, *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo* (1982), traducción italiana de G. CARLIZZI, Vivarium, Napoli, 2003; W. HASSEMER, «Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale», traducción italiana de D. CANALE, en *Ars interpretandi*, 1997, pp. 171-195.
30. Véase, a este propósito, nuestro trabajo «La libertad del intérprete: creación y vínculo en la praxis jurídica», en G. ZACCARIA, *Razón jurídica e interpretación*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 125-143.
31. Sobre este punto, W. HASSEMER, «Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform», en *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, edición a cargo de A. KAUFMANN, C. F. Müller, Karlsruhe, 1971, pp. 27 y ss.; y, del mismo autor, «Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz», en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, edición a cargo de A. KAUFMAN, W. HASSEMER y U. NEUMANN, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 251 y ss.
32. «La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano», en *Ragion Pratica*, 1998, núm. 11, pp. 185 y ss.
33. Sobre los diversos aspectos de la interpretación constitucional, véase últimamente *L'interpretazione costituzionale*, edición a cargo de G. AZZARITI, Giappichelli, Torino, 2006.
34. G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte Costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005, pp. 30-31.
35. Véanse, sobre todo, los ensayos *La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* (1928) y *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1930-1931), ahora publicados en H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, traducción italiana de G. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981.
36. G. ZAGREBELSKY, «La Corte in-politica», en *Quaderni costituzionali*, 2 (2005), pp. 273 y ss.
37. A. RUGGERI, «Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale», en *Diritto e società*, 2000, 4, pp. 569 y ss.; F. VIOLA, «Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica», en *Persona y Derecho*, 46, 2002, pp. 36 y ss.
38. Resulta paradigmática, desde este punto de vista, la «política» de precedentes del Tribunal Supremo estadounidense. Véase T. G. HANSFORD y J. F. SPRIGGS II, *The Politics of precedent on the U.S. Supreme Court*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2006.
39. Al respecto, véase G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, tercera edición, 1992, cap. 2.
40. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker und Humblot, Berlín, segunda edición, 1998.

41. Sobre este punto, véase asimismo G. ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 13 y ss.
42. A. VERMEULE, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), 2006.
43. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967.
44. Tomo la cita de B. PASTORE, «Il diritto giurisprudenziale in un mondo in trasformazione», en *Ars interpretandi*, 6 (2001), p. 160. Sobre la diferente fisonomía que poco a poco ha ido adquiriendo el derecho internacional, véanse asimismo P. SCHIFF BERMAN, «From International Law to Law of Globalisation», en *Columbia Journal of Transnational Law*, 43, 2005, pp. 100 y ss.; O. A. HATHAWAI, «Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law», en *University of Chicago Law Review*, 72, 2005, pp. 469 y ss.
45. M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 79.
46. Sobre la interdependencia entre ordenamientos, véase F. RIGAUX, *La legge dei giudici*, traducción italiana de L. Masera, Vivarium, Napoli, 2001, pp. 21 y ss.
47. I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?», en *Common Market Law Review*, 36 (1999), pp. 703-750; «Multilevel Constitutionalism in the Europe Union», en *European Law Review*, 27, 5 (2002), pp. 511-523; sobre este tema, véanse asimismo E. SCODITTI, «Articolare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, pp. 189 y ss.; *Le «nuove» fonti comunitarie*, edición a cargo de P. BIANCHI, E. CATELANI y E. ROSSI, Cedam, Padova, 2005.
48. Sobre la aplicación e interpretación del derecho comunitario en relación con el juez nacional, véase E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, segunda edición, Giappichelli, Torino, 2004.
49. G. F. FERRARI, «I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali», en *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, edición a cargo de G. F. FERRARI, Giuffrè, Milano, 2001, p. 6.
50. J. H. H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bologna, 1985, pp. 64 y ss.; «The Transformation of Europe», en *Yale Law Journal*, 100, 1991, pp. 2403-2483; *The Constitution of Europe*, Cambridge U. P., 1999. También sobre este tema, más recientemente, cfr. G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006.
51. Sobre este punto, véase M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., pp. 226 y ss.; asimismo, S. P. PANUZIO, «I diritti fondamentali e le Corti in Europa», en *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, edición a cargo de S. P. PANUZIO, Jovene, Napoli, 2005, pp. 5 y ss.; G. REPETTO, «I rapporti tra le Corti europee e le prospettive dell'adesione dell'Unione Europea alla CEDU», en *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, edición a cargo de S. P. PANUZIO, cit., pp. 289 y ss.
52. Sobre este fenómeno, véanse M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, Seuil, París, 2004; A. M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton U. P., Princeton, 2004; J. ALLARD y A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, La République des Idées-Seuil, París, 2005.
53. Sobre este punto, cfr. S. P. PANUZIO, «I diritti fondamentali e le Corti in Europa», cit., pp. 43 y ss.; G. REPETTO, «I rapporti tra le Corti europee e le prospettive dell'adesione dell'Unione Europea alla CEDU», cit.
54. M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., pp. 213-214.
55. M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., pp. 228 y ss.; 232 y ss.
56. Sobre el tema crucial de las relaciones entre jurisdicción y democracia, véanse M. BARBERIS, «Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione», en *Analisi e diritto*, 2004, pp. 1 y ss.; nuestro trabajo «Il giudice e l'interpretazione», en *Politica del diritto*, XXXVII, 2006, núm. 3, pp. 461 y ss.; asimismo, A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton U. P., Princeton, 2005.

57. Sobre la comunidad interpretativa, además de R. DWORKIN (*L'impero del diritto*, cit., pp. 49 y ss.), cfr. F. VIOLA y G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 65 y ss.; G. ZACCARIA, «Il giudice e l'interpretazione», cit., pp. 469 y ss.
58. F. RIGAUX, *La legge dei giudici*, cit., p. 314.
59. Sobre este «infiltrarse» el derecho de una esfera nacional a otra, cfr. J. ALLARD y A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, cit.
60. *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003; *Universalità del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005; *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.
61. A este aspecto, cfr. P. PICONE y A. LINGUSTRO, *Diritto de l'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Cedam, Padova, 2002.
62. G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Adelphi, Milano, 2006, p. 79.
63. P. GROSSI, «Globalizzazione, diritto, scienza giuridica», en ID., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 287.
64. El interrogante ha sido suscitado con acierto por A. CATANIA, «Transformazioni del diritto in un mondo globale», en *Ars interpretandi*, 11, 2006, p. 79. Sobre el nexo semántico entre ámbito de acción de los Estados y positivización, cfr. también de A. CATANIA, *Stato, cittadinanza, diritti*, Giappichelli, Torino, 2000.
65. N. IRTI, «Le categorie giuridiche della globalizzazione», en *Rivista di diritto civile*, XLVIII, 2002, núm. 5, p. 634.
66. B. PASTORE, «Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti», en *Lavoro e diritto*, 1/2003, pp. 12 y ss.
67. F. OST y M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, Fusl, Bruxelles, 2002.
68. *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, edición a cargo de A. ZOPPINI, Laterza, Roma-Bari, 2004.
69. A. FISCHER-LESCANO y G. TEUBNER, «Regime-collision: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», en *Michigan Journal of International Law*, 25 (2004), pp. 999-1046.
70. Sobre este particular, cfr. E. BETTI, «Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto», en *Rivista di diritto privato*, núm. 3/2003, pp. 5-21; asimismo, nuestro trabajo «Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi», en *Ragion pratica*, 22, 2004, pp. 93-120.
71. N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Studium, Roma, 2004, pp. 91 y ss.
72. U. BRECCIA, «Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto», en *Politica del diritto*, XXXVII, 2006, p. 380.
73. La importancia de esta novedad fue advertida tempranamente por N. BOBBIO, *Letà dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990; pero, sobre este punto, véase asimismo U. LEANZA, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, Giappichelli, Torino, 2002.
74. M. R. FERRARESE, «Il successo dell'istituzione giudiziaria», en *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, edición a cargo de U. VINCENTI, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 79 y ss.
75. M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 117 y ss.
76. A. M. SLAUGHTER, *A New World Order*, cit., 2004, pp. 75 y ss.
77. J. ALLARD y A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, cit.

78. Sobre este particular, cfr. U. MATTEI, «Il diritto giurisprudenziale globalizzato ed il progetto imperiale. Qualche spunto», en *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, edición a cargo de U. VINCENTI, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 95 y ss.; R. B. SCHLESINGER [et al.], *Comparative Law*, Foundation Press, New York, 1998.
79. Y. SHANY, *The competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford U. P., Oxford, 2003.
80. Resulta paradigmático el caso reciente de la orden de arresto europea, que ha hecho posible que sean ejecutivas en un amplio espacio regional decisiones judiciales de jueces nacionales.
81. A. RHEINISCH, *International Organizations Before National Courts*, Cambridge U. P., Cambridge, 2000.
82. Sobre este punto, desde perspectivas diversas, cfr. R. DEHOUSSE, *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration*, Macmillan, London, 1998; A. STONE SWETT, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford U.P., Oxford, 2000; *The Judicial Construction of Europe*, Oxford U.P., Oxford, 2004; D. Z. CASS, «The “Constitutionalization” of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development», en *European Journal of International Law*, 12, 2001, núm. 1, pp. 39 y ss.
83. M. WALTERS, *Globalisation*, Routledge, London, 2001; K. RAUSTIALA, «The Geography of Justice», en *Fordham Law Review*, 73, 2004/2005, pp. 2501 y ss.
84. F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996; cfr. también nuestro trabajo «Tradurre e interpretare», en *Ars interpretandi*, 11 (2006), pp. 197-206.
85. Sobre este particular, cfr. F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti unmani*, Giappichelli, Torino, 2000.
86. R. C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991.
87. En este sentido, F. VIOLA y G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit.; pero véase también A. RUGGERI, «Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Corte internazionali dei diritti tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione», en *Ragion pratica*, X (2002), núm. 18, pp. 63 y ss.

IN MEMORIAM. GREGORIO PECES- BARBA. UN HOMBRE DE DERECHO Y DE PODER*^{*}

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política
Instituto de Derechos Humanos. Universitat de València

Se ha cerrado una página de la historia reciente de España. Ha muerto Gregorio Peces-Barba Martínez. Explicar su trabajo como profesor de Filosofía del Derecho y Filosofía política, su contribución a la teoría de los derechos humanos y a su defensa efectiva, al constitucionalismo o al Derecho parlamentario, es una tarea que desborda una nota como ésta. Como es una empresa inútil tratar de dar cumplida cuenta de su aportación a la vida pública española, no sólo en el sentido de las altas responsabilidades institucionales que desempeñó —ponente constitucional, Presidente del Congreso, fundador y Rector de una de las Universidades públicas más prestigiosas, la Universidad Carlos III, Alto Comisionado de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo—, sino por su empeño en sembrar la semilla de la ética pública, allí donde se encontrase.

Fue un hombre de Derecho. Y de poder. Como escribiera Jorge Manrique del maestro Don Rodrigo, puede decirse también de él que

“tantas veces puso la vida por su ley al tablero”, pues ejerció esas dos pasiones —el Derecho, el poder al servicio del Derecho— con coraje cívico, al mismo tiempo que con un profundo sentido de la amistad y de la lealtad, con lo que podríamos llamar bonhomía. Sí, como el maese, no dudó en empeñar en esa tarea su inteligencia y su voluntad y, como saben todos los que le trataron, una y otra eran cosa seria.

Un hombre de Derecho, un jurista. Ya como joven abogado empleó toda su capacidad al servicio de lo que siempre entendió como criterio de justicia, los derechos humanos. Por eso, ejerció ante el tribunal del TOP y también ante los tribunales militares de excepción, defendiendo a quienes se oponían a la dictadura, aunque no compartiera ni su propósito ni sus métodos, como en el caso de los acusados del proceso de Burgos que pertenecían a ETA. Sin su concurso, no se puede entender el avance de la cultura de los derechos humanos en nuestro país. Es decir, sin su trabajo como abogado,

* El 24 de julio de 2012 falleció en Ribadesella el profesor Gregorio Peces-Barba quien, además de compañero y amigo de muchos de nosotros, fue miembro del Consejo Científico de la Revista desde su fundación. Una versión extractada de esta necrológica fue publicada en El País, el 25 de julio de 2012.

como diputado constituyente y como presidente del Congreso; sin su contribución teórica como investigador; sin su magisterio como profesor universitario y maestro de muchos otros profesores e investigadores.

Y sí. Fue también un hombre de poder. Lo fue cuando se batió contra el poder de la dictadura franquista sin esconderse, arriesgando su profesión y su carrera académica. Muy pronto, desde *Cuadernos para el Diálogo*, en cuya fundación colaboró junto con Joaquín Ruiz Jiménez y Elías Díaz entre otros. Luego como militante de UGT y del PSOE. Y llegado el momento —también su momento— cuando ejerció el poder que le tocó. Todos los obituarios recogieron el hecho de que Peces-Barba, hijo de un significado fiscal —republicano y católico— condenado a muerte por Franco, fue una figura importante, incluso decisiva, de la Transición y por ello de nuestra historia, de la historia de España. Ni la Constitución ni, probablemente, los primeros años del Gobierno del PSOE, habrían sido lo mismo sin él. En todas esas situaciones ejerció el poder y un poder muy considerable, porque sabía ser influyente. También en la universidad, la universidad pública, fue un hombre de Derecho y de poder. Así, dedicó la mayor parte del último tramo de su vida a levantar la Universidad Carlos III “de Madrid” (como a él le gustaba repetir, por más que sus sedes fueran Getafe, Leganés y Colmenarejo), a la que consagró todas sus energías como rector fundador, con indiscutible éxito.

Contra el poder o encarnando el poder político o el académico, actuó con acierto la gran mayoría de las veces, aunque se equivocara —y no poco— en algunas ocasiones. Lo hizo siempre, creo, guiado por tres ideales por los que se batió a fondo: derechos humanos, democracia y Constitución. Quizá habría que añadir otros dos. Primero, una concepción de España que muchos calificaron de jacobina, lo que no le disgustaba, sobre todo por su acendrada francofilia: en su obra y en su vida resuenan tantos ecos franceses, los de lo mejor de la cultura republicana y laica francesa, pero también del humanismo (su querido Montaig-

ne), de la cultura de las luces (Voltaire, Rousseau, Condorcet), del socialismo (Louis Blanc) y del personalismo (Maritain). Pero este jacobinismo supo matizarlo con un respeto a la pluralidad, oscurecido en alguna desafortunada intervención de última hora, por la que se disculpó enseguida. Siempre dominó en él un espíritu de servicio público que le hizo chocar, entre otros, con las posiciones reaccionarias de la jerarquía católica o las de los manipuladores de las víctimas del terrorismo. Para completar los rasgos de su personalidad debería sumarse a todo lo anterior una afición por el madridismo —una debilidad, diríamos algunos amigos suyos culés, que también los tuvo— que desbordaba su sentido común e incluso el del humor, una pasión sólo comparable a su devoción por el género chico.

Pero si se quiere resumir en una idea todo el empeño del profesor Peces-Barba, incluso su propia trayectoria vital elegiría el título de uno de sus últimos libros, *La España civil*. En efecto, el itinerario intelectual y personal de Peces-Barba puede inscribirse en la línea de los intelectuales españoles a los que dedicó ese libro (Fernando de los Ríos, Machado, Azaña): un esfuerzo por hacer posible una nación abierta y tolerante, desde el imperio de la ética pública significada en la razón y el respeto, desde la reflexión y siempre con esperanza (o, mejor, como diría Gide, de una *attente espoir*), y si se me permite decirlo, desde un amor profundo por su modo de entender España, una España civil.

Con todo, para mí, para muchos de nosotros, fue sobre todo, como profesor de Filosofía del Derecho estudioso de Maritain, de Kelsen y de Bobbio, un maestro y un compañero. Tenía vínculos familiares con Valencia, —con colegas de nuestra Universitat como Jacobo y Gustau Muñoz o José Manuel Rodríguez Uribe— y nunca dejó de acudir a las invitaciones que le llegaban desde aquí. Aunque muy alejado de las tesis de alguno de nuestros mayores, como D José Corts Grau, los trató siempre con elegancia, como la que guardó para con su coetáneo y colega del Departamento de Valencia, el profesor Ballesteros, por quien preguntaba

con respeto y cariño, aun en momentos de los inevitables conflictos “académicos”.

Es frecuente que los obituarios se conviertan en panegíricos. No creo que a Peces-Barba le gustara. Porque, pese a que le importaba mucho, muchísimo, ser querido, nunca abandonó un punto de ironía, de crítica y autocrítica, que le alejaba del halago que tanto le buscó cuando era un ejemplo de poder institucional y podía *dispensar favores*. Haber disfrutado del privilegio de su amistad, haber colabora-

do con él durante muchos años, ahora mismo por ejemplo en su historia de los derechos humanos que avanza por el octavo volumen y en el proyecto Consolider en el que dirigía a medio centenar de investigadores, quizá me sirva de disculpa para la falta de imparcialidad. *Amicum cum vides, obliviscere miseras*, escribió Apio Claudio. Pero no, no es sólo la presencia física del amigo la que nos ayuda a levantar la mirada. Porque la amistad, como el amor, es más fuerte que la muerte.

NORMAS DE LA REVISTA

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA TEORÍA & DERECHO

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 y 56.000 caracteres como extensión máxima, interlineado de 1.5 y letra punto 12. Soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente)
4. Se ha de indicar el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, el cargo o la profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la revista se pueda poner en contacto (dirección postal, teléfono y dirección electrónica)
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos seguirán el siguiente criterio. Números árabes (1, 2, 3); letras mayúsculas (A, B, C) y letras minúsculas con paréntesis a), b), c).
8. En el caso de los artículos publicados en la Sección “Temas de Hoy”, se podrá obviar parte de los requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista Teoría & Derecho lo haría constar.
9. Para las traducciones y texto de la sección titulada “Varia” no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a los editores de los números monográficos o los debates y a evaluadores externos. La revista garantiza que la evaluación será anónima. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación, y en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores. En este caso, la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo Editorial de la revista.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: (i) la idoneidad temática (ii) la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan (iii) estructura adecuada (iv) oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación (v) la validez de los datos y las fuentes bibliográficas

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es o por correo postal, enviando una copia impresa y en soporte digital a la siguiente dirección: Revista Teoría y Derecho. Editoria Tirant lo Blanch, C/Artes Gráficas 14, entlo., 46040-Valencia.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo editor considera que la forma óptima de presentar las referencias bibliográficas será al final del texto, a través de una nota bibliográfica que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de posición del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén: 1990:95).

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. Si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en el elenco bibliográfico como en la referencia bibliográfica. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

Apellido/s, Nombre, Título del libro, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro, etc. Apellidos, Nombre, "Título del artículo o capítulo". *Título de la revista o del libro*, volumen, número, ciudad de edición, año de publicación, páginas.

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. MIEMBROS DEL CONSEJO Y DEL COMITÉ:

Para ser miembro del Consejo Editorial y/o del Comité Científico se requiere:

- Ser Catedrático de Universidad en activo en la propia Universidad y/o en centros de investigación.
- Ser mayor de 50 años.
- Tener un prestigio reconocido en el mundo académico.

Todas las condiciones han de cumplirse en el momento de ingresar en la Revista.

VII. BASES DE DATOS

LATINDEX: cumple 33, sobre 33.

ISOC: Sumarios Derecho

RESH: <http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE: <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

CIRC: Clasificación integrada de revistas científicas

www.tirantonline.com

Información jurídica en internet



Doctrina

Formularios

Jurisprudencia

Legislación

Bibliografía

¡Solicite hoy mismo su alta!

Para solicitar su alta, dispone de:

teléfono de atención al cliente: 96 369 17 28

un número de fax: 96 369 41 51

una dirección de correo electrónico:

atencionalcliente@tirantonline.com

o directamente en www.tirantonline.com

