

**REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD
(REDS)**

Número 10, Época II, Enero 2017 - Julio 2017

ISSN: 2340-4647



IURE LICET
ABOGADOS

Dykinson, S.L.

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS).
IURE LICET ABOGADOS (Área de Investigación).
Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda.
E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.
Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).
Compra directa a través de nuestra web:
www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2340-4647

PRESIDENCIA EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Deusto*

OSCAR MONJE BALMASEDA

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto*

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOIA

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Deusto*

SUBDIRECCIÓN

SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS

JAVIER LARENA BELDARRAIN

*Profesor Encargado de Derecho Procesal
Universidad de Deusto*

SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Abogado especialista en Derecho Penal Económico

SUBDIRECCIÓN TÉCNICA

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

*Profesora Encargada de Derecho Civil.
Universidad de Deusto*

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil.
Universidad de Deusto

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad de Deusto

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Encargado de Derecho Procesal.
Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Abogado especialista
en Derecho Penal Económico**

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Granada

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de las Islas Baleares

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de las Islas Baleares

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor
honoris causa por las Universidades de Messina y
Pontificia Universidad Católica del Perú.**
Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil.
Universidad de Deusto

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador.

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de
Derecho Internacional Privado.**
Universidad de las Islas Baleares

ÁNGEL REBOLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Santiago de Compostela

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

**Profesora Titular de Derecho Civil y Magistrada
Suplente de la Audiencia Provincial de A Coruña.**
Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de La Coruña

LUIS ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA

**Presidente Honorario y Fundador
de la Asociación de Abogados de Familia.
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.**

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao.

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

**Magistrado. Ex presidente del Tribunal Superior de
Justicia del País Vasco.**

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Catedrático Derecho Penal.
Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ CORTÁZAR

Catedrático Derecho Penal.
Universidad de Jaén

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

**Notario y Presidente de Euskaltzandia (Academia de
la Lengua Vasca).**

ENRIQUE GADEA SOLER

Profesor titular de Derecho Mercantil.
Universidad de Deusto

INMACULADA VIVAS TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil.
Universidad de Sevilla

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

PRESIDENTE

LORENZO MORILLAS CUEVA
Catedrático de Derecho Penal
y Ex rector de la Universidad de Granada.
Universidad de Granada

LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA
Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de
Abogados de Familia. Abogado del Ilustre Colegio de
Abogados de Madrid.

VOCALES

LLORENÇ HUGUET ROTGER
Rector de la Universidad de Islas Baleares.
Catedrático de Ciencias de la Computación e
Inteligencia Artificial. Universidad de Baleares.

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris
causa por las Universidades de Messina y Pontificia
Universidad Católica del Perú.
Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GARCÍA DE CORTAZAR RUIZ DE AGUIRRE
Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de
Mayo, Nación y Libertad.
Premio Nacional de Historia.

ANTONIO FLAMINI
Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de
Camerino. Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Camerino

ASTOLFO DI AMATO
Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de
Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte
Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la
Magistratura.

JEAN-BERNARD AUBY
Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad
de París XII. Profesor de Derecho Público en la
Universidad de SciencesPo Paris.
Universidad de SciencesPo Paris

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Madrid.
LLORENÇ HUGUET ROTGER

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO
Fiscal Antimafia de la República de Italia. Procurador
Nacional Antimafia de Italia.

Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático
de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.
Universidad de las Islas Baleares

LORENZO MEZZASOMA
Juez Honorario en el Tribunal de Perugia. Miembro
del Consejo Superior de la Magistratura. Catedrático
Derecho Civil.
Universidad de Perugia

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO
Máster en Derecho y Doctor en Derecho. Consejero de
la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995)
y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad
Nueva de Lisboa.

CAMILO CELA CONDE
Director del Laboratorio de Sistemática humana.
Universidad de las Islas Baleares

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Catedrático de Derecho Penal. Miembro de la
Asociación Internacional de Derecho Penal y
Vocal Permanente de la Comisión General de
Codificación desde 2005.
Universidad de Valencia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR
Cónsul General de España en Brasil.

VASCO PEREIRA DA SILVA
Catedrático de Derecho Constitucional y Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Portuguesa. Doctor Honoris Causa
por la Universidade do Planalto Catarinense.
Universidad de Lisboa

GUILLERMO OLIVEIRA
Catedrático de Derecho Civil. Experto en Bioética,
Derecho y Medicina.
Universidad de Coimbra

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Universidad Javeriana de Bogotá
Universidad Javeriana de Bogotá

EDUARDO VERACRUZ PINTO
Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Lisboa.
Miembro de la Cámara de Seguimiento y enlace con los
Tribunales Judiciales del Consejo Superior de la Judicatura.
Universidad de Lisboa

AGUSTÍN LUNA SERRANO
Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la
Universidad de La Sapienza. Doctor Honoris Causa por
la Universidad de Almería.
Universidad de Barcelona

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad de Granada

RAÚL CERVINI

Catedrático de Derecho Penal y Encargado de Posgrados e Investigaciones Internacionales.
Universidad Católica del Uruguay

ARNEL MEDINA CUENCA

Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Ex presidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.
Universidad de La Habana

MAYDA GOITE PIERRE

Profesora Titular de Derecho Penal. Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias penales de la Unión Nacional de juristas de Cuba.
Universidad de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

Profesor Titular de Derecho Civil y de Derecho Notarial. Notario.
Universidad de La Habana

ROXANA SÁNCHEZ BOZA

Abogada en el Despacho Suarez y Sanche. Notaria Pública. Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Costa Rica y Universidad Latina

NICOLÁS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político.

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ

Catedrático de Derecho Civil. Consejero del Consejo General del Poder Judicial.

ALFONSO CANDAU PÉREZ

Registrado de la Propiedad. Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España.

INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

Profesora Titular de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.
Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

ALEJANDRO MARTÍNEZ CHARTERINA

Doctor en Derecho y Catedrático de Derecho Económico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho.
Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

Catedrática de Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral).
Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil.
Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCÍA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil. Directora del Instituto Universitario de Investigación en Mediación y Gestión de conflictos de la UCM.
Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTÍNEZ

Abogado egresado en la UFT. Especialización en Criminología y Derecho Constitucional.
Universidad Fermín Toro

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado.
Universidad Católica del Uruguay

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado.
Universidad Columbia LawSchool NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil.
Universidad de las Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad de las Islas Baleares

MARTA HANNA DE ROSA

Licenciada en Derecho Canónico por la Facultad homónima de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Abogada por la Universidad de Mendoza.
Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho Civil.
Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LÓPEZ

Profesor y Fiscal Sustituto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao.

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho de Civil.
Universidad de las Islas Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular de Derecho Civil.
Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia.

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

Doctora en Sociología.
Universidad Pablo de Olavide

A 5F-5 >9GI G75J 5

Catedrática de Historia Contemporánea
Universidad de Deusto

“In memoriam” a Don José M^a Castán Vázquez, por su trayectoria impecable en su dedicación y vinculación permanente al mundo del Derecho. Y que ha sido todo un ejemplo para todos los juristas, por su calidad humana, y su excelente predisposición para todos aquellos que en su “cercanía”, buscaban un consejo o una reflexión, siempre acertada y útil”.

“El Consejo de Redacción de la Revista, y el Comité Científico de la misma en la persona de sus Presidentes, Francisco Lledó, Óscar Monje y Lorenzo Morillas quieren tributar un sentido y reconocido recordatorio a Doña Carme Chacón Piqueras, Ilustre Vocal del Comité Científico (Exministra de Defensa y de Vivienda), quien siempre apoyó y colaboró activamente en el desarrollo de la Revista “Derecho, Empresa y Sociedad”. A sus familiares, y allegados, todo nuestro afecto, y siempre la recordaremos como una excelente profesional y gran persona”.

ÍNDICE

I. PORTADA EDITORIAL

EL MILAGRO PORTUGUÉS: LA EFICACIA DE LAS POLÍTICAS KEYNESIANAS FRENTE A LA SUPERACIÓN DE LAS INCORRECTAS POLÍTICAS DE AUSTRERIDAD DE LA TROIKA

.....11-15 págs.

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE
Socio Fundador de IURE LICET
ABOGADOS

OSCAR MONJE BALMASEDA
Socio Fundador de IURE LICET
ABOGADOS

II. FIRMAS INVITADAS:

1. A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS AUDITORES, AS NORMAS DE CONDUTA PROFISSIONAL E A INFORMAÇÃO NO SISTEMA FINANCEIRO

..... 16-25 págs.

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

Doctor en Derecho

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidade Nova de Lisboa

2. A REVISÃO DAS DIRETIVAS DO ABUSO DE MERCADO: NOVO ÂMBITO, O MESMO REGIME

..... 26-42 págs.

HELENA MAGALHÃES BOLINA

Doctoranda en la Facultad de Derecho de la Universidad Nova de Lisboa

*Directora del Departamento de Contencioso de la Comisión del Mercado de Valores
Mobiliarios*

3. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

.....43-47 págs.

DANIEL LOSCERTALES FUERTES

Abogado

Presidente consejo editorial SEPIN

4. LA NEGACIÓN DEL HOLOCAUSTO: EL CASO DE VIOLETA FRIEDMAN CONTRA LEÓN DEGRELLE

.....48-55 págs.

JORGE TRIAS SAGNIER

Abogado

5. **LA RUPTURE D'UNE RELATION ÉCONOMIQUE AVEC UN FRANÇAIS**
.....56-62 págs.

CLÉMENCE MOULY-GUILLEMAUD
Directrice du magistère-DJCE
Université de Montpellier

III. ARTÍCULOS DOCTRINALES:

1. **DECLINATORIA Y ARBITRAJE INTERNACIONAL**
..... 63-82 págs.

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES
Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Rey Juan Carlos
Socio de Baylos

2. **MATIZANDO LA ACELERADA APLICACIÓN (DE OFICIO) DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL COMUNITARIO (STJUE 14-9-2016 C.596-14): EQUIPARACIÓN DE DERECHOS INDEMNIZATORIOS ENTRE TRABAJADORES CON CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA (TEMPORALES-INTERINOS) Y FIJOS POR EL TSJPV; CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN (TIEMPO DE SERVICIOS COMPUTABLES), EFICACIA HORIZONTAL DE LA DIRECTIVA Y VOTO PARTICULAR QUE NIEGA LA MAYOR (APLICACIÓN DIRECTA)**
.....83-90 págs.

JUAN CARLOS BENITO-BUTRÓN OCHOA
Magistrado Especialista Social y Profesor Asociado UPV-EHU

ADIRAN BENITO-BUTRÓN GONZÁLEZ
Master Abogacía UPV-EHU

3. **EL LÍMITE DE CITA EN LA OBRA PLÁSTICA**
.....91-107 págs.

SILVIA BUENO NÚÑEZ
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho civil
en la Universidad CEU San Pablo

4. **LA PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS EUROPEAS EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. ANÁLISIS DE LA EFICACIA PRÁCTICA DEL REGLAMENTO DE OBSTÁCULOS AL COMERCIO (PARTE II)**
..... 108-115 págs.

NAIARA ARRIOLA ECHANIZ
Profesora Doctora Encargada de Derecho Constitucional
Universidad de Deusto

5. **PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA RELATIVA A LOS GASTOS DE FORMALIZACIÓN DE LA HIPOTECA, IMPUTADOS DE FORMA GENÉRICA AL CONSUMIDOR**
116-126 págs.
 CRISTINA GÁMEZ GUMERSINDO
Abogada en Rivas & Padilla. Experta en Derecho bancario.
6. **NUEVAS FORMAS DE CONVIVENCIA DE CARÁCTER FAMILIAR O CUASI FAMILIAR**
127-143 págs.
 BLANCA BALLESTER CASANELLA
*Profesora Asociada de Derecho Civil
 Universidad Politécnica de Cataluña*
7. **LA NATURALEZA Y UBICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL: UN ÓRGANO EN PERMANENTE EQUILIBRIO**
144-158 págs.
 JOSÉ MARÍA MORALES BRAVO
Fiscal adscrito a la Fiscalía Provincial de Vizcaya
8. **PERFIL DEL ACOSO ESCOLAR EN INSTITUTOS DE ENSEÑANZA SECUNDARIA DE ZONAS RURALES Y URBANAS EN ANDALUCÍA**
159-171 págs.
 ANTONIO J. CARRILLO IZQUIERDO
*Licenciado en criminología
 Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del estado (Guardia Civil)*

IV. RECENSIONES.

1. **LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LA CIRUGÍA ESTÉTICA**
 172 págs.
 ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ
*Profesora Doctora Encargada de Derecho civil
 Universidad de Deusto*
2. **INTERVENCIÓN CON COLECTIVOS. DESCENDIENDO A LA PRÁCTICA DE LA INTERVENCIÓN PROFESIONAL**
 173-175 págs.
 RAQUEL MARTIN CAYETANO
Trabajadora social
3. **DE LA POBREZA A LA MARGINACIÓN. RELATOS Y DISCURSO DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE MARGINALIDAD. LAS EMOCIONES DESDE EL CORAZÓN DE PERSONAS SIN HOGAR. ESTUDIO DE CASOS**
 176-177 págs.
 MANUEL MUÑOZ BELLERIN
*Trabajador Social
 Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales
 Universidad Pablo de Olavide. Sevilla*

4. INTERVENCION SOCIAL CON MENORES PROMOCIONANDO LA PRACTICA PROFESIONAL.ESPAÑA

..... 178-180 págs.

LOURDES NIETO CABRERA

Grado en Enfermería. Master Salud física y deporte

5. LA REFORMA DE LA IMPOSICIÓN PERSONAL SOBRE LA RENTA A LO LARGO DEL SIGLO XIX EN ESPAÑA

..... 181-182 págs.

BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ

*Profesora Visitante Lectora (Acreditada a Titular) de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid*

6. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL: SOCIAL, EDUCATIVA, PSICOLÓGICA Y MÉDICA. EL PERITO JUDICIAL

.....183-185 págs.

ANTONIO JESÚS YUGUEROS GARCÍA

*Doctor en Desarrollo y Ciudadanía por la Universidad Pablo de Olavide.
Diplomado en Policía Judicial.*

EL MILAGRO PORTUGUÉS: LA EFICACIA DE LAS POLÍTICAS KEYNESIANAS FRENTE A LA SUPERACIÓN DE LAS INCORRECTAS POLÍTICAS DE AUSTRERIDAD DE LA TROIKA

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE Y OSCAR MONJE BALMASEDA
Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS

Portugal nos ha hecho creer, que es posible la recuperación económica, cuando convergen en la solución intereses nacionales, y políticos experimentados en la búsqueda de soluciones útiles, convenientes y nunca “cortoplacistas”. Pudiera parecer que esta coalición de izquierdas que lidera el resolutivo Antonio Costa hubiera sido un reto de difícil ingobernabilidad. Todo lo contrario, durante todo este tiempo desde el 2015 las decisiones en su conjunto han llevado al país por un senda del crecimiento, y de recuperación. Todo un ejemplo a emular, por otros no tan lejos y vecinos unidos por lazos históricamente compartidos (lógicamente nos referimos a España).

Tiene toda la razón **Lisa Patricia** (Investigadora Real Instituto Elcano-ARI 87/2016-15-12-2016), cuando concluye que “tras la crisis portuguesa, la solución de gobierno minoritario del socialista Antonio Costa con respaldo parlamentario con los partidos a su izquierda ha sobrevivido con negociaciones y equilibrios permanentes, con sus socios en el Parlamento, con Bruselas y con el Presidente de la República. Navegando contra el viento a ritmo andante moderato. Continúa la autora recalcando el acento en que la aprobación de su segundo presupuesto general para 2017, y el registro de crecimiento real de la economía con el aumento del PIB para el tercer trimestre, sella este novedoso ciclo político en contra de todos los vaticinios, por lo menos hasta las elecciones locales de otoño de 2017”.

Portugal ha sabido enfrentarse a los duros ajustes de la Unión Europea, a su política de austeridad. Ha adoptado medidas que han resultado “oxigenantes” en la política sociolaboral. En ese sentido se volvió a rebajar la jornada de los empleados públicos a 35 horas semanales.

¿Cómo ha sido posible el crecimiento?, ¿cómo se ha llegado a reducir el déficit fiscal, a la mitad hasta alcanzar el 2,1% del PIB?, ¿cómo se ha conseguido subir los salarios, las pensiones?, todo ello ha sido posible porque se ha potenciado la inversión interna, y el efecto ha sido un crecimiento del consumo. Y en esta coyuntura el gobierno de Antonio Costa ha

devuelto las pensiones a los niveles previos a la crisis, del mismo modo que los salarios de los empleados públicos o el aumento de los presupuestos educativos y sanitarios, o bien acometer certeras medidas como supresión de las tasas judiciales para las víctimas de la violencia de género, etc...Medidas todas ellas que reactivan el consumo interno y también han incentivado la inversión como explican los expertos han hecho incrementos del gasto y estos incrementos han ido a parar a sueldos de funcionarios y pensiones. Y no olvidemos que de su masa activa laboral una parte importante es el sector público, (en esta línea remitimos al comentario [www.okdiario.com economía/cuentas-públicas 2017](http://www.okdiario.com/economía/cuentas-públicas-2017)).

Es evidente que al tener más disponibilidad económica se ha podido gastar más y consumir más. Como dice MARK RIBES (cofundador de Blackbird), Portugal lo que ha hecho ha sido permitir un incremento del gasto para incentivar que la gente consuma más, y eso tiene un impacto directo en la economía. Se incrementa el gasto, se aumenta la deuda y reduces a corto plazo el déficit porque la gente tiene más dinero y consume más (ver, “OK Dinero Cuentas Públicas”, [www.okdinero.com/economía/cuentas públicas](http://www.okdinero.com/economía/cuentas_públicas)).

Pudiera decirse que KEYNESS ha “vuelto”. Esta política de reajuste ha sido posible gracias a que se ha alejado de la rigidez presupuestaria inculcada y exigida desde Alemania a sus socios. Realmente añadimos por nuestra parte han sido nefastas políticas comunitarias que han deparado una crisis económica devastadora en los países del sur, sin que los resultados se vislumbren como concluyentemente correctores. Todo lo contrario Portugal ha demostrado que con una “receta económica sencilla” se puede ser capaz de resituarse en la senda del crecimiento. (“foro Paralelo”, [www.foroparalelo.com/políticamilagro/recuperación gobierno](http://www.foroparalelo.com/políticamilagro/recuperación_gobierno))

Como se ha argumentado con razón la coalición que asumió el gobierno en 2015 no dudó en hacer suyos los postulados de la economía keynesiana que defiende la expansión fiscal para recuperar la actividad económica. Un mayor gasto público que aumenta el poder adquisitivo de los ciudadanos y estimula el consumo, lo cual permite al Estado recaudar más impuestos (remitimos al comentario del magnífico artículo ¿Es la recuperación económica de Portugal la nueva esperanza de los economistas keynesianos? en www.economipedia.com analisis/es). Y así su resultado se traduce en una fuerte consolidación fiscal lo que demostraría la efectividad de las políticas neokeynesianas .

Al hilo de lo expuesto, lo cierto es que hoy las finanzas públicas pueden estar a un paso más cerca de la “sostenibilidad” aunque a la economía portuguesa aún parece faltarle un largo camino por recorrer, especialmente si tenemos en cuenta que el desempleo – especialmente el juvenil- sigue con niveles elevados. Y en otro orden de cosas sus títulos siguen estando calificados por las principales agencias como “bonos basura”, lo que dificulta

–no podemos olvidar– la propia financiación del Estado y mantiene su dependencia con respecto al BCE (vide www.economipedia.com/análisis/es-la-recuperación-económica-de-Portugal-la-nueva-esperanza-de-los-economistas-keynesianos).

Así las cosas, sin embargo, la deuda pública está muy por encima del PIB. El gobierno portugués no obstante ha reducido su déficit a menos de la mitad hasta dejarlo en un envidiable 2,1% del PIB (como hemos dicho más arriba), el más bajo desde la transición portuguesa de 1974. La Europa acreedora no puede replicar nada, puesto que el inquebrantable objetivo por debajo de un 2,5% ha sido cumplido. Aunque no hay que olvidar que su “gran asignatura pendiente” es su sector bancario y sólo el seguimiento económico continuo y la adaptación permanente del sistema a los nuevos escenarios será la única manera de hacer el sistema sostenible a largo plazo (en línea con este razonamiento remitimos al clarificador artículo “Portugal está mejorando rápidamente ¿debemos todos enterrar ya la austeridad?, en www.elblogsalmon.com/economía/Portugal).

No todo es una “Arcaida feliz”, existen y se otean nubarrones en el horizonte del reconocido y meritorio país luso en sus políticas de crecimiento. Así no debemos olvidar el coste de la recapitalización bancaria que debe acometer el ejecutivo portugués (remitimos nuevamente a las reflexiones del Foro Paralelo –El milagro de la recuperación del Gobierno de Izquierdas). También se insiste en este foro en la desorbitada deuda pública en torno al 130% del PIB, más de 232.000.000 de euros. Y se concluye con la afirmación de Klaus Regling, (Director Gerente del Mecanismo Europeo de Estabilidad), quien aseguraba que los inversores están nerviosos con Portugal por su elevado endeudamiento, su sector financiero y su competitividad, y que si sus autoridades no logran evitar que la deuda supere de nuevo los niveles anteriores a la crisis, tendría justificación prorrogar la supervisión de la Troika (Comisión Europe, BCE y FMI) sobre la contabilidad nacional lusa (ver conclusiones Foro Paralelo, www.foroparalelo.com/política/milagro). Aunque en nuestra opinión, los resultados exitosos consecuencia de las acertadas medidas, escapan a los rígidos postulados de la austeridad económica dictada por la Troika, que tan nefastas consecuencias han acarreado a los países del “sur”.

Todo ello no olvidemos en contraste con la situación de otro país como Grecia, intervenida y con un coste de austeridad que sumió al país griego en una pobreza y crisis económica, sin precedentes y con unas soluciones asfixiantes desde las instancias europeas. Todo ello no ha dado cauces de solución, y lo que se otea en el horizonte son “negros nubarrones” en la insostenibilidad del sistema económico social griego. Por el contrario Portugal se ha enfrentado con valentía y decisión política a las equivocadas medidas de austeridad impulsadas por la Troika, y ha conseguido exitosamente una “receta fácil”:

aleccionar la demanda interna, para impulsar el crecimiento (en esta línea véase www.bbc.com/mundo/noticias).

Y ello porque el gobierno luso entendió la necesidad de impulsar la recuperación con mucha más inversión pública. Así, podría alegarse que en Portugal tiene una tasa de paro menor que la nuestra. Que la economía lusa ha reducido el desempleo desde un máximo del 17,5% de la población activa al actual 10,2%. Todo ello porque la coalición de izquierdas que gobierna el país luso ha seguido una política económica distinta a la recomendada por la Troika (remitimos para un estudio más intenso al clarificador artículo: “El mito del milagro económico de izquierdas en Portugal” www.blog.elconfidencial.com/economía/laissez-faire/2017).

Retomando el hilo conductor inicial deberíamos reparar aunque fuera con brevedad las relaciones España Portugal, que históricamente han sido correctas, pero sin profundizar en políticas de “acción común” ni tampoco se ha intensificado los innumerables puntos de conexión que ambas naciones comparten. Más bien siempre ha habido un punto de desconfianza, y de alejamiento que se profundizó de forma más intensa a partir de la crisis económica del 2008. Tiene razón Ángel Rivero, cuando razona que este desencuentro, “entre vecinos”, ha tenido consecuencias negativas para las relaciones bilaterales; si bien esto no quiere decir que estas relaciones en crisis se parezcan remotamente a la “no relación previa” a la entrada en la UE de ambos socios ibéricos (en este sentido remitimos al lector artículo “Portugal y España: los efectos de la crisis en las relaciones institucionales peninsulares 2002-2017 © Fundación Real Instituto Elcano). Esta cooperación de baja intensidad entre los países ibéricos se enmarca como explica el estado analista político Rivero en la idea subyacente de que la debilidad portuguesa ha estado vinculada a su exceso de dependencia con España y que de alguna manera, la crisis de Portugal era debida, al menos en parte, a la crisis en su principal mercado de exportaciones. Y en esta nueva percepción (explica el autor acertadamente) lo correcto era abandonar la imagen de España como modelo de éxito quedando desplazada España a una posición menos intensa y donde la Europa “central” se convertía como explica Rivero en un objetivo más apetecible desde la perspectiva portuguesa.

No obstante lo comentado, desde una posición crítica se pone de manifiesto por algunos determinados aspectos que pueden acabar con esta fase de crecimiento luso. En concordancia con lo explicado según el último estudio de la OCDE sobre Portugal señala la necesidad no obstante de reducir los altos niveles de endeudamiento de los sectores público y privado y abordar los préstamos improductivos en el sistema bancario, que están obstaculizando las inversiones, y frenando el crecimiento y la productividad. En este

sentido, las reformas de los mercados de productos y de trabajo, la política fiscal, la competencia y la mejora del sector público han respaldado la recuperación de Portugal (conviene leer los datos referidos en www.blog.bancopular.es/aviso-legal). Sea como fuere pese a las dudas sobre la deuda y la situación de la banca, la mejora económica se ha traducido en el nivel más alto para la rentabilidad de las empresas lusas desde el rescate del 2011 (en este sentido es interesante analizar las explicaciones de Antonio M. Vélez, “Portugal sorpresa internacional y envidia de la izquierda española” en “El diario.es”-29-4-2017).

En esta línea de reconocimiento exitoso en la recuperación del país vecino “Portugal” todo un ejemplo del “buen hacer luso”, nos ha parecido “pertinente” dedicar este pequeño homenaje en nuestra portada editorial a Portugal por sus notables esfuerzos, y logros conseguidos. Y en esta línea, dedicamos como firmas invitadas, de nuestra Revista, los extraordinarios estudios de investigación de los profesores portugueses Don Frederico de La Cerda Da Costa Pinto y Doña Helena Magalhaes Bolina, todo un ejemplo de compromiso académico riguroso y comprometido con la investigación y el conocimiento.

A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS AUDITORES, AS NORMAS DE CONDUTA PROFISSIONAL E A INFORMAÇÃO NO SISTEMA FINANCEIRO

Frederico de Lacerda da Costa Pinto
Doctor en Derecho

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidade Nova de Lisboa

INTRODUÇÃO

Estabelecer uma associação entre as actividades de auditoria no sistema financeiro e a eventual responsabilidade criminal daí decorrente implica equacionar situações que só podem ser absolutamente excepcionais e estranhas ao quadro de normal e diligente actuação dos auditores, já que estes - pela natureza, função e regime profissional a que estão adstritos - se orientam por critérios de verdade, diligência e legalidade e funcionam como guardiões da qualidade da informação divulgada pelas entidades auditadas. No entanto, a história dos mercados financeiros das últimas décadas evidencia que tal pode acontecer a um nível muito superior ao que seria pensável. Noutra plano, uma leitura do quadro normativo vigente permite verificar que o sistema penal português não contempla incriminações especificamente formuladas para os auditores. Não significa isto que a sua actuação não possa ser valorada pelas normas penais. A relevância criminal das suas condutas depende da possibilidade de os factos que praticam no âmbito da sua actividade serem ou não subsumíveis a tipos incriminadores previstos para situações genéricas que não dependem de uma certa qualidade típica do agente. Para efeito deste estudo, interessa-nos especialmente a intervenção do auditor na informação societária (por via da revisão legal de contas e da sua certificação legal) essencial ao regular funcionamento do mercado,¹ enquanto facto jurídico sujeito aos crivos e critérios do sistema penal. O percurso que se fará por vários tipos incriminadores será por isso ilustrativo e não exaustivo, ficando de fora, por exemplo, os crimes tributários que, apesar da sua relevância teórica e prática, contemplam várias particularidades cuja análise é incompatível com os limites deste trabalho.

1. OS DEVERES DOS AUDITORES E A ILICITUDE PENAL TÍPICA

O Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas,² o Regime Jurídico da Supervisão de Auditoria³ e o Código dos Valores Mobiliários⁴ não preveem crimes cometidos especificamente por auditores. O mesmo se pode afirmar do Código Penal e da legislação penal complementar. Mas o regime jurídico a que os auditores estão sujeitos pode determinar que alguns factos ilícitos que pratiquem no exercício da sua actividade tenham relevância criminal. Esse regime comporta uma extensa malha de normas técnicas e de

¹ Sobre a relação entre as actividades de auditoria e qualidade da informação relevante para o mercado, veja-se PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2011, p. 290 e ss, e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Conflito de interesses na auditoria», in Paulo Câmara *et al.*, *Conflito de Interesses no Direito Societário e Financeiro, Um balanço a partir da crise financeira*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 566 e ss, e p. 581 e ss.

² Aprovado pela Lei n.º 140/2015, de 7 de Setembro: Estatuto da OROC.

³ Aprovado pela Lei n.º 148/2015, de 9 de Setembro: RJSA.

⁴ Aprovado pelo Dec. Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, com as alterações posteriores: CdVM.

conduta profissional, de origem nacional e internacional, completada pelos deveres contratuais que assumem em relação a cada entidade, destinadas a garantir, entre outros aspectos, a fiabilidade da informação auditada, a qualidade da intervenção do auditor, os elevados padrões de idoneidade profissional, a sua padronização e o controlo público da actividade. Se, por exemplo, cruzarmos alguns segmentos do regime contido no Regulamento (EU) n.º 537/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril (v.g. artigos 10.º, 12.º ou 22.º), o Estatuto da OROC (v.g. artigos 52.º e ss e 61.º e ss) e o Regime Jurídico da Supervisão de Auditoria (que contempla um elenco claro dos deveres no seu artigo 45.º, para efeitos sancionatórios) é possível identificar um acervo substancial de *deveres legais relacionados com a informação divulgada* (designadamente, o dever de emitir e fundamentar reservas e opiniões ou o dever de identificar e informar sobre situações de risco de distorção material) e *com as condições do exercício da profissão* (como o dever de independência ou o dever de segredo) que, quando violados, podem colocar o agente num plano de ilicitude que pode adquirir relevância criminal.

2. AS NORMAS DE CONDUTA PROFISSIONAL COMO MEDIADORES DA ILICITUDE PENAL TÍPICA

A relação entre as normas de conduta profissional dos auditores e a relevância criminal dos factos existe mas não é automática. Pode, com alguma segurança, afirmar-se que, por um lado, a violação dos deveres profissionais não implica necessariamente a prática de um crime, mas que, por outro, factos com relevância criminal são em regra acompanhados da violação de deveres profissionais dos auditores.

a) A primeira afirmação resulta de dois aspectos conjugados: a lei portuguesa não prevê que a violação dos deveres profissionais dos auditores constitua por si só um crime (embora possa constituir uma contraordenação)⁵ e a conclusão de que foi praticado um crime, por seu turno, depende sempre de uma operação autónoma de subsunção dos factos praticados ao tipo incriminador que os pode contemplar. Esta exigência – identificação do facto que pode ser subsumido ao tipo legal - tem de ser cumprida mesmo que a violação do dever possa ser intuitivamente relacionada com um tipo incriminador autónomo (como, por exemplo, o dever de sigilo profissional, quando visto à luz do crime de violação de segredo previsto no artigo 195.º do Código Penal).

a) A segunda afirmação decorre do facto de as normas de conduta profissional, quando violadas por comportamentos que simultaneamente constituam um crime, poderem ser vistas como mediadores de ilicitude que densificam a realização do tipo penal.

Difícilmente um auditor pratica factos criminalmente puníveis no âmbito da sua actividade profissional sem que viole igualmente normas fundamentais de conduta (nacionais ou internacionais) que regulam essa actividade. Tais normas não têm natureza penal e vigoram autonomamente em relação ao ilícito penal tipificado, mas têm inegável relevância teórica e prática para delimitar o âmbito dos tipos incriminadores, para determinar a exigibilidade comportamental implícita nos mesmos e para aferir o cuidado devido inerente ao ilícito típico das normas penais que contemplam os factos. Assim, por exemplo, o conteúdo imperativo da certificação legal de contas (artigo 45.º do Estatuto da OROC) e as normas de auditoria emitidas pelas entidades competentes (com tutela directa pela norma de sanção do artigo 45.º, n.º, 2, alínea a), do RJSA) constituem instrumentos hermenêuticos para delimitar omissões ou falsidades relevantes em informação divulgada que, por esse motivo, pode conduzir à aplicação de um tipo incriminador (como falsificação de documentos ou

⁵ Para uma análise do elenco das várias contraordenações aplicáveis aos auditores, veja-se o estudo de HELENA MAGALHÃES BOLINA, «As Contraordenações dos Auditores: o novo mapa legal», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* 56 (2017).

manipulação do mercado, por exemplo). Noutro caso, o dever de cepticismo profissional perante eventuais distorções materiais, com possível origem em erro, fraude ou irregularidade (artigo 70.º do Estatuto da OROC) constitui um crivo essencial para aferir a diligência devida e a exigibilidade de controlo mais intenso sobre os elementos em análise, cujos parâmetros legais são a «atitude de dúvida» e o «espírito crítico». Ou seja, a *ratio* do ilícito penal pode integrar a violação da norma profissional de conduta, não enquanto facto típico mas como norma instrumental de proteção jurídica de interesses violados por comportamentos com relevância criminal.

Deste ponto de vista, a realização de um tipo incriminador por factos praticados por um auditor no exercício da sua actividade profissional pode implicar um juízo de ilicitude penal intensificado pela violação de deveres legais instrumentais (de natureza não penal).

3. RELEVÂNCIA POSITIVA E NEGATIVA DAS NORMAS DE CONDUTA PROFISSIONAL: O REGIME LEGAL DE SEGREDO E OS DEVERES DE INFORMAÇÃO

A relevância de tais normas de conduta profissional pode ser negativa ou positiva: o seu rigoroso cumprimento indicia a inexigibilidade de uma conduta diferente, o que se pode reflectir no funcionamento de uma causa de exclusão da tipicidade (designadamente, por inexigibilidade de conduta alternativa) ou adquirir uma relevância ao nível da exclusão da ilicitude (cumprimento de deveres ou de permissões profissionais) e da desculpa; e, em sentido oposto, a sua violação cria riscos proibidos que, associados a factos com relevância típica, permite colocar o comportamento dos agentes no âmbito de vigência das normas penais incriminadoras.

As duas afirmações podem ser documentadas de forma mais pormenorizada com o regime legal de segredo e a sua articulação com os deveres de informação dos auditores. Vejamos em que termos:

O conteúdo fáctico e jurídico do segredo profissional dos auditores é delimitado pelo artigo 84.º do Estatuto da OROC e pelos deveres legais de informação e de comunicação a que aqueles estão obrigados. A violação do citado artigo 84.º (em especial nos casos dos n.º 1 e 2) coloca o agente no âmbito típico do crime de violação de segredo (artigo 195.º do Código Penal).⁶ Este tipo incriminador de violação de segredo é em parte um tipo legal dependente, que comporta um reenvio necessário implícito para as normas profissionais de cada sector que delimitam o âmbito do segredo a que o agente está vinculado: o âmbito material, pessoal e temporal do segredo é traçado nestes casos não pelo tipo penal, mas em primeira linha pelos regimes sectoriais de segredo. Torna-se, por isso, necessário que o intérprete recorra a esses regimes para delimitar o âmbito do segredo e verificar se a revelação feita é ou não criminalmente proibida.⁷

Nesse mesmo plano, mas com um sentido oposto, deve notar-se que o cumprimento dos deveres legais de informação e de comunicação a que os auditores estão adstritos (v.g. artigos 61.º, 79.º ou 113.º, do Estatuto da OROC, ou artigo 304.º-C, do CdVM), apesar de

⁶ Sobre esta incriminação veja-se, por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE *in* Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, anotação ao artigo 195.º, p. 1116 e ss; e, depois, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, 3.ª edição, Lisboa, UCE, 2015, anotação ao artigo 195.º, p. 767 e ss.

⁷ A solução da lei portuguesa suscita o problema adicional de saber que segredos podem ou não ser incluídos no âmbito do tipo incriminador e com que critério tal pode ser feito. Reservas e críticas a esta técnica legislativa, que em alguns casos obriga a uma delimitação casuística dos segredos tutelados e respectivos critérios de inclusão típica, por contraposição a uma listagem legal dos segredos com tutela penal, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense* (cit. nota 7), artigo 195.º, § 4 e ss, p. 1117 e ss.

implicar transmissão da informação para terceiros, não pode ser relevante para a violação do regime de segredo, porque em tais casos não existe dever de reserva do auditor para com a entidade destinatária da informação. Assim, o crime de violação do segredo profissional é negativamente limitado pelos deveres de informação e deveres de comunicação que, tendo natureza oposta ao dever de reserva, são factos criminalmente atípicos para efeito do âmbito de vigência do crime em causa.⁸ É esse, por exemplo, o sentido e o efeito do n.º 3 do citado artigo 84.º ou o alcance dos deveres de participação previsto no artigo 113.º do Estatuto da OROC ou no artigo 304.º-C do CdVM: tais factos estão excluídos do regime de segredo profissional e, por isso, estão necessariamente fora da matéria da proibição no crime de violação de segredo profissional, previsto no citado artigo 195.º do Código Penal.

O comportamento do revisor oficial de contas que comunique tais factos, em cumprimento do dever legal a que está adstrito, não está sequer incluído no âmbito de vigência do crime de violação de segredo: a norma de conduta que impõe a revelação é oposta à norma de conduta implícita no tipo de ilícito que impõe a reserva. Por isso o tipo incriminador não pode comportar as duas normas sob pena assentar numa antinomia que colidiria com a sua pretensão de vigência. Já, diversamente, a divulgação autorizada de informação para defesa da dignidade, de direitos e interesses legítimos do revisor oficial de contas ou da sociedade de revisores oficiais de contas (artigo 84.º, n.º 5, do Estatuto da OROC) constitui uma permissão de exercício facultativo (situada como tal fora do tipo) que, a verificar-se, exclui a ilicitude do facto e não a sua tipicidade.

4. O AUDITOR E O ABUSO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA

A violação de segredo através da comunicação de factos ou informações sujeitas ao dever legal de reserva não esgota a sua relevância criminal no artigo 195.º do Código Penal. Se os elementos ilicitamente revelados tiverem as qualidades típicas da informação privilegiada (artigo 378.º, n.º 3, do CdVM) o acto de transmissão dessa informação, fora do âmbito normal das funções do auditor, pode constituir a prática do crime de abuso de informação privilegiada (artigo 378.º, n.º 1, do CdVM).⁹

O agente do crime em causa será sempre a pessoa individual que transmite a informação privilegiada a terceiros e não a Sociedade de Revisores Oficiais de Contas, pois o crime em causa só admite a autoria de pessoas singulares e não de pessoas colectivas.

Como o facto agride bens jurídicos diferentes, de natureza distinta e situados em esfera e circuitos autónomos, sem relação axiológica entre si, o concurso será efectivo e os dois tipos incriminadores aplicam-se em simultâneo. Mas só existirá verdadeiramente concurso caso se verifiquem os requisitos legais de cada uma das incriminações: cada um dos factos tem de ser doloso (pois, por força do artigo 13.º do Código Penal, estamos perante crimes dolosos, sendo a negligência relevante apenas para efeitos de responsabilidade contratual, disciplinar e contraordenacional) e, tendo o crime de violação de segredo natureza semi-pública (artigo 198.º do Código Penal), será necessário que exista queixa legítima e tempestiva do ofendido (artigo 113.º e ss, do Código Penal) para se dar início ao procedimento criminal por tal facto. Só em tal caso é que, na situação descrita e no âmbito de um processo em curso, se poderá falar verdadeiramente de concurso de crimes, pois a falta de queixa num crime semi-público

⁸ Para uma articulação geral entre o âmbito do tipo e as autorizações ou imposições legais de revelação de informações, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense* (cit. nota 7), artigo 195.º, § 67 e ss, p. 1152 e ss; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal* (cit. nota 7), artigo 195.º, anotação n.º 16, p. 772 e ss.

⁹ Para uma leitura sobre este segmento da incriminação, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *O novo regime dos crimes e contraordenações no Código dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 72 e ss, e JOSÉ DE FARIA COSTA/MARIA ELISABETE RAMOS, *O crime de abuso de informação privilegiada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 95.

não permite a promoção do processo por esse facto e, como tal, por razões processuais, não chegará a colocar-se o problema do concurso de crimes.

5. O AUDITOR E DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÃO FALSA, INCOMPLETA OU ENGANOSA: EXIGIBILIDADE, CONSCIÊNCIA DO RISCO E DOLO

A intervenção do auditor na informação societária (e, mais genericamente, nas entidades de interesse público) pode igualmente ser delimitada através de normas não penais que permitem uma densificação hermenêutica do tipo incriminador da *falsificação de documentos* (artigo 256.º do Código Penal) mais adequada à realidade material e jurídica em causa.

a) Os documentos relevantes para o efeito (como a certificação legal de contas) não se limitam a conter meras opiniões ou juízos de valor: mesmo nas partes que contemplam formulações desta natureza, eles contêm informação importante (expressa ou implícita) sobre a situação patrimonial, económica e financeira das entidades auditadas e são, em si mesmo, por outro lado, informação relevante para todos os agentes económicos e jurídicos que surgem nos vários circuitos em que a entidade actua. Ou seja, tais documentos têm simultaneamente uma dimensão informativa com um alcance retrospectivo (devem retratar fielmente uma realidade) e com um horizonte prospectivo (constituem informação presente e futura para todos os que se relacionem com a entidade auditada). A possibilidade de tais documentos serem sujeitos, na tradição jurídica nacional, a uma impugnação ou incidente judicial de falsidade, como via adequada para questionar o seu valor e efeito probatório, bem como o regime legal da informação (artigo 7.º, n.º 2, do CdVM) e da responsabilidade civil (decorrente do artigo 10.º do CdVM), confirmam que a natureza do documento não é meramente opinativa.

b) Em regra, estaremos perante hipóteses de «falsificação intelectual» por a informação divulgada na certificação ou nos relatórios do auditor não ter o conteúdo legalmente devido, tornando-se por isso falsa ou incompleta (que, em termos informativos, pode também ser reconduzida à falsidade do retrato apresentado) em relação à realidade e às exigências da lei para a retratar. Informação que, desse modo, não oferece por isso uma imagem verdadeira e apropriada que corresponda à situação realmente existente. Facto que se traduzirá na prática de um crime por acção susceptível de ser reconduzido à previsão da alínea d), do n.º 1, do artigo 256.º, do Código Penal: quem «fizer constar falsamente de documento ou de qualquer dos seus componentes facto juridicamente relevante».¹⁰ O conteúdo mínimo exigível à intervenção do auditor nesta matéria é também padronizado por lei que funciona, por isso, como uma delimitação objectiva do que os destinatários da informação podem esperar da intervenção de um auditor e uma delimitação subjectiva dos deveres de pronúncia deste sobre a matéria em causa.¹¹ O que - visto na perspectiva do sistema penal - se traduz na formulação explícita de uma posição legal de garante quanto à qualidade da

¹⁰ Sobre a incriminação de falsificação de documentos, HELENA MONIZ, in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, anotação ao artigo 256.º, § 26 e ss, p. 683 e ss. Desenvolvimentos sobre o tema no sector financeiro encontram-se em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, «Falsificação de informação financeira nas sociedades abertas», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* n.º 16 (2003), p. 99-135, (texto republicado na colectânea *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 617-660). Recentemente, sobre o tema das falsas informações societárias e as diferentes leituras jurisprudenciais que se encontram entre nós, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/SUSANA AIRES DE SOUSA, «A relevância jurídico-penal da falsa declaração sobre o passivo societário. Reformulação de um problema», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Número especial: Ensaio de Homenagem a Amadeu Ferreira, Agosto de 2015, Volume I, p. 123-135.

¹¹ Também PAULO CÂMARA, *Manual* (cit. nota 2), p. 293, relaciona os deveres de análise e relato do auditor com a qualidade da informação da certificação legal de contas,

informação objecto do relatório de auditoria ou da certificação legal de contas, cujos deveres podem contudo ser violados também por acção.

Em Espanha, perante os limites e imprecisões dos tipos incriminadores aplicáveis, a doutrina e a jurisprudência têm atribuído especial relevância à violação deste dever legal de garantir que as contas da sociedade apresentadas aos accionistas expressam uma imagem verdadeira e apropriada da situação da mesma, para, dessa forma, fundamentarem a responsabilidade dos auditores por omissão.¹²

Tendo em conta o dever legal de apresentar os resultados da revisão legal de contas, sempre que este dever seja cumprido mas o conteúdo exigido por lei não seja respeitado (em relação à realidade da entidade em causa) estaremos perante um eventual caso do crime de falsificação intelectual de documentos por acção e não apenas por omissão: a informação divulgada (facto por acção) será omissa quanto a aspectos legalmente exigidos e juridicamente relevantes, mas é a acção de divulgar tal informação que realiza o tipo incriminador (consumindo a omissão em causa).

O facto de tal acontecer sobre documentos e informação apresentada pelo inicialmente órgão de gestão da entidade auditada não altera a relevância típica do facto dos auditores, pois está em causa um acto próprio, sujeito a rigorosos padrões de qualidade, normativamente delimitado de forma autónoma e com valor jurídico especial (legalmente caracterizado como exercício de funções de interesse público).

Várias normas não penais contribuem para delimitar a exigibilidade do que deve e como deve ser apresentado pelo auditor, designadamente os artigos 10.º e 11.º do Regulamento (EU) n.º 537/2014, os artigos 44.º e ss do Estatuto da OROC e o seu elenco de deveres gerais dos membros da Ordem (artigo 61.º), os conteúdos formulados como pressupostos das normas de sanção de natureza contraordenacional (v.g. artigo 45.º, nº 1, alínea b) do RJSA), o artigo 7.º do Código dos Valores Mobiliários ou as normas nacionais e internacionais emanadas das autoridades competentes (por exemplo, a ISA 240, sobre a responsabilidade do auditor em relação a fraudes).

a) O princípio da tipicidade (artigo 29.º, n.º 1, da CRP) e o princípio da responsabilidade pessoal pelo facto punível (artigo 30.º, n.º 3, da CRP, que - por seu turno - é garantido numa primeira linha pelos regimes de imputação subjectiva do dolo e da negligência) exigem uma clara separação entre o que seja informação falsa imputável ao órgão de gestão da entidade e a informação falsa imputável ao próprio auditor, designadamente - e noutra plano - a clarificação do que se pode eventualmente traduzir numa falsidade dolosa (criminalmente relevante) daquilo que pode ser informação falsa negligente (sem relevância típica no crime de falsificação de documentos, tal como este se encontra actualmente configurado no artigo 256.º do Código Penal). O circuito pode ainda ser mais complexo quando o revisor oficial de contas integre um órgão de fiscalização da entidade em causa, como acontece nas sociedades anónimas, devendo fiscalizar, vigiar, controlar e verificar elementos relevantes para a apresentação do seu parecer.

A questão é importante para a clarificação das relações entre os vários agentes (delimitação da autoria e da participação). Mas, para este efeito, é fundamental delimitar a imputação subjectiva, pois esta é essencial às formas de participação, a partir dos deveres de actuação e do conhecimento obtido à luz de elevados padrões de exigibilidade e domínio técnico das matérias. Justifica-se por isso dedicar especial atenção ao problema da imputação dolosa do facto. Isto de forma a determinar se a divulgação da informação falsa ou

¹² Veja-se o debate sobre o tema em MIGUEL BAJO/SILVINA BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2.ª edição, Madrid: Editorial Univ. Ramón Areces, 2010, p. 662-663. Entre nós, essa será uma solução possível e residual, caso não se identifique uma acção dolosa subsequente à omissão que opere a consumpção desta.

não verdadeira foi intencionalmente querida, se foi uma consequência necessária perante o que se conhecia ou se o auditor se conformou com a hipótese de essa informação não retratar de forma verdadeira e apropriada a situação da entidade em causa. Uma consciência do risco de tal acontecer (designadamente pelo conhecimento da realidade e/ou pela dúvida e cepticismo que enforma legalmente o seu estatuto de actuação profissional) pode constituir um indício de conformação com o resultado informativo inverídico, à luz dos padrões de competência técnica do auditor.

A consciência e a vontade, enquanto elementos das formas dolosas de imputação, não devem ser construídas como factos neuro-psicológicos (em regra, não acessíveis ao julgador) mas sim como factos normativos,¹³ a partir da consciência técnico-profissional do risco de divulgação de informação não verdadeira no contexto em que o auditor actuou e do elenco de deveres de controlo que visam garantir a qualidade da informação divulgada. A imperatividade destes deveres de actuação profissional – designadamente, os que resultam as normas técnicas e dos deveres legais de acção e de cuidado - constituem patamares de actuação e de conhecimento da realidade a auditar.¹⁴

É esta a matéria que é dominável pelo agente e é este um campo essencial da sua intervenção. O acesso do auditor à realidade a avaliar não é completamente livre, mas sim padronizado pelas normas técnicas e pelos deveres legais de actuação. Estes são criados, adoptados e desenvolvidos por cristalizarem um conhecimento técnico apurado pela experiência e por constituírem um saber especializado que visa controlar riscos, tornar os sistemas de controlo informativo comparáveis entre si e consolidar a qualidade da intervenção do auditor. As normas de actuação delimitam a realidade a conhecer, os procedimentos a adoptar e os riscos que as mesmas pretendem evitar. Na linguagem da lei (artigo 14.º do Código Penal), a «representação» do facto pelo agente não pode, neste caso, ser estranha às normas técnicas e de conduta profissional, porque o acesso à realidade a auditar e a divulgação do conhecimento do auditor se faz através delas. A possibilidade de motivação pela norma penal¹⁵ é neste caso mediada pela adstricção às normas técnicas e de conduta profissional. Por isso o próprio incumprimento das normas técnicas e dos deveres legais permite identificar riscos concretos e prever a possível desconformidade do resultado informativo em relação à realidade da entidade auditada. Um aumento da consciência do

¹³ Desenvolvimentos sobre esta contraposição e a densificação material dos elementos do dolo, encontram-se em JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, vol. I, 2.ª edição, 2007, p. 349 e ss, MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Parte Geral*, Lisboa: AAFDL, 2013, p. 139 e ss, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 374 e ss. A questão não é específica desta incriminação relativa à falsificação de documentos ou dos auditores enquanto eventuais autores. Trata-se de um problema genérico do regime do dolo e que consiste em saber qual será a realidade dominável pelo destinatário da norma (que pode ser controlada por este) e em que consiste a representação do fato e a vontade de o realizar, de forma a legitimar a imputação subjectiva do resultado ilícito. No enquadramento expresso no texto, essa realidade concretiza-se nas situações de risco proibido que são inerentes aos modelos de perigo que o legislador pretende evitar com a incriminação. No caso dos auditores, a infracção consciente de cada norma de conduta profissional (deveres legais ou normas técnicas) constitui uma etapa relevante de criação do risco proibido que integra o modelo de perigo imanente ao tipo incriminador. E, nessa medida, contribui para formação do dolo do agente. Sobre tema e a sua relação com o âmbito e função dos tipos incriminadores, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2013, p. 977 a 983.

¹⁴ Como sublinha URS KINDHÄUSER, «El tipo subjectivo en la construcción del delito», *InDret* 4 (2008), p. 5, «também a subsunção de um acontecimento ao tipo subjectivo é realizada de acordo com regras objectivas».

¹⁵ Sobre este elemento na compreensão do dolo e do significado da conduta, MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Parte Geral* (cit. nota 13), p. 146 e ss.

risco¹⁶ de divulgação de informação falsa exigirá por isso ao agente medidas equivalentes que estejam ao seu alcance (de acordo com as regras técnicas e as normas de conduta profissional) para diminuir as probabilidades de divulgação de informação não verdadeira e desajustada da realidade a retratar.¹⁷ Perante a consciência de tal risco, a simples negação verbal de que a divulgação de informação falsa não era querida constituirá uma defesa pouco mais do que retórica. Noutros termos: a consciência do risco (associada, em termos mais imediatos, ao desrespeito pelas normas técnicas) de que a informação a divulgar poderá não ser verdadeira, acompanhada de uma ausência de controlo subsequente desse risco (sem expressão nas opiniões, reservas, ênfases ou pareceres divulgados)¹⁸, constitui um indício de possível aceitação do resultado informativo deficiente divulgado ou de que o mesmo é consequência necessária da conduta do agente. Aspectos a ponderar com a demais prova existente (designadamente, condutas acessórias, anteriores ou posteriores ao facto, motivações ou interesses em conflito) e o significado dos factos no contexto em que o agente actua.

A autonomia dos factos e a sua imputação não exclui, obviamente, a possibilidade de poderem existir casos de comparticipação (v.g. de coautoria) na divulgação de informação falsa conexas entre si ou autorias paralelas em actos informativos distintos. Se para além da imputação dolosa pelo facto próprio se comprovar essa concertação expressa ou tácita pode ter lugar o alargamento da esfera de responsabilidade dos agentes por via das regras da comparticipação criminosa.

a) Apesar da relevância que as normas técnicas e de conduta profissional podem ter na delimitação do cuidado exigível ao auditor na sua intervenção, contrariamente ao que acontece com o crime de violação de segredo, o crime de falsificação de documentos (artigo 256.º do Código Penal) não é um tipo dependente de regimes não penais, pois prevê factos que podem ser autonomamente reconduzidos ao tipo sem que a sua delimitação jurídica tenha necessariamente de ser feitas por outras normas. Mas a relação entre a informação divulgada pelo auditor e as normas não penais permite, por um lado, comprovar que os factos são juridicamente relevantes no circuito em causa (o que constitui uma exigência do tipo incriminador, já que o relato de factos falsos sem relevância jurídica é atípico neste caso) e, por outro, clarifica as fronteiras do tipo através da exigibilidade normativa da qualidade da intervenção do auditor e do relato à luz de normas não penais. Desse modo se garante igualmente uma relação de congruência entre a vigência das normas técnicas de conduta profissional e o alcance material do tipo incriminador.

b) O crime de falsificação de documentos pode ser praticado por uma pessoa singular (um ROC) ou por um ente colectivo (uma SROC), por força e nas condições de imputação previstas no artigo 11.º, n.º 2, do Código Penal. Para o efeito, a pessoa singular que integra o órgão de fiscalização ou que representa a SROC pode realizar os pressupostos das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal, praticando desse modo o facto de conexão que torna o crime imputável aos entes colectivos em causa.¹⁹ Mas o facto só é imputável a título de dolo e, por isso, a negligência do auditor que pode conduzir à divulgação de informação

¹⁶ Sobre o papel do risco na construção do dolo, WOLFGANG FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1983, designadamente p. 345 e ss.

¹⁷ Para uma leitura destes elementos na densificação do dolo, RUI PEREIRA, *O dolo de perigo*, Lisboa: Lex, 1995, designadamente p. 40 e ss, 83 e ss e 117 e ss. Depois, com outros desenvolvimentos e consequências, LUIS GRECO, «Dolo sem vontade», in *Liber Amicorum de José de Sousa Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 895 e ss.

¹⁸ Em termos semelhantes, quanto à questão material relacionada com omissões do auditor na certificação legal de contas, PAULO CÂMARA, *Manual* (cit. nota 2), p. 293.

¹⁹ Para a concretização deste elemento, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal* (cit. nota 7), artigo 11.º, anotação 8 e ss, p. 136 e ss.

falsa é criminalmente atípica, podendo relevar contudo para outros círculos de responsabilidade (civil, disciplinar, contraordenacional).

Significa isto que o agente tem de saber que a informação que está a divulgar é falsa (ou, noutra formulação, que não é verdadeira, por não retratar de forma completa, verdadeira ou adequada a realidade material) querendo, apesar disso, a sua divulgação ou conformando-se com esse facto nesses termos (artigo 14.º do Código Penal). Não enquanto factos psicológicos mas, como se referiu, como momentos de imputação construídos a partir da *consciência do risco de falsidade*, do contexto em que o agente actua e do conhecimento obtido em função da exigibilidade de antevisão das consequências do facto à luz dos padrões de actuação profissional.

6. O AUDITOR, A MANIPULAÇÃO DO MERCADO E A BURLA: A TENDÊNCIA DE CRIAÇÃO DE NOVAS INCRIMINAÇÕES SOBRE O USO DE INFORMAÇÃO FALSA

Em casos mais graves, a informação falsa divulgada pode ainda ser parte da execução de um crime de manipulação do mercado (artigo 379.º, n.º 1, do Código Penal) ou de um crime burla (artigos 217.º e 218.º do Código Penal).

A esfera de vigência de cada um destes tipos incriminadores é distinta. No caso da manipulação do mercado, as falhas na qualidade da informação divulgada podem corresponder a situações de «manipulação ruidosa» quer em relação a operações de colocação de activos, quer na negociação diária. Basta para o efeito que a materialidade da falha informativa torne a informação dolosamente divulgada idónea para alterar o regular funcionamento do mercado.²⁰ O que se pode comprovar designadamente pelo teste do efeito previsível ou efectivo do conhecimento pelo mercado da falsidade informativa: conhecendo a realidade (que foi ocultada) os investidores previsivelmente reagiriam de que forma?

A burla é, em si mesma, um crime de tipicidade mais exigente, pois é necessário estabelecer a conexão da falsidade informativa com o erro ou engano da vítima e, ainda, a relação entre tal erro ou engano com o acto de disposição patrimonial que causa o prejuízo típico. Independentemente da complexidade estrutural do crime de burla,²¹ do ponto de vista político criminal, a criação de prejuízos patrimoniais causados com informação económica, financeira ou contabilística falsa enquadra-se perfeitamente na tipicidade da burla e na esfera de protecção da norma incriminadora. A vulnerabilidade patrimonial das vítimas pode ser muito superior ao que acontece nos casos que são habitualmente subsumíveis ao tipo, pelas assimetrias informativas que existem entre os autores e os ofendidos e pela posição de garante da legalidade da informação que vincula os auditores. O merecimento penal dos factos é, por isso, mais elevado (gravidade do facto) e a necessidade de tutela penal mais intensa (vulnerabilidade dos utilizadores da informação perante a intervenção qualificada do auditor).

Estes aspectos têm conduzido o legislador a criar tipos incriminadores específicos para as fraudes informativas aos investidores, como aconteceu com o § 264ª do *StGB* na Alemanha, com o artigo 2622 do Código Civil italiano, com o artigo 282 bis introduzido em 2010 no

²⁰ Cfr. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *No novo regime* (cit. nota 10), p.86 e ss, e, depois, «Falsificação de informação financeira nas sociedades abertas», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* n.º 16 (2003), p.127-128; JOÃO GOMES DA SILVA, «O crime de manipulação do mercado», *Direito e Justiça* XIV (2000), tomo I, p. 210 e ss; ALEXANDRE BRANDÃO DA VEIGA, *Crime de manipulação, defesa e criação de mercado*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 41 e ss.

²¹ Cfr. ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, anotação ao artigo 217.º, § 3 e ss, p. 275 e ss

Código Penal espanhol²² ou com a recente incriminação do uso de informação falsa ou enganosa na captação de investimentos, introduzido em 2017 no Código dos Valores Mobiliários (no artigo 379.º- E).²³

Também em relação a estas incriminações se suscita o problema da responsabilidade dos auditores. Existem vantagens e desvantagens em equiparar os auditores aos agentes que falsificam e usam informação falsa nas entidades emitentes ou intermediários financeiros. O centro originário da ilicitude dos factos não está em regra nos auditores mas sim em que domina internamente a falsificação da informação, excepto em casos de colúio ou concertação com o auditor (que correspondem em regra a casos de comparticipação).

No caso da nova lei portuguesa, que contempla um crime específico delimitado pela qualidade dos autores (administradores de intermediários financeiros ou de entidades emitentes), os auditores não estão abrangidos pela previsão típica que delimita a autoria do facto, mas podem ser responsabilizados se estiverem numa relação de comparticipação com os *intranei* (artigos 26.º, 27.º e 28.º do Código Penal). Ou seja, os auditores respondem criminalmente (pelo crime de uso de informação falsa ou enganosa na captação de investimento) por envolvimento participativo doloso no facto praticado pelos administradores da entidade emitente ou do intermediário financeiro.

7. FALSIDADES INFORMATIVAS E A TIPICIDADE DO CRIME DE BRANQUEAMENTO

Finalmente, suscita-se a questão de saber se a omissão de aspectos relevantes na informação divulgada (tornando-a incompleta, não verdadeira ou mesmo falsa) pode simultaneamente constituir um acto de ocultação ou de dissimulação para efeito do crime de branqueamento (artigo 368.º-A, n.º 3, do Código Penal), como uma modalidade de hétero-encobrimento.²⁴

A informação societária constitui um acto de comunicação absolutamente essencial ao funcionamento dos mercados, por ser uma forma de acesso à realidade económica das entidades em causa e permitir gerir os riscos (económicos e jurídicos) de quem se relacionada com as mesmas. Uma informação falsa pode por isso ocultar, dissimular ou, no mínimo, dificultar o acesso ao conhecimento da realidade e, ainda, permitir que o autor do crime precedente ou terceiros se aproveitem das vantagens do crime ou determinem o seu destino.

A resposta em relação ao problema do âmbito do tipo deve assim ser afirmativa sempre que a informação falsa ocultar ou dissimular valores patrimoniais originados por um crime subjacente (que faça parte do catálogo legal) e o agente tenha conhecimento desse facto (pois o crime é imputável a título doloso, o que é indissociável da configuração legal do facto precedente que origina as vantagens em causa). A previsão específica da autoria contemplada no citado n.º 3 do artigo 368.º-A, do Código Penal, acaba por alargar a factualidade típica a estas condutas de facilitação da ocultação e, no plano material, o bem jurídico tutelado (efectivação da justiça penal, pela perda das vantagens do crime) é agredido através da ocultação realizada com a informação falsa divulgada.

²² Sobre todas estas incriminações pode ver-se, com muita informação relevante, a dissertação de doutoramento de IGNACIO LLEDÓ BENITO, *La estafa de inversores*, Universidad de Granada, 2015, p. 37 e ss, agora em curso de publicação (2017).

²³ O novo crime foi introduzido pela Lei n.º 28/2017, de 30 de Maio, que adaptou o sistema sancionatório português ao regime europeu do abuso de mercado.

²⁴ Sobre o problema do auto-encobrimento e do encobrimento por terceiros na leitura do tipo incriminador do branqueamento, à luz do bem jurídico protegido e das regras do concurso, PEDRO CAEIRO, «A consunção do branqueamento pelo facto precedente», *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 187 e ss. Para uma leitura global da incriminação, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal* (cit. nota 7), artigo 368.º-A, anotação n.º 14 e ss, p. 1154 e ss.

A REVISÃO DAS DIRETIVAS DO ABUSO DE MERCADO: NOVO ÂMBITO, O MESMO REGIME*

Helena Magalhães Bolina

Maestría en Ciencias Jurídico-criminales, investigadora del CEDIS, doctoranda en la Facultad de Derecho de la Universidad Nova de Lisboa
Directora del Departamento de Contencioso de la Comisión del Mercado de Valores Mobiliarios

INTRODUÇÃO

Em 16 de abril de 2014 foi publicado o regulamento (UE) n.º 596/2014 (adiante MAR¹) e a diretiva (do Parlamento e do Conselho) 2014/57/UE (adiante nova MAD²) que vieram substituir a anterior diretiva sobre abuso de mercado (adiante MAD) e respetivos diplomas comunitários de concretização.

A publicação destes dois novos diplomas traduz a conclusão de um processo de avaliação do regime comunitário sobre abuso de mercado que teve início em 2007, pouco tempo após a sua transposição pelos Estados membros.

O presente texto tem como objetivo relatar as principais questões sobre que incidiu esse debate e enunciar as alterações introduzidas pelo novo regime comunitário que entrou em vigor em 2016.³

I. A HISTÓRIA DO REGIME COMUNITÁRIO DO ABUSO DE MERCADO

O pacote comunitário sobre abuso de mercado, agora revisto, data de 2003 e é constituído por um diploma de nível 1 - a diretiva 2003/06/CE (MAD) - e quatro diplomas de nível 2: três diretivas e um regulamento.⁴

A publicação, em 2003 e 2004, deste conjunto de diplomas comunitários sobre este tema inseriu-se no âmbito do objetivo de criação do mercado financeiro único. À data (maio de 2001) em que a Comissão Europeia apresentou uma proposta de diretiva sobre o abuso de mercado,⁵ não existia um regime europeu harmonizado sobre manipulação de mercado, uma vez que o único diploma comunitário vigente nesta matéria era a diretiva 89/592/CE que tinha exclusivamente como âmbito o abuso de informação privilegiada.

Foi o objetivo de estabelecer um *level playing field* ao nível europeu também quanto à prevenção da manipulação de mercado que esteve na origem da criação deste regime,⁶ para

¹ Sigla de *Market Abuse Regulation*.

² Sigla de *Market Abuse Directive*, expressão pela qual é comumente designada a diretiva sobre abuso de mercado de janeiro de 2003. A distinção no presente texto da diretiva de 2014 relativamente à de 2003 é efetuada, utilizando-se para a diretiva de 2014 a expressão «nova MAD». Esta opção assenta exclusivamente na facilidade de identificação dos diplomas, uma vez que, em rigor, o diploma que verdadeiramente veio substituir a MAD foi o MAR, o regulamento comunitário de 2014 e não a nova MAD, cujo âmbito se limita ao enquadramento criminal das condutas.

³ Todavia, a transposição das normas relativas à definição das sanções aplicáveis aos ilícitos no âmbito destes diplomas foi efetuada em Portugal com a publicação da Lei 28/2017, de 30 de maio. Na verdade, tratando-se embora de um Regulamento comunitário (e, por conseguinte, não carecendo de transposição), os Estados membros têm de elaborar as normas que preveem as sanções, uma vez que estas não estão definidas no Regulamento. Do MAR apenas consta a indicação de montantes mínimos de sanções pecuniárias que os Estados membros devem respeitar nessa definição. Assim, muito embora não haja lugar a produção legislativa nacional quanto à definição dos comportamentos ilícitos, pois esta já consta do MAR, as sanções têm de ser definidas pelos Estados membros.

⁴ Diretivas da Comissão 2003/124/CE, 2003/125/CE e regulamento da Comissão (CE) 2273/2003, todos de 22 de dezembro e diretiva 2004/72/CE, de 29 de abril, também da Comissão.

⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001PC0281&from=EN> (acedido em 24.06.2015)

⁶ Mais desenvolvidamente sobre as características do pacote comunitário sobre abuso de mercado de 2003-2004, Bolina, Helena «Market manipulation and Insider Dealing in the new Market Abuse Directive (2003/6/EC)», in

além de preocupações de reforço da supervisão desta matéria e da repressão dos respetivos ilícitos.

A designação abuso de mercado abrange, assim, o conjunto de normas destinadas a proteger a transparência e a regularidade do funcionamento do mercado e contempla os seguintes temas: abuso de informação privilegiada, manipulação de mercado, deveres de informação ao público e às entidades de supervisão, deveres de elaboração de listas de *insiders* e regulação da matéria relativa à divulgação das recomendações de investimento.

Em 2007, após a entrada em vigor na maioria dos Estados membros dos diplomas de transposição das diretivas, a Comissão Europeia solicitou a um grupo de peritos - o ESME, European Securities Markets Expert Group⁷ - que emitisse um parecer sobre a MAD que foi concluído em julho de 2007⁸ e onde são já enunciadas algumas dúvidas quanto a certos aspetos do regime, designadamente no que respeita à definição de informação privilegiada e aos critérios do diferimento de divulgação da informação.

Em novembro de 2007, o CESR⁹ elaborou, a pedido da Comissão, uma lista das sanções na área do abuso de mercado em todos os Estados membros,¹⁰ da qual resultava alguma disparidade ao nível das sanções definidas: as sanções pecuniárias previstas nas várias legislações nacionais oscilavam entre um máximo de 1200 euros e sanções pecuniárias ilimitadas e, no caso dos países em que o abuso de informação e a manipulação de mercado eram criminalizadas, entre o máximo de um ano de pena de prisão e um máximo de 15 anos.¹¹

Finalmente em novembro de 2008, a Comissão Europeia organizou uma conferência subordinada ao tema «Reviewing Market Abuse Regime» onde estiveram presentes participantes do mercado, supervisores e investidores, para debater o regime, a aplicação das diretivas e a necessidade da sua revisão.¹²

Na sequência destes contactos e das respostas que a Comissão Europeia foi recebendo sobre a matéria, em abril de 2009, a Comissão Europeia divulgou uma *call for evidence*¹³ sobre a eventual revisão das diretivas do abuso de mercado enunciando as questões que tinham sido debatidas ao longo do processo e que a Comissão incluiu nesse inquérito destinado a delimitar a necessidade e o âmbito de uma eventual revisão.¹⁴

EUREDIA (Revue Européenne de Droit Bancaire et Financier), 2001-2002/4, pp. 555-576 e «A manipulação de mercado e o abuso de informação privilegiada na nova directiva sobre abuso de mercado (2003/6/CE)», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 18 (agosto de 2004), pp. 62-71.

⁷ «Grupo Europeu de Peritos de Valores Mobiliários para prestar aconselhamento jurídico e económico no âmbito da aplicação das directivas da UE em matéria de valores mobiliários» criado por decisão da Comissão de 30 de Março de 2006 (2006/288/CE).

O grupo - que se manteve em funções até 2009 - era constituído por 20 membros, a maioria dos quais eram representantes de intermediários financeiros europeus. A composição do grupo está disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/esme/list_experts_en.pdf (acedido em 24.06.2015)

⁸ http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/esme/mad_070706_en.pdf (acedido em 24.06.2015).

⁹ Committee of European Securities Regulators (Comité das Autoridades de Regulação dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários) era um comité de natureza consultiva da Comissão Europeia, criado pela Decisão da Comissão Europeia n.º 2001/527/CE, de 06/06, onde estavam representados as autoridades de supervisão do Estado membros. A decisão pode ser consultada em (acedido em 24.06.2015):

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001D0527&from=PT>

¹⁰ http://www.esma.europa.eu/system/files/07_693_2_.pdf (acedido em 24.06.2015).

¹¹ Para uma comparação mais detalhada das sanções existentes à data nos vários países, veja-se o sumário executivo e as estatísticas realizadas pelo CESR no documento CESR/08-99, de fevereiro de 2008, disponível em http://www.esma.europa.eu/system/files/08_099.pdf (acedido em 24.06.2015).

¹² A conferência teve lugar em Bruxelas em 12 de novembro de 2008 e o resumo das intervenções pode ser consultado em http://www.eurocapitalmarkets.org/system/files/Report_MAD%20Conference.pdf (acedido em 24.06.2015).

¹³ O conteúdo da consulta, a descrição do processo e as respostas recebidas pode ser acedido em http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2009/market_abuse_en.htm (acedido em 24.06.2015).

¹⁴ Não obstante, a afirmação inicial constante do documento, no sentido de que este não constitui qualquer tomada de posição sobre o conteúdo de eventuais futuras propostas da Comissão, o documento adianta a posição da Comissão Europeia quanto aos aspetos que carecem de revisão.

As principais questões identificadas nesse processo como carecendo de revisão incidiam essencialmente sobre os seguintes temas: o âmbito de aplicação das diretivas, a definição de informação privilegiada e de manipulação de mercado e a questão do reforço da supervisão.¹⁵

A Comissão Europeia apresentou a primeira proposta de Regulamento¹⁶ e de nova Diretiva¹⁷ sobre abuso de mercado em outubro de 2011. Em julho de 2012 a Comissão apresentou propostas alteradas¹⁸ e, finalmente, em abril de 2014 foram publicados ambos os diplomas.

A revisão incidiu sobre os temas identificados nas consultas e no debate prévio. Todavia, como se verá, nos pontos seguintes, muitas das alterações inicialmente propostas para dar resposta a essas questões acabaram por ser revertidas e, em relação a muitos aspetos, o texto final do Regulamento é exatamente idêntico àquele que constava da MAD de 2003.

II. OS TEMAS DA REVISÃO

1. O âmbito de aplicação do regime comunitário sobre Abuso de Mercado

O âmbito de aplicação das diretivas do abuso de mercado de 2003-2004 encontra-se definido no artigo 9.º da MAD. Em função do objetivo expresso na diretiva de defesa da integridade dos mercados regulamentados, a definição desse âmbito fazia-se essencialmente em função dos instrumentos financeiros admitidos à negociação em mercado regulamentado.¹⁹ É o que resulta dos artigos 1.º, n.º 3 e 9.º da MAD.

Ainda assim, existia uma diferença entre, por um lado, o âmbito de aplicação do abuso de informação e o da manipulação de mercado.

Com efeito, no que respeita ao abuso de informação, o artigo 9.º da MAD referia instrumentos financeiros admitidos à negociação em mercado regulamentado, em relação aos quais se detenha informação privilegiada mas também outros instrumentos financeiros não admitidos mas cujo valor depende do valor de instrumentos financeiros admitidos a mercado regulamentado – artigo, 9.º, §2º.

O mesmo não sucedia relativamente à manipulação de mercado a que é feita referência apenas no §1 e não no §2, ou seja, ou seja apenas a parte em que o artigo refere instrumentos financeiros admitidos à negociação em mercado regulamentado.

Quer no caso do abuso de informação, quer no caso da manipulação de mercado o âmbito de aplicação da diretiva abrange quaisquer operações realizadas sobre instrumentos admitidos à negociação em mercado regulamentado, independentemente de onde tais operações se realizem. Ou seja, as operações sobre os instrumentos financeiros não têm de ser realizadas em mercado regulamentado.

¹⁵ Esta questão do reforço da supervisão foi tratada transversalmente em relação a todos os diplomas comunitários recentes na área do mercado financeiro, não sendo específica do novo regime do abuso de mercado.

¹⁶ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011PC0651> (acedido em 24.06.2015).

¹⁷ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011PC0654> (acedido em 24.06.2015).

¹⁸ Disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52012PC0421> e <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52012PC0420> (acedido em 24.06.2015).

¹⁹ É certo que a MAD era um diretiva de harmonização mínima, o que significa que os Estados membros poderiam alargar o respetivo âmbito de aplicação. É esse o caso da definição dos crimes de abuso de informação e de manipulação de mercado no Código dos Valores Mobiliários, da qual não consta qualquer condição relativa à admissão à negociação a mercado regulamentado dos valores mobiliários em causa nessas normas. Tais crimes já se encontravam definidos com esse âmbito antes da transposição da MAD. Todavia, as demais normas incluídas no âmbito da prevenção do abuso de mercado, como é o caso do dever de divulgação de informação privilegiada previsto no artigo 248.º do CódVM, já restringem a sua aplicação aos valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado.

Atendendo à redação do artigo 9.º da MAD de 2003, no caso da manipulação de mercado, suscitava-se a dúvida sobre se estariam abrangidas no âmbito da manipulação de mercado operações que incidissem sobre instrumentos financeiros não admitidos à negociação em mercado regulamentado.

Assim, a questão acerca do âmbito de aplicação do regime do abuso de mercado contempla, na verdade, dois aspetos distintos:

Um, relativo ao mercado ou sistema onde os instrumentos financeiros devem ser negociados para estarem abrangidos pelo âmbito do diploma e pela aplicação de todos os deveres nele previstos.

Outro, relativo ao facto de as proibições de abuso de informação e manipulação de mercado poderem ser preenchidas através de operações sobre quaisquer instrumentos financeiros, ainda que não sejam negociados em qualquer mercado mas apenas fora dele, como é o caso de alguns derivados, desde que entre estes e os instrumentos financeiros abrangidos exista uma relação de influência.

a) Alargamento do âmbito a MTF e OTF

Quanto ao primeiro aspeto apontado, a restrição do âmbito de aplicação das diretivas aos instrumentos admitidos a mercado regulamentado foi uma das principais dificuldades apontadas às diretivas, tendo a vista a necessidade de um sistema eficaz de tutela do regular funcionamento do mercado.

Com efeito, conforme se enuncia na *call for evidence*²⁰, desde a publicação da MAD registou-se um aumento dos volumes transacionados fora de mercado regulamentado (*market shift*), designadamente em MTFs²¹ após a DMIF, sendo que estes não estavam abrangidos pelos requisitos da MAD.

Cumprido, todavia, precisar o que significa o facto de os MTFs não estarem abrangidos no âmbito da MAD, uma vez que tal afirmação não é inteiramente rigorosa.

Na verdade, os MTF só não estão abrangidos pela proibição de transações constante da MAD relativamente aos instrumentos financeiros que não estejam também admitidos à negociação em mercado regulamentado. Ou seja, as operações sobre instrumentos financeiros admitidos a mercado regulamentado e que sejam simultaneamente negociados num MTF estavam sempre abrangidas no âmbito da MAD, nos termos do disposto no artigo 9.º, n.º 1, quer na parte em que são realizadas em mercado regulamentado, quer na parte em que são realizadas em MTF ou em qualquer outro local.

Em rigor, o que não estava abrangido no âmbito da MAD, não é o MTF em si mas os instrumentos financeiros que não estão admitidos à negociação em mercado regulamentado, nem em relação a eles foi solicitada a admissão.

Para além das normas que proíbem o abuso de informação e a manipulação de mercado, há que ter em conta que o regime do abuso de mercado abrange um conjunto de deveres que têm uma função preventiva dessas infrações. É o caso do dever a cargo dos emitentes de divulgação de informação privilegiada previsto no artigo 6.º, n.º 1 da MAD de 2003 e no artigo 248.º do Código do Valores Mobiliários (adiante CódVM), da elaboração de listas de insiders, da comunicação de transações de dirigentes, da comunicação de operações suspeitas.

Ora, nos termos da MAD de 2003, este conjunto de deveres apenas se aplicava a valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado. Esse âmbito objetivo de aplicação tinha, assim, consequência sobre a delimitação do próprio âmbito subjetivo dos

²⁰ Cit., p.4.

²¹ *Multilateral Trading Facility* ou Sistema de Negociação Multilateral, definido no artigo 4.º, n.º 1, ponto 22 da Diretiva 2014/65/EU (nova DMIF) e, entre nós, no artigo 200.º do CódVM.

deveres: só os emitentes de valores mobiliários admitidos a mercado regulamentado e os seus dirigentes ficavam abrangidos por estas disposições.

Alargar o âmbito de aplicação do regime do abuso de mercado a instrumentos não admitidos a mercado regulamentado mas admitidos, designadamente, a MTFs significa estender também esses deveres aos emitentes de instrumentos financeiros não admitidos a mercado regulamentado e, relativamente à comunicação de transações, aos respetivos dirigentes. Esta circunstância poderia não se revelar muito adequada ou proporcionada a certos segmentos de mercado, sobretudo tendo em conta que a seleção para negociação em MTF independe por vezes da vontade do próprio emitente que, por ato alheio, ficaria onerado com o cumprimento de deveres de informação e respetivas consequências infracionais em caso de incumprimento.

A solução adiada pelo novo regime europeu de 2014 pretende alcançar um equilíbrio entre as preocupações descritas.

Por um lado, o artigo 2.º do MAR delimita o âmbito de aplicação do regime em função dos instrumentos financeiros admitidos à negociação a mercado regulamentado ou negociados num MTF ou num OTF.²²

Por outro lado, a propósito de cada dever preventivo, o MAR acautela aquelas outras preocupações, impondo esses deveres quando estejam em causa instrumentos financeiros admitidos à negociação em mercado regulamentado mas acrescentando outras condições para a aplicação desses deveres nos casos de instrumentos financeiros admitidos exclusivamente a MTF ou OTF.

Com efeito, no artigo 17.º, que regula o dever a cargo do emitente de divulgação de informação privilegiada, no artigo 18.º quanto à elaboração de listas de *insiders* e no artigo 19.º, quanto à comunicação de transações de dirigentes, quanto a emitentes cujos valores mobiliários sejam negociados exclusivamente em MTF ou OTF, o MAR restringe a aplicação dos deveres àqueles casos em que os emitentes tenham aprovado essa admissão à negociação num MTF ou num OTF ou a tenham solicitado eles próprios (artigo 17.º MAR, n.º 1, §3, 18.º, n.º 7 e 19.º, n.º 4, alínea b).

O MAR prevê também algumas adaptações no caso de emitentes admitidos à negociação num mercado de PME em crescimento²³: o artigo 17.º, n.º 9 do MAR prevê, em relação ao dever de disponibilizar a informação privilegiada no *site* do emitente, que este possa ser substituído pela divulgação no próprio *site* da plataforma de negociação e, no artigo 18.º, n.º 6, dispensa estes emitentes da elaboração de listas de *insiders*, verificadas certas condições.

b) Alargamento do âmbito da manipulação de mercado a instrumentos financeiros negociados fora de mercado (OTC)

A segunda questão relativa ao âmbito prende-se com a determinação do âmbito de aplicação das proibições.

Com efeito, ainda que os mercados que se visa proteger sejam os mercados regulamentados no caso da MAD de 2003, e também os MTFs e OTFs no caso do MAR, a questão que se coloca é a de saber se as infrações de abuso de informação e de manipulação de mercado apenas são concretizadas quando os agentes transacionem diretamente os instrumentos financeiros abrangidos pelo âmbito de aplicação ou se tais proibições se estendem também a outros instrumentos financeiros.

Como se referiu, a MAD de 2003 incluía expressamente no âmbito do abuso de informação privilegiada a proibição de transacionar instrumentos financeiros não negociados em mercado mas cujo valor dependia de instrumentos admitidos a mercado regulamentado.

²² *Organised Trading Facility* ou Sistema de Negociação Organizada definido no artigo 4.º, n.º 1, ponto 23 da Diretiva 2014/65/EU (nova DMIF).

²³ Previsto no artigo 33.º da nova DMIF.

No artigo 9.º da MAD não se referia expressamente que o mesmo fosse aplicado à manipulação de mercado, razão pela qual tal veio a ser expressamente consagrado no artigo 2.º do MAR.

Todavia, esta consagração não parece ser mais do que um esclarecimento (útil), uma vez que o âmbito da aplicação das proibições incluídas na manipulação de mercado não era exclusivamente recortado pelo disposto no artigo 9.º da MAD de 2003.

Diferentemente do que sucedia com o abuso de informação, em que a MAD, no seu artigo 2.º, reportava a proibição de transações expressamente aos instrumentos financeiros em relação aos quais se detinha informação privilegiada (portanto, os negociados em mercado regulamentado), o âmbito das proibições da manipulação não continha essa restrição.

E, por as proibições de manipulação de mercado não conterem essa restrição, não havia necessidade de alargar o seu âmbito, como se fazia para o abuso de informação, no n.º 2 do artigo 9.º, que dispunha constituir também abuso de informação as operações sobre instrumentos financeiros não admitidos, cujo valor dependia dos admitidos a mercado regulamentado.

No caso do abuso de informação, se não houvesse a extensão do artigo 9.º, a proibição não se aplicava às transações de instrumentos financeiros não admitidos porque o artigo 2.º, n.º 1 refere a proibição à transação de instrumentos financeiros a que a informação privilegiada diz respeito. No caso da manipulação, o âmbito definido no artigo 1.º da MAD não estava restringido a transações sobre instrumentos admitidos e, se o âmbito não estava à partida restringido, não havia necessidade de o alargar no artigo 9.º, como se fez para o abuso de informação.

Nestes termos, a ausência de referência no §2 do artigo 9.º à manipulação de mercado não significava uma restrição do âmbito da manipulação mas apenas uma desnecessidade dessa referência.

Com efeito, o artigo 1.º, n.º 2, da MAD, quando define manipulação de mercado nunca afirma que as operações proibidas são as realizadas sobre instrumentos financeiros admitidos à negociação em mercado regulamentado mas apenas que são proibidas as operações ou ordens que sejam suscetíveis de originar indicações falsas ou enganosas quanto à oferta ou à procura desses instrumentos. Desde que as operações sejam suscetíveis de produzir este efeito sobre instrumentos admitidos à negociação em mercado regulamentado, não há qualquer razão para exigir (uma vez que tal não está na norma) que essas ordens tenham de ser dadas sobre os próprios instrumentos admitidos.

Aliás, a manipulação pode, até, ser realizada sem que se adquiram quaisquer instrumentos financeiros, como é o caso da manipulação ruidosa.

Assim sendo, qualquer ordem ou operação, seja sobre que instrumento for (e, até, simplesmente a divulgação de informação na comunicação social) que seja suscetível de produzir esse efeito sobre os instrumentos financeiros admitidos a mercado regulamentado já seria proibida à luz das regras da manipulação de mercado da MAD de 2003.

O que significa que, mesmo à luz do disposto na MAD de 2003, a realização de transações sobre derivados não admitidos a mercado regulamentado apta a produzir indicações enganosas sobre a oferta ou a procura de instrumentos financeiros admitidos (situação hoje expressamente referida no artigo 2.º, n.º 1, alínea d) do MAR) estava incluída no âmbito da previsão de manipulação de mercado do artigo 1.º.

Contudo, as dúvidas que sempre foram suscitadas acerca do âmbito de aplicação das proibições de manipulação de mercado concorrem claramente para afirmar a bondade deste esclarecimento do MAR.

c) Outros alargamentos de âmbito: licenças de emissão, contratos de mercadorias à vista e índices de referência

Para além dos aspetos já enunciados, o MAR, no n.º 1 do seu artigo 2.º, inclui no seu âmbito de aplicação, as licenças de emissão de gases com efeito de estufa, na sequência da sua qualificação como instrumentos financeiros pela nova DMIF,²⁴ estabelecendo ao longo do diploma previsões específicas para as licenças de emissão quanto à definição de informação privilegiada (7.º), ao abuso de informação (8.º), à manipulação de mercado (12.º), à divulgação de informação privilegiada (17.º), à elaboração de listas de *insiders* (18.º) e à comunicação de transações de dirigentes (19.º).

Já quanto aos contratos de mercadorias à vista e índices, a sua inclusão respeita unicamente às condutas proibidas no âmbito da manipulação de mercado - artigos 2.º, n.º 2 e 12.º, n.º 1, alínea d).

2. A definição de informação privilegiada

Um dos temas que mais dúvidas gerou no regime comunitário do abuso de mercado foi o da definição de informação privilegiada.

A definição de informação privilegiada na MAD de 2003, em si, não sofreu grande alteração relativamente ao conceito da anterior diretiva 89/592/CEE e que entre nós constava já do disposto no artigo 378.º do CódVM.

Os requisitos da informação privilegiada mantiveram-se idênticos: para ser qualificada como privilegiada, a informação tem de ser específica, precisa, *price sensitive* e não pública. O que o regime comunitário de 2003 veio acrescentar, no que à definição respeita, foi uma definição mais detalhada da definição do carácter preciso e *price sensitive*.²⁵

A questão colocada quanto à definição de informação privilegiada introduzida pela MAD não está, assim, relacionada com a definição do conceito mas com a dupla relevância que esse conceito de informação privilegiada passou a ter.

O que sucede é que, no regime anterior à MAD de 2003, o conceito de informação privilegiada tinha relevo exclusivamente para a infração de abuso de informação.

O dever de divulgação de informação a cargo dos emitentes era recortado pelo conceito de factos relevantes que o artigo 248.º do CódVM, na redação anterior à transposição da MAD de 2003, definia, em linha com o disposto na diretiva 2001/34/CE, como sendo factos ocorridos na esfera de atividade de um emitente que não sejam do conhecimento público e que, devido à sua incidência sobre a situação patrimonial ou financeira ou sobre o andamento normal dos seus negócios, sejam suscetíveis de influir de maneira relevante no preço.

A grande alteração do regime comunitário de 2003, no que à informação privilegiada respeita, foi a eliminação do conceito de factos relevantes e a sua substituição, para efeito do dever de divulgação de informação, pelo conceito de informação privilegiada.

Ou seja, o conceito de informação privilegiada passou a ter uma dupla relevância: como pressuposto da infração de abuso de informação e como pressuposto do dever de divulgação de informação por parte dos emitentes.

É certo que, quanto a este dever, o conceito sofre uma restrição de âmbito, na medida em que os emitentes apenas têm de divulgar a informação que lhes diga diretamente respeito mas, ainda assim, a substituição do pressuposto do dever de divulgação implicou para os emitentes que tal dever se constituísse mais cedo do que sucedia no caso dos factos relevantes.

A isto acresce o facto de a MAD de 2003 tomar claramente partido quanto à questão da divulgação de negociações, na medida em que possam constituir já informação privilegiada,

²⁴ Diretiva 2014/65/EU, de 15/05, relativa aos mercados de instrumentos financeiros.

²⁵ Com detalhe sobre a definição destas características e as concretizações levada a cabo pela MAD de 2003, veja-se Santos, Filipe Matias, *Divulgação de Informação privilegiada*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 58-87.

conforme decorre do que se dispõe no artigo 3.º, n.º 1, alínea a) da diretiva (de concretização da MAD) n.º 2003/124/CE.

Esta situação de divulgação mais prematura poderia naturalmente causar dificuldades aos emitentes, ao impor a divulgação de informação relativa a fases negociais, na medida em que tal divulgação poderia prejudicar o bom andamento e o sucesso de tais negociações.

Assim sendo e como forma de equilibrar o regime, a MAD de 2003 previa a possibilidade de diferimento da divulgação subordinada a três condições: a divulgação pudesse prejudicar os legítimos interesses do emitente, o diferimento não fosse suscetível de induzir o público em erro e o emitente fosse capaz de assegurar a confidencialidade da informação (artigo 6.º, n.º 2).

As críticas a este regime incidiram sobre os dois aspetos: a dupla relevância do conceito de informação privilegiada e as condições exigidas para o diferimento que se consideravam difíceis de satisfazer, especialmente no caso da não suscetibilidade de induzir o público em erro.²⁶

Houve várias propostas no sentido do retorno ao modelo anterior à MAD: o conceito de informação privilegiada relevaria apenas como pressuposto do abuso de informação e voltaria a usar-se um conceito semelhante ao dos factos relevantes como pressuposto do dever de divulgação. Foi também intensamente debatida a necessidade de reformulação das condições exigidas para o diferimento.

A proposta de Regulamento inicialmente apresentada pela Comissão Europeia tentava dar acolhimento a algumas destas críticas fazendo uma distinção, na alínea e) do n.º 1 do artigo 6.º, quanto ao conceito de informação privilegiada, falando, de modo não inteiramente compreensível, de informação não abrangida pelo conceito geral de informação privilegiada mas «relativa a um ou mais emitentes de instrumentos financeiros ou a um ou mais instrumentos financeiros, que, em geral, não é divulgada ao público mas que, caso fosse posta à disposição de um investidor razoável que negocia regularmente no mercado e no instrumento financeiro ou num contrato de mercadorias à vista com eles relacionado, seria considerada por essa pessoa como pertinente para determinar as condições de execução das operações sobre esse instrumento financeiro ou de um contrato de mercadorias à vista com ele relacionado».

Ou seja, na verdade, uma definição que em nada se afastava do conceito de informação privilegiada previsto na alínea a) desse artigo e dando, assim, lugar a uma construção, algo peculiar, de informação que é privilegiada e, ao mesmo tempo, não é.

Desta modalidade especial de informação privilegiada estavam os emitentes dispensados de divulgação no n.º 3 do artigo 12.º da proposta inicial de regulamento, embora a mesma contasse como pressuposto da infração de abuso de informação no artigo 7.º da mesma proposta.

Este ensaio de distinção entre a informação privilegiada para efeito da infração de abuso de informação e como pressuposto do dever de divulgação de informação pelos emitentes veio a soçobrar nas discussões subsequentes, mantendo-se na versão final do MAR a dupla relevância do conceito de informação privilegiada nos mesmos exatos termos em que constava da MAD de 2003.

Não há, assim, no novo regime qualquer distinção no conceito de informação privilegiada ou na sua relevância relativamente ao regime que a MAD dispunha.

O MAR veio, inclusivamente, reforçar certos aspetos da qualificação de informação privilegiada no que respeita a fases negociais, estabelecendo claramente no artigo 7.º relativo à definição de informação privilegiada, no seu n.º 3 que «um passo intermédio num

²⁶ Veja-se com detalhe o relato dessas objeções em Di Noia, Carmine e Gargantini, Matteo, «The Market Abuse Directive Disclosure Regime in Practice: Some Margins for Future Actions», *Rivista delle Società*, n.º 4/2009, pp. 782-835.

processo continuado no tempo pode constituir informação privilegiada se, por si só, cumprir os requisitos da informação privilegiada». Este entendimento entre nós tinha já sido afirmado pelo Tribunal da Relação de Lisboa logo em 2004, no âmbito de um processo sobre abuso de informação.²⁷ O mesmo entendimento sufragou aquele Tribunal, no âmbito de recursos de contraordenação por violação do dever de divulgação de informação privilegiada.²⁸

Quanto às condições do diferimento, o MAR manteve também, no n.º 4 do seu artigo 17.º, as condições de diferimento tal e qual estavam definidas na MAD, acrescentado o dever de informar a autoridade competente desse diferimento imediatamente após a cessação do diferimento e a correspondente divulgação. Ou seja, a decisão de diferimento continua exclusivamente na responsabilidade do emitente e o regulador não tem de ser informado nesse momento mas apenas quando a informação é divulgada.²⁹

Esta situação apenas é excecionada quando se trate de um emitente que seja uma instituição de crédito ou outra instituição financeira e esteja em causa a estabilidade do sistema financeiro (n.ºs 5 e 6 do artigo 17.º). Nesse caso, as condições do diferimento são diferentes: risco de comprometer a estabilidade financeira do emitente, em lugar do prejuízo para os seus legítimos interesses; o diferimento ser do interesse público, em lugar da insusceptibilidade de induzir o público em erro. As exigências de confidencialidade mantêm-se mas o emitente tem de obter o consentimento da autoridade competente a fim de poder diferir a informação.

Pelo que, em relação ao regime geral do diferimento previsto no n.º 4 do artigo 17.º do MAR, continua a ser exigido que o diferimento não seja suscetível de induzir o público em erro.

A dificuldade de interpretação dessa condição reside no facto de, tratando-se de informação privilegiada, um dos requisitos consistir em ser informação «que um investidor razoável utilizaria normalmente para fundamentar em parte as suas decisões de investimento» (artigo 7.º, n.º 4 do MAR). Não será fácil considerar que a omissão da divulgação deste tipo de informação não é suscetível de induzir os investidores em erro.

Perante idêntico regime da MAD de 2003 e por forma a dar alguma utilidade ao regime do diferimento, alguns autores sugeriram interpretar esta condição no sentido de a suscetibilidade de induzir o público em erro existir somente nos casos em que a informação não divulgada seja de sentido contrário às expectativas que o mercado tem sobre aquele emitente.³⁰

Em conclusão, com a exceção da necessidade de informar (*a posteriori*) o regulador da decisão de diferimento e dos casos de risco para a estabilidade do sistema financeiro quando se trate de emitentes que sejam instituições de crédito ou outras instituições financeiras, o dever de divulgação de informação e as condições do diferimento mantêm-se exatamente igual ao regime que constava da MAD de 2003.

3. Definição de abuso de informação:

a) A “conduta legítima”

²⁷ Acórdão de 24.12.2004 e também de 22.06.2006 e de 23.10.2007.

²⁸ Acórdãos de 01.02. 2011 (Proc. 1022/09, 3ª Secção), 06.07.2011 (Proc. 1485/08, 3ª Secção), 25.10.2011 (Proc. 464/09, 5ª Secção), 15.11. 2011 (Proc. 575/10, 5ª Secção), 09.02.2012 (Proc. 705/09, 9ª Secção) e de 17.02.2013 (Proc. 575/10, 5ª Secção).

²⁹ Pode duvidar-se da utilidade deste dever mas ele tem, pelo menos, a virtualidade de permitir estabelecer que a não divulgação se deveu a uma situação de diferimento de informação privilegiada e não a um entendimento do emitente de que não havia informação privilegiada a divulgar, assim dispensando o debate sobre a qualificação da informação, bastando que seja submetidas a análise a questão da verificação das condições do diferimento.

³⁰ É a sugestão que consta do Relatório do ESME (cit., p. 9). Todavia, Di Noia (cit., p. 22) entende que essa é apenas uma solução de recurso, atenta a dificuldade de avaliar as expectativas do mercado.

A descrição das condutas proibidas, quando em presença de informação privilegiada, é idêntica à da MAD de 2003, o que poderia conduzir à conclusão de que a definição da infração se mantém idêntica.

Todavia, o MAR utiliza, a propósito do abuso de informação, uma técnica - que não constava da MAD - que é a definição de exceções e exclusões do âmbito de aplicação da infração e que consta do artigo 9.º do MAR, subordinada à epígrafe «conduta legítima».

Nos números 1 e 2 desse artigo, o MAR enuncia um conjunto de situações que afastam a qualificação como abuso de informação (mas apenas, numa primeira linha, como se verá adiante) de atuações levadas a cabo por pessoas coletivas ou por quem as represente.

No número 2 do artigo, identificam-se especificamente as situações em que a pessoa coletiva em causa é um criador de mercado ou tem como atividade a prestação do serviço de execução de ordens, desde que as transações sejam feitas no normal exercício da sua atividade.

No número 1, o objetivo parece ser o de evitar a comunicação da responsabilidade à pessoa coletiva das transações efetuadas por pessoas singulares que agem em seu nome, quando existam mecanismos adequados e eficazes para garantir que a pessoa singular que realiza as transações (e as pessoas que possam ter tido influência nessa decisão) não estava na posse de informação privilegiada (alínea a)) e que a pessoa coletiva não induziu, recomendou ou influenciou por qualquer modo a pessoa singular a fazer essas transações (alínea b)).

Os requisitos são cumulativos e suscitam algumas dificuldades de interpretação.

Quanto ao que se dispõe na alínea a), parece claro que, se se vier a demonstrar que a pessoa singular que efetuou as transações estava na posse de informação privilegiada, tal circunstância impede a consideração de que a condição foi respeitada. Com efeito, se a pessoa que realiza as transações está na posse da informação privilegiada, tal evidencia que os procedimentos instituídos para evitar esse acesso não foram eficazes. Sendo a eficácia dos procedimentos um requisito desta condição (e não apenas a existência de procedimentos adequados), esta falha a sua verificação se a pessoa singular em causa, de facto, detiver a informação.

Já a exigência da alínea b) do nº 1 de que a pessoa coletiva não influencie a decisão de aquisição é mais difícil de configurar, uma vez que, se a pessoa singular age em nome da pessoa coletiva, realizará as transações, não por sua iniciativa, mas por indicação da pessoa coletiva em nome de quem age. Pelo que não se vislumbra facilmente uma situação em que uma pessoa realiza transações em nome de outra, sem que esta tenha qualquer influência sobre essa decisão.

O número 3 do referido artigo abrange pessoas singulares e coletivas e contém alguns aspetos que constituem, na verdade, apenas esclarecimentos de situações que já anteriormente não eram consideradas abrangidas no âmbito do abuso de informação.

A primeira delas consiste numa situação de desfasamento temporal entre o momento em que é tomada a decisão de transacionar e é dada a ordem (em que a pessoa não estava na posse de informação privilegiada) e o momento em que os instrumentos financeiros são efetivamente transmitidos (em que já detém informação privilegiada). Naturalmente que a prática da infração pressupõe uma coincidência temporal entre a ordem de transacionar e a detenção de informação privilegiada, pelo que, ainda que o MAR não dispusesse desta referência, esta situação não poderia ser enquadrada, uma vez que o regime do abuso de informação não impõe que quem está na posse de informação privilegiada tenha de alterar as decisões que previamente tomou e que o virão beneficiar em função da superveniência de novos factos.

A proibição de abuso de informação não visa evitar que os investidores tenham ganhos com o facto de acontecerem situações que valorizam os emitentes, mas sim evitar que esses

ganhos surjam em virtude de assimetria informativa, à data da decisão de investimento, entre o investidor que realiza esses ganhos e os demais investidores.

Se a decisão de investir ou desinvestir foi tomada num momento em que não existia assimetria informativa, como é o caso das duas alíneas deste número 3, não há razão para que o investidor venha a ser penalizado pelas transações.

O MAR acrescenta, todavia, a exigência de que essas transações sejam feitas de boa fé e não para contornar a proibição de abuso de informação (9.º, n.º 3). Sendo justamente a característica destas duas situações o facto de o investidor não estar na posse da informação privilegiada quando tomou a decisão, não se compreende inteiramente em que medida é que poderia contornar a proibição de abuso de informação privilegiada, quando não estava na posse desta. Todavia esta condição, não acrescentando aparentemente nada de relevante àquilo que já serão, em si, as características das condições descritas, tem a virtualidade de constituir um *fecho de segurança* perante a variedade das situações da vida que podem vir a enquadrar-se nestes casos, garantindo que a exclusão do âmbito do abuso de informação se fará sempre num contexto de atuação de boa fé.

A maior dificuldade interpretativa suscitada por este artigo reside no facto de, por um lado, boa parte destas exclusões incluírem uma salvaguarda no sentido de referir que estas atuações não consistem necessariamente em abuso de informação mas abrindo a possibilidade de o serem. O que significa que não constituem propriamente *safe harbours* no mesmo sentido em que o são as normas relativas aos programas de recompra ou a estabilização (artigo 5.º).

A ideia de que estas situações não constituem necessariamente abuso de informação mas podem ser consideradas como tal é também afirmada pelo que dispõe o n.º 6 do mesmo artigo 9.º, onde se estabelece que as situações descritas podem constituir abuso de informação, se a autoridade competente determinar que existiu uma razão ilegítima subjacente às ordens.

Esta parte do artigo carece de interpretação cuidadosa, uma vez que este artigo releva também para o crime de abuso de informação previsto no artigo 3.º da nova MAD, por via do disposto no n.º 8 desse artigo.

Atendendo à vigência do princípio da legalidade na definição das infrações (e especialmente dos crimes) não pode a definição do que seja uma infração depender daquilo que a autoridade administrativa defina, caso a caso, como sendo uma razão ilegítima para transacionar, fora do quadro da previsão legal do abuso de informação.

A maioria das situações previstas na norma são situações em que, ou a pessoa que transaciona não tem qualquer informação privilegiada quando dá a ordem, ou a detenção de informação privilegiada não releva para a transação.

Parece, assim, poder concluir-se que a razão de ser da previsão deste conjunto de condutas é a de não penalizar aquelas situações em que aquilo que se visa evitar com a repressão do abuso de informação não é colocado em causa. Nesse sentido concorre o que o MAR afirma no considerando 24 quanto ao objetivo do regime do abuso de mercado «que consiste em proteger a integridade do mercado financeiro e reforçar a confiança dos investidores, baseada, por seu lado, na garantia de que os investidores se encontram em pé de igualdade e protegidos da utilização ilícita de informação privilegiada».³¹

Assim, a razão ilegítima que a autoridade administrativa pode determinar existir nos termos do n.º 6 deste artigo 9.º é a verificação de que existiu efetivamente uma situação de

³¹ Noutro considerando, o 23, afirma-se no MAR que a característica do abuso de informação consiste na obtenção de um benefício indevido a partir da informação privilegiada em detrimento de terceiros que desconhecem tal informação. Há que precisar que, não obstante esse ser um fundamento da previsão desta conduta como infração, a obtenção de benefício não é um pressuposto da infração: a infração é cometida independentemente do facto de o agente vir ou não a retirar um benefício da sua atuação. Aliás, este pressuposto da obtenção de um benefício foi uma das alterações de relevo na definição da infração que a MAD introduziu em 2003.

assimetria informativa em relação a informação privilegiada que esteve na origem da atuação dos agentes.

Circunstância que sempre estaria abrangida pela definição de abuso de informação do artigo 8.º.

Será o caso, por exemplo, da necessária conjugação entre a previsão da alínea b) do n.º 2 deste artigo 9.º, relativa à execução de ordens de clientes, quando esteja em causa a atuação com informação privilegiada sobre as próprias ordens dos clientes, tal como definida no artigo 7.º, n.º 1, alínea d).

Ou seja, mesmo que um intermediário financeiro se limite a executar ordens de clientes no exercício da sua atividade, se organizar essa execução de ordens em função da informação privilegiada que detém quanto à ordem de um cliente (como é o caso nas condutas de *front running*) pratica abuso de informação, ainda que o faça no exercício da sua atividade profissional.

Isto significa que, não obstante estar descrita no artigo 9.º como não sendo necessariamente abuso de informação a execução de ordens de clientes quando o intermediário financeiro detém informação privilegiada, caso seja precisamente a detenção dessa informação privilegiada que determina a sua atuação, a exclusão não se aplica. E não se aplica porque efetivamente a razão para a atuação é ilegítima, à luz das proibições do abuso de informação.

Em função do princípio da legalidade, a autoridade administrativa não pode considerar, para efeito da imputação do crime (ou da contraordenação) de abuso de informação outras razões ilegítimas para as transações - designadamente evasão fiscal ou branqueamento de capitais - que não os próprios pressupostos da definição da infração em causa.

Poderá naturalmente, caso verifique que tais razões estão subjacentes às transações, denunciar as suspeitas desses outros crimes às autoridades competentes, mas não poderá considerar essas razões ilegítimas como parte dos pressupostos da infração de abuso de informação.

b) Abuso de informação e transações de dirigentes

O artigo 19.º, n.º 11, do MAR veio introduzir uma proibição de os dirigentes transacionarem ações ou instrumentos de dívida do emitente durante o período de 30 dias que antecede a divulgação de um relatório financeiro intercalar ou de um relatório anual.

A instituição de um período fechado a transações de dirigentes havia já sido considerada quando da elaboração da MAD de 2003 mas a opção legislativa final consistiu em deixar essas situações no âmbito da proibição geral de abuso de informação: os dirigentes que detivessem informação privilegiada estavam, nos termos da previsão geral, proibidos de transacionar, independentemente de o fazerem 29, 30 ou 31 dias antes da divulgação da informação.

Esse enquadramento dependia, todavia, da verificação do facto da detenção da informação por parte do dirigente.

Esta nova previsão contempla uma proibição simples de transacionar, independentemente do facto de o dirigente deter ou não a informação.

Todavia, as normas do abuso de informação não deixam de ser aplicáveis, pelo que a infração de abuso de informação sempre se verificará naquelas situações em que em que, detendo informação privilegiada, o dirigente transaciona e, neste caso, independentemente da definição de qualquer período. Isto significa que, o facto de o dirigente transacionar fora do período fechado (a 31 ou 32 dias da divulgação das contas, por exemplo) exime-o da aplicação desta disposição mas não das normas relativas ao abuso de informação: em todas as situações em que verifiquem os respetivos pressuposto, as normas que proíbem o abuso de informação serão aplicáveis.

4. Definição de manipulação de mercado

a) Práticas de Mercado Aceites

No que respeita à definição de manipulação de mercado, o essencial das preocupações residia na possibilidade prevista na MAD de cada Estado membro poder definir práticas de mercado aceites específicas para o seu mercado e que os participantes no mercado entendiam ser geradora de incerteza quanto à definição dos comportamentos ilícitos.

Com efeito, a aceitação de uma prática de mercado implica a exclusão desse comportamento do âmbito da definição de manipulação de mercado, constituindo, assim, um *safe harbour* naquele ordenamento específico (mas não nos demais).

Esta possibilidade poderia afetar a harmonização do regime do abuso de mercado, na medida em que, em relação a um aspeto central do regime como é a manipulação de mercado, a definição do comportamento ilícito não seria coincidente.

Durante os anos de vigência do regime do abuso de mercado houve lugar à definição de dez práticas de mercado aceites.³²

A Comissão Europeia suscitou a questão da introdução de mecanismos que permitissem uma maior convergência das práticas adotadas. O artigo 13.º do MAR manteve as mesmas condições para a definição da prática mas reforçou os procedimentos quanto ao acordo (ou melhor, não oposição) dos vários reguladores e também da ESMA relativamente à aceitação da cada prática.

b) A divulgação de informações falsas ou enganosas

A definição de manipulação de mercado da anterior MAD contemplava uma modalidade de manipulação que é a divulgação de informações suscetíveis de dar indicações falsas ou enganosas. Esta modalidade, entre nós, encontrava-se prevista no artigo 379.º do CódVM relativo à manipulação de mercado, ainda antes da transposição das diretivas.

O regime da MAD de 2003, na parte final do n.º 2 do artigo 1.º, enunciava três exemplos de manipulação, um dos quais consiste no facto de alguém «tirar proveito do acesso pontual ou regular aos meios de comunicação social [...] emitindo opiniões sobre um instrumentos financeiro [...], tendo previamente tomado posições nesse mesmo instrumento financeiro e tirando seguidamente proveito do impacto dessa opinião no preço do instrumento financeiro, sem simultaneamente haver revelado ao público, de forma adequada e eficaz, o conflito de interesses existente».

Esta matéria era também abordada a propósito da divulgação de recomendações de investimento (diretiva nível 2 da MAD, n.º 2003/125/CE), através das regras que impõem a divulgação de conflitos de interesses subjacentes à recomendação. Tais regras constam hoje do Regulamento Delegado (UE) 2016/958 da Comissão, de 9 de março de 2016.³³

A inclusão deste comportamento no âmbito da manipulação de mercado pressupõe a identificação de um elemento apto a dar indicações falsas ou enganosas, tal como se descreve na alínea c) do n.º 2 da MAD de que este comportamento é exemplo. Não se exige, todavia, que a opinião emitida seja falsa pelo que esse elemento enganatório resulta, não tanto da qualidade da opinião emitida, mas do facto de ser omitido ao público que quem a emite detém em carteira os instrumentos financeiros sobre que está a emitir opinião.

Este regime não foi alterado no novo MAR que mantém o exemplo na alínea d), do n.º 2 do artigo 12.º, relativo à manipulação de mercado. Contudo, do considerando 28 do

³² Divulgadas no *site* da ESMA: <http://www.esma.europa.eu/page/accepted-markets-practices>.

³³ Em concretização das normas constantes do MAR, foram já publicados 13 diplomas, entre diplomas de execução e regulamentos delegados. Os mesmos podem ser consultados em: http://eur-lex.europa.eu/search.html?lang=en&SUBDOM_INIT=ALL_ALL&DTS_DOM=ALL&type=advanced&DTS_SUBDOM=ALL_ALL&qid=1496749660847&LB=32014R0596&SELECT=LB_DISPLAY&locale=pt (acedido em 06.06.2017). O MAR sofreu também já alterações introduzidas pelos regulamentos do Parlamento Europeu e do Conselho (UE) 2016/1033, de 23 de junho de 2016 e (UE) 2016/1011, de 8 de junho de 2016.

Regulamento parece resultar que o conhecimento sobre a futura divulgação dessa opinião pode constituir informação privilegiada e que a negociação com base nesse conhecimento pode constituir abuso de informação, na medida em que seja expectável que a divulgação dessas opiniões contribua para a formação dos preços.

Estes comportamentos continuam, além disso, a ser abarcados pela violação de deveres específicos, seja quanto à divulgação de conflitos de interesses nas recomendações de investimento (artigo 20.º do MAR), seja quanto a proibições de transações por parte das pessoas envolvidas na elaboração de recomendações que constam do conjunto de normas destinadas a regular a atividade dos intermediários financeiros (artigo 309.º-D do CódVM).

Assim, há que delimitar, quanto a este caso, o âmbito de aplicação, respetivamente, do abuso de informação e da manipulação de mercado, atenta a aparente sobreposição de enquadramento.

O considerando 28 da diretiva, ao referir este comportamento, reporta-o a «opiniões de um comentador ou de uma instituição de mercado reconhecidos que podem influenciar os preços dos instrumentos financeiros com elas relacionados».

A informação que se qualifica como privilegiada é, então, a divulgação da opinião enquanto facto que é apto a produzir um efeito sobre o preço do instrumento financeiro - e que portanto, diz respeito a um instrumento financeiro - na medida em que concorre para a definição do respetivo preço. O abuso de informação consistira em transacionar, estando na posse do conhecimento acerca dessa divulgação.

A distinção entre o âmbito de aplicação da manipulação de mercado e do abuso de informação deverá, então, ser realizada em função do comportamento que se está a considerar.

Sendo a opinião emitida apta a dar indicações falsas ou enganosas, através da omissão de transparência quanto às participações detidas por quem emite a opinião, o comportamento que deverá ser enquadrado como manipulação de mercado - em função da presença do elemento enganatório que consiste em omitir essas participações - é a própria divulgação de opinião, tirando seguidamente proveito do impacto sobre o preço do instrumento financeiro decorrente da divulgação dessa opinião.

O que poderá ser enquadrado como abuso de informação (mesmo que haja cumprimento dos deveres de transparência quanto às participações detidas) não é a própria divulgação da opinião mas o comportamento que consiste em transacionar antes dessa divulgação, com o conhecimento de que essa divulgação irá ter lugar.

Os comportamentos abrangidos são diferentes e pode bem suceder que os agentes também não sejam os mesmos: a pessoa que comete o abuso de informação pode não ser aquela que emite a opinião mas apenas uma pessoa que tem conhecimento do conteúdo da opinião que vai ser divulgada e da sua futura divulgação.

E, para que esse conhecimento traduza a detenção de informação privilegiada, será necessário que essa informação (a divulgação da opinião) seja apta a produzir um efeito sobre o preço dos instrumentos financeiros.

Este impacto é usual quando se trata de recomendações dadas por instituições ou analistas que o fazem profissionalmente e é, ainda mais notório, quando se trata de notações de risco. Com efeito, a divulgação de notação de risco relaciona-se com o valor do instrumento financeiro de tal modo que é um elemento da sua classificação, com consequências relevantes, não só quanto à avaliação que os investidores fazem do instrumento financeiro, como também quanto a outros aspetos, como é o caso da aplicação de regras de composição de carteiras de fundos de investimento quanto aos ativos que podem ser elegíveis.

Quanto ao âmbito de aplicação da manipulação de mercado e das regras relativas à divulgação de conflitos de interesses constantes do artigo 20.º do MAR e do Regulamento

Delegado (UE) 2016/958 da Comissão, de 9 de março de 2016, a distinção assenta também nos comportamentos envolvidos.

Para o enquadramento no tipo de manipulação de mercado previsto na alínea d) do n.º 2 do artigo 12.º do MAR, é necessária a verificação de um comportamento complexo. O agente tem de ter uma posição nos instrumentos financeiros, emitir a opinião sem divulgar essa posição e seguidamente tirar proveito do impacto da divulgação dessa opinião.

A violação das regras relativas à omissão de divulgação de conflitos de interesses nas recomendações de investimento dá-se pelo facto simples dessa omissão, ainda que, após a divulgação, não haja qualquer aproveitamento do impacto causado com a divulgação (ou, até, independentemente de qualquer impacto).

c) Negociação algorítmica: artigo 12.º, n.º 2 alínea c)

Não obstante a manutenção da definição de manipulação de mercado que constava da MAD de 2003, o MAR acrescenta um exemplo de manipulação na alínea c) do n.º 2 do seu artigo 12.º destinado a abranger estratégias de negociação algorítmica e de alta frequência.

A novidade deste exemplo é que a estratégia é qualificada como manipuladora, não apenas nas situações em dela resultem indicações falsas ou enganosas quanto à oferta ou procura dos instrumentos financeiros, mas também naqueles casos em que a referida estratégia tenha como efeito perturbar a negociação ou dificultar a identificação por outras pessoas de verdadeiras ordens – 12.º, n.º 2, alínea c), pontos i) e ii).

III. SÍNTESE DAS ALTERAÇÕES

A alteração de relevo no conteúdo do regime do abuso de mercado é a do **alargamento do seu âmbito de aplicação** a instrumentos financeiros negociados em MTF e OTF, às licenças de emissão e, no caso da manipulação de mercado, também a contratos sobre mercadorias e a índices.

No demais, o novo MAR, não obstante o intenso debate realizado antes e após a apresentação das propostas pela Comissão Europeia, pouco alterou da estrutura essencial do regime desenhado pela MAD. A dupla relevância da definição de informação privilegiada manteve-se, o mesmo sucedendo quanto às condições de diferimento, com exceção de alguns afinamentos descritos no ponto seguinte. A definição de manipulação de mercado também não foi, no essencial, alterada.

Para além da questão do âmbito de aplicação, as alterações não são, portanto, de fundo. Contudo foram acrescentados ou alterados alguns aspetos que seguidamente se enunciam, incluindo também aqueles já referidos ao longo do texto:

- a) Sondagens de mercado: possibilidade de comunicação de informação privilegiada antes do anúncio de uma operação, no contexto de uma interação com investidores destinada a avaliar o interesse e as possíveis condições de uma operação de alienação de instrumentos financeiros (11.º);
- b) Referência à negociação algorítmica e descrição de algumas estratégias específicas nesse contexto - 12.º, n.º 2, al. c);
- c) Alterações às condições para o diferimento da divulgação de informação privilegiada: comunicação ao regulador da decisão de diferimento no momento da divulgação (17.º, n.º 4. §3); autorização necessária, quando os emitentes são instituições de crédito ou financeiras nos casos de risco para a estabilidade do sistema financeiro - 17.º, n.º 5, d);
- d) Listas de *insiders*: modelos de listas a serem emitidos pela Comissão Europeia (18.º, n.º 9), por forma a reduzir o peso administrativo do dever;
- e) Comunicação de operações de dirigentes: inclusão do dever de os dirigentes comunicarem também instrumentos de dívida (e não apenas ações) e esclarecimento do tipo de operações

a notificar (19.º, n.ºs 1 e 7). O dever mantém-se a partir de €5.000 mas as legislações nacionais podem aumentá-lo para 20.000 (19.º, n.ºs 8 e 9);

f) Previsão de um período fechado a transações de dirigentes de 30 dias antes do anúncio de um relatório financeiro intercalar ou de um relatório anual (19.º, n.º 11);

g) *Whistle blowing*: proteção e sigilo das comunicações de suspeitas de infração e possibilidade de se prever incentivos financeiros a essas denúncias (32.º).³⁴

IV. A HARMONIZAÇÃO DO REGIME E DAS SANÇÕES

Finalmente, de grande relevância sobre o funcionamento do regime do abuso de mercado, é a questão da harmonização total das normas, através de um regulamento comunitário e da harmonização mínima das sanções. Não obstante este aspeto não estar relacionado com o conteúdo do regime (esse, como se referiu, não dista grandemente da MAD de 2003), o facto de o novo regime comunitário seguir a forma de regulamento impõe uma harmonização necessária do regime aplicável no espaço europeu, só limitada pelo facto de se continuar a prever a possibilidade de cada Estado membro, através do seu regulador, poder definir práticas de mercado aceites só vigentes no seu mercado (não obstante a necessidade de consulta aos demais reguladores).

Por outro lado, a previsão de limiares mínimos de molduras máximas de sanção poderá também ter como efeito a atenuação das disparidades existentes a esse nível. Esta preocupação não é, contudo, específica do regime do abuso de mercado, uma vez que esse esforço de harmonização é comum à maioria dos diplomas comunitários mais recentes no âmbito do mercado financeiro.

Esta harmonização quase total induz também dificuldades, uma vez que se está perante a definição de infrações e os ordenamentos jurídicos onde o regime irá vigorar enquadradas de modo não inteiramente coincidente: em alguns casos, as infrações no âmbito do abuso de mercado são infrações de natureza administrativa, noutros ordenamentos são crimes e, noutros, contraordenações.

É certo que o regime comunitário, por um lado, não contempla, em regra, normas de natureza processual, pelo que a diversidade de regimes processuais sempre poderá ser respeitada. Por outro lado, o princípio da legalidade, consagrado no artigo 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, é vigente em todo o espaço europeu, pelo que também quanto a este aspeto inexistem razões para haver divergência.

Todavia, não obstante a inexistência de normas de natureza processual e a aplicação generalizada do princípio da legalidade, o enquadramento sancionatório divergente (infrações administrativas, contraordenações, crimes) sempre dará origem a algumas diferenças.

Aliás, a consideração dessas diferenças resulta evidente do abandono da ideia inicial da proposta de consagrar simultaneamente crimes e infrações administrativas (ou contraordenações, no caso dos ordenamentos jurídicos onde estas vigoram). Na versão final do MAR, conforme resulta do disposto no artigo 30.º, n.º 1 §2, os Estados membros têm a possibilidade de, caso criminalizem os comportamentos descritos no MAR, não prever para esses comportamentos sanções administrativas.

CONCLUSÃO

O breve percurso realizado pelo regime europeu do abuso de mercado publicado em 2014 incidiu essencialmente sobre o regime constante do MAR, o novo Regulamento Comunitário n.º 596/2014 sobre abuso de mercado, dado que, não obstante a publicação simultânea de

³⁴ Em Portugal, esse regime foi consagrado, através da inclusão, pela Lei 28/2017, dos artigos 368.º-A a 386.º-E no Código dos Valores Mobiliários. Não foi prevista a possibilidade de qualquer incentivo financeiro.

uma diretiva sobre abuso de mercado, o essencial do regime europeu está contido no Regulamento e é nele que se refletem os resultados do debate sobre as diretivas do abuso de mercado que se iniciou em 2007.

O debate sobre a MAD de 2003 havia incidido com muita intensidade sobre a questão da dupla relevância do conceito de informação privilegiada e sobre o dever de divulgação desta informação a cargo dos emitentes. A versão final do regulamento comunitário publicado em 2014 manteve o regime tal como tinha sido desenhado pela MAD, o mesmo sucedendo, no essencial, quanto à definição da generalidade dos deveres incluídos no âmbito do abuso de mercado, sem embargo de algumas novidades assinaladas neste texto.

Aquilo que verdadeiramente traduz uma alteração muito relevante quando ao regime anterior é, na verdade, o alargamento do seu âmbito de aplicação, agora estendido a instrumentos financeiros não negociados em mercado regulamentado e, no que às proibições de manipulação respeita, também a contratos de mercadorias à vista e a condutas relativas a índices de referência.

Não se trata, assim, de um novo regime europeu do abuso de mercado quanto ao conteúdo mas antes da atribuição de um novo âmbito ao regime já existente.

Esta alteração é, todavia, de relevo, na medida em que coloca sob o controlo das regras relativas ao abuso de mercado um número muito maior de condutas e de intervenientes.

A outra grande novidade é a harmonização de regras, das quais decorre a previsão de infrações através de regulamento comunitário. Não obstante o objetivo da MAD de 2003 ser já o da harmonização do regime europeu, as decisões concretas quanto ao texto da transposição eram deixadas a cada Estado membro que, assim, o podia adaptar às especificidades do seu sistema sancionatório.

Essa modalidade tinha o risco de induzir divergências no tratamento jurídico das mesmas situações ao nível europeu, sendo também mais demorada a entrada em vigor do regime, uma vez que dependia da transposição pelos Estado membros.

A opção por um regulamento comunitário afasta certamente estes inconvenientes mas, atenta a novidade do modelo, está, ainda por verificar o nível de dificuldade que decorrerá da integração de uma definição uniforme de infrações em ordenamentos jurídicos com sistemas sancionatórios diferentes.

É o que muito em breve teremos oportunidade de observar.

ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Daniel Loscertales Fuertes
Abogado. Presidente consejo editorial SEPIN

Fecha de recepción: 26 de febrero

Fecha de admisión: 30 de abril

RESUMEN: La necesidad de modificar la Ley de Arrendamientos Urbanos resultaba patente, especialmente en lo que a la fecha de firma del contrato, dadas las diferencias que se hacen entre contratos firmados antes o después de la Ley 4/2013. No obstante la reforma realizada, todavía siguen existiendo algunas cuestiones que generan un clima de inseguridad para los arrendatarios.

ABSTRACT: It was necessary to modify the law of urban leases, Especially for the differences that are made with contracts signed on different dates. Despite the reform, the tenant's position remains unsafe.

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento, reforma legislativa, derechos arrendatarios.

KEY WORDS: Rental, legislative reform, rights of tenants

En su momento tuve el honor de ser llamado por el Ministerio de Fomento para formar parte de la Comisión que preparase una reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994. Acepté, como es lógico, aunque propuse que se hicieran un nuevo Texto Refundido, a fin de evitar, como está sucediendo ahora mismo, que la fecha del contrato sea determinante para muchas cuestiones trascendentes, entre ellas, por ejemplo, la causas de resolución, toda vez que consideraba y sigo opinando lo mismo, es decir, que no pueden existir respuestas diferentes a estos efectos por haber firmado el contrato antes o después de la Ley 4/2013. Presenté un proyecto completo, pero se consideró excesivo, pues ello llevaba a una discusión más compleja y se quería hacer la reforma en breve plazo.

Pues bien, desechada esa propuesta, sigo considerando que en la Ley 4/2013 hay algunas cosas que atentan directamente a los derechos del arrendatario de vivienda, La verdad es que, dejando aparte otros temas, mi desacuerdo fue completo con un tema tan importante como el Registro de la Propiedad, pues, a pesar de comprender mis razonamientos por los responsables ministeriales de Fomento, al parecer no era momento de entrar en "choques" con el Ministerio de Justicia, que es quien impuso la redacción actual.

El tema fundamental de mi protesta, que la he seguido manteniendo ante los sucesivos representantes de los citados Ministerios, es sobre la "indefensión" del arrendatario en los preceptos que a continuación se indican, añadiendo después de cada uno de ellos los motivos de mi rechazo a dichas modificaciones.

Tengo que hacer una advertencia, en el sentido de que casi todo lo que figura en estos comentarios, por lo menos en su esencia, figura en el Libro sobre Arrendamientos Urbanos (9ª Edición) del que soy autor, por lo que seguramente algún lector conocerá mi postura al respecto.

Art. 7.2.. En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre finca urbana, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Es una reiteración casi innecesaria, pues ello ya era posible a partir de la reforma de la Ley Hipotecaria por el Real Decreto 297/1996, cumpliendo las previsiones de la Ley 29/1994.

En la Disposición Adicional Segunda de la Ley 4/2013 se hace constar que habrá reforma de la Ley Hipotecaria en el plazo de seis meses, en especial en lo concerniente a las condiciones de cancelación de la inscripción de los arrendamientos y a la modificación de los aranceles notariales y registrales aplicables, pero lo cierto es que ello no añadía nada importante y por las razones que nadie sabe ese "anuncio" no se ha cumplido y los arrendamientos urbanos se pueden inscribir a tenor del citado RD 297/1996, quizás afortunadamente.

Art. 13.1. Si durante la duración del contrato el derecho del arrendatario quedara resuelto por el ejercicio de un derecho convencional, de apertura de una sustitución fideicomisaria o enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de Sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, quedará extinguido el arrendamiento.

Aquí es donde considero que el perjuicio para el arrendatario es inadmisibles y no se entiende de la reforma de la Ley 4/2013, pues hasta ese momento el adjudicatario por cualquiera de los supuestos contemplados en el precepto tenían que esperar al término del plazo contemplado en el art. 9 de CINCO AÑOS, que ahora solo es de tres.

Es decir, no solamente se ha bajado el plazo del arrendamiento de viviendas (algo sustancial para cualquier familia) sino que, además, el nuevo titular puede resolver el contrato aunque ese plazo menor no se haya cumplido. Y entonces surgen dos preguntas:

¿Para que sirve inscribir el arrendamiento en el Registro si antes hay cualquiera de los derechos que el precepto determina? Para nada y, como he tenido ocasión de repetir desde el primer momento, si dejamos aparte los pisos que tengan hipoteca y otra carga inscrita en el Registro, el parque de viviendas disponibles para arrendar sin riesgos quedaría realmente pequeño, casi ridículo.

Y, en segundo término ¿Cuál es la infracción o delito que ha cometido un arrendatario modélico que abona la renta a principios de cada mes y cuida la casa con esmero? Ninguna, por lo tanto paga por la irresponsabilidad del arrendador.

Como entenderá el lector, esta base de resolución del arrendamiento no se entiende para nada y, sin duda, lo cierto es que se ha castigado a la parte que cumple con sus obligaciones porque la otra (el arrendador) no lo hace. La injusticia social es total, aparte de que, como se indica, tiene poca defensa jurídica, pero lo cierto es que el precepto sigue vigente y hasta el momento no se ha conseguido que sea reparada esta situación, en contra de la parte más débil.

En definitiva, la reforma de la Ley 4/2013 deja sin defensa al arrendatario si el arrendador no cumple con sus obligaciones con los terceros que figuran en este precepto. Sencillamente inadmisibile.

Art. 14.1. El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, solo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, si el arrendamiento se hallase inscrito conforme lo dispuesto en los artículos 7y 10 de la presente Ley, con anterioridad a la transmisión de la Finca.

Art. 14.2. Si la finca no se hallare inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplicará lo dispuesto en el párrafo primero del art. 1571 del Código Civil. Si el adquirente usare su derecho reconocido por el artículo citado, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante los cuales deberá satisfacer la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente. Podrá exigir, además, al vendedor que le indemnice con los daños y perjuicios que se le causen.

Tratamos los dos preceptos de forma conjunta, pues la verdad es que hay que decir cuatro cosas fundamentales:

- 1) Que, por una parte, no se puede aconsejar jurídicamente que el arrendador permita que el arrendamiento se inscriba si es la primera anotación registral, pues ello supone, sin duda, que la propiedad dejará ya de tener opciones de pedir una hipoteca o conseguir cualquier tipo de préstamo poniendo el piso como garantía, por lo menos mientras la vivienda esté ocupada y es obvio que nadie puede adivinar los problemas que le pueden surgir a cualquier persona durante el plazo del arrendamiento.
- 2) Que si bien el arrendatario puede exigir daños y perjuicios al arrendador, esto es más bien de carácter teórico, pues lo normal es que carezca de más bienes que no sean la propia casa arrendada.
- 3) Que no existe jurisprudencia alguna al respecto, por un lado porque ha pasado poco tiempo, pero sobre todo debido a que es difícil que nadie compre una vivienda sin saber que está ocupada y entonces, salvo excepciones, no la adquiere en esas condiciones, salvo casos muy especiales.
- 4) No obstante, mantengo la postura que si en la escritura de compra venta se indica que el piso está arrendado, el comprador no podrá exigir la resolución, incluso, aunque no conste, si se puede demostrar que conocía la situación de arrendamiento del piso adquirido.

Art. 27.4 Tratándose de arrendamientos de finca urbana inscritos en el Registro de la Propiedad, si se hubiera estipulado en el contrato que el arrendamiento quedará resuelto por falta de pago de la renta y que deberá en tal caso restituirse inmediatamente el inmueble al arrendador, la resolución tendrá lugar de pleno derecho una vez el arrendador haya requerido judicial o notarialmente al arrendatario en el domicilio designado al efecto en la inscripción, instándole al pago o cumplimiento, y este no haya contestado al requerimiento en los diez días hábiles siguientes, o conteste aceptando la resolución de pleno derecho, todo ello por medio del mismo juez o notario que hizo el requerimiento.

El título aportado al procedimiento registral, junto con la copia del acta de requerimiento, de la que resulte la notificación y que no se haya contestado por el requerido de pago o que se haya contestado aceptando la resolución de pleno derecho, será título suficiente para practicar la cancelación del arrendamiento en el Registro de la Propiedad.

Si hubiera cargas posteriores que recaigan sobre el arrendamiento, será además preciso para su cancelación justificar la notificación fehaciente a los titulares de las mismas, en el

domicilio que obre en el Registro, y acreditar la consignación a su favor ante el mismo notario, de la fianza prestada por el arrendatario.

En primer lugar, pedir disculpas por hacer un comentario amplio al respecto, pero creo que es el colmo de la “ignorancia” procesal del legislador. Añado que estamos ante la única modificación del art. 27, que es donde figuran los motivos de resolución para los alquileres posteriores a la LAU 29/94 (los anteriores deben acudir al art. 114 del Texto Refundido de 1964), aunque esta reforma solo puede afectar a los arrendamientos posteriores a la nueva Ley 4/2013, que se inscriban en el Registro de la Propiedad, dejando claro que los responsables gubernativos y legislativos son conscientes de mi oposición a este precepto, durante la preparación de la reforma, después y ahora mismo. No solamente por la intervención esencial del Registrador fuera de sus competencias, sino (y sobre todo) porque creo que no resuelve nada y crea mayor confusión. Me explicaré a continuación.

El precepto declara resuelto el contrato de arrendamiento, vía Registro de la Propiedad, si el arrendamiento se ha inscrito y se establece que la falta de pago es causa de resolución, lo que anima muy poco al arrendatario a inscribir su contrato.

Se analizan a continuación y de forma separada el contenido de este precepto, que, como antes se dice, me parece casi imposible de aplicar.

Entrega inmediata de la vivienda al arrendador

¿A través de qué sistema? Porque si el arrendatario moroso de forma voluntaria entrega el piso al arrendador, el problema, con o sin Registro, está resuelto. La cuestión es cuando esto no ocurre, como es lo habitual, sin que el art. 27.4 ofrezca una solución milagrosa, que desgraciadamente no existe.

Resolución de pleno derecho previo requerimiento judicial o notarial al arrendatario en el domicilio señalado al efecto

A través de dicha resolución se le insta para el pago de las rentas impagadas, pero surgen varias preguntas que el precepto no contesta, ni desgraciadamente otras leyes que pudieran ser aplicadas.

¿Cómo se hace un requerimiento judicial?

No se sabe. La Ley de Enjuiciamiento Civil no tiene previsto un trámite de este tipo, solo cabe pensar en promover un acto de conciliación o un monitorio, sin duda instado por el arrendador, no por el registrador, pero desde luego esto no tiene nada que ver con la literalidad del precepto comentado, el cual parece que considera normal este tipo de requerimiento que no está previsto en la Ley procesal, lo que ya dice bastante del error del legislador.

Falta de entrega del requerimiento al arrendatario

Se parte de la convicción equivocada de que siempre se va a encontrar al destinatario, lo que no ocurre muchas veces y por diversos motivos. Para nada hay mención o referencia a los arts. 155 y ss. LEC, que tienen previstos todos los casos, llegando hasta la comunicación por edictos, que naturalmente solo los puede llevar a cabo la oficina judicial, que naturalmente no lo hará si no hay una demanda judicial del arrendador, sin que todas estas previsiones “registrales”, ofrezcan solución al respecto.

Falta de contestación o respuesta afirmativa del arrendatario

Cuando esto ocurre, habiendo recibido el requerimiento, supone la declaración de resolución. ¿Quién lo ordena?. Ya sea visto que el Juzgado no tiene previsiones competencias procesales para el requerimiento y, por lo tanto, su intervención no es posible y a eso hay que añadir que el Notario todavía goza de menos competencias para declarar nada al respecto, pero esas previsiones para los arrendamientos inscritos en el Registro no solucionan de ninguna manera el problema principal, que es la ejecución y el lanzamiento de la vivienda.

Contestación negando la deuda

Es algo no previsto en este peculiar precepto. El arrendatario está en su derecho de negar que la reclamación sea correcta, bien porque ha pagado o bien caso de existir existen otros condicionamientos al respecto. Pues parece que aquí esto no importa, a pesar de que cuando

hay oposición en un juicio de desahucio, se celebra vista para que el Juez decida sobre los argumentos de las partes. Sería tremendamente injusto declarar una resolución si el arrendatario está al corriente de pago, a pesar del requerimiento del arrendador.

Cancelación del arrendamiento en el Registro de la Propiedad

Y esto, en la práctica, ¿qué supone? Pues, a efectos jurídicos y prácticos, nada: el arrendamiento sigue y el arrendatario se mantiene ocupando la vivienda.

Notificación fehaciente a las anotaciones posteriores

Tampoco se llega a comprender su finalidad, pues, en el supuesto de que existan estas anotaciones (quizá con embargo del derecho de traspaso), el problema será determinar cuál es la situación en la que quedan estas anotaciones posteriores cuando el contrato ha quedado resuelto. No se sabe, como tampoco tienen respuesta la mayor parte de los supuestos de este precepto absolutamente carente de sentido y fuera de lugar del ordenamiento jurídico vigente.

Acreditar la consignación a su favor de la fianza prestada por el arrendatario

¿Qué fianza? Que se sepa, conforme al art. 36 LAU, el arrendatario presta una fianza cuando procede al arrendamiento y debe ser depositada, salvo excepciones, en el organismo administrativo correspondiente. En el supuesto de que se recupere, ¿qué función tienen los titulares de cargas posteriores que recaigan sobre el arrendamiento? Desde luego no pasan a ser los nuevos arrendadores y por eso no se entiende este depósito a su favor. La verdad es que es difícil adivinar las pretensiones del legislador, pero sí insistir en que demuestran un desconocimiento total de lo que es un arrendamiento urbano.

Ejecutividad de la resolución

Este precepto hace referencia reiterada a que el contrato queda resuelto, pero nada dice de cómo y quién lleva a cabo esta declaración, claramente nebulosa. Ni siquiera se cita el art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que fuera un documento ejecutivo, por lo que estamos ante una declaración sin sentido alguno a los efectos materiales, es decir, se podrán o no anular las anotaciones registrales relativas al arrendamiento, pero lo que es cierto es que sin acudir a la vía judicial no se podrá desahuciar al arrendatario.

Y este camino, que es lo importante y lo que le interesa el arrendador en una falta de pago, es evidente que no pasa por toda esta tramitación relativa al Registro de la Propiedad.

Conclusión

En definitiva, como jurista que conoce algo del funcionamiento de los arrendamientos urbanos y de la resolución de los mismos, sobre todo en los desahucios por falta de pago, me permito recomendar al arrendador que, cuando tenga a un arrendatario que no paga la renta o las cantidades debidas, aunque esté inscrito en el Registro (nada habitual en viviendas), huya de este precepto realmente complicado y sin efectividad material en cuanto a la ejecución y lanzamiento del moroso, acudiendo al proceso judicial contemplado en el art. 250.1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, que será la vía efectiva del desahucio por falta de pago.

LA NEGACIÓN DEL HOLOCAUSTO: EL CASO DE VIOLETA FRIEDMAN CONTRA LEÓN DEGRELLE

Jorge Trias Sagnier
Abogado

Fecha de recepción: 21 de enero

Fecha de admisión: 7 de junio

RESUMEN: El autor sostiene que la actuación de los abogados, de cuyo colectivo forma parte desde hace más de cuarenta años, resulta importante, y en ocasiones decisiva, en la modificación de las leyes e ir las adaptando a las cambiantes circunstancias sociales. Es el caso de la inclusión en el Código Penal de los delitos de xenofobia, racismo y antisemitismo que, después de diversas vicisitudes procesales, jurisprudenciales y legales, han quedado definitivamente tipificados en el artículo 510 del Código Penal tras la redacción introducida por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo.

ABSTRACT: The author argues that the action of lawyers, whose collective has been part of more than forty years, is important and decisive, in the modification of laws in order to changing social circumstances. This is the case of the inclusion in the Criminal Code of crimes of xenophobia, racism and anti-Semitism which, after various process, legal and legal vicissitudes, have been definitively defined in Article 510 of the Criminal Code after the wording introduced by the Organic Law 1/2015 of 30 March.

PALABRAS CLAVE: Abogados, Código Penal, Xenofobia, Racismo, Antisemitismo.

KEYWORDS: Lawyers, Criminal Code, Xenophobia, Racism, Anti-Semitism.

1. Hace unas semanas se estrenó una película, protagonizada por Rachel Weisz, dirigida por Nick Jackson y con un guión David Hare, que cuenta el periplo legal de la historiadora americana Deborah Lipstadt y la editorial Penguin Random House, que fueron demandados por el propagandista neonazi David Irving, que había sido acusado de mentiroso, falsificador y tergiversador de documentos por la historiadora pues, como se sabe, Irving, que escribió una biografía elogiosa de Göring, es uno de los mayores negacionistas del Holocausto. Irving terminó encarcelado en Austria, donde negar el Holocausto constituye delito, y tiene prohibida la entrada en Alemania, Canadá, Australia y Nueva Zelanda. Creo que ahora reside en Escocia, cerca de Invernes, y sigue manteniendo sus opiniones con contumacia. En España, un caso parecido, del que fui como abogado protagonista principal, provocó la tipificación en el Código Penal de 1995 del delito de odio, y un gran revuelo jurídico ya que el Tribunal Constitucional, enmendado la plana al Tribunal Supremo, otorgó legitimación activa a una señora judía -Violeta Friedman- que había estado en Auschwitz y que se sintió ofendida y escandalizada por las afirmaciones genéricas de otro negacionista de altura. Qué digo de altura, del negacionista por excelencia: León Degrelle, ex general de las SS, cuya vida daría para una película mucho más interesante que la mediocre recientemente estrenada. En esta historia que yo viví sí que se dan todos los ingredientes necesarios para lo que se conoce comunmente como “thriller”. El guión, que les voy a contar, lo digo con modestia, es mío.

Eso de que el derecho es aburrido lo afirman quienes no conoce lo que es el derecho. Detrás de cada caso hay una historia, cada cual más interesante que la anterior. Lo que ocurre es que la mayoría de los estudiosos se quedan en la teoría, en los fundamentos de derecho, pero no contemplan la historia humana sobre la que recaen esos implacables y fríos fundamentos, que una veces nos dan la razón y otras nos la quitan. Veamos, pues, esta historia que sucedió en España hace ya 32 años cuando no había internet ni teléfonos móviles, cuando empezaban a enriquecerse a base de pelotazos algunas fortunas actuales, cuando gobernaba nuestra patria el partido socialista, cuando ETA mataba a decenas y las víctimas tenían que tragarse solas su pena, cuando España, en suma, todavía era un país de emigración y en donde lo del Holocausto, los neonazis, la xenofobia o el racismo sonaban poco menos que a algo muy, muy, pero que muy lejano.

2. La revista “Tiempo” –que hace ya bastante dejó de existir- publicó la última semana de julio de 1985 un reportaje sobre León Degrelle donde se incluía una entrevista en la que este personaje desconocido para la mayoría de la gente afirmaba que si había tantos judíos ahora resultaba difícil de creer que hubiesen salido vivos de los hornos crematorios; calificaba al doctor Mengele como un médico normal y concluía que dudaba mucho que las cámaras de gas hubiesen existido alguna vez, “porque hace dos años que hay una recompensa en los EE.UU para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos”. Este individuo, admirado por Irving, el neonazi de la película, vivía comodamente en el Sur de España y contaba con buenos amigos entre las acomodadas familias que pasaban sus veranos en torno a la fama amable de una incipiente Marbella, amigos, alguno de ellos, de Alianza Popular. Este ciudadano belga con apellido de camuflaje español era considerado como un héroe icónico para los restos del irredento franquismo que pululaba en torno a Fuerza Nueva. Y nadie se había preocupado de quitarle el carné de “investigador” que le daba acceso a consultar documentación custodiada en el Ministerio de Asuntos Exteriores. Pero, ¿quién era Leon Degrelle?

3. Degrelle fue un político y militar belga, valón por más señas, es decir perteneciente a la comunidad francófona, nacido el 15 de junio de 1906 y muerto en España, donde vivió refugiado los últimos cincuenta años de su vida, el 31 de marzo de 1994. En los años treinta fundó el movimiento político “Christus Rex”, de inspiración católica y fuertemente conservadora. Pero en los años siguientes se fue radicalizando hacia el fascismo, tuvo estrechos contactos con Hitler y Mussolini y, en España, con José Antonio Primo de Rivera. Tras la ocupación alemana de Bélgica su apoyo a Hitler fue total y creó la llamada “Legión Valona” que tras las primeras escaramuzas en el frente, fue adscrita a las Waffen SS. Los “Rexistas”, que así acabaron llamándose, asumieron todos los principios antisemitas del nacionalsocialismo y del fascismo; y Degrelle calificó a Hitler como “el hombre más grande

de nuestra época”, siendo correspondido por Hitler quien dijo de él que “si hubiese tenido un hijo quisiera que fuese como Degrelle”.

A medida que las tropas alemanas se fueron retirando, ya al final de la guerra, Degrelle huyó desde Dinamarca en un avión con el que llegó a España en condiciones precarias, sin combustible, y teniendo que hacer un aterrizaje forzoso en la Concha de San Sebastián. 1945 y los años que le siguieron fueron ya malos tiempos para el nacionalsocialismo y para el fascismo. Pero España fue uno de sus refugios. Aún así, Francia exigió a Franco la entrega de Pierre Laval, primer ministro con Petain en Vichy, y Bélgica la de León Degrelle, ambos acusados de haber colaborado con las fuerzas del enemigo y de ser traidores a sus patrias. España, que no quería indisponerse con Francia y mucho menos con el general De Gaulle, entregó a Pierre Laval, que fue juzgado y ejecutado, pero se excusó con Bélgica aduciendo que Degrelle estaba hospitalizado debido a las heridas sufridas en el aterrizaje forzoso. De todos modos, Degrelle fue juzgado en ausencia, condenado a muerte y se le retiró la nacionalidad belga el 29 de diciembre de 1945. Durante quince años Bélgica solicitó infructuosamente su extradición, pero en España tenía amigos poderosos y se le concedió la nacionalidad española al ser adoptado con el nombre de José León de Ramírez Reina. Así, con ese apellido de conveniencia, vivió comodamente hasta el final de sus días.

Cuando en España en 1945, comenzó todo el mundo a conocer las atrocidades del régimen nazi, especialmente el genocidio judío, Degrelle, que sabía perfectamente la existencia de esos campos de exterminio, no sólo no se arrepintió del apoyo que les había prestado a los nazis sino que continuó con esa ideología y fue, posteriormente, entre los años sesenta y setenta, uno de los promotores de la siniestra CEDADE, cuyos sucesores ideológicos son quienes ahora se refugian en torno a la catalana librería “Europa” y distribuyen libros de propaganda nazi.

4. Violeta Friedman Klainman era una niña judía que todavía no había cumplido los 14 años cuando fue deportada al campo de concentración de Auschwitz-Birkenau junto a su hermana Eva y toda su familia, padres, abuelos y una bisabuela de 93 años. De todos ellos, a excepción de su hermana, ya nunca más se supo. Perteneían a una familia acomodada de Transilvania, entonces Hungría y hoy Rumanía. Había nacido en Marghita en 1930 y pensaron que los alemanes no llegarían a su ciudad, sobre todo en 1944, cuando parecía que ya tenían perdida la guerra. Escuchaban con creciente ilusión el curso de la misma a través de las noticias de la BBC. Violeta siempre se consideró húngara y muchos de sus familiares habían luchado como voluntarios junto a las tropas del Emperador en la Gran Guerra. Su familia era lo que podríamos llamar hoy una familia burguesa acomodada, propietaria de tierras y viñedos. A veces Violeta me hablaba de su vida, del colegio y de los maravillosos y largos veraneos, y yo recordaba junto a ella los paseos de mis veranos junto a mis ocho hermanos por los viñedos y huertas del Maresme. En 1995, al conmemorarse el 50 aniversario de la liberación de Auschwitz por el Ejército Rojo, Violeta dijo: “Ni el viento, ni la lluvia, ni el agua de los ríos, ni tampoco el sol han logrado borrar de mi memoria todo aquello que viví hace 50 años y Dios es testigo de que lo he intentado. Durante más de 38 años traté de olvidar; olvidar lo inolvidable; sin embargo, todos aquellos largos meses perviven en mi memoria con la misma intensidad de entonces, todavía, 50 años después”.

La fatalidad llamó a la puerta de la casa de los Friedman, y de tantos otros, el 19 de marzo de 1944. El director del Liceo entró asustado, corriendo, en las aulas donde estudiaban, y con enorme tristeza les comunicó la trágica noticia: El ejército alemán había entrado en Hungría. Finalmente habían llegado. Violeta, en sus memorias, que recogió con pulcritud la escritora Ángeles Caso, lo cuenta en primera persona: “Casi toda mi familia desapareció en aquellos días. Si ellos pudieran hablar, si cada uno de mis familiares pudiera contar ahora su experiencia, todos recordarían lo mismo, pues todos viajamos hacia la muerte y el horror”. En el siniestro campo, según me lo había contado ella en varias ocasiones, fue el propio doctor Mengele quien separó a las dos niñas, a ella y a Eva, su hermana, ya que podían trabajar, del camino que conducía directamente a la cámara de gas. A esas cámaras que en 1985, un nazi irredento, Degrelle, decía que no habían existido nunca y que si había tantos judíos todavía, era difícil creer que hubiesen salido vivos de los campos de exterminio.

5. En esos primeros y calurosos días de agosto de 1985, el empresario Max Mazín, que había presidido la Comunidad Judía y al que yo llevaba algunos asuntos como abogado, me presentó a Violeta, y ambos me contaron el caso de las declaraciones de Degrelle a la revista “Tiempo”, que no había tenido vergüenza de repetir en TVE. Con Max vino, también, Alberto Benasuly, que luego presidió la asociación judía B’nai B’rith, y que desde entonces nunca dejó de acompañarme con sus buenos consejos y apoyo, incluso en algún momento físico, a lo largo de todo el proceso que iniciamos. Y quien entonces ostentaba el cargo de Embajador de Israel en España, el historiador e hispanista Sholomo Ben Ami, también me aseguró que si encontrábamos una vía jurídica contra Degrelle, podríamos contar con el apoyo de la Embajada.

En agosto de 1985 yo era un abogado relativamente joven que me estaba abriendo camino por Madrid. Procedía de Barcelona, de una familia conocida de la burguesía catalana y había estado metido en política llegando a ocupar el cargo de Secretario General de la Lliga de Catalunya en los años de la Transición y durante 1977 y 1978 había sido, también, Asesor del Ministro de Justicia, entonces Landelino Lavilla. En el Ministerio colaboré con Jesús Hadás, primero, y luego con Carlos García Valdés, en la reforma penitenciaria. Lo de esa reforma no es el tema de hoy, pero daría para una buena y trágica historia. A Hadás lo asesinó el GRAPO, dejando viuda y seis hijos pequeños; y a García Valdés lo intentaron asesinar, afortunadamente sin éxito, el mismo día al año siguiente.

Las execrables manifestaciones de Degrelle eran imposibles subsumirlas en ninguno de los preceptos del Código Penal de entonces, pero dándole vueltas y vueltas se me ocurrió una idea. ¿Porqué no intentar la vía de la Ley Orgánica 1/ 82 de 5 de mayo sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la propia Imagen? Esta era una Ley relativamente reciente –entonces todo era reciente en España- y si salvábamos el problema de la legitimación de Violeta para ser actora del pleito, y dábamos con un Juez con sensibilidad, a lo mejor podíamos tener éxito. En cualquier caso, lo máximo que podía ocurrir era que perdiésemos el asunto y que eso sirviese a los neonazis para hacer un poco de ruido. Bueno, pensábamos, al menos se sabrá que existen neonazis. Sabía que se había consultado a alguno de los que entonces eran considerados abogados de “primera división” de Madrid o “togas de oro” de Barcelona y que todos, sin excepción, desaconsejaron iniciar cualquier tipo de acción, la penal por razones obvias y la civil porque –según decían- no iba a prosperar. Con esos antecedentes monté una demanda como pude y la presenté en el Juzgado de Primera Instancia de Madrid que por turno correspondió al Juzgado número 6 de la Plaza de Castilla, en donde por aquél entonces estaban centralizados todos los juzados.

6. En 1985 gobernaba el Partido Socialista y presidía el Gobierno de España Felipe González. Hacía tan sólo cuatro años había habido un Golpe de Estado y nuestra democracia comenzaba a caminar lentamente y todavía con paso inseguro. Afortunadamente la situación económica empezó a cambiar de ciclo y España ya se contagiaba de lo que algunos llamaron con acierto el “eurooptimismo”. Ese mismo año habíamos entrado en la OTAN y al año siguiente nos incorporamos oficialmente a la Comunidad Europea.

1985 y 1986 fueron dos años prodigiosos para nuestra Nación, y supusieron un verdadero giro copernicano en la historia de España. El tema de los neonazis o el de la extrema derecha parecía una cuestión marginal, ni siquiera secundaria, superada, y a nadie le importaba su campaña contra los inmigrantes o su alineación con movimientos como la Yihad islámica. En España, al fin y al cabo, apenas había inmigración y lo de la Yihad y la cuestión palestina resultaba un problema muy lejano, prácticamente inexistente. Recuérdese que la Intifada todavía no existía y para la mayoría de la gente no había, aún, un problema musulmán. Es cierto que se habían producido algunos hechos inquietantes, como el intento de asesinato de Max Mazín por un terrorista sirio, que terminó trágicamente matando a otra persona por error. Pero los españoles comenzamos en 1985 a vivir unos años felices de gran prosperidad y a casi nadie le preocupaba el problema de Violeta y de lo que hubiese dicho o dejado de decir el tal León Degrelle.

Así comenzó este caso que con el paso de los años llegó a influir de forma decisiva en el cambio de nuestra legislación en lo que respecta a los delitos de genocidio y negacionismo,

xenofobia y racismo, y que ha llegado a determinar la línea jurídica de otras legislaciones, principalmente hispanoamericanas. Voy a resumir el planteamiento jurídico del asunto. La demanda se interpuso por considerar que las declaraciones de Degrelle, falseando la historia y negando hechos evidentes como los que antes he narrado, no sólo lesionaban el honor de Violeta, que era judía y que estuvo internada en el campo de exterminio de Auschwitz-Birkenau, sino que, para mayor escarnio, llamaba mentirosos a quienes, como la demandante, padecieron el horror de los campos de concentración y de exterminio alemanes. Argumentábamos en la demanda que, como consecuencia de ello, lesionaba, también, el honor de todo el pueblo judío. Tras la correspondiente instrucción, en la que el Juez tomó declaración a Degrelle en su casa pues éste había alegado enfermedad (el juez fue muy condescendiente con el nazi), se dictó Sentencia –la primera- el 16 de junio de 1986, en la que estimó la falta de legitimación activa que había aducido la representación jurídica de Degrelle, o sea, venía a decir, que como Violeta no había sido citada personalmente, no podía alegar que hubiese sido atacado su honor, y que ella por sí sola pudiese arrogarse la defensa de una etnia, raza o pueblo, como el judío. Y, por otra parte, decía el Juez, las declaraciones de Degrelle estaban amparadas por el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20.1 de la Constitución Española.

7. Segunda sentencia. Esta vez de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Madrid el 9 de febrero de 1988. Recuerdo que al acto de la vista oral, siempre acompañado por Alberto Benasuly, que no sólo me proporcionaba buenos consejos sino protección física, la Guardia Civil tuvo que intervenir, haciéndonos un pasillo para que pudiésemos entrar en la Sala, pues un grupo de forajidos neonazis españoles pretendieron agredirnos... ¡dentro del palacio de Justicia a donde tuvieron libre acceso! Algunos periódicos publicaron fotografías del vergonzoso acontecimiento. La Sala, como era de esperar, confirmó la Sentencia del Juzgado, precisando algo más, por si cupiese alguna duda: las declaraciones denunciadas como intromisiones ilegítimas en el ámbito personal de la demandante, no podían reputarse de tales porque no se referían a expresiones o hechos personales que la difamasen o la hiciesen desmerecer en la consideración ajena.

Después de pensarlo mucho, interpuso Recurso de Casación por Infracción de Ley ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que dictó Sentencia –la tercera- el 5 de diciembre de 1989, con los mismos argumentos que las dos resoluciones anteriores, aunque en esta ocasión, en uno de lo que entonces se llamaban “considerandos”, se hacía algún comentario de tipo humanitario para hacer más comestible el aceite de ricino que yo tenía la sensación de estarle haciendo tragar a Violeta, con la que a lo largo de esos años habíamos forjado una relación de verdadero afecto y cariño. Al final, ambos, Violeta y yo, llegamos a la conclusión de que habiendo llegado a esa situación debíamos continuar hasta el final y, si fuese preciso, acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en última instancia. Afortunadamente no hubo necesidad. Entonces, además, Enrique Múgica, después Defensor del Pueblo, era el Ministro de Justicia. Lo que es la vida, tenía en su gabinete dos jóvenes colaboradores que con el tiempo, ambos, han sido los dos ministros de justicia que ha tenido Zapatero en esta VIII Legislatura: Juan Fernando López Aguilar, primero, y luego Mariano Fernández Bermejo.

Interpuso Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue admitido a trámite, lo cual constituyó ya la primera alegría en todo este calvario procesal y, la segunda alegría fue que el Fiscal General del Estado, entonces Leopoldo Torres Boursault, tomó personalmente las riendas del caso y se adhirió a la petición de Amparo. Apoyaba nuestra argumentación sobre la legitimación de Violeta Friedman para recurrir. El fiscal actuó en este caso y de acuerdo con el artículo 124 de la Constitución como defensor de la legalidad y promotor de la acción de la justicia. El 11 de noviembre de 1991, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por los magistrados Tomás y Valiente –poco tiempo después asesinado por ETA-, García-Mon, de la Vega Benayas, Jesús Leguina, López y Gimeno Sendra, a quien correspondió la ponencia, estimó el Recurso de Amparo interpuesto por la tenacidad de Violeta Friedman y declaró nulas las Sentencias de 5 de diciembre de 1988, de la Sala Primera del Tribunal Supremo; la de 9 de febrero de 1988 de la extinta Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; y la de 16 de junio de 1986, del Juzgado de Primera Instancia número 6 de la Capital. El Tribunal Constitucional reconocía

a Violeta el derecho al honor y, por lo tanto, legitimación activa a lo largo de todo el proceso. Y condenaba a León Degrelle.

En el fundamento Jurídico Tercero, la Sentencia afirmaba que, a diferencia de otros ordenamientos, nuestra Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la “víctima” o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un “interés legítimo”, como era el caso de Violeta que pertenecía al grupo de personas – judíos- que habían padecido internamiento en Auschwitz-Birkenau aunque no hubiese sido citada directamente. La argumentación resultaba novedosa y provocó una cascada de comentarios. Pero fijémonos unos momentos en el Fundamento Jurídico Octavo de esta Sentencia porque esa argumentación fue luego puesta en duda por otra, quince años después, de 7 de noviembre de 2007.

La sentencia de 1991, la que otorgó el amparo a Violeta Friedman, dice en ese Fundamento de Derecho que ni la libertad ideológica del artículo 16 de la CE ni la libertad de expresión del artículo 20.1, comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el artículo 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario, no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (artículo 10 CE), que han de respetar, tanto los poderes públicos, como los propios ciudadanos. La dignidad, pues, como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor del artículo 18.1 de la CE, no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias.

8. Gracias a esta paradigmática sentencia se modificó el Código Penal en cuya modificación tuvo una importancia decisiva la Comisión de Organizaciones Judías de España que coordinaba Alberto Benasuly, que además fue el autor de varias propuestas de enmienda que defendió ante todos los grupos del Congreso y el Senado. De ahí surgió la redacción del artículo 510 y 607 del Código Penal hasta que la sorprendente Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007, que a continuación comentaré, declaró la inconstitucionalidad de su párrafo segundo.

Hay que distinguir, pues, claramente dos conceptos perfectamente diferenciados, distinción que no hace la Sentencia del TC de 7 de noviembre de 2007. El revisionismo, basado en una concepción de la historia distinta y derivada de hechos nuevos aparecidos en la investigación histórica es algo perfectamente aceptable. Y no sólo aceptable sino casi un hecho obligado para los historiadores que se precien de tales. Stalin, por ejemplo, era poco menos que un dios para los comunistas de los años cuarenta, hasta que se fueron conociendo sus atrocidades. Ahora los historiadores le tratan como lo que era, un personaje despiadado y cruel. Actualmente se reinterpreta la Revolución Francesa y algunos historiadores también hacen lo propio con el franquismo, ya sea para empeorarlo o para mejorarlo. Pero eso nada tiene que ver con el negacionismo que no responde a ningún tipo de ejercicio intelectual sino, simplemente, a la justificación de determinadas ideologías, como la nacionalsocialista, borrando de un plumazo el hecho más atroz sobre el que se sustentó su ideología: el exterminio de seis millones de personas, cada una con nombre y apellido y perfectamente identificadas.

Si el genocidio judío no había existido, Alemania, al perder la guerra, habría sido juzgada, como cuando perdió la I Guerra Mundial, por sus crímenes de Guerra pero no por genocidio. Hitler no se diferenciaría del Kaiser Guillermo II o de Bismarck.

9. La Sentencia del TC de 2007, confunde, en cambio, el **revisionismo**, que debe estar amparado por la libertad de expresión aunque incluso nos pueda producir indignación o repugnancia lo que trate de revisarse, con el **negacionismo**, en este caso del Holocausto judío, que es la base o fundamento de la justificación del genocidio, de cualquier tipo de genocidio. Si el Holocausto no ha existido o lo tratamos como un hecho banal, ¿por qué va a ser peor el nacionalsocialismo que otro tipo de regímenes?

El asunto parte del Auto de 14 de septiembre de 2000, en el que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona plantea, a mi juicio erróneamente, cuestión de inconstitucionalidad por las dudas que le surgen sobre la posible colisión del delito

contenido en el artículo 607.2 del CP con la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1 de la CE. Se personaron en la causa de inconstitucionalidad tanto el Congreso de los Diputados, que incomprensiblemente se abstuvo de hacer ninguna alegación, como el Senado, el Abogado del Estado y el Fiscal, que se opusieron rotundamente, por diversas causas, a que fuese admitida la cuestión. El Fiscal dijo algo interesante: La conducta típica que ha de confrontarse en este caso con el derecho a la libertad de expresión no es una conducta de instigación o incitación directa al genocidio sino, simplemente, la consistente en difundir ideas que nieguen o justifiquen hechos históricos de genocidio; conducta esta última cuya punición habría decidido el legislador penal en tanto en cuanto representa un peligro de que con ella pueda generarse un clima de aceptación y olvido de tales hechos, estima impropio en el seno de una sociedad democrática y que puede propiciar el surgimiento de brotes de violencia racial o étnica no deseados.

La sentencia da vueltas y revueltas a los derechos garantizados en el artículo 20.1 de la CE, la libertad de expresión –“Los derechos garantizados por el artículo 20.1, por tanto, no son sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático”- sin querer ver que el artículo 607. 2 del CP no supone un límite a la libertad de expresión sino que castiga algo totalmente distinto como es el negacionismo, entre otros del genocidio judío.

La citada sentencia llegó a afirmar, a mi juicio de forma absurda, que “conviene destacar que la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del artículo 20.1 de la CE”, comparando, de forma impropio, el negacionismo con la libertad científica. También Degrelle acudía a los archivos del Ministerio de Asuntos Exteriores a investigar y el pseudo historiador Irving se ha descolgado con multitud de obras basadas en la pura negación de hechos evidentes sin apoyatura científica o fáctica alguna. Pero, ¿es posible subsumir estas actitudes en la libertad de expresión o en la libertad científica que ampara el artículo 20 de la CE?

La Sentencia de 7 noviembre de 2007 llega a decir que “la mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane”. Los Magistrados Roberto García-Calvo, Jorge Rodríguez-Zapata, Ramón Rodríguez Arribas y Pascual Sala tuvieron la sensibilidad jurídica de emitir votos particulares a esa Sentencia. El trabajo de más de diez años, iniciado de la mano de Violeta Friedman, había sido echado por el suelo. Pero, como todo en la vida, el refrán, compendio de sabiduría, trajo la solución: “A grandes males, grandes remedios”. Y la solución vino de la mano de esos votos particulares, especialmente de los de Rodríguez Arribas y Pascual Sala. En el de éste último, al afirmar que la interpretación de que el legislador nunca quiso incriminar una conducta aséptica basada en la negación de un hecho histórico, que es precisamente la que ofrece la Sentencia, “sí podría merecer el concepto de interpretación abusiva y sacada de contexto y, al propio tiempo, el de una innecesaria restricción en la incriminación de conductas penalizadoras del gráficamente llamado *discurso del odio*, que todas las modalidades de genocidio y de su defensa implican y que todo Estado democrático está obligado a perseguir”.

Al cabo de siete años se dio una solución global, avanzada jurídicamente y aceptable, con la modificación del Código Penal por la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo en la que se daba una nueva redacción a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, en donde se refiere al antisemitismo de forma concreta quedando así el círculo cerrado después de 20 años de que Violeta Friedman y yo iniciásemos esta batalla legal. En la Exposición de Motivos -¡qué importantes son para entender la leyes y al legislador!- se afirmaba que se imponía “una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico”. Y luego concluía: “la nueva regulación tipifica dos grupos de conductas: de una parte, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la

violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia”.

El círculo había sido cerrado y conductas execrables como las de León Degrelle o Irving no serían ahora posibles sin que sobre ellas recayese una sanción penal grave. El triunfo de la verdad y de la dignidad correspondió a Violeta Friedman, pero si me gustaría hacer una reflexión final sobre nuestro papel como abogados, como soldados que saltamos de la trinchera al campo de la acción: la acción perseverante, y no rendirse nunca cuando nos asiste la verdad, puede hacer, en determinadas ocasiones, que el derecho, aunque siempre lento, acabe por iluminar el duro camino de la vida.

LA RUPTURE D'UNE RELATION ÉCONOMIQUE AVEC UN FRANÇAIS

Clémence Mouly-Guillemaud
Directrice du magistère-DJCE, Université de Montpellier

Fecha de recepción: 15 de enero

Fecha de admisión: 20 de junio

RÉSUMÉ: Conformément aux dispositions de l'article L.442-6, I, § 5 du code de commerce, chaque partie a une relation d'affaires doit informer l'autre partie de son intention de résilier cette relation avec un préavis écrit suffisant avant son licenciement. Bien que la signification de cet article soit évidente à première vue, ce n'est pas vraiment vrai. Cette disposition de politique publique risque de compromettre la fin de toute relation économique et entraîne une insécurité car l'analyse de la jurisprudence révèle que la partie responsable de la résiliation pourrait considérer leur responsabilité en jeu devant les tribunaux alors qu'ils se sont conformés aux dispositions du contrat concernant ces la résiliation ou a décidé de mettre fin à la relation en raison de leurs propres contraintes économiques, ne leur laissant d'autre choix que de décider de mettre fin à leur coopération. Cette insécurité est telle que, dans certains cas, le parti l'autre partie peut déposer une réclamation en justice et se voir indemniser alors que la perte effectivement subie par cette partie est douteuse au mieux.

ABSTRACT: Pursuant to the provisions of article L.442-6, I, § 5 of the French Commercial Code, each party to a business relationship must inform the other party of their intent to terminate this relationship with sufficient written notice before it is actually terminated. Although the meaning of this article is obvious at first sight, this is not actually true. This public policy provision potentially blurs the termination of any economic relationship and entails insecurity as the analysis of case law reveals that the party responsible for the termination might see their liability at stake before the courts whereas they had complied with the provisions of the contract regarding such termination or decided to terminate the relationship due to their own economic constraints, leaving them no choice but to decide to end their cooperation. This insecurity is such that in some cases, the party the other party may file a claim in court and be awarded damages whereas the loss actually suffered by this party is doubtful, at best.

MOTS – CLÉS: Résiliation de la relation, résiliation du contrat, avis écrit, délai raisonnable.

KEYWORDS: relationship termination, contract termination, written notice, reasonable time.

SUMARIO: 1. Introduction. I. La responsabilité sans culpabilité. A. L'indifférente anticipation contractuelle. B. L'indifférente perte du marché de l'auteur. II. Le gain du procès sans gain pour la victime. A. L'indifférente réalité du préjudice. B. L'indifférente quête d'une réparation.

1. INTRODUCTION

Un texte du Code de commerce ne cesse de surprendre les acteurs économiques français lors de la rupture des relations qu'ils entretiennent avec leur partenaire. L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce identifie une faute dans « *le fait de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale* ». Originellement, l'article visait les seuls déréférencements abusifs mais le remaniement du texte en 1996¹ ne permet plus de circonscrire sa portée aux seules relations de la grande distribution. Plus encore, si ce texte, aujourd'hui codifié au titre IV du livre IV du Code de commerce en tant que « Pratique restrictive de concurrence » (L. 442-1 et s.), vise les seules relations « commerciales », l'adjectif n'est guère restrictif car il renvoie, selon son acceptation jurisprudentielle, à toute activité concurrentielle. Ainsi, toute relation « économique », c'est-à-dire tout « *flux d'échanges de biens et de services* »² relève de son impératif, peu important que l'objet n'en soit pas commercial stricto sensu, à l'instar des relations nouées par une société d'assurance mutuelle (dont l'objet est nécessairement non commercial)³, par une association⁴, un architecte⁵...

L'extension jurisprudentielle du champ de cet article qui s'impose à toute relation professionnelle pourrait néanmoins apparaître anodine, tant son impératif relève de prime abord du seul bon sens. Il responsabilise tout acteur économique en lui imposant de prévenir son partenaire de la future cessation de leur relation pour qu'il puisse anticiper la perte d'activité qui en résultera. L'objet n'est que de permettre au partenaire de réaffecter ses ressources ou, à défaut de préavis suffisant, de compenser la perte financière qu'il éprouve par son indemnisation. En de nombreuses espèces, l'application de cet article sert effectivement cet objectif. Mais l'analyse sera ici restreinte aux toutes aussi nombreuses hypothèses en lesquelles cet article paraît invoqué bien au-delà de sa finalité première.

Pour qu'un partenaire économique puisse se prévaloir de ce texte, c'est-à-dire de l'absence ou de l'insuffisance du préavis notifié par écrit, il suffit qu'il ait entretenu avec l'auteur de la rupture une « *relation établie* », c'est-à-dire « *une relation suivie, stable et habituelle* », peu important alors la faible importance du courant d'affaires⁶ ou l'existence d'un contrat formalisant la relation ou son développement empirique car le seul constat rétrospectif d'échanges ponctuels mais constants sur une certaine durée⁷ suffira à identifier la relation, dès lors que « *la partie victime de l'interruption [pouvait] raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaire avec son partenaire commercial* »⁸.

En ce champ accueillant, la dérive est facilitée notamment par la généreuse -et imprévisible - appréciation judiciaire du délai suffisant⁹, tandis que le préjudice pour chaque mois défaillant est fixé à la marge brute qu'aurait pu espérer réaliser le demandeur avec son

¹ Loi Galland, n° 96-588 du 1^{er} juill. 1996, art. 14, JORF 3 juill. 1996.

² T. LAMARCHE, *La notion d'entreprise*, RTD Com. 2006. 709.

³ Com., 14 sept. 2010, 09-14.322, Bull. civ. 2010, IV, n° 135 : D. 2010, 2150, obs. E. Chevrier ; JCP G 2011, 1118, note J. Barbieri.

⁴ Com., 6 fév. 2007, n° 03-20.463, Bull. civ. IV, n° 20 : D. 2007. AJ. 653, obs. E. Chevrier et Jur. 1317, note A. Cathiard ; Com., 25 janv. 2017, n° 15-13013, Lettre de la Distribution (LD), fév. 2017, obs. C. M.-G : « *le régime juridique d'une association, comme le caractère non lucratif de son activité, ne sont pas de nature à l'exclure du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce dès lors qu'elle procède à une activité de production, de distribution ou de services* ».

⁵ Com., 16 déc. 2008, n° 07-18050 Bull. civ. IV, n° 208 : D. 2009, p. 164, obs. E. Chevrier et 2888, obs. D. Ferrier : peu importe que la relation entre l'architecte et son client repose sur des prestations « *issues d'une création purement intellectuelle [...et] constituent une activité par essence civile* ». Seuls quelques professionnels réglementairement interdits d'exercer le commerce, à l'instar du médecin (Com. 23 oct. 2007, n° 06-16774 ; D. 2007. AJ. 2805, obs. E. Chevrier), du notaire (Com. 20 janv. 2009, n° 07-17556 ; D. 2009. AJ 369, obs. Chevrier) ou de l'avocat (Com., 24 nov. 2015, n° 14-22578, D. 2016, obs. C. Mouly-Guillemaud, CCC 2016, comm. 39, obs. N. Mathey), sont hors champ de ce texte. Derrière le prétexte de l'impossible caractère « commercial », la confiance consubstantielle aux relations nouées par ces professionnels avec leurs clients, et partant la précarité qu'elle induit, nous paraît bien mieux légitimer qu'elles se situent hors du champ de ce texte qui ne vise que les seules relations « établies ».

⁶ Com. 6 sept., n° 15-15086, LD oct. 2016.

⁷ Il suffit que les échanges ponctuels soient suffisamment réguliers, stables et significatifs : Com., 15 sept. 2009, n° 08-19200.

⁸ Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, p. 307.

⁹ V. notamment le propos critique de N. Gile, *La rupture brutale d'une relation commerciale établie : les dégâts collatéraux causés aux entreprises françaises par une loi dévoyée*, Gaz. Pal. 2015. 6 « *Bien rares aujourd'hui sont les demandes limitées à trois ou six mois [de préavis] quand on peut demander et parfois obtenir une condamnation à un, deux, trois ans de dommages et intérêts* ».

partenaire au vu de celle qu'il réalisait antérieurement à la rupture. Rapidement confrontés à des demandes se prévalant de la lettre bien davantage que de l'esprit du texte, les juges les accueillirent parce qu'elles entraient dans l'acceptation retenue des concepts visés. Et le contentieux se développe subrepticement en spirale, chaque précédant suscitant une nouvelle demande plus éloignée encore de l'esprit de cette règle, le partenaire évincé saisissant l'« aubaine »¹⁰ de l'indemnisation d'un préavis jugé insuffisant.

L'aubaine que peut constituer ce texte à l'occasion d'une rupture insuffisamment anticipée par son auteur n'est pas réservée aux acteurs économiques français. Pour l'heure, la Cour de cassation élude¹¹ la question de sa qualification de loi de police, largement controversée en doctrine¹², et dans le doute le jeu de l'article L. 442-6, I, 5° est conditionné à l'application au litige de la loi française. Parce que la faute de brutalité est délictuelle¹³, il conviendra donc que la France soit le pays avec lequel la demande présente les liens les plus étroits¹⁴ ou, si le Règlement Rome II est applicable¹⁵, soit que la France se présente comme le pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être¹⁶ (si l'on considère la brutalité tel un acte restreignant la concurrence, comme la localisation de l'article L. 442-6, I, 5° le suggère, et non exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé) ou comme le pays dans lequel « le dommage survient » selon la règle générale de l'article 4 voire, une nouvelle fois, à ce que la France soit le pays avec lequel la relation présente des liens manifestement plus étroits, selon l'exception de l'article 4.3. Mais bien souvent, la loi applicable n'est pas évoquée à l'occasion de litige transfrontaliers et « *les sociétés étrangères sont de plus en plus nombreuses en demande devant le juge français assignant au siège du défendeur* »¹⁷.

S'il est une aubaine pour le demandeur, le jeu de l'article L. 442-6, I, 5° est un péril pour l'auteur de la rupture. Celui-ci est susceptible d'engager sa responsabilité sans même avoir imaginé les modalités de sa rupture fautives ; il sera responsable sans être coupable (I). L'iniquité de la solution est exacerbée lorsque les conditions de la rupture ne permettent pas de se convaincre qu'elle fut préjudiciable à la partie qui la subit, car cet élément est indifférent au gain de l'action qu'elle pourra tenter et voir prospérer (II).

I. LA RESPONSABILITE SANS CULPABILITE DE L'AUTEUR DE LA RUPTURE

La rupture est objectivement brutale dès lors que nul préavis écrit ne fut délivré en un temps suffisant et son auteur ne saurait valablement excuser cette carence par le respect des prévisions contractuelles (1) ou l'évolution de son propre marché (2).

A. L'indifférente anticipation contractuelle.

La rupture peut être jugée brutale alors même que l'auteur de la rupture a délivré un préavis conforme aux prévisions contractuelles. En effet, le caractère d'ordre public de l'article 442-6,

¹⁰ N. Gile, préc..

¹¹ V. not. Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 09-67013 ; Com., 25 mars 2014, n° 12-29534, LD avr. 2014, obs. A. Brès ; RTD Civ. 2014, p. 656, obs. H. Barbier ; Com., 24 novembre 2015, n° 14-14924, LD déc. 2015, obs. F. Leclerc.

¹² Sur ce constat, v. E. FLAICHER-MANEVAL, A. REYGROBELLET, « Les litiges internationaux », Dossier « La rupture des relations commerciales établies », in Journal des sociétés, n°85, mars 2011.

¹³ Il en est ainsi alors même que la relation rompue est contractuelle, car « *ce sont les pratiques qui sont visées indépendamment de leur vêtement contractuel* » (J.-S. Borghetti, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, RDC 2007 n° 3, p. 731) ; v. not. Com., 18 décembre 2012, n° 11-17872. Néanmoins, cette qualification pourrait évoluer au vu de la position contraire de la CJUE lors de l'application du Règlement Bruxelles I, faisant entrer dans le champ de l'article 5§1 les actions pourtant qualifiées de délictuelles en droit français dès lors que le comportement reproché peut s'analyser en « *un manquement aux obligations contractuelles* » (CJUE, 13 mars 2014, aff. C-548/12, Brogsitter). Plus explicitement encore, l'action en rupture des relations est jugée de nature contractuelle lorsqu'il existe une « *relation contractuelle tacite* », celle-ci paraissant alors recouper, selon un faisceau d'indices, la notion de « *relation économique établie* » (CJUE, 14 juillet 2016, n° C-19/15, B. Haftel, RDC 2016/4, p. 701).

¹⁴ Selon la règle *lex loci delicti*, la loi du pays du lieu du fait dommageable est retenue et, s'agissant d'un délit complexe intéressants plusieurs lieux, les liens les plus étroits sont privilégiés : v. not. Com., 30 mai 2014, n° 12-26707 ; 12-26970 ; 12-29281, LD juin 2014.

¹⁵ Pour les ruptures fautives postérieures au 11 janvier 2009, art. 32 du Règlement.

¹⁶ Art. 6 du Règlement.

¹⁷ N. Gile, préc..

I, 5^o¹⁸ permet au juge d'écarter la stipulation contraire à son impératif. Tel est le cas de toute clause de préavis ne tenant pas compte de la durée de la relation commerciale¹⁹ mais prévoyant un délai fixe, par exemple 6 mois²⁰. De telles clauses deviennent alors extrêmement dangereuses pour le contractant qui se croit lié par son contrat et en respecte simplement les termes, alors qu'elle « *ne dispense pas le juge [...], de vérifier si le délai de préavis contractuel tient compte de la durée des relations commerciales ayant existé entre les parties et des autres circonstances* »²¹. Le respect du préavis contractuel sera alors l'occasion d'une faute extracontractuelle.

Le caractère d'ordre public de ce texte permet encore au juge d'écarter le jeu de la clause résolutoire privative de préavis. Effectivement, alors même que les contractants auraient envisagés les manquements qu'ils estiment suffisamment graves pour autoriser une rupture immédiate de la relation, la privation de préavis n'est plus en leur pouvoir. Le juge appréciera, sans être lié par la clause²², si la rupture est conforme au précepte de l'article L. 442-6, I, 5^o, qui prévoit encore une « *faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations* ». Néanmoins, contrairement à la lettre, ce n'est pas toute inexécution qui autorisera la résolution immédiate, mais seules celles estimées suffisamment graves par le juge²³. La clause résolutoire est ainsi non seulement inutile, puisqu'elle ne lie pas le juge, mais plus encore dangereuse pour le contractant qui croit en son bien-fondé. Or, par essence, une clause résolutoire n'a d'intérêt que lorsqu'elle vise des inexécutions qui ne sont pas objectivement gravissimes, car pour de tels manquements la voie de la résolution unilatérale ou judiciaire demeure ouverte. Il est donc à craindre que la clause vise des inexécutions estimées graves par les parties, sans pour autant revêtir objectivement cette qualification au vu des prestations contractuelles²⁴, car sa mise en œuvre pour rompre une relation économique établie pourra être fautive.

Enfin, c'est également l'arrivée du terme mentionné au contrat qui pourra occasionner une rupture brutale. En effet, la notion de « relation » est économique et se caractérise par « *la démonstration du caractère suffisamment prolongé, régulier, significatif et stable du courant d'affaires existant entre les parties pour laisser augurer la poursuite des relations commerciales* »²⁵. Or, ce flux économique peut être constitué par une succession de contrats à durée déterminée reconduits à terme²⁶. Dès lors, l'arrivée du terme du dernier contrat met valablement fin au contrat, mais non à la « relation » extracontractuelle matérialisée par cette succession de contrats et qui appelle nécessairement la notification d'un préavis écrit tenant compte de la durée, non pas du seul dernier contrat, mais de l'ensemble de la relation. Aussi la clause de tacite reconduction d'un contrat à durée déterminée d'un an qui prévoit sa reconduction automatique à défaut de dénonciation notifiée 3 mois à l'avance piègera-t-elle le contractant qui l'invoque pour rompre sa relation matérialisée par 8 contrats successifs, un préavis de trois mois n'étant généralement pas estimé suffisant pour une relation d'une telle durée.

¹⁸ Com., 25 sept. 2007, n° 06-15517, D. 2008, p. 1115, note C.Mouly-Guillemaud; Concurrences 1-2008, p. 4, note M.-C. Mitchell.

¹⁹ Com. 6 mars 2007, n° 05-18121, JCP E 2008, 1638, n° 2, obs. D. Mainguy

²⁰ Délai potentiellement insuffisant en considération de la durée de la relation rompue (par exemple pour une relation de 22 ans, qui appelait selon le juge 16 mois de préavis : Com., 10 nov. 2009, n° 08-18337, LD janv. 2010) ou des possibilités de réorientation de la victime. A titre d'exemple, un préavis de 6 mois est celui attendu pour une relation de distribution sélective de 3 ans sans lien de dépendance ni investissement spécifique de la victime : Paris, 22 janv. 2014, n° 11/17920, LD fév. 2014.

²¹ Com., 20 mai 2014, n° 13-16398. Une même solution s'applique au délai de préavis contractuel pourtant conforme à celui d'un accord interprofessionnel : Com., 2 déc. 2008, n° 08-10732.

²² Les juges ont ainsi pu dénier le caractère grave du manquement au titre d'un faisceau d'indices parmi lesquels ne figure pas la clause résolutoire (Com., 25 sept. 2007, préc. ; Com., 9 juil. 2013, n° 12-21001, LD sept. 2013), dédain pour le contrat ultérieurement atténué, la Cour motivant l'éviction de la gravité du manquement visé par la clause (Com., 24 nov. 2015, n° 14-19678, LD janv. 2016).

²³ Pour une critique, v. B. Fages, Que valent les prévisions contractuelles face à l'article L. 442-6, I, 5^o du code de commerce ? RTD Civ. 2014 p. 118.

²⁴ V. par ex. Toulouse, 5 mars 2014, n° 11/02989 : la gravité ne peut se déduire du seul fait que le manquement est sanctionné par une clause résolutoire.

²⁵ Paris, 18 janv. 2017, n° 14/08437, LD fév. 2017 ; Lyon, 10 avr. 2003, n° 2001/06057 : « *la notion de relation commerciale établie est étrangère à la notion restrictive de contrat commercial à durée déterminée et la dépasse* ».

²⁶ Certes lorsque la reconduction s'opère automatiquement en vertu d'une clause de tacite reconduction mais également lorsqu'elle résulte d'une renégociation à l'échéance de chaque contrat : Com. 23 juin 2015, n° 14-14687, LD sept. 2015.

En ces trois situations, le contractant engage sa responsabilité délictuelle pour avoir appliqué les stipulations valables de son contrat.

B. L'indifférente perte de marché de l'auteur.

La rupture sanctionnée par l'article L. 442-6, I, 5° n'est pas que la rupture totale de la relation, mais également la rupture partielle, qui s'entend de toute modification de la relation par rapport aux bases sur lesquelles elle était établie. Il s'agira soit d'une modification du volume d'affaires, soit d'une modification des conditions contractuelles « *altérant l'équilibre économique du contrat* »²⁷. Ce texte impose ainsi la temporisation de toute modification susceptible de constituer une rupture partielle et, à l'instar de la rupture totale, la cause en sera indifférente. Peu importera alors que cette modification soit vitale pour son auteur, lui-même confronté à la perte de son propre marché : « *ce texte ne prévoit pas que de simples difficultés économiques puissent affranchir une partie de l'obligation qu'il prescrit* »²⁸. A l'extrême, la rupture totale de la relation par la cessation de l'activité de son auteur, via une auto-liquidation²⁹ ou la fermeture d'une usine obsolète³⁰, n'excusera pas l'absence de préavis écrit. Tout au moins par principe, car les juges, confrontés à l'abondance de demandes iniques consécutives à la crise économique, tentent ponctuellement d'écarter le jeu du texte, soit en déniaient l'existence d'une rupture pourtant matériellement avérée³¹, soit en estimant, de manière tout aussi peu convaincante, la relation insuffisamment stable³². La faiblesse de la motivation révèle que le bénéfice de cette indulgence demeure aléatoire pour le défendeur.

II. LE GAIN DU PROCES SANS GAIN MANQUE POUR LA VICTIME

Est victime tout partenaire économique non informé par écrit en un temps suffisant de la future rupture, sans qu'importe la réalité de son préjudice puisqu'il sera automatiquement apprécié par rapport à la marge brute qu'il aurait pu espérer dégager si la relation s'était maintenue. Elle sera indemnisée de cette perte, alors même que l'on pourrait douter de sa réalité (1), voire même de son intérêt à en réclamer l'indemnisation car des méandres procéduraux français ont fait de l'article L. 442-6, I, 5° un moyen dilatoire bien aisé (2).

A. L'indifférente réalité du préjudice

Le préjudice est systématiquement constitué par la perte de marge brute du demandeur sur un courant d'affaires équivalent à celui dégagé par le passé et durant le temps de préavis défaillant. La réalité du préjudice que peut effectivement ressentir la partie qui n'aurait pas bénéficié d'un temps de prévenance suffisant –selon l'appréciation judiciaire du temps idoine – ne conditionne donc pas le jeu de la responsabilité. En cette logique, lorsque la victime a pu bénéficier d'une annonce préalable à la rupture sans que celle-ci ne lui soit notifiée par écrit, la faute et le préjudice seront néanmoins constitués. Ainsi, ni l'annonce orale, à l'occasion d'une réunion³³ ou d'une conversation téléphonique³⁴, pas plus que l'information émanant d'une filiale³⁵ ou la prévisibilité que peut revêtir la rupture au vu du contexte relationnel³⁶ ne

²⁷ Paris, 22 mars 2017, n° 15/12553, LD mai 2017.

²⁸ Paris, 23 mars 2012, n° 10/08838 ; Com. 6 sept. 2016, n° 15-15086, LD oct. 2016 : peu importe que la réduction du courant d'affaires ne soit que la conséquence de la perte que subit l'auteur de la rupture de son marché en Italie.

²⁹ Com., 3 mai 2012, n° 10-28366, LD mai 2012.

³⁰ Amiens, 18 août 2009, RG 08/00142.

³¹ Com., 12 fév. 2013, n° 12-11709, LD mars 2013 : en dépit d'une diminution de plus de 70 % du flux d'affaires entre les partenaires, les juges estiment « *qu'il ne peut être démontré l'existence d'une quelconque rupture* » ; Com. 4 oct. 2016, n° 15-14685 ; Paris, 7 janv. 2016, n° 14/08432 : « *la diminution, même significative, des commandes est [jugée] insuffisante, dans un contexte économique difficile pour [la société à l'origine de cette baisse des commandes], à caractériser une rupture brutale* ». Dans cette logique, v. Com. 22 nov. 2016, n° 15-15796, la Cour soulignant notamment des relations dégradées entre les parties pour estimer que la relation « *ne revêtait pas, avant la rupture, un caractère suivi, stable et habituel de nature à autoriser la partie victime de l'interruption à anticiper raisonnablement, pour l'avenir, une certaine continuité de flux d'affaires avec son partenaire commercial* » afin d'exclure la relation du champ du texte.

³² Com., 13 nov. 2013, n° 12-25361, LD déc. 2013, CCC 2013, comm.267, comm. N. Mathey ; Petites Affiches 17 mars 2014, n° 54, p.6, obs. C. M-G ; RDC 2014/1, p. 84, obs. C. Pelletier ; RLC 2014/38, n° 2461, obs. M. Behar-Touchais.

³³ Com. 24 sept. 2013, 12-24538, LD oct. 2013.

³⁴ Paris, 3 juil. 2014, n° 12/19453.

³⁵ Paris, 20 mars 2014, n° 12-01371.

³⁶ Com., 8 mars 2016, n° 14-25718, LD avr. 2016 ; Paris, 9 avril 2014, n° 12/01972.

font courir le préavis. En effet, seule la notification écrite du préavis conditionne sa considération judiciaire, exigence souvent piègeuse pour les partenaires qui ont toujours privilégié des communications orales, a fortiori lorsque le cadre de leur relation est informel. Bien qu'informé, la prétendue victime pourra néanmoins solliciter l'indemnisation de la « brutalité » de sa rupture ...pourtant prévisible³⁷.

La réalité du préjudice paraît tout aussi artificielle lorsque durant le temps de préavis accordé – mais jugé insuffisant- la victime se réoriente opportunément. Les juges devant apprécier la faute, et donc la suffisance du préavis, au moment de la notification de la rupture³⁸, les faits postérieurs n'interféreront ni dans la constitution de la faute, ni dans son indemnisation³⁹. Dès lors, le chiffre d'affaires issu de la reconversion ne s'imputera pas sur les gains prétendument manqués du fait de la rupture brutale de l'ancienne relation et il importe peu que le demandeur n'eut pas pu mener les deux activités de front⁴⁰. La victime de la brutalité est ici indemnisée d'un gain dont elle ne paraît pas privée.

B. L'indifférente quête d'une réparation

La demande fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° peut encore revêtir un intérêt hors tout préjudice ressenti lorsqu'elle devient simple biais dilatoire ou plus largement stratégique. Un décret de 2009⁴¹, codifié à l'article D. 442-3 C. com., emporte attribution du contentieux de l'article L. 442-6 à huit tribunaux spécialisés, en première instance, et à l'unique Cour de Paris en appel. Depuis lors, cette spécialisation des juridictions alimente elle-même le contentieux et les demandeurs sont nombreux à mal orienter leur action, notamment en matière de rupture brutale où non seulement nulle technicité n'explicite cette spécialisation, mais plus encore lorsque cet article du Code de commerce est invoqué concomitamment à un fondement de droit commun, la brutalité de la rupture caractérisant aussi fréquemment une mauvaise exécution du contrat alors qu'en dépit de leur redondance, les fondements induisent des divergences procédurales considérables. Le juge saisi à tort doit relever d'office son défaut de pouvoir⁴² et il en est ainsi alors même que le texte spécial ne serait invoqué qu'à titre reconventionnel et de manière subsidiaire, incident, superfétatoire⁴³ ... voire dilatoire ! Effectivement, la détermination de la juridiction compétente n'est « *pas subordonnée à l'examen du bien-fondé des demandes* »⁴⁴. Plus encore, dépourvue de pouvoir juridictionnel pour en connaître, la juridiction mal identifiée n'est pas saisie de l'affaire et ne peut donc procéder à son renvoi. Il revient ainsi au demandeur, s'il le peut encore, de réorienter le litige devant la juridiction compétente. Soulever à titre reconventionnel et superfétatoire un simple texte permet au défendeur de gagner du temps et potentiellement d'éviter un procès⁴⁵.

³⁷ Com., 6 sept. 2016, n° 14-25891, LD sept. 2016 : « *le caractère prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas celle-ci de son caractère brutal si elle ne résulte pas d'un acte du partenaire manifestant son intention de ne pas poursuivre la relation commerciale et faisant courir un délai de préavis* » ; Com., 8 mars 2016, préc..

³⁸ Com. 4 oct. 2016, n° 15-14025, LD oct. 2016.

³⁹ Com., 9 juil. 2013, n° 12-20468, LD sept. 2013 ; D. 2013, comm. 2324, obs. C. M.-G., C.C.C. 2013, comm. 209, N. Mathey.

⁴⁰ Com., 6 nov. 2012, n° 11-24570, RLDA 2013, p. 85; RLC 2013, n° 35, p. 183, obs. C. M.-G. En cette affaire, la rupture d'une concession exclusive avec un préavis de 7 mois est jugée brutale et la faute indemnisée sans qu'il ne soit tenue compte de la reconversion du demandeur, devenu concessionnaire exclusif d'une autre marque. Alors que le caractère exclusif des deux relations aurait interdit qu'elles puissent être cumulées, la reconversion permet à la victime de maintenir son chiffre d'affaires durant le temps de préavis défaillant qui n'en sera pas moins indemnisé, la brutalité semblant constituer automatiquement un préjudice par le gain manqué....

⁴¹ Décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009 (JO 15 nov.)

⁴² Com., 31 mars 2015, n° 14-10016, Bull. civ. IV, n° 59, LD avr. 2015, D. 2015, p. 997, obs. S. Tréard.

⁴³ V. not. Paris, 14 déc. 2016, n° 14/14207, LD janv. 2017 : « (...) *dès que sont invoquées les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, que ce soit à titre principal, subsidiaire, incident ou reconventionnel, il y a lieu de soumettre l'entier litige à la compétence de la juridiction spécialisée, même s'il porte pour une autre partie, même essentielle, sur la responsabilité contractuelle* » ; Com., 24 sept. 2013, n° 12-21089, D. 2013, p. 2812, obs. N. Dorandeu.

⁴⁴ Com., 26 mars 2013, n° 12-12.685, Bull. civ. IV, n° 49.

⁴⁵ Au nom de la sécurité juridique, la Cour de cassation vient toutefois de prononcer un net revirement jurisprudentiel en restreignant le champ de la spécialisation des juridictions. Si les tribunaux de première instance non spécialisés demeurent dépourvus de pouvoir pour connaître des litiges relatifs à l'application de ce texte, l'unique compétence de la Cour de Paris en appel est désormais restreinte car elle n'est juridiction d'appel que des seuls tribunaux spécialisés. Ainsi, l'appel d'un litige tranché par un tribunal non spécialisé –certes, en excès de pouvoir pourra néanmoins être porté devant la Cour d'appel dont il ressort : Com., 29 mars 2017, n° 15-17659.

En guise de conclusion, et si les applications pour le moins surprenantes de l'article L. 442-6, I, 5° C. com. devaient convaincre les partenaires économiques de se prémunir de son application, il convient de déplorer les rares palliatifs pour ce faire. Le premier biais serait de soumettre la relation à une loi autre que la française ou, tout au moins, se garder de la compétence des juridictions françaises, sans doute trop enfermées dans la caractérisation des concepts pour autoriser quelque incidence à l'iniquité, si ce n'est la contre-productivité du résultat. Soulignons alors l'efficacité des clauses compromissaires en dépit de la nature délictuelle de l'action⁴⁶. Lorsque la relation entre dans le champ du texte, c'est alors ces conditions qui peuvent être influencées et certains préconisent de « *faire en sorte de ne pas tisser une relation commerciale qui pourrait être considérée comme établie* »⁴⁷. Ne pas se lier dans la durée donc. Une autre parade est d'interdire le caractère établi de la relation, notamment par une systématique mise en concurrence. Effectivement, la jurisprudence est constante pour souligner que le recours à l'appel d'offres interdit la croyance en la pérennité de la relation, qui dès lors est précaire⁴⁸. Mais si la relation devait être établie, la durée du préavis raisonnable échappera à l'emprise des parties pour être apprécié par le juge devant lequel le litige sera porté. Assurément, et si le partenaire peut se permettre de figer sa relation durant ce temps, il conviendrait de lui conseiller de délivrer un préavis qui apparait raisonnable au vu de la durée de la relation. Mais cela même ne permettra pas de garantir que le juge adoptera la même appréciation de son caractère idoine. Alors, la sécurité sera de transiger. En effet, par une décision très remarquable, la Cour de cassation a admis⁴⁹ l'efficacité des transactions portant sur les modalités d'exécution du préavis (notamment dégressives) ou sur l'indemnisation de son insuffisance, à la condition que celles-ci soit conclues postérieurement à la notification de la rupture. Il ne s'agit plus alors de contourner ce droit d'ordre public, mais d'aménager ses effets acquis. L'accord de volonté autorise ainsi la rédemption, si elle est nécessaire, mais à tout le moins la sécurité.

⁴⁶ En dernier lieu, v. Com. 1^{er} mars 2017, 15-22675, LD mars 2017 : « *l'arbitrage n'était pas exclu du seul fait que les dispositions impératives de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce étaient applicables* ».

⁴⁷ M. LECENE-VILLEMONTAIX, *Sanctions et parades*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, Janvier 2014, dossier 4.

⁴⁸ Paris, 18 janv. 2017, n° 14/08437, LD fév. 2017 ; Paris, 7 oct. 2016, n° 13/19175, LD nov. 2016 ; Com. 8 déc. 2015, n° 14-18228, LD janv. 2016. Une relation d'ores et déjà établie peut ainsi être précarisée par la mise en place postérieure d'un appel d'offres, mais cette mise en concurrence s'analysant elle-même en une rupture partielle des conditions de la relation qui en était auparavant dépourvue, un temps de préavis devra la précéder pour que cette modification ne soit pas brutale.

⁴⁹ Com., 16 déc. 2014, n° 13-21363, LD janv. 2015, JCP E 2015/10, p. 43, 1115, obs. N. DISSEAU ; CCC 2015, comm. 34, obs. N. Mathey ; RTD civ. 2015. 384, obs. H. Barbier et 411, obs. P.-Y. Gautier ; RLC 2015/43, p. 121, obs. C. Mouly-Guillemaud.

DECLINATORIA Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

José Luis González Montes
Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Rey Juan Carlos
Socio de Baylos

Fecha de recepción: 16 de enero

Fecha de aceptación: 1 de junio

RESUMEN: La autonomía de la voluntad de las partes permite a éstas dirimir sus controversias de naturaleza civil y mercantil a través del arbitraje como un medio extrajurisdiccional de resolución de conflictos, para ello han de suscribir un convenio arbitral con los presupuestos y requisitos establecidos en la LA. No obstante, obviando dicho acuerdo, una de las partes puede acudir a la jurisdicción para que sea ésta la que resuelva, pudiendo invocar la parte contraria la existencia y validez del convenio arbitral y la sumisión a arbitraje.

Este artículo analiza el instrumento procesal para hacer valer el arbitraje entre las partes (la declinatoria), pero lo hace desde la perspectiva del arbitraje internacional, analizando cuándo y conforme a qué requisitos puede calificarse un arbitraje como internacional, poniendo en conexión esta circunstancia con los principales tratados internacionales en materia arbitral. Desde ese punto de vista, se analizan los presupuestos de la declinatoria, procedimiento, régimen de recursos, así como su influencia cuando el procedimiento arbitral está ya iniciado y los efectos de su prosecución. Definiendo para ello cuándo nos encontramos realmente ante el inicio de las actuaciones arbitrales a los efectos no solo de la declinatoria, sino también de la adopción de medidas cautelares. Igualmente, y como cuestiones más especiales, se abordan qué singularidades presenta cuando el inicio del procedimiento arbitral se ha producido a través de la solicitud por alguna de las partes de “medidas urgentes” a un árbitro de emergencia. Así mismo, qué diferencias puede comportar en cuanto a los efectos propios de la declinatoria, el hecho de que una de las partes haya sido declarada en concurso de acreedores.

Por último, se pone especialmente el foco en los términos conforme a los cuales puede un órgano jurisdiccional valorar el convenio arbitral a los efectos de decidir acerca de la estimación o desestimación de la declinatoria, esto es, si cabe cognición limitada (*prima facie*) o extensa del convenio.

PALABRAS CLAVE: Convenio arbitral, declinatoria, árbitro de emergencia, concurso de acreedores, valoración *prima facie*.

ABSTRACT: Freedom of choice allows parties to solve their conflicts of civil and commercial nature through arbitration as a non-judicial dispute resolution mechanism. To this end they have to sign an arbitration agreement under the conditions and requisites established by LA. However, by disregarding the said agreement one of the parties can resort to the court while the other party can assert the existence and validity of the arbitration agreement and the submission to arbitration.

This article analyses the instrument to assert arbitration among the parties (challenge to jurisdiction) but from the perspective of international arbitration, analyzing when and under which conditions an arbitration can be deemed international, connecting this circumstance with the main international arbitration conventions.

From this point of view, the conditions of the challenge to jurisdiction are analyzed as well as procedure aspects, appeals and their influence when the arbitration process has commenced, and the effect of their prosecution. To this end it is defined when we are actually in front of the commencement of arbitration process not only for the purpose of the challenge to jurisdiction but also the adoption of interim measures. Furthermore, more specifically, the particularities of the challenge to jurisdiction are addressed when the commencement of the arbitration process has been produced by the application by any of the parties of “interim measures” to an emergency arbitrator. Furthermore attention is drawn to the differences brought forward in the effect of the challenge to jurisdiction by the fact any of the parties has been declared insolvent.

Finally, special emphasis is put on the terms under which a court can assess the arbitration agreement for the purposes of deciding on the upholding or dismissal of the challenge to jurisdiction, that is, whether it is appropriate to perform a limited (prima facie) or extensive assessment of the agreement.

KEY WORDS: arbitration agreement, challenge to jurisdiction, emergency arbitrator, bankruptcy, prima facie assessment

SUMARIO: 1. Introducción y antecedentes. 2. Presupuestos y requisitos para que la declinatoria pueda estimarse. 2.1. *Carácter internacional del arbitraje.* 2.2. *Requisitos y efectos de la cláusula arbitral.* 2.2.1. *Ley aplicable.* 2.2.2. *Requisitos relativos al consentimiento, a la capacidad de las partes, al objeto y forma del convenio arbitral.* 2.2.3. *Efectos de la cláusula arbitral.* 2.3. *Procedimiento a seguir para plantear la declinatoria.* 2.3.1. *Cuestiones generales.* 2.3.2. *Declinatoria e inicio y continuación del procedimiento arbitral.* 2.3.3. *Inicio del procedimiento arbitral a través del árbitro de emergencia.* 2.4. Valoración del convenio arbitral por el órgano jurisdiccional a los efectos de decidir la declinatoria. 2.5. Declinatoria, arbitraje y concurso de acreedores. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES.

Parece conveniente que, antes de abordar la declinatoria referida al arbitraje internacional, se haga una referencia a los antecedentes y las vicisitudes que ha tenido la excepción de arbitraje en la legislación española, hasta su regulación actual en el art. 11 de la vigente Ley de Arbitraje (LA en adelante) de 23 de diciembre de 2003, sobre todo si se tiene en cuenta que esta Ley, como expresa su Exposición de Motivos (II): “en los que respecta a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, opta claramente por una regulación unitaria de ambos”. Esto supone seguir el sistema monista, es decir, que, salvo algunas excepciones se apliquen los mismos preceptos al arbitraje interno y al arbitraje internacional, lo que facilita la posibilidad de que España sea sede de arbitrajes internacionales.

En nuestro sistema no es hasta la Ley de arbitraje de 1953 cuando se unifica la regulación del arbitraje en una ley autónoma, acabando así con la dualidad normativa propia del siglo XIX de regular, por una parte aspectos sustantivos en los Códigos de esa naturaleza (Civil y Mercantil) y de otra, lo procesal en una Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante) de 1981, donde se derogan los artículos 790 a 839 que regulaban los juicios de árbitros y amigables componedores, aunque con una proyección fundamentalmente interna.

En esa Ley, y por lo que concierne al efecto negativo del sometimiento de la controversia a arbitraje, su artículo 19 recogía dicho efecto de la forma siguiente: “El otorgamiento del compromiso impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral, siempre que la parte a quien interese invoque el compromiso mediante la correspondiente excepción, que tendrá carácter previo en aquellos procedimientos que admitan defensas de esta clase”.

Con esa redacción varias eran las cuestiones que se debatían, algunas de indudable alcance práctico. Salvada ya la discusión sobre si el efecto negativo de excluir el contrato preliminar de arbitraje o desde el contrato de compromiso, al haber desaparecido dicha distinción en las leyes de arbitraje posteriores a 1953, se debatía si la excepción de arbitraje era una excepción autónoma o subsumible en la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción que recogía el art. 533.1 LECA, luego reformado por la Ley de 6 de agosto de 1984 como “falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional”¹.

Por otra parte, se planteaba también el problema de que, fuera el caso del juicio ordinario de mayor cuantía donde se admitiera el planteamiento de las excepciones dilatorias como previas en los seis primeros días del plazo para contestar a la demanda, en los demás juicios ordinarios habría que plantear la excepción de arbitraje en la contestación a la demanda, lo que se podía entender como una renuncia táctica al arbitraje y con sometimiento a la jurisdicción de los Jueces estatales, por el efecto previsto entonces en el artículo 58 de la LECA, en virtud del cual se entendía hecha la sumisión tácita para el demandado cuando, una vez personado en juicio, realice cualquier cuestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria. Problema que, como veremos a continuación, se arrastró en la LA de 1988.

Dicha Ley (36/1988, de 5 de diciembre) respecto de lo anterior, supone otro salto cualitativo en la legislación arbitral española, sobre todo porque no solo se establecía un instrumento más apto para la solución de las controversias que pudieran surgir en el tráfico mercantil interno, sino también las que pudieran surgir en el tráfico internacional, cuestión esta que

¹ En favor de que la excepción de compromiso se invocara mediante la incompetencia de jurisdicción del número 1 del art. 533 LECA, a falta de otra expresamente mencionada en la Ley, se pronunció L. PIETRO-CASTRO, “Estudio comparativo de la Ley española de arbitraje”, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, II, pág. 465 y ss., pág. 465.

De contrario, defendió la autonomía de la excepción J. GUASP, *El Arbitraje en el Derecho Español*, Barcelona, 1956, pág. 132, que entendía que a partir de la Ley de 1953 lo que se hizo fue añadir una nueva excepción dilatoria a las establecidas en el art. 533 de la LECA. La autonomía de la excepción también fue defendida por J.L. GONZÁLEZ MONTES, “La excepción de compromiso”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. II y III, Abril-Septiembre de 1975, págs. 446 y ss., en cuanto que no podía equipararse la excepción de compromiso a la incompetencia de jurisdicción.

se culmina con la Ley vigente y posterior a la mencionada LA de 1988, según se dirá después.

En cuanto al tema que nos ocupa, la LA de 1988 se refiere al efecto negativo o excluyente de la jurisdicción estatal en su art. 11.1: “El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante la oportuna excepción”.

En este caso en la LA se recogía además la tesis de la autonomía de la excepción de arbitraje mantenida por un sector doctrinal y en su disposición adicional 3ª añadía un nuevo número (el 3º) al artículo 533 LECA y una nueva redacción del número 10 del artículo 1464 (excepciones del juicio ejecutivo) de dicha ley con la redacción siguiente: “La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje”, terminando así con la indefinición que había sufrido la excepción con anterioridad.

Sin embargo se seguía arrastrando el problema ya referido relativo al planteamiento de la excepción en los juicios ordinarios y fundamentalmente en el menor cuantía, donde no era posible plantear como dilatoria (previa) la excepción de arbitraje, es decir, había de recurrirse a la contestación a la demanda, con lo que, como se dijo, se corría el riesgo de tomar dicha actitud como sumisión a la jurisdicción, y más con lo que se introducía en el apartado 2 del art. 11, esto es, que las partes podían renunciar al arbitraje, lo que se presumía, cuando el demandado realizara, después de personado en juicio, cualquier actividad procesal que no fuera la de proponer en forma la excepción.

Ante este problema se recurrió en ocasiones a plantear en la comparecencia previa al juicio de menor cuantía la excepción de arbitraje a través de la figura de la inadecuación de procedimiento (art. 693.1ª LECA), para adelantar la resolución de esta, o incluso plantear la excepción de sumisión al arbitraje en la contestación a la demanda, no como única sino junto con la inadecuación de procedimiento, oponiéndose a la demanda en cuanto al fondo con todas las alegaciones consiguientes.

Dicho proceder no fue admitido por el Tribunal Supremo en algunas sentencias (S. Sala 1ª de 27 de octubre de 1998) entendiéndose que tales conductas iban fundamentalmente contra lo preceptuado en el art. 11.2 LA (1988), por lo que concluyó que ambas partes renunciaron al arbitraje: el actor al interponer la demanda, y el demandado al no limitarse después de personado en juicio, a proponer en forma la oportuna excepción (en similar sentido STS Sala 1ª de 10 de diciembre y 1 de marzo de 1996).

No obstante, esa tesis no fue pacífica y pueden encontrarse sentencias del TS de signo contrario (SSTS Sala 1ª de 18 de abril de 1998 y de 1 de junio de 1.999), y en virtud de las cuales se admitía que en el juicio de menor cuantía la excepción de arbitraje se podía formular como perentoria en la contestación a la demanda y resolverse en la sentencia (art. 687 LECA), y tras ella, contestar en cuanto al fondo sin que ello implicara una sumisión a la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, y sin perjuicio de su naturaleza, parecía más correcto, como defendieron algunos², que la excepción de arbitraje funcionara de modo semejante a la declinatoria, lo que se adecuaba mejor a lo preceptuado en el art. 11 LA. No cabe olvidar que, según el art. 79 LECA, la declinatoria se sustanciaba como excepción dilatoria o en la forma establecida para los incidentes, con lo que se acomodaba a todas las posibles situaciones, esto es, como previa en el juicio de mayor cuantía, o, en el menor cuantía, como incidente de previo pronunciamiento que suspendía el procedimiento (art. 114 LECA), sin necesidad de acudir a otras figuras cual era el caso de la inadecuación del procedimiento en el menor cuantía.

² En ese sentido puede verse: A. VALENCIA MIRÓN, “La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje”, en AA.VV., *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, San Sebastián 1989, págs. 44 y 45; y J.L. GONZÁLEZ MONTES, “La excepción de arbitraje”, *Revista La Ley*, año XI, núm. 2.442, 13 de marzo de 1990, págs. 1-3, pág. 3.

2. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE LA DECLINATORIA PUEDA ESTIMARSE.

2.1. *Carácter internacional del arbitraje.*

Como se ha expuesto por la doctrina, a diferencia del arbitraje interno aunque la diferencia ya se encuentra más modulada, el arbitraje internacional ha tenido bastante éxito debido a que ha venido a colmar la necesidad del comercio internacional en cuanto a la seguridad y rapidez en las transacciones, lo que implica unas técnicas simples y eficaces de solución de las controversias que puedan surgir. Es por eso que puede hablarse en el ámbito internacional de una “mentalidad” a favor del arbitraje como medio de solución de conflictos privados, especialmente en el ámbito mercantil. Ello es también consecuencia de la falta de una jurisdicción supraestatal de Derecho Privado que pueda resolver los litigios de esta naturaleza que puedan surgir entre partes también privadas, ante lo cual los Estados solo pueden ofrecer sus jurisdicciones nacionales y las normas y tratados de competencia judicial internacional, que resultan insuficientes para atender las demandas que exige la agilidad en el tráfico jurídico³.

La determinación de la internacionalidad del arbitraje es importante por tanto a los efectos de fijar la normativa que es aplicable, en primer lugar a los requisitos y eficacia de la cláusula arbitral y en segundo lugar, al régimen de reconocimiento y ejecución en España del futuro laudo que se dicte. Un arbitraje se dice internacional porque trasciende de la esfera de un único Estado y presenta vínculos y conexiones con otros Estados⁴.

En ese punto, la ley española de arbitraje de 2003 ha optado por una regulación unitaria del arbitraje interno y del internacional con base en la Ley Modelo elaborada por la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional) de 24 de junio de 1985, abandonando el tradicional criterio de permanecer al margen de las técnicas codificadoras internacionales. Ya en su art. 1º relativo al ámbito de aplicación, se hace referencia a que esa ley será aplicable a los arbitrajes dentro del territorio español, tanto a los de carácter interno como a los de carácter internacional, salvando lo establecido en los Tratados de los que España sea parte. Esa referencia a los Tratados que vinculan a España en materia arbitral, en coherencia con el mandato del art. 98 CE, supone en la práctica una referencia al Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (BOE de 11 de julio de 1977 y en vigor a partir del 10 de agosto del mismo año), el Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional (ratificado el 5 de marzo de 1977), así como a todo un conjunto de convenios bilaterales concluidos por España y cuyo ámbito de aplicación incluye el arbitraje comercial internacional.

Por lo que se refiere a los Convenio multilaterales más importantes, el de Nueva York de 1958 y el de Ginebra de 1961, aunque en principio tienen un ámbito de aplicación diferentes, en cuanto que la aplicación del primero se refiere al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales (art. I. 1) y el de Ginebra tiene su ámbito de aplicación a la regulación de los requisitos y efectos del convenio arbitral, así como a los procedimientos y laudos arbitrales basados en dichos convenios (art. I.1.a)), también el de Nueva York contiene normas que regulan aspectos del convenio arbitral, del procedimiento y del laudo, bien de forma directa (vid. art. II. 1 y 2), bien de forma indirecta al regular las causas de oposición al reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral (art. V), por lo que ambos pueden considerarse complementarios, aunque el primero tenga un ámbito de aplicación universal y el segundo un ámbito de aplicación a los arbitrajes en materia de comercio internacional (art. I.1.a)), y el de Nueva York (art. II.1), aunque prevé expresamente que los Estados miembros puedan limitar la aplicación del Convenio a las relaciones jurídicas

³ F. CORDÓN MORENO, *El Arbitraje de Derecho Privado*, 2005, págs. 85 y ss.

⁴ M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. extraordinario, Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento, 2006, págs. 21-33, pág. 30.

consideradas comerciales por su derecho interno, aunque España no ha hecho uso de esa limitación.

En cuanto a la legislación española, la ley de Arbitraje no solo hace aplicable su normativa a los arbitrajes nacionales e internacionales que se desarrollan en España (art. 1.º.1 LA), sino que prevé también la aplicación de algunos de sus preceptos a los arbitrajes que tengan lugar fuera del territorio español, es decir, a los arbitrajes que combinan su normativa internacional con su carácter extranjero. Como se deduce del art. 1.2º LA son aplicables a los arbitrajes de esa naturaleza los apartados 3, 4, y 6 del art. 8, es decir las normas relativas a la adopción judicial de medidas cautelares, para la ejecución forzosa y para el *exequátur* de laudos extranjeros; el artículo 9 relativo a la forma y contenido del convenio arbitral, salvo el apartado 2; el art. 11 relativo a los efectos positivo y negativo (exclusión de los tribunales) del convenio arbitral; el art. 23 respecto de la potestad de los árbitros para la adopción de medidas cautelares y, finalmente, los Títulos VIII y IX relativos a la ejecución forzosa del laudo y el *exequátur* de laudos extranjeros siempre sin perjuicio de lo que dispongan los Convenios Internacionales suscritos por España sobre la materia.

Respecto de lo que pueda considerarse arbitraje internacional desde la perspectiva de la ley española, el art. 3º de ésta establece tres apartados en los que se incluyen los criterios que, según el legislador español que, como se dijo antes, tiene muy en cuenta la Ley Modelo CNUDMI, hacen que un arbitraje pueda considerarse internacional⁵. En primer lugar (apartado a)) se hace referencia a que “*en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilio en Estados diferentes*”, criterio que está recogido también en el art. I.1.a) del Convenio de Ginebra de 1961 y en el art. 1.3.a) de la citada Ley Modelo.

En segundo lugar (apartado b)), se recoge un criterio múltiple que atiende a que, o bien el lugar del arbitraje determinado en el convenio arbitral, o con arreglo a éste, o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado en un Estado distinto al en que las partes tenga sus domicilios, criterio también tomado de la Ley Modelo casi literalmente y, más concretamente en su artículo 1.3.b)i),ii) y que aunque no se encuentra recogido en el Convenio de Ginebra ha de entenderse completado por el de Nueva York que ofrece un criterio más amplio, en cuanto que establece como uno de los principios delimitadores de la internacionalidad del arbitraje la extranjería a ambas partes de la resolución arbitral a dictar, considerándose que la resolución es extranjera cuando ha sido dictada “en territorio de un estado distinto a aquel en el que se pide el reconocimiento y la ejecución (art. I.1)”. Conviene poner de relieve sobre esto que el anterior criterio fue adoptado conscientemente por los países firmantes del Convenio, ya que en la discusión de ese precepto fue expresamente rechazada una enmienda italiana que, con base en el artículo 2 de su Código Procesal Civil, pretendía negar la aplicación del Convenio “*cuando ambas partes son nacionales o tengan su domicilio o residencia habitual en su territorio*”.

Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina⁶, la circunstancia que en ese caso califica a un arbitraje como internacional es objetiva y de naturaleza territorial y viene referida a las partes, como en el supuesto anterior. Sin embargo la diferencia con aquél estriba en su directa dependencia de la voluntad de éstas, en la medida en que, al amparo del art. 26 de la LA, son las partes las que tienen capacidad para “determinar libremente el lugar del arbitraje”. Esto se observa, especialmente, en relación con aquellos supuestos en los que las partes tengan su domicilio en el mismo Estado. La concreción del lugar de desarrollo del arbitraje fuera del territorio de éste conllevará su consideración como internacional, con lo que las partes estarán “internacionalizando” el arbitraje con su consecuencia: la relativa a

⁵ Lo que ha llevado a MERINO MERCHAN a afirmar que: “*el art. 3 LA es un precepto axial dentro del ordenamiento arbitral español en su proyección transnacional pues, por primera vez, se fijan las circunstancias para caracterizar un arbitraje como internacional*”, J.F. MERINO MERCHÁN, “Comentario al art. 3 LA”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Coord. González-Bueno)*, Madrid, 2014, págs. 63-68, pág. 64.

⁶ C. ESPLUGES MOTA, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Coord. S. BARONA VILAR, Madrid, 2004, págs. 158 y ss.

que el laudo recaído fuera de España tendría la consideración de extranjero y debería someterse a normas del Convenio de Nueva York.

Por último, y en tercer lugar (art. 3.1.c) LA), La Ley española califica de internacional el arbitraje cuando la relación jurídica de la que dimana la controversia afecta a los intereses del comercio internacional⁷. Es este un criterio que se conoce en el ordenamiento jurídico español a través del Convenio de Ginebra (art. I.1.a)) y que se encuentra presente en los ordenamientos nacionales de nuestro entorno, caso del CPC francés, cuyo mandato contenido en el art. 1492 reproduce linealmente la ley española. Precisamente este criterio fue rechazado en el momento de la elaboración de la Ley Modelo por su carácter difícilmente objetivable y susceptible de generar divergencias a la hora de ser interpretado por los tribunales de los diversos estados.

2.2. Requisitos y efectos de la cláusula arbitral.

2.2.1. Ley aplicable.

Los efectos del convenio arbitral, en especial el efecto negativo de exclusión de la vía jurisdiccional, están supeditados al examen que el juez realice sobre la validez, eficacia y aplicabilidad al caso concreto⁸, en el caso de que se suscitara discusión sobre el particular. El problema surge a la hora de determinar cuál es la ley por la que se rige.

Como se ha puesto de relieve con anterioridad, el art. 1.2 de la ley española hace aplicable a los arbitrajes internacionales realizados fuera de España, entre otras normas, el art. 9 de aquélla donde se regulan los requisitos de forma y contenido del convenio arbitral.

Más concretamente apartado 6 del citado artículo 9 LA establece que “*cuando el arbitraje fuera internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia o por el derecho español*”. Por su parte, en defecto de la voluntad de las partes, el Convenio de Nueva York señala como criterio supletorio la ley del país en que se haya dictado sentencia (art. V.1.a)), y el mismo criterio sigue el Convenio de Ginebra (art. VI.2.b)).

A título de ejemplo podría recrearse la siguiente situación: si en una cláusula arbitral contenida en un documento relativo a condiciones generales de la orden de compra (Purchase Order General Terms and Conditions), si bien en este caso se establecían claramente las normas por las que debía regirse el procedimiento arbitral, y que al tratarse de un arbitraje institucional, no son otras que las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio (se entiende que es de aplicación su Reglamento), en cambio nada se decía en dicha cláusula respecto a la legislación aplicable al convenio arbitral, solo que dicho procedimiento se desarrollaría en París (Francia)⁹.

Desde esa situación, entendemos que debe aplicarse el derecho francés puesto que al realizarse el arbitraje en París (Francia), si las partes no han convenido nada al respecto las normas aplicables al convenio arbitral, tanto el Convenio de Nueva York (art. V.1.a)), como el Convenio de Ginebra (art. VI.2.b)) establecen como criterio supletorio el del lugar donde deba dictarse el laudo, es decir, Francia, y por tanto de aplicación el derecho francés.

⁷ Con relación a este criterio, F. MERINO MERCHÁN, “Comentario al art.3 LA”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Coord. González-Bueno), cit., pág. 68; ha indicado que: “*Así concebido este criterio de carácter material, económico u objetivo según los distintos autores incide, más directamente sobre la esencia de la relación jurídica que justifica y postula un arbitraje internacional y entronca con directamente sobre el nivel de justificación y la naturaleza específica del arbitraje internacional como técnica adscrita a la solución de controversias en los que el comercio internacional, concebido del modo más amplio, resulte afectado*”.

⁸ Posteriormente analizaremos hasta qué punto debe el órgano jurisdiccional valorar el convenio arbitral: *prima facie* o a través de una valoración extensa.

⁹ La cláusula núm. 50 de un contrato establecía una sumisión en ese caso a las Reglas del Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, arbitraje que será dispensado por uno o más árbitros elegidos de acuerdo con dichas reglas, para todas las disputas que surjan en conexión con cualquier orden de compra relacionadas con la existencia, validez o terminación de las órdenes de compra (referidas a la compra de diversos elementos y materiales necesarios para la fabricación de coches).

Aunque el resultado final al que puede llegarse es el mismo tanto si se aplica el derecho francés como si se aplica el derecho español. En cualquier caso no ha de olvidarse que las normas establecidas en los citados Convenios internacionales son también normas de derecho español de aplicación preferente como *lex specialis* a las normas de derecho interno español¹⁰.

Como ejemplo de derecho comparado continuando con el escenario anterior, debe señalarse que en lo que respecta al derecho francés en este punto conviene tener presente que el arbitraje se regula en su Código de Procedimiento Civil, Libro IV, artículos 1442 y ss., si bien recientemente dicha normativa ha sido reformada en su conjunto por el Decreto núm. 2011-48 de 13 de Enero de 2011 que entró en vigor el 1 de mayo del mismo año. En dicha regulación los artículos relativos al Convenio arbitral son de contenido similar a los contenidos en el ley española, sobre todo los relativos a la forma y contenido (artículo 9 LA), aunque en la reforma se reduce el formalismo que rodea el arbitraje en el caso de que pueda considerarse internacional en el sentido de que el acuerdo arbitral no estará sujeto a ningún requisito en cuanto a su forma (art. 1509 CPC francés), es decir, no es necesaria la forma escrita incluso en los convenios arbitrales que se hayan efectuado con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (1 de mayo de 2011).

2.2.2. Requisitos relativos al consentimiento, a la capacidad de las partes, al objeto y la forma del convenio arbitral.

En lo que se refiere al consentimiento arbitral ha de expresarse la voluntad de las partes de someter al arbitraje controversias que puedan surgir respecto a una determinada relación jurídica¹¹, lo cual es exigible tanto en el derecho francés (art. 1.442 vigente y nuevo) como en el derecho español (art. 9.1 LA.) y desde luego es el punto de partida de los Convenios de Nueva York (art. II.1) y de Ginebra (art. I.1.a)).

Aunque en la cláusula arbitral se haga referencia a la vinculación de las partes a la decisión arbitral, que no será apelable, no es necesario como ocurría, por ejemplo, en la LA española anterior, expresar en el convenio la obligación de cumplir la decisión de los árbitros (art. 5.1 de la LA anterior, aunque era un mero formalismo, una precisión de alguna manera redundante y que nada añadía a la voluntad indubitada de las partes de someterse a arbitraje (SAP Madrid de 7 de noviembre de 1985, SAP Sevilla de 27 de junio de 1995 y SAP Barcelona de 28 de septiembre de 1994).

En relación con la capacidad, no resulta ocioso recordar al respecto, que en este tema resultan aplicables las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en el Título Preliminar del Código Civil y que fijan la Ley nacional de las personas físicas (art. 9.1º Cc), de las personas jurídicas (art. 9.11 Cc) y en el art. 2 de la LA que exige el poder de disposición. Además conviene recordar también que según el Convenio de Nueva York (art. V.1.a)) la autoridad competente para el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral podrá denegar dicho reconocimiento si la parte interesada prueba que las partes estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable; criterio que también es seguido por el Convenio de Ginebra (art. VI.2) cuando dispone que “*al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los tribunales nacionales de los estados contratantes entre los cuales se hubiese promovido dicha cuestión, deberán en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la ley que les sea aplicable a éstas*”.

¹⁰ Por otra parte, en este punto, semejante solución a la aquí propuesta ha sido adoptada respecto de una cláusula arbitral prácticamente idéntica a la expuesta, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15ª) en el Auto nº 86/2009, de 29 de abril, done se vino a ratificar la decisión del Juez de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de estimar válida y eficaz la cláusula compromisoria de acuerdo con el art. 9 LA, con el Convenio de Nueva York y con el Convenio de Ginebra. En aquel supuesto tratándose de una cláusula que remitía al Reglamento de la CCI, el arbitraje sería en París, el idioma el inglés y el derecho aplicable al fondo del asunto italiano, pero en este caso sobre la base de un contrato de licencia entre empresas con domicilios en distintos estados.

¹¹ Sobre los requisitos del convenio arbitral (incluidos los relativos a forma, objeto y consentimiento, puede verse A. MONTES REYES, “El convenio arbitral”, J.L. GONZÁLEZ MONTES, *Estudios sobre arbitraje: los temas clave*, Madrid, 2008, págs. 24-71.

Por lo que respecta al objeto, lo constituye una controversia que haya surgido o que pueda surgir en el futuro respecto de una determinada relación jurídica. En definitiva el objeto del compromiso ha de ser una controversia jurídica y no meramente material o económica en lo que también hay coincidencia entre el derecho francés (art. 1442 CPC) y el español (art. 9.1 LA).

Aunque no es preciso que la controversia esté concretada y determinada, sí es necesario que sea determinable. A estos efectos lo relevante es que no se dé una absoluta indeterminación de la relación que pueda suponer una renuncia general a la acción judicial en relación con todos los derechos de la persona.

Según el Convenio de Nueva York (art. I.3), la relación puede ser contractual o no contractual para excluir toda duda sobre la posibilidad de someter al arbitraje relaciones jurídicas no contractuales. En cualquier caso, requisito ineludible respecto del convenio arbitral es que recaiga sobre una materia susceptible de ser sometida a arbitraje, es decir, todas aquellas que sean de libre disposición conforme a derecho (art. 2º.1 LA).

Puede ocurrir que la cláusula arbitral se halle en documento distinto al de un Acuerdo Marco, pero para nada invalida la cláusula arbitral. Como es sabido, el art. 9.4 LA reconoce la posibilidad de que el acuerdo no conste en el documento principal sino en un documento al que las partes firmantes se remiten (convenio arbitral por referencia), por lo que, también desde esa perspectiva, ha de considerarse que la cláusula arbitral sería válida.

Respecto al requisito de la forma en consonancia con los convenios arbitrales internacionales sobre arbitraje comercial internacional, así como respecto de las normas de la LA, el acuerdo arbitral no deberá someterse a ningún requisito de forma, con lo que se refuerza el criterio antiformalista. Precisamente una de las manifestaciones de ese criterio antiformalista y que sigue la misma fórmula en la Ley Modelo, es la admisión de la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, que consta en un documento separado al que las partes se hayan remitido y que ha sido comentado con anterioridad.

Examinados todos los presupuestos y requisitos relativos a la cláusula arbitral y presuponiendo que se trata de un arbitraje internacional, la conclusión no podría ser otra, una vez verificadas, en caso de que una de las partes se dirigiera a la Jurisdicción para tratar de dirimir en ese ámbito la cuestión litigiosa, debiera estimarse el eventual planteamiento de la declinatoria entre las partes por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje internacional.

No obstante, podría plantearse algún escollo si alguna de las partes del proceso jurisdiccional se encontrara incluso en una situación de concurso de acreedores, cuestión que será abordada posteriormente observándose la posible incidencia del concurso en el arbitraje.

2.2.3. Efectos de la cláusula arbitral.

Dándose los presupuestos y requisitos del convenio arbitral anteriormente mencionados y en ausencia de óbices que pueda impedir desplegar eficacia, el efecto es doble: uno en sentido positivo y otro en sentido negativo.

La eficacia positiva de la cláusula arbitral obliga a las partes a cumplir con lo estipulado (art. 11.1 LA) y someter la solución de las controversias que surjan entre ellas sobre el tema pactado a la decisión de uno o más árbitros. La eficacia negativa del convenio arbitral, consecuencia de lo anterior, consiste en la sustracción de la controversia en cuestión a la jurisdicción de los tribunales que impedirá a estos conocer de dicha controversia, lo que se hará valer a través de la declinatoria (art. 11.1 LA) que en este caso será de carácter internacional (art. 39 LEC).

También en los convenios internacionales, la cláusula arbitral internacional excluye, previa petición de parte, el conocimiento de los tribunales estatales. Así, en el Convenio de Nueva York el art. 11.3 dispone que: “*El Tribunal de uno de los estados contratantes al que se*

someta un litigio respecto del cual las partes ya han concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable". Por su parte, el Convenio de Ginebra dispone en su art. VI.1 que: *"toda excepción o declinatoria por incompetencia del Tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral ante el tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la ley del país del tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo".*

2.3. Procedimiento a seguir para plantear la declinatoria.

2.3.1. Cuestiones generales.

Como es sabido, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante), ha venido a unificar el tratamiento procesal tanto de la falta de jurisdicción como de competencia, así como los supuestos en que el litigio esté sometido a arbitraje, y el mecanismo procesal a través del cual se hace valer dicha falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, esto es, la declinatoria.

La declinatoria es un medio procesal específico, correspondiente a las partes, con el que éstas pueden provocar que el tribunal que está conociendo del proceso deje de hacerlo, por carecer de jurisdicción o de competencia o estar el asunto sometido a arbitraje (art. 63 LEC).

Normalmente esta potestad de las partes concurre con la potestad del Tribunal de apreciar de oficio su falta de jurisdicción o competencia, salvo en supuestos, como el de la sumisión del asunto a arbitraje, donde es la parte demandada la que tiene en todo caso la carga de alegar tal circunstancia a través de la declinatoria, esto es, este efecto negativo debe ser invocado a instancia de parte por medio de declinatoria en los plazos y procedimiento establecidos en los arts. 63 y ss. LEC.

Mediante la interposición de la declinatoria se evita además que se entienda que el demandado se ha sometido tácitamente al Tribunal en el que demandante ha interpuesto la demanda, pues es la única actuación procesal que provoca la ruptura de la presunción de sumisión tácita por parte del demandado (art. 56.2 LEC).

Por otro lado, y en conexión con los anteriores preceptos de la LEC, la LA de 2003 prevé en su artículo 11 la declinatoria como medio de hacer valer el efecto negativo del convenio arbitral, y por tanto de impedir que los órganos jurisdiccionales conozcan de las controversias sometidas a arbitraje. Es más, la interposición de la declinatoria no impedirá que las actuaciones arbitrales puedan iniciarse o puedan proseguir si ya se han iniciado (art. 11.2 LA), sobre lo que volveremos después.

Por su parte el art. 39 de la LEC prevé la posibilidad de que el demandado plantee la declinatoria internacional por estar sometido el asunto a arbitraje. Dándose los requisitos y presupuestos para que la cláusula arbitral sea válida, a los que nos hemos referido, el procedimiento de la declinatoria no plantea especiales problemas y está claramente diseñado en la LEC (Art. 63 a 65). La competencia para la tramitación y para la resolución de la declinatoria corresponde al órgano jurisdiccional que está conociendo del proceso. Los requisitos del acto de proposición se reducen a que ésta habrá de proponerse dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda (art. 64.1 LEC) en el juicio ordinario y habiéndose modificado el plazo para la interposición de la declinatoria planteada en los juicios verbales, extendiéndolo a diez días como consecuencia de la reforma operada por la Ley 11/2011 de reforma de la LA. Esta variación del plazo en los verbales es la única diferencia entre la declinatoria interpuesta por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, de aquella que se interpone con la finalidad de impugnar la infracción de cualquier otra norma de jurisdicción y competencia.

Este planteamiento con carácter previo a la formulación de la contestación a la demanda, evita errores de interpretación respecto de posibles sumisiones tácitas a la jurisdicción como consecuencia de proceder a la contestación a la demanda judicial, no cabe tal circunstancia ni tampoco tratar de plantear un modo de excepción procesal de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje en la contestación a la demanda para que sea resuelta en la audiencia previa al juicio, el carácter preclusivo de los plazos de la declinatoria impide tal interpretación, sin perjuicio de que la referida excepción no está contemplada entre aquellas reguladas en el art. 416 LEC.

Al escrito de declinatoria habrán de acompañarse los documentos o principios de prueba en que se funde, con copias con número igual que el de litigantes (art. 65.1 LEC).

Aunque estos documentos o principios de prueba puedan estar ya aportados al proceso conviene, no obstante, aportarlos junto con el escrito de declinatoria, dado que en el procedimiento incidental que provoca la declinatoria no está previsto ninguna posibilidad de actividad probatoria específica.

En cuanto a la resolución de la declinatoria y los recursos contra la misma, si el tribunal considerase que carece de jurisdicción por haberse sometido el asunto a arbitraje, dictará auto absteniéndose de conocer y sobreeserá el proceso. Contra esta resolución cabrá recurso de apelación. Si, por el contrario, se desestima la declinatoria, en este supuesto cabría recurso de reposición y alegar la falta de este presupuesto al interponer la apelación contra la sentencia definitiva (arts. 65.2 y 66.1 y 2 LEC).

2.3.2. Declinatoria: inicio y continuación del procedimiento arbitral y posibilidad de solicitar medidas cautelares.

El art. 11 LA no solo regula los efectos positivo y negativo del convenio arbitral, sino también y por lo que ahora interesa exponer, dos cuestiones más de relevancia: (i) que la interposición de la declinatoria no suspende el curso de las actuaciones arbitrales; y (ii) que la existencia de un convenio arbitral no impide que puedan solicitarse de un órgano jurisdiccional medidas cautelares, tanto durante el procedimiento arbitral como antes del inicio de éste.

Vayamos por partes, con evidente acierto, el legislador ha considerado necesario introducir herramientas que impidan o dificulten la continuación de las actuaciones arbitrales, o que el convenio arbitral pueda llegar a desplegar eficacia. En este sentido, la interposición de la declinatoria no impide que el procedimiento arbitral pueda iniciarse o proseguir. Por consiguiente, el recurso a la jurisdicción no puede ser usado como técnica dilatoria respecto de aquellas partes que queriendo obviar el compromiso adquirido en la ratificación del convenio arbitral, pretenden excluir el arbitraje haciendo competente a la jurisdicción ordinaria.

Se plantean sin embargo situaciones necesitadas de solución respecto de la determinación del inicio de las actuaciones arbitrales. Efectivamente, el inicio del proceso arbitral no es semejante al del proceso jurisdiccional, por mucho que se hable de demanda arbitral y contestación a la demanda arbitral en el ámbito del procedimiento arbitral ¿qué ha de entenderse por inicio de las actuaciones arbitrales?

No está de más recordar, que idéntica pregunta nos debemos formular a propósito de la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda solicitadas en un procedimiento arbitral, el art. 730.2 II LEC establece para el proceso jurisdiccional, que adoptada la medida cautelar solicitada dispondrá de un plazo de veinte días para la interposición de la demanda, sin embargo, en el proceso arbitral, dicho plazo no rige y para que la medida pueda mantenerse, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral.

Para responder a esta cuestión creemos necesario distinguir entre arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional. El primero se entiende iniciado cuando se realizan las gestiones para la formalización judicial del arbitraje, esto es, cuando se proceda al nombramiento de

árbitros llamados a resolver. El inicio del segundo sin embargo, dependerá en gran medida de las reglas establecidas en los respectivos reglamentos y es aquí, donde pueden surgir algunas dudas, ya que podría considerarse inicio de arbitraje actuaciones tales como: la presentación de la solicitud de inicio de arbitraje (sin interposición de la totalidad de las alegaciones que quedarían reservadas para la demanda arbitral); aceptación del encargo por parte de la institución arbitral, el nombramiento de árbitros y/o la aceptación del encargo por su parte, o la solicitud o depósito de la correspondiente provisión de fondos requerida por la institución. Debemos decantarnos no obstante por el trámite de la solicitud de arbitraje o de someter la controversia a arbitraje, pues permite ya identificar con claridad el objeto del proceso aunque sea de manera sucinta: partes, *petitum* y causa de pedir.

a. Inicio del procedimiento arbitral a través del árbitro de emergencia.

Entendemos que puede resultar interesante analizar qué especialidades presenta a los efectos de la interposición de la declinatoria, que el procedimiento arbitral comience de una forma *sui generis* como es a través de medidas diversas solicitadas a acordadas por el denominado árbitro de emergencia. En primer lugar, debe decirse que numerosas instituciones arbitrales avanzadas tanto nacionales¹² como internacionales regulan esta figura. La primera institución arbitral fue la Cámara de Comercio Internacional en su «*Pre-Arbitral Referee Procedure*», implementada en 1990, pero con una serie de aspectos diferentes a la figura que encontramos a la actualidad, por lo que según datos de la misma, este mecanismo fue sólo usado 12 veces desde 1990 hasta 2012¹³.

Sin embargo, fue desde el año 2010 cuando el árbitro de emergencia pasó de ser un concepto casi testimonial, a tener un papel fundamental en el arbitraje, introduciéndose en los reglamentos arbitrales de numerosas instituciones. Citamos los siguientes ejemplos:

- 1996 Draft Emergency Relief Rules of WIPO.
- 2007 CPR Rules for Non-Administered Arbitration («CPR Rules»).
- 2009 Rules on International Dispute Resolution Procedures of the ICDR de la AAA («ICDR Rules») —Article 37. — 2010 Rules of the Singapore International Arbitration Centre («SIAC Rules») — Rule 26 and Schedule 1.
- 2010 Arbitration Rules of the Netherlands Arbitrage Instituut («NAI Rules») —Section Four A (Articles 42a-42o).
- 2010 Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce («SCC Rules») - Article 32 and Appendix II. — 2011 Rules of the Australian Center for International Commercial Arbitration («ACICA Rules») —Article 28
- 2012 Swiss Rules of International Arbitration («Swiss Rules») — Article 43.
- 2012 Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce («ICC Rules») — Article 29 y Appendix V.

Acudir al árbitro de emergencia consiste en la posibilidad, como es sabido, de que cualquiera de las partes pueda solicitar a este “medidas urgentes” con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral. En efecto, son numerosas las situaciones que pueden requerir de la adopción de ciertas conductas que pueden llegar a tener finalidades diversas, no solo tendentes al aseguramiento del laudo final que se dicte en el procedimiento, sino que pudieran tener también como objetivo proteger el objeto del procedimiento en diversas esferas como podría ser en materia de prueba. Y es que hemos querido aludir de manera deliberada al término “medidas urgentes” sin calificar estas medidas solamente como medidas cautelares. Es cierto que algunas instituciones sí ofrecen algún tipo de referencia respecto de qué medidas podrían llegar a solicitarse al árbitro de emergencia, pero en

¹² A título de ejemplo puede mencionarse el Anexo I del Reglamento de arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Madrid.

¹³ V. DE LOS SANTOS/BONNIN, “Emergency Proceedings Under the Mew ICC Rules”, *Spain Arbitration Review*, N.º 13/2012.

realidad no es necesario, no son *numerus clausus*, serán válidas todas aquellas tendentes a asegurar en uno u otro sentido el procedimiento.

Advertimos que las medidas que mejor pueden encajar a estos efectos, en una aproximación poco profunda a su naturaleza jurídica lo cual excedería el ámbito de este trabajo, son las medidas cautelares, medidas de aseguramiento de la prueba y medidas de prueba anticipada. Todas ellas pueden quedar perfectamente englobadas en el término medidas urgentes.

No debe fijarse un límite a las actuaciones del árbitro de emergencia más allá de aquellos que tienen que ver con su competencia limitada en el tiempo (hasta la constitución del tribunal arbitral), y de aquellas limitaciones que directamente imponen las propias medidas de carácter urgente que puede llegar a adoptar.

Pero también este árbitro está completamente sujeto a la regla *Kompetenz/kompetenz*, y para poder decidir acerca de las medidas que le son solicitadas deberá valorar cuestiones básicas como la arbitrabilidad de la materia, la existencia, eficacia y validez del convenio arbitral o la capacidad y representación de las partes que instan las medidas, entre otras. Nada cambia a propósito de esta circunstancia.

Obviamente el procedimiento establecido en orden al nombramiento de un árbitro de emergencia, ha de ser per se rápido con el objetivo de evitar que pudieran frustrarse el fin de las medidas solicitadas (la media en dicho nombramiento oscila en las distintas cortes arbitrales entre dos y tres días).

Es muy necesario que la solicitud de árbitro de emergencia contenga una fundamentación específica de las razones de urgencia y especialidad que llevan a la parte a solicitar en este instante las medidas sin aguardar a que se inicie el procedimiento arbitral y se proceda al nombramiento del tribunal arbitral.

Llegados a este punto resulta necesario analizar, en relación con el tema que nos ocupa, qué especialidades presenta la declinatoria cuando el inicio del procedimiento se ha producido a través de la solicitud de alguna de las partes de medidas urgentes a un árbitro de emergencia.

La primera conclusión ha de ser a nuestro juicio, que cuando se activan los mecanismos para proceder al nombramiento de un árbitro de emergencia, así como cuando éste es nombrado, estamos ya sin lugar a dudas en el contexto del procedimiento arbitral, hay ya procedimiento, está ya iniciado a todos los efectos, aunque sea a través de esta fórmula. En este sentido, y siendo coherentes con lo establecido en el artículo. 11.2 LA este tipo de actuaciones ante el árbitro de emergencia pueden iniciarse perfectamente y continuar con su tramitación a pesar de la interposición por una de las partes de la declinatoria ante la jurisdicción.

Entendemos que el solicitante de las medidas urgentes ante el árbitro y aquel que hubiera instado la declinatoria, son partes distintas pues aquella parte que se haya dirigido a la jurisdicción para evitar que la controversia sea resuelta a través del arbitraje, no podrá dirigirse al árbitro de emergencia pues supondría una evidente sumisión tácita a la jurisdicción arbitral, dejando sin efecto la declinatoria interpuesta. Igual resultado tendría en nuestra opinión, si la finalidad de la parte que acude a la jurisdicción fuera acudir al árbitro de emergencia para plantearle una excepción de falta de jurisdicción del tribunal arbitral. Para empezar no hay aún tribunal arbitral, para seguir, se podría interpretar que hay sumisión tácita al arbitraje y, por último, el planteamiento de tal excepción en absoluto podría encajar en el conjunto de medidas que hemos calificado como “medidas urgentes” que pudieren solicitarse al árbitro de emergencia, no entran pues en la naturaleza jurídica de las mismas.

2.4. Valoración del convenio arbitral por el órgano jurisdiccional a los efectos de decidir la declinatoria.

El tratamiento de esta cuestión consideramos que tiene una relevancia principal por los intereses en juego en las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y el proceso arbitral. Como es sabido, el art. 7 de la LA establece el principio de intervención mínima de órganos jurisdiccionales en el arbitraje, no obstante lo anterior, la participación de Juzgados y Tribunales en el arbitraje en algunas ocasiones es posible (medidas cautelares, asistencia judicial en materia de prueba o nombramiento judicial de árbitros) y otras veces absolutamente necesaria (anulación del laudo, ejecución forzosa, *exequatur* de laudos extranjeros).

Cuestión distinta de lo anterior, aunque directamente relacionada con ella, son aquellos supuestos en los que por diversas razones los órganos jurisdiccionales pueden llegar a pronunciarse sobre el convenio arbitral y/o sobre el laudo. Semejante cuestión ocurre con ocasión del nombramiento de árbitros, la declinatoria, la ejecución forzosa del laudo y la anulación del mismo. Si tomamos como ejemplo el nombramiento judicial de árbitros, sabemos que el art. 15.5 recoge uno de los supuestos de exclusión en virtud del cual un órgano jurisdiccional puede negarse al citado nombramiento de árbitros si entiende que el convenio arbitral no existe o no es válido. Así mismo, el Juzgado de Primera Instancia puede denegar el despacho de la ejecución si el título ejecutivo (siendo un laudo arbitral), presenta algún tipo de irregularidad formal (art. 551 LEC) lo que podría comportar que el órgano ejecutor analizara el contenido del laudo y del convenio arbitral para tomar la decisión acerca del despacho de la ejecución.

Estos son solo algunos ejemplos que pueden equipararse a la situación que se genera en relación con la declinatoria, en efecto, cuando una de las partes trata de hacer valer el arbitraje a través de la interposición de la declinatoria por haberse suscrito entre las partes un convenio arbitral, el órgano jurisdiccional, para poder tomar la decisión sobre la estimación o no de la declinatoria, ha de realizar un análisis del convenio arbitral pero, ¿hasta dónde debe llegar el control que efectúe el órgano jurisdiccional del convenio arbitral?

Responder a este interrogante supone pronunciarse acerca de si cabe una cognición limitada o extensa por parte del órgano jurisdiccional a la hora de analizar el convenio arbitral con carácter previo a la resolución de la declinatoria. Dicho en otros términos, si cabe un análisis *prima facie* o en profundidad del convenio arbitral incluyendo el análisis de aquellas cuestiones que se refieran a la arbitrabilidad de la materia.

Pues bien, el punto de partida ha de ser necesariamente el art. 22 LA que, como es sabido, se refiere a la facultad de los árbitros para resolver sobre su propia competencia, plasmación de la regla *Kompetenz/Kompetenz* que también inspira la Ley Modelo UNCITRAL y que se concreta en la posibilidad de que los árbitros analicen de oficio la potestad para decidir la controversia que ha sido sometida a su decisión, incluyendo las cuestiones relativas al convenio arbitral o cualesquiera otras que impidan entrar en el fondo del asunto. No obstante, resulta necesario atender a la disponibilidad o indisponibilidad de la materia a tratar, puesto que algunos de esos defectos deberían tener un tratamiento distinto con el objetivo de no limitar la autonomía de la voluntad de las partes que, en el desarrollo del procedimiento arbitral, podrían convalidar a través de sus actuaciones, algunas cuestiones sobre materias disponibles del procedimiento arbitral habilitando a los árbitros para decidir sobre ese tipo de cuestiones.

Por otra parte, hay que tener en cuenta también el art. 6 LA que recoge la presunción de la renuncia tácita a las facultades de impugnación, esto es, si no se denuncia en el procedimiento arbitral la infracción de una norma dispositiva de la Ley o de algún requisito del convenio arbitral, se considerará que se renuncia a las facultades de impugnación previstas.

Son las partes las que en atención al principio de la autonomía de la voluntad han decidido excluir del conocimiento del asunto a los órganos jurisdiccionales a través de la formalización del convenio arbitral. En este sentido, recae en primer término en los árbitros y no en los Juzgados y Tribunales, la valoración sobre aspectos básicos del arbitraje, entre otros y por lo que ahora interesa, sobre la validez y existencia del convenio arbitral, así como sobre la arbitrabilidad de la materia, todo ello por aplicación del art. 22 LA. Sin embargo, el arbitraje puede quedar completamente desvirtuado y la voluntad de las partes aniquilada, si, surgida la controversia, una de las partes se somete a la jurisdicción, la parte contraria interpone la declinatoria y, finalmente, se deja en manos del órgano jurisdiccional la valoración del convenio arbitral en orden a la decisión de la controversia. Insistimos esa facultad es en primer término de los árbitros, por lo que se les hurtaría de la misma a través de esta valoración efectuada por el órgano jurisdiccional.

Siendo cierto lo anterior, tampoco puede negarse que el órgano jurisdiccional está habilitado en estos casos para valorar el convenio arbitral, ha de hacerlo para poder determinar si estima o desestima la falta de jurisdicción y procede la sumisión a arbitraje, sin embargo, esa valoración, a nuestro juicio, debe ser una valoración *prima facie*, con una cognición limitada y no extensa, pues en último término a quien corresponde valorar la existencia del convenio arbitral es a los árbitros a tenor del art. 22 LA, así como atendiendo al principio de intervención mínima de órganos jurisdiccionales en el arbitraje (art. 7 LA). Nótese, que esa valoración acerca de la existencia o validez del convenio arbitral, por hipótesis, ha podido haber sido ya realizada por los árbitros en sentido positivo cuando la declinatoria es sometida a un órgano jurisdiccional, pues recuérdese que el procedimiento arbitral puede haberse iniciado antes y haber continuado incluso tras la interposición de la declinatoria (art. 11.2 LA). Por tanto, más si cabe en ese supuesto, queda aún más claro de qué manera se priva a los árbitros de realizar una función que a ellos en primer término compete.

Conseguir un equilibrio de ambas situaciones no resulta sin embargo sencillo, pues en la práctica puede ser complejo que el órgano jurisdiccional no realice un análisis más profundo del convenio a propósito de la declinatoria, de hecho como ahora veremos, no ocurre tal circunstancia sino una valoración extensa del mismo a los efectos de decidir la declinatoria, valorando si éste puede desplegar o no eficacia porque a su juicio no exista, no sea válido o haya sido ratificado sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitraje. Lo anterior se complica si observamos con detalle algunas de las patologías que podría presentar el convenio arbitral, como es el hecho tratar de someter a arbitraje una materia indisponible, que a la postre, pudiera dar lugar a un laudo dictado contra el orden público, en definitiva, defectos en el arbitraje sobre materias indisponibles que no pueden ser permitidas por el ordenamiento y que pudieran ser paralizadas ya *ab initio* a través de la declinatoria y la decisión judicial sobre el convenio y la misma.

A pesar de abogar por esa cognición limitada a la hora de valorar la cláusula compromisoria por parte de órganos jurisdiccionales, somos conscientes de que, hasta que no haya una previsión normativa en este punto (y se ha perdido una gran oportunidad en la última reforma de la LA por la Ley 11/2011), nuestros tribunales serán reacios a dicha cognición limitada y tratarán de analizar en profundidad el convenio para abordar en la mejor de las disposiciones la estimación o desestimación de la declinatoria. Puede ser complejo establecer una línea que deslinde ciertas figuras que sí y otras que no, podrían ser valoradas judicialmente del convenio. A título de ejemplo, ¿esa valoración *prima facie* permitiría analizar los supuestos de nulidad/anulabilidad del convenio, la capacidad y la representación de las partes que participan en el mismo, la cobertura o falta de cobertura de la cláusula compromisoria respecto de la controversia que las partes finalmente someten al tribunal aun siendo ésta de carácter disponible, o si con base en dicho convenio pudiera dictarse en el futuro un laudo contrario al orden público, entre otras?

Bien es cierto que la falta de previsión normativa sobre la posible cognición extensa o limitada del convenio arbitral a los efectos de decidir la declinatoria¹⁴, permite que surjan interpretaciones diversas quizás todas ellas revestidas de argumentos sólidos. Una simple aproximación a los principales tratados internacionales también supone el mantenimiento de la duda al respecto ya que, de un lado, el Convenio de Nueva York parece abogar por aquella cognición plena en su artículo II.3 en los siguientes términos:

“El tribunal de uno de los estados contratantes al que se somete a un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

Igualmente se desprende tal circunstancia (cognición extensa respecto de la cláusula arbitral), si se analiza el art. 8.1 de la Ley Modelo UNCITRAL:

“El tribunal al que se someta a un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, o a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”¹⁵.

No puede decirse lo mismo del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 cuando señala que:

“deberá diferir toda la resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientes para desviarse de la norma”.

Si se observa a partir de las previsiones anteriores la jurisprudencia recaída al respecto, puede concluirse sin problemas que, de facto, nuestros juzgados y tribunales están llevando a cabo un análisis completo, con cognición plena, del convenio arbitral a la hora de tomar decisiones acerca de la estimación o desestimación de la declinatoria, ejemplo de ello son las STS de 23 de mayo de 2002 (R. Ar. 6421); 5 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6374) y 27 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8627)¹⁶. Como señala VIRGÓS SORIANO: “La falta de norma

¹⁴ Si bien, como afirma VIRGÓS SORIANO: “En el sistema español se produce una paradoja. No hay ninguna duda de que los autores del borrador del proyecto (se refiere a la LA) optaban por un modelo fuerte de KOMPETENZ/KOMPETENZ, a modo del sistema francés. Sin embargo tampoco hay duda de que se olvidaron de decirlo en la propia ley”, en M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. extraordinario, Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento, cit., pág. 30. Es cierto, si la actual LA hubiera incluido una referencia expresa a cómo ha de valorarse el convenio arbitral, por ejemplo, a los efectos de la declinatoria, si con cognición extensa o limitada, la interpretación de nuestros tribunales sería unitaria y predecible.

¹⁵ En este sentido se ha pronunciado también M. BENITO LLOPIS-LLOMBART, “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la KOMPETENZ/KOMPETENZ”, *Artículos Jurídicos URÍA MENÉNDEZ*, 2008, pág. 1 (también en *Revista del Club Español del Arbitraje*, N.º 1, 2008): “Puede entenderse que el juez tiene la potestad para conocer de la cuestión de forma plena e inmediata, en cuanto se alegue ante él, mediante declinatoria, la existencia de un convenio arbitral. Se percibe así al tribunal estatal como juez natural de la controversia; el efecto negativo de la regla Kompetenz-Kompetenz se interpreta restrictivamente, en una versión débil [1]. Tal es el sistema del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, así como el de la Ley Modelo de la uncitral sobre arbitraje comercial internacional de 21 de junio de 1985: el juez debe abstenerse de conocer salvo si “comprueba” que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

¹⁶ Sobre el análisis de estas Sentencias y el posicionamiento de nuestros tribunales sobre la cognición plena o limitada del convenio arbitral, puede verse el trabajo de A. LOPEZ ARGUMEDO PIÑERO, y K. MENÉNDEZ DE LA CUESTA LAMAS, “La intervención judicial en el arbitraje: análisis de jurisprudencia española reciente”, *Revista del Club español del arbitraje*, núm. 8, 2010, págs. 53-71.

También M. BENITO LLOPIS LLOMBART, “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la Kompetenz-kompetenz”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, N.º 1, 2008.

Ambos artículos identifican el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias (Secc. 1ª), de 2 de febrero de 2006, como un buen ejemplo de la práctica mayoritaria de nuestros tribunales al aplicar la LA, dicha resolución señala:

“Ni que decir tiene que el hecho de haberse dictado un auto supone una determinada decisión judicial de entidad análoga a la sentencia que en su caso habría resuelto también sobre la validez de la cláusula discutida”.

Mantienen también esta línea jurisprudencial entre otras: los Autos de las Audiencias Provinciales de Murcia (Secc. 4ª), de 5 de diciembre de 2005 (Ar. Jur 20580/2006) y Barcelona (Secc. 15ª), de 23 de octubre de 2006 (Ar. Jur 113980).

expresa hace que los tribunales tiendan a seguir la inercia de las soluciones anteriores. En este sentido, algunas resoluciones judiciales muestran que los tribunales no se limitan a un examen *prima facie* del convenio arbitral, sino que entran a decidir, con efectos de cosa juzgada, sobre su validez¹⁷. Esta línea jurisprudencial ha llevado a BENITO LLOPIS-LLOMBART a señalar que: “*Parece, en fin, como si la interpretación restrictiva o débil del efecto negativo de la regla Kompetenz-Kompetenz -casi unánime, como vemos, en la práctica de nuestros tribunales- se apoyara en un nada desdeñable argumentum e silentio: la cognición judicial con plenitud de alcance y efectos al enjuiciar la existencia, validez o aplicabilidad del convenio arbitral constituye entre nosotros una tradición tan arraigada que habría exigido al legislador -de haber sido ésa, en efecto, su intención- una derogación expresa*”¹⁸.

Tampoco es válido para esto supuestos el poder acudir a juzgados especializados en materia de arbitraje que resolvieran con unidad de criterio situaciones como la actual. Recuérdese que el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 25 de noviembre de 2010, atribuyó al Juzgado de Primera Instancia núm. 101 de Madrid, con carácter exclusivo, las funciones de apoyo y control judicial del arbitraje para cuestiones como el nombramiento y remoción de árbitros, el auxilio judicial en materia de pruebas, la adopción de medidas cautelares o la ejecución forzosa de laudo. Sin embargo, no cabe incluir en esta competencia la declinatoria de arbitraje que, como sabemos, por aplicación de los artículos 63.2 y 45 LEC, será competente aquel Juzgado al que se haya dirigido el actor para interponer la demanda sin posibilidad de acudir a ningún órgano especializado como el citado Juzgado núm. 101 de Madrid¹⁹.

A pesar de que nos hayamos decantado por un análisis *prima facie* del convenio a efectos de la declinatoria, ha de señalarse que los órganos jurisdiccionales, no obstante lo dicho, no pierden su competencia para controlar en el futuro los laudos dictados, tanto a través de la acción de anulación del laudo como del recurso de revisión²⁰. En este supuesto, los árbitros ya han analizado con antelación su propia competencia y se ha producido un escrupuloso respeto del art. 22 LA, así que, para aquellos supuestos en que por hipótesis se hubiera apreciado algún tipo de error de los árbitros sobre su propia competencia (incluida la valoración del convenio arbitral obviamente), éstos podrán ser subsanados vía acción de anulación del laudo.

Incluso diría más, si se intenta la ejecución forzosa de un laudo, el control de los tribunales en ese instante procesal de la fase de ejecución forzosa, debe llegar a la comprobación de que concurran o no infracciones de normas imperativas durante el proceso de gestación de la resolución arbitral, reconducidas éstas a que el laudo decida una cuestión no susceptible de ser sometida a arbitraje o sea contrario al orden público. En estos dos supuestos, sí cabría un análisis más profundo de la regularidad formal del título ejecutivo, mientras que en el resto de supuestos (posibles infracciones de normas dispositivas), el tribunal ante un laudo que cumpla los requisitos del art. 551 LEC, estará obligado a despachar ejecución por la regularidad formal del título ejecutivo presenta, sin perjuicio de las posteriores oportunidades de oposición que ofrezca el proceso al ejecutado.

2.5. Declinatoria, arbitraje y concurso de acreedores.

Debemos abordar en este momento aquella situación que podría concurrir al respecto de una controversia entre dos partes que hubieran ratificado un convenio arbitral, dirigiéndose una de ellas a la jurisdicción obviando la existencia de dicho convenio y, cuando además, se da la circunstancia de que una de las partes se encuentra en situación de concurso de acreedores. Basta por el momento asumir que se haya dictado en dicho concurso el auto de

¹⁷ M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. extraordinario, Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento, cit., pág. 31.

¹⁸ M. BENITO LLOPIS-LLOMBART, “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la KOMPETENZ/KOMPETENZ”, *Artículos Jurídicos URÍA MENENDEZ*, cit., pág. 6.

¹⁹ Sin perjuicio de que esa especialización por materia ex art. 98 LOPJ solo concurre en la ciudad de Madrid.

²⁰ Sobre esta cuestión y en sentido amplio, vid. J.L. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, *El control judicial del arbitraje*, La Ley, Madrid, 2008 y *La asistencia judicial al arbitraje*, Ed. Reus, 2009.

declaración de concurso con independencia de la concreta fase del proceso concursal en la que nos encontremos.

En relación con este tema, en la redacción originaria del art. 52.1 de la Ley Concursal (LC, en adelante), se venía a señalar que los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarían sin valor ni efecto durante la tramitación del encargo. Sin embargo, el efecto suspensivo al que se refería la anterior redacción del art. 52.1 LC, no era aplicable al caso del arbitraje internacional ya que dicha norma hacía la salvedad de “*sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados Internacionales*”²¹, y en los tratados internacionales que vinculan a España en materia de arbitraje, esto es, el Convenio de Nueva York de 1958 y el de Ginebra de 1961, no existe referencia alguna al efecto suspensivo del convenio arbitral previsto en la norma española.

En el número 2 del art. 52 LC, se establecía la regla general de que, una vez declarado el concurso, los procedimientos arbitrales pendientes y en tramitación se continuarán hasta la firmeza del laudo, estableciéndose la misma regla que es aplicable también a los juicios declarativos pendientes contenida en el art. 51.1 LC.

Sin embargo, el referido párrafo 1 del art. 52 LC, se ha reformado conforme a la Disposición Final 3ª de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje 60/2003, que cambia totalmente lo que se decía en la regulación anterior, de tal manera que ahora la declaración de concurso no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado, estableciendo el efecto totalmente contrario al que se decía en la regulación anterior.

Únicamente por excepción, el órgano jurisdiccional podrá acordar la suspensión de esos efectos cuando los pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso, y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

Lo que se acaba de señalar, no se ve en absoluto modificado a la luz de la correspondiente normativa europea en materia de insolvencia. Así es, el actualmente vigente Reglamento núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, no realiza referencia expresa alguna a los procedimientos arbitrales.

En este sentido, el art. 15 del citado Reglamento señala que: “*los efectos del procedimiento de insolvencia con respecto a otros procedimientos en curso en relación con un bien o un derecho de la masa se regirán exclusivamente por la Ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho procedimiento*”, por lo que la normativa europea da libertad a los distintos Estados nacionales para regular los efectos de la insolvencia (del concurso) sobre los procedimientos, y haciendo una interpretación analógica extensiva, se extendería también a los procedimientos arbitrales en curso y/o, en su caso, sobre los convenios arbitrales que hubieran suscrito las partes en concurso.

Pero es que además, esta misma interpretación que los distintos tribunales de los Estados miembros han realizado del art. 15 del Reglamento, es la que recoge el que será nuevo Reglamento sobre procedimientos de insolvencia que entrará en vigor en junio de 2017. En efecto, el Reglamento 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, incluye la siguiente previsión en el art. 18:

“*Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor se regirán exclusivamente por la Ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho proceso o en el que tenga su sede el tribunal arbitral*”.

Así pues, el que será nuevo Reglamento en procedimientos de insolvencia sí que incluye ya una referencia expresa a los procedimientos arbitrales a diferencia de su antecesor pero, en todo caso, hace una remisión a la regulación que al respecto realice cada Estado miembro, y

²¹ Sobre este particular vid. J.L. GONZÁLEZ MONTES, “Arbitraje y concurso de acreedores”, *Estudios sobre el arbitraje: los temas clave* (Coord. GONZÁLEZ MONTES, J.L.), págs. 373-394.

hemos observado que la posición de nuestro país al respecto ha quedado definitivamente fijada con la modificación del art. 52 LC expuesta, tras la reforma de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje.

En lo relativo a la incidencia de la situación de concurso respecto de la disponibilidad o arbitrabilidad objeto del convenio internacional, ha de concluirse que dicha situación no viene a cambiar la naturaleza disponible de la relación jurídica sometida a arbitraje. Una cosa son las restricciones que el concursado haya de sufrir respecto de los bienes patrimoniales de libre disposición, según los casos (concurso voluntario o necesario), y otra muy distinta que la declaración de concurso haga indisponible o de “*ius cogens*” una materia perfectamente arbitrable.

En cuanto a la justificación de la reforma, la citada ley argumenta en su Exposición de Motivos (párrafo último), que la nueva redacción se adapta mejor a las soluciones comunitarias en la materia y elimina la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del art. 52 LC. Se pretende por tanto mantener la vigencia del convenio arbitral cuando se trate de acciones civiles que, sin perjuicio de que pudieran tener trascendencia patrimonial respecto del deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración de concurso.

Por su parte el art. 53 LC relativo a las sentencias y laudos firmes queda como estaba en la redacción original.

3. CONCLUSIONES

I. La actual regulación de la declinatoria, con un plazo de interposición preclusivo dentro del plazo de contestación a la demanda, ha clarificado la situación procesal precedente, evitando que puedan producirse indeseadas sumisiones tácitas a la jurisdicción.

II. La actual LA 60 /2003, realiza a una regulación monista del arbitraje, aplicándose tanto al arbitraje interno como al internacional, recogiendo en su artículo 3 los supuestos en que ha de considerarse al arbitraje como internacional, dependiendo de la internacionalidad del arbitraje, los requisitos y eficacia de la cláusula arbitral así como el régimen de reconocimiento y ejecución en España del futuro laudo que se dicte.

III. La voluntad de las partes determinará la ley aplicable al convenio arbitral para decidir sobre su existencia, validez y eficacia. En su defecto, y tratándose de un arbitraje internacional, la validez del convenio dependerá de la ley aplicable al fondo de la controversia o, por último, del derecho español, siendo el mismo el criterio establecido en los principales tratados internacionales.

IV. Para que el convenio arbitral pueda desplegar sus efectos, también en el arbitraje internacional, debe cumplir una serie de requisitos relativos a la forma, el objeto, y la capacidad de los otorgantes del consentimiento, conteniendo los más importantes tratados internacionales herramientas para impedir el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales cuando las partes ha expresado previamente su voluntad inequívoca de someterse a arbitraje.

V. La interposición de la declinatoria no impide el inicio o continuación de las actuaciones arbitrales, entendiéndose el inicio de éstas no solo desde la solicitud de sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje, sino también cuando se solicitan tanto medidas cautelares previas a la demanda arbitral, como medidas urgentes adoptadas por el árbitro de emergencia, si la intervención de éste hubiera sido solicitada por alguna de las partes y su actuación estuviera prevista en el correspondiente Reglamento de la institución administradora del arbitraje.

VI. La valoración del convenio arbitral por parte del órgano jurisdiccional a la hora de decidir acerca de la estimación o desestimación de la declinatoria, debiera tener una cognición limitada (*prima facie*), interpretación que sería respetuosa con el principio del art.

22 LA *Kompetenz/Kompetenz*, así como con los arts. 6 y 7 LA, sin embargo, la jurisprudencia demuestra una cognición extensa en la interpretación del convenio arbitral por lo que sería necesaria una previsión normativa al respecto, habiéndose perdido una importante oportunidad por medio de la Ley 11/2011 de reforma de la LA.

VII. La reforma del art. 52 LC por la medio de la Ley 11/2011 de reforma de la LA, ha establecido que la declaración de concurso no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado, regulación perfectamente compatible tanto con la vigente normativa europea en materia de procedimientos de insolvencia (1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000), como con la normativa que será de aplicación en esta materia a partir de junio de 2017 (Reglamento 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015).

VIII. En lo relativo a la incidencia de la situación de concurso respecto de la disponibilidad o arbitrabilidad objeto del convenio internacional, ha de concluirse que dicha situación no viene a cambiar la naturaleza disponible de la relación jurídica sometida a arbitraje.

4. BIBLIOGRAFÍA.

- M. BENITO LLOPIS LLOMBART, “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la Kompetenz-kompetenz”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, N.º. 1, 2008.
- M. BENITO LLOPIS-LLOMBART, “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la KOMPETENZ/KOMPETENZ”, *Artículos Jurídicos URÍA MENENDEZ*, 2008, (también en *Revista del Club Español del Arbitraje*, N.º. 1, 2008), págs. 1 y ss.
- F. CORDÓN MORENO, *El Arbitraje de Derecho Privado*, Navarra, 2005.
- V. DE LOS SANTOS/BONNIN, “Emergency Proceedings Under the Mew ICC Rules”, *Spain Arbitration Review*, N.º 13/2012.
- C. ESPLUGES MOTA, Coord. S. BARONA VILAR, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, págs. 158 y ss.
- J.L. GONZÁLEZ MONTES, “La excepción de compromiso”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. II y III, Abril-Septiembre de 1975, págs. 446 y ss.
- J.L. GONZÁLEZ MONTES, “La excepción de arbitraje”, *Revista La Ley*, año XI, número 2.442, 13 de marzo de 1990, págs. 1-3.
- J.L. GONZÁLEZ MONTES, “Arbitraje y concurso de acreedores”, en Coord. J.L. GONZÁLEZ MONTES *Estudios sobre el arbitraje: los temas clave*, págs. 373-394.
- J.L. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, *El control judicial del arbitraje*, La Ley, Madrid, 2008.
- J.L. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, *La asistencia judicial al arbitraje*, Ed. Reus, 2009.
- J. GUASPE *El Arbitraje en el Derecho Español*, Barcelona, 1956.
- A. LOPEZ ARGUMEDO PIÑERO y K. MENÉNDEZ DE LA CUESTA LAMAS, “La intervención judicial en el arbitraje: análisis de jurisprudencia española reciente”, *Revista del Club español del arbitraje*, núm. 8, 2010, págs. 53-71.
- J.F. MERINO MERCHAN, “Comentario al art. 3 LA”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2014, págs. 63-68.
- A. MONTES REYES, “El convenio arbitral”, en J.L. GONZÁLEZ MONTES (Coord), *Estudios sobre arbitraje: los temas clave*, Madrid, 2008, págs. 24-71.
- L. PIETRO-CASTRO, “Estudio comparativo de la Ley española de arbitraje”, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, II, pág. 465 y ss.
- A. VALENCIA MIRÓN, “La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje”, en AA.VV., *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, San Sebastián 1989, págs. 44 y ss.
- M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. extraordinario, *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, 2006, págs. 21-33.

**MATIZANDO LA ACELERADA APLICACIÓN (DE OFICIO) DEL
CRITERIO JURISPRUDENCIAL COMUNITARIO (STJUE 14-9-
2016 C.596-14): EQUIPARACIÓN DE DERECHOS
INDEMNIZATORIOS ENTRE TRABAJADORES CON CONTRATO
DE DURACIÓN DETERMINADA (TEMPORALES-INTERINOS) Y
FIJOS POR EL TSJPV; CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN
(TIEMPO DE SERVICIOS COMPUTABLES), EFICACIA
HORIZONTAL DE LA DIRECTIVA Y VOTO PARTICULAR QUE
NIEGA LA MAYOR (APLICACIÓN DIRECTA).**

**Comentario a las Sentencias nums. 2279 y 2340/2016, de 15 y 22
de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco,
R. 1990 y 1991/2016**

Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa
Magistrado Especialista Social y Profesor Asociado UPV-EHU
Adiran Benito-Butrón González
Master Abogacía UPV-EHU

Fecha de recepción: 15 de enero
Fecha de aceptación: 15 de junio

RESUMEN: Aplicación del criterio judicial comunitario en materia de derechos indemnizatorios en trabajadores temporales e interinos (STSJUE 14-9-2016 C. 596-14 Caso de Diego Porras), por el TSJ del País Vasco en sus primeras resoluciones abordando la problemática de gran trascendencia mediática y práctica.

ABSTRACT: Application of the E.U. judicial criterion on compensatory rights in interim and temporary workers (STSJUE 14-9-2016 C. 596-14 Case of Diego Porras), by the TSJ of the Basque Country in its first resolutions addressing the problematic of great media importance.

PALABRAS CLAVE: doctrina comunitaria, contratación temporal e interinidad, indemnizaciones y su cálculo.

KEYWORDS: E.U. doctrine, temporary contracting and interim, indemnification and its calculation.

1. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

El sistema normativo de primacía comunitaria (STC 145/2012, y art 234 Tratado de la CE, anterior 177) obliga a aplicar directamente la Directiva 1999/70 de 28 de junio por la que se

aprueba el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, de 18 de marzo de 1999. Y así, sus arts 20 y 21 como Principios de igualdad de trato y prohibición de discriminación; el 3 como definición del trabajador con contrato de duración determinada y del trabajador con contrato de duración indefinida comparable; y el 4 como principio de no discriminación, son de directa aplicación. Y del mismo modo, por tanto, las resoluciones judiciales de su TJUE que lo interpretan, lo cual ya casi nadie ponía en duda (a salvo, ahora, del voto particular que mencionaremos) máxime cuando lo contrario (no aplicar la doctrina comunitaria) sería atentar al derecho fundamental propio del art 24 CE (STC 232/2015 de 5-11-2015 RA 1709/2013, sexenios de profesor interino) y existe un art 4 bis de la LOPJ (introducido por la LO 7/2015 de 21 de julio) que avisa “*Los Jueces y Tribunales aplicarán el derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, en manifestación del carácter vinculante de esa jurisprudencia*”. Además de que así se ha preocupado de recordar nuestro TS en la últimas e importantes STS 8-6-16 R. 207/15 y 17-10-16 R. 36/16, sobre aplicación del Derecho Comunitario en materias de remuneración durante las vacaciones y centro de trabajo-empresa en despidos colectivos.

De ahí que en esta polémica materia de la que tanto se ha hablado y escrito (derechos del trabajador con contrato de duración determinada temporal & indefinido) también precisamos que nuestra normativa interna y nacional; arts. 15, 49.1.c y 53.1.b del ET y el RD 2720/98, se ve postergada (superada) por “contraria” a la Cláusula o art. 4 de dicho Acuerdo Marco, porque deniegan cualquier indemnización (o la minoran) por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad (temporal), mientras que concede a los trabajadores fijos comparables una indemnización de 20 días por año. La STJUE 14-9-2016 C-596/14 trasciende la práctica inveterada previa (no concesión de indemnización por finalización procedente al interino, o la menor de 12 días –previamente desde 9- al temporal, según doctrina compuesta por el TS) solventando el cuestionamiento prejudicial (Caso Ana de Diego Porras contra Mº Defensa planteado por el TSJ Madrid por Auto de 9-12-14 y finalmente resuelto por STSJ Madrid 5-10-2016 R. 246/14 en primigenia respuesta interna española de supuesto de eficacia directa vertical) con consecuencias de gran impacto y repercusión mediática y doctrinal, por cuanto determina no solo que la indemnización por fin de contrato es una condición de trabajo sino que el empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de dicha finalización, aunque sea procedente la extinción de su contrato de trabajo de duración determinada, la misma indemnización que daría a un trabajador indefinido comparable (extinciones objetivas), salvo, en su caso, por razones objetivas que permitan justificar la negativa a su abono, sin que la temporalidad-interinidad per se sea una de esas razones o motivos.

Dicha doctrina comunitaria viene siendo aplicada por esta Sala de lo Social del TSJ País Vasco en las resoluciones precedentes; no solo en la Sentencia num. 1962/2016, de 18 de octubre R. 1690/2016 (respecto de una contratación laboral, como titulada de grado superior, para la realización de un proyecto de investigación de implantación de metodología de evaluación económica, suscrito con un Hospital Público), y en otra del mismo día 18-10-2016, en el R. 1872/16, para la finalización de un contrato temporal, de apenas 7 mensualidades, en una empresa privada multiservicios (eficacia directa horizontal); sino también ahora en estas señaladas en los R. 1990 y 1991/16 (misma empresa privada), así como en la posterior de 22-11-2016 R. 2146/16 (también empresa privada) que igualmente contiene otro voto particular singular y diferenciado que trataremos en otra ocasión. Posteriormente hay reseñas de doctrina similar en las STSJPV 10-1-17 R. 2363/16, 9-5-17 R. 958/17 y 16-5 17 R. 1003/17, entre otras.

Tampoco se puede ocultar que los distintos Tribunales Superiores vienen plegándose a la misma aplicación decisoria (que conozcamos en la misma orientación; TSJ Galicia 26-10-16 R. 2059/16, STSJ Asturias 2-11-16 R. 1904/16 y 8-11-16 R. 2142/16, con algunas particularidades que no podemos abordar, pero todas respecto de Administraciones Públicas), con la excepción del TSJ Andalucía-Málaga 16-11-16, que queda alineada con el voto particular que aquí comentaremos, al negar que a un empresario particular (no Administración Pública) le sea de aplicación directa (efecto horizontal entre particulares), pues no cabe hablar de una “interpretación conforme” cuando los términos del ET son

claros, la indemnización ajustada serían 12 días, y sin perjuicio de poder reclamar (en lo contencioso-administrativo) el trabajador esa diferencia indemnizatoria frente al Estado con base en una incorrecta trasposición de la Directiva al derecho interno.

Mientras tanto, nuestro TS solo ha podido pronunciarse de soslayo sobre la materia (citando estéticamente la STJUE 14-9-16 C-596/14) en la STS 7-11-16 R. 755/15, para avisar que no procede entrar a conocer del derecho a la indemnización de la válida extinción de un contrato de interinidad por cobertura de vacante en una Administración Pública, al ser dicha Administración Local la única recurrente en casación unificadora y no suscitarse conflicto sobre el importe de la indemnización, debiendo confirmar por ello la reconocida por el TSJ Cataluña que confirma a su vez la del Juzgado que estimó parcialmente la demanda y otorgó una indemnización de 12 días (extinción contractual válida), en aplicación ordinaria de la doctrina jurisprudencial antecedente (STS 24-6-14 R. 217/13 y posteriores). Sin que en la STS 28-3-2017 R. 1664/15 haya siquiera citado tal doctrina comunitaria, a pesar de otorgar nuevamente una indemnización de 20 días (que no 12 u 8) al trabajador indefinido no fijo del sector público cuando es cesado por cobertura de plaza reglamentaria.

2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO.

Las resoluciones judiciales de instancia, que son impugnadas en suplicación en sendos y recíprocos recursos interpuestos por la misma empresarial privada frente al mismo trabajador (que llegó a tener hasta 4 contratos de interinidad seguidos, de los que se estudian los dos intermedios), proceden del Juzgado de lo Social nº 3 de Vitoria en sentencias de 22-3-2016, en pretensiones no acumuladas (despidos diferenciados y art 26 LRJS), y declaran la procedencia de la extinción temporal reglada (sin indemnización), en dos periodos subsiguientes, respecto de una contratación laboral inicial de interinidad, como vigilante de seguridad, para la sustitución de un trabajador con reserva de puesto de trabajo (permisos varios y vacaciones) suscrita inicialmente del 16-2-15 al 2-11-15 (primero, no impugnado) con una empresa privada de seguridad, que se reitera sin solución de continuidad en contratos subsiguientes del 3 al 29-11-15 (segundo estudiado en el R. 1990/16), y del día 30-11-15 (tercero, estudiado en el R. 1991/16) y finalmente de 1-12-15 (cuarto, sin información sobre su impugnación hasta la revisión fáctica pedida y admitida en los recursos de suplicación de la empresarial) hasta el 15 de diciembre de 2015, al que se van notificando las extinciones y sucesivas contrataciones, con causalidad de interinidad temporal reglada y cierta, en una empresa privada. Para ello también rechaza previamente la falta de acción alegada por la empresa que pretendía defender una continuidad laboral intentado evitar una superposición indemnizatoria y el estudio único de la última contratación impugnada con su antigüedad global.

La Sala de lo Social del TSJ País Vasco, en ambas sentencias coordinadas de 15 y 22 de noviembre (con distintos ponentes e integrantes de la sección, auto-citando la segunda a la primera), en redacción parecida pero no idéntica o reproducida, va a desestimar el recurso de la empresarial y a estimar parcialmente el recurso de suplicación del mismo trabajador recurrente, que petitiona nuevamente la improcedencia de su despido denunciando un fraude de ley en la modalidad contractual de interinidad (infracción de los arts. 15.1 y 55.4 ET y 108.1 LRJS), manifestando que lo era para cubrir vacaciones, con las consecuencias legales y económicas inherentes, sin especificar en dicho medio de impugnación, evidentemente, una petición acorde al criterio comunitario señalado que acontece novedosamente tras la STSJUE de 14-9-16, y que viene referido a esa posibilidad indemnizatoria de abono de 20 días por año para evitar la discriminación con el fijo

comparable, que es lo que otorgará finalmente el tribunal en estimación parcial de ambos recursos del trabajador (indemnización de 65,67€ para el segundo contrato y de 2,46€ para el tercero) por terminación correcta del contrato, sin hacer mención a poder detraer o compensar lo en su día entregado, por no constar abono alguno, y especificando el cálculo de la indemnización con consideración única de cada contratación por separado.

Comienza por desestimar los recursos de la empresarial, al entender que su estimación impediría el análisis de los formulados por el trabajador, pero previamente admite la revisión fáctica que propone dar noticia de que el mismo trabajador tiene otras extinciones impugnadas, y en concreto la de la cuarta contratación de 16-12 al 31-12-2015 en el JS nº 1 de Vitoria autos 39/16 (invocaba falta de acción del trabajador), y con ello deniega la reproducción de la argumentación referida a la falta de acción que con denuncia de la infracción de los arts. 22.1, 22.2 y 416.1 LEC, en relación con la DT 4ª LRJS, buscaba no analizar el examen separado de cada vinculación laboral para intentar evitar la acumulación de indemnizaciones y el cálculo con antigüedad (al menos tres reclamaciones judiciales). La Sala razona en ambas sentencias que en cada demanda de despido individualizada, respecto de cada contrato de interinidad que se comunica su extinción, se pretende reclamar de forma diferenciada la calificación de improcedencia para cada uno de esos contratos mantenidos, pidiendo cada despido sin causa o fraudulento, por lo que no se solicitan (a su entender) indemnizaciones acumuladas o superpuestas, ya que con apoyo en las STS 7-12-09 R. 2686/08 y 14-5-07 y sus anteriores, cada comunicación extintiva permite una reacción o derecho a accionar, sin que la nueva contratación, dando continuidad a la relación laboral, pueda enervar la acción por despido ejercitada (superando la doctrina anterior que cita, STS 26-2-03 R. 583/02 y 21-11-05 R. 4070/04), con lo que se declara que esa nueva re-contratación en la misma empresarial no altera el efecto extintivo de la anterior o anteriores relaciones, su impugnación y la garantía de tutela judicial efectiva, atendiendo a las STS 30-9-14 R. 1482/14 y 26-12-13 R. 28/13, puesto que el trabajador goza de legitimación activa, el procedimiento es adecuado y hay una defensa de su derecho que es real, actual y concreto.

Respecto de los recursos del trabajador, que invocan la infracción de los arts 15.1 y 55.4 ET y 108.1 LRJS, cuestionando la modalidad de contratación utilizada (interinidad) para lo que dice ser una cobertura de periodo vacacional (y en el tercero de permiso sindical de 1 día), con mención de las STS 12-6-12 R. 3375/11 y 16-5-05 R. 2412/04, la Sala razona aplicando su doctrina tradicional (STS 15-2-95 R. 1672/94 y STSJVP 17-6-96 R. 1064/94), admitiendo la validez del contrato de interinidad para la sustitución de trabajadores que se encontraban en vacaciones (y también de permiso sindical según el art 48 ET), recordando que el trabajador (según los hechos declarados probados) siempre ha conocido la razón de la contratación de interinidad, la persona que sustituía y la causa de temporalidad, no otorgando relevancia a la falta de precisión existente en los contratos suscritos.

Finalmente (FJ4º) la Sala reflexiona sobre su doctrina de aplicación (STSJPV de 18-10-16 R. 1690 y 1872/16 ya comentadas), una vez conocido el criterio judicial comunitario (STJUE 14-9-16 C-596/14 y su intra-historia en el TSJ Madrid en su respuesta al cuestionamiento prejudicial 5-10-16 R. 246/14), reconociendo de oficio, y sin realizar un trámite de audiencia previa a las partes (que nada han podido argumentar sobre la referida STJUE), rechazando que se produzca incongruencia (con apoyo en STS 14-10-13 R. 68/13, 24-6-14 R. 217/13 y 6-10-15 R. 2592/14, y otras más antiguas otras, y en el propia causa del TSJ Madrid), considerando que en la acción de despido se encuentra ínsita la petición de indemnización, que es posible una aplicación directa horizontal o entre particulares del derecho y doctrina

comunitaria por basarse en el principio de no discriminación (art 21 CDFUE y cita de varias STJUE), que estamos ante una situación laborable de fijeza comparable semejante respecto del trabajador sustituido (vigilante de seguridad), por lo que concluye con el cálculo indemnizatorio preconizado comunitariamente (20 días por año con una máximo de 12 mensualidades art 53.1.b ET) se debe especificar al tratarse de una extinción contractual válida, y no de un despido, atendiendo al tiempo de su duración concreta y particular, individualizada y separada, es decir, a los 27 días transcurridos en la segunda contratación (65,67€) y del único día de la tercera (2,46€), lo cual pudiera presentarse como cierta contradicción interna con la indemnización calculada en el R. 1872/16 S. 18-10-16, en la que se tuvo en cuenta toda la antigüedad, y los distintos contratos sucesivos. Pero también ha sido el posicionamiento final en la STSJPV 16-5-2017 R. 1003/17.

El VOTO PARTICULAR rechaza de plano la aplicación de la tantas veces mencionada doctrina del TJUE 14-9-2016 C. 596-14, comenzando con unas consideraciones generales sobre la norma comunitaria (cláusula 4.1 del Acuerdo Marco 18-3-99); la primacía del derecho y la jurisprudencia comunitaria (vinculante en las cuestiones prejudiciales); el juez nacional como juez comunitario y la denominada “interpretación conforme”. Para manifestar que solo los Reglamentos comunitarios son directamente aplicables con efecto directo, que el Acuerdo Marco es una Directiva que solo tiene efecto con el Estado y no entre particulares, pudiendo éstos (particulares) exigir responsabilidad a aquel Estado incumplidor por los daños y perjuicios que genere la ausencia de adaptación del derecho interno; que la denominada “interpretación conforme” no puede conducir a que se fuerce de forma indebida la normativa interna o a una conclusión contra legem del derecho nacional; recordando que la Jurisprudencia no es fuente de la relación laboral (art 3 ET) y que su infracción constituye motivo jurídico de suplicación o casación (arts. 193c y 207e LRJS) pero continúa poseyendo el carácter complementario que le reserva el art 1.6 C.Civil; para finalizar con la afirmación de que la posibilidad de interponer casación para la unificación de doctrina significa que el último pronunciamiento judicial no es la STJUE sino el TS español....

A continuación expresa las siguientes objeciones a la aplicación de la STJUE: reconoce que la sentencia manifiesta que el trabajador interino tiene derecho a una indemnización al finalizar el contrato pero no señala el importe, y equipara el derecho del interino no con cualquier otra modalidad de contrato temporal sino con el contrato indefinido; achaca una escasa claridad al pronunciamiento y un discreto conocimiento del TJUE sobre la legislación nacional en materia de contratos temporales, probablemente favorecido por el poco afortunado término de la cuestión prejudicial y el error de planteamiento que no constato o no se ocupa de conocer exactamente el TJUE. Y es que entiende que el término de comparación empleado es desafortunado por que el contrato indefinido, precisamente porque lo es, no tiene previsión de indemnización, salvo las tasadas (arts. 53.1.b, 56.1 y art 49.1.g ET), existiendo distintas posibilidades y cuantías muy diferenciadas (no solo 20 días, también 12, 1 mes...), preguntándose qué relación guarda la extinción por causas objetivas y el contrato de interinidad y contestando que ninguna, absolutamente ninguna.

Ahonda en el principio de seguridad jurídica para con las empresariales obligadas, puesto que al ser un reconocimiento judicial, a diferencia del legal, no se establece un régimen transitorio, y conlleva un gravamen económico sobrevenido por no ser conocido en el momento de la celebración contractual.

Recuerda que el demandante-recurrente no ha solicitado la aplicación comunitaria (razones cronológicas) y que su reconocimiento de oficio vulnera los principios procesales básicos de

justicia rogada e igualdad de las partes litigantes, introduciendo un desequilibrio que causa indefensión pues resulta condenada la demandada por causa no invocada y sin oportunidad de efectuar alegaciones en su defensa (art 24 CE).

Finalmente (y solo en el R. 1991/2016, no en el 1990) incluso llega a firmar que si se hubiera dado un trámite de audiencia, que no se encuentra previsto en la LRJS, continuarían las objeciones, aunque entendiendo que resulta exigible, o posible, un trámite procesal que, no previsto, debe venir instado por la conveniencia tutelar efectiva, que va más allá de la falta de previsión normativa procesal y exige un cuestionamiento estrictamente jurídico congruente, para evitar la introducción de elementos de confusión, indefensión, desde comparativas y argumentaciones contradictorias que solventen la inoportunidad manifiesta que supone aplicar la doctrina comunitaria sobrevenida, aparentemente en contradicción, y buscando que el nuevo parangón jurisprudencial, si bien se aplique *ex novo*, no tenga cualquier atisbo de incongruencia y pueda apoyarse en razones conocidas por las partes y no solo colaterales.

Como última noticia procesal de interés podemos señalar que se ha interpuesto por la representación empresarial condenada al abono indemnizatorio recalculado, sendos Incidentes de nulidad de actuaciones (art 241 LOPJ), con asunción de la premisas argumentativas del voto particular y sus objeciones discrepantes, donde sin discutir el aspecto sustantivo del derecho a la indemnización, se queja de indefensión y tutela judicial efectiva (art 24 CE) por la falta de posibilidad y oportunidad de proponer y tramitar una audiencia las partes (citando el art 433.4 LEC sobre concesión de palabra en el acto de juicio); incongruencia de reconocimiento no pedido; principio de seguridad jurídica; efecto y eficacia horizontal inaplicable (cita STS 8-6-16 R. 207/15); posibilidad de responsabilidad del Estado incumplidor (art 32.5 Ley 40/2015 de 1 de octubre y STS22-7-2013 R. 1380/12, además de STS 3ª 18-2-16 R. 12/15, con competencia jurisdiccional contencioso-administrativa y posible suspensión...); aludiendo finalmente a que el requisito y exigibilidad de interposición de recurso de casación para la unificación de doctrina debe matizarse con la doctrina constitucional de flexibilidad en su agotamiento o consumo por práctica imposibilidad de encontrar sentencias contradictorias.

Previsiblemente la Sala de Suplicación procederá a inadmitir ambos incidentes de nulidad por esa ausencia de requisito que exige el art 241 LOPJ de agotamiento de las vías de recurso ordinario o extraordinario, pero mientras tanto se mantiene suspendida la posible firmeza y carácter definitivo de ambas resoluciones.

3. DOCTRINA: POSICIÓN JUDICIAL.

La Sala de lo Social del TSJ País Vasco (conocida amistosamente en el foro social profesional como un verdadero laboratorio jurídico y judicial), en ambas resoluciones, realiza un primer pronunciamiento que viene referido al art 15.1c ET sobre la posibilidad de concertar contratos de trabajo de duración determinada cuando se trate de sustituir a trabajadores con reserva del puesto de trabajo, siempre que el contrato de trabajo de interinidad especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución, en modalidad contractual de interinidad que el art 4 RD 2720/1998 prevé y es utilizada por la empresarial adecuadamente, cumpliendo los requisitos formales exigidos, rechazando que sea fraudulento por haber ido dirigido a sustituir a un trabajador que se encontraba de vacaciones (o en permiso sindical), pues aunque el TS ha cuestionado que sea correcta la modalidad contractual utilizada, no llega a considerar que invalide la extinción

comunicada, ni que exista motivo para apreciar una conducta fraudulenta (STS 15-2-95 R. 1672/94 y STSJPV 17-6-96 R. 1064/94)

Sin embargo, nuevamente, el posicionamiento doctrinal más importante se reserva a la aplicabilidad de la doctrina comunitaria que cita y comenta (STJUE 14-9-2016), como jurisprudencia comunitaria con primacía, al resolver cuestiones prejudiciales, y la prevalencia del Derecho Comunitario frente al Derecho Interno, siendo obligación del juez nacional (TSJPV) su sometimiento, y la determinación al caso de una indemnización procedente de 20 días por año, como interpretación auténtica de la Directiva 1999/70 (Acuerdo Marco), pero ahora específicamente con eficacia horizontal en una relación laboral en Empleadora Privada (con remisión no solo en la Sentencia num. 1962/2016, de 18 de octubre R. 1690/2016, sino especialmente a la otra del mismo día 18-10-2016, en el R. 1872/16, en una empresa privada multiservicios con eficacia directa horizontal)

Pero el detalle de importancia y matización consiste, no solo en esa ratificación de su postura doctrinal propia de entender cumplido el principio de congruencia y contradicción, con inexigibilidad o posibilidad de un trámite procesal no previsto... sino más bien en el estudio de la eficacia directa horizontal o entre particulares merced a tratarse de un Principio general de la UE, Derecho Fundamental de Igualdad o no discriminación (art 21 CDFUE), que lo permite la misma jurisprudencia comunitaria que señala, e incluso en el conocimiento de oficio, y sobre todo, finalmente, el cálculo indemnizatorio que efectúa desligando los sucesivos contratos de interinidad y evitando una superposición o duplicidad de indemnizaciones que atendiesen a una antigüedad definida original, para distinguir la indemnización que se otorga como extinción contractual de la que pudiera ser la de un despido ordinario (aparentemente pudiera observarse cierta contradicción con la indemnización calculada en el R. 1872/16 S. 18-10-16 que se tuvo en cuenta toda la antigüedad).

Con todo, lo más reseñable viene a ser el Voto Particular que hemos desgranado anteriormente (y también existe, en otra redacción y detalle, en la posterior STSJPV 22-11-15 R. 2146/16), y que se alinea en un posicionamiento claramente enfrentado y contradictorio con la opinión mayoritaria, demostrando la inexistencia de un pensamiento único o uniforme sobre la materia, así como un enriqueciendo del debate y las posturas doctrinales al uso, por mucho que algunas de sus afirmaciones sean más que discutibles o acertadas.

4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA SENTENCIA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA.

Tanto la resolución mayoritaria como el voto particular aplican y comentan, aprobando o desaprobando, la rápida asunción del criterio jurisprudencial comunitario (STJUE 14-9-2016 C 596/14, sobre equiparación de derechos indemnizatorios entre trabajadores con contrato de interinidad e indefinidos) por esta Sala en lo que fue la sentencia de 18 de octubre de 2016 rec. 1690/16, seguida por la de la misma fecha en rec. 1872/16, que este suscribiente debe apostillar bajo la concurrencia del fallo mayoritario pero en distorsión que concierne a alguna reflexión de imposible asunción que se define en el voto discrepante

Y es que si bien se defiende mayoritariamente que nuestro sistema normativo de primacía comunitaria obliga a aplicar directamente la Directiva 1999/70 de 28 de junio por la que se aprueba el Acuerdo Marco de la CES, UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, de 18 de marzo de 1999, y con ellos sus principios de igualdad de trato y prohibición de discriminación, en definición de determinadas contrataciones temporales, y

que igualmente, por tanto, las resoluciones judiciales de su TJUE que lo interpretan son exigibles, ya que no aplicar la doctrina comunitaria sería atentar al derecho fundamental propio del art. 24 de la Constitución (STC 232/15) y ocultar el art 4 bis LOPJ, desoyendo las STS 8-6-16 R. 207/15 y 17-10-16 R. 36/16, no lo es menos que la discrepancia del voto particular, no son solo las consecuencias legales y económicas (indemnizatorias) inherentes, sino que tiene por motivación la resultancia adjetiva o procesal de este medio de impugnación de suplicación, en una petición que siendo acorde al criterio comunitario señalado en la novedosa resolución de 14 de septiembre de 2016, con su posibilidad de hipotética aplicación, negada inicialmente, hace que la razón indemnizatoria de abono de 20 días por año al interino para evitar la discriminación con el fijo comparable, exija la posibilidad, oportunidad, de proponer y realizar un trámite de audiencia previa a las partes, que nada han podido argumentar sobre la referida sentencia comunitaria y su doctrina o aplicación, en congruencia con los razonamientos que para tal pretensión debemos recordar en posicionamiento de búsqueda de tutela judicial efectiva (seguridad jurídica y contradicción), bien entendida, para con las contrapartes y sus respuestas. Máxime cuando tanto el intentado incidente de nulidad de actuaciones, como el posible recurso de casación para la unificación de doctrina (a salvo de la esperada intervención del Ministerio Fiscal con su propio y aventajado recurso que no llega), se antojan harto difíciles. Más sin que la premura no entendible con la causalidad de oficio sirva para hurgar y hurtar a la dialéctica judicial las posibilidades de comprensión jurídica para las contrapartes y sus propias objeciones (responsabilidad del Estado incumplidor)

Con todo, entiendo que esta conveniencia y cortesía procesal no debería suponer la tacha de irregularidad e ilegalidad que denuncia el voto particular discrepante, pero que impedir el efecto directo horizontal (empresas privadas) cuando se admite el vertical (Administración y empresa públicas) supone no solo olvidar el principio general comunitario y derecho fundamental de igualdad sino provocar otra desigualdad o discriminación atendiendo a ese carácter de las empresas en el mismo viaje.

Finalmente, frente a la evidencia citada de posibles y distintos pronunciamientos de Tribunales Superiores, donde unos vienen plegándose a la misma aplicación decisoria (que conozcamos en la misma orientación; TSJ Galicia 26-10-16 R. 2059/16, STSJ Asturias 2-11-16 R. 1904/16 y 8-11-16 R. 2142/16, con algunas particularidades que no podemos abordar, pero todas respecto de Administraciones Públicas), debe destacarse la excepción del TSJ Andalucía-Málaga 16-11-16, que queda alineada con el voto particular comentado, al negar que a un empresario particular (no Administración Pública) le sea de aplicación directa (efecto horizontal entre particulares), pues no cabe hablar de una “interpretación conforme” cuando los términos del ET son claros, la indemnización ajustada serían 12 días, y sin perjuicio de poder reclamar (en lo contencioso-administrativo) el trabajador esa diferencia indemnizatoria frente al Estado con base en una incorrecta trasposición de la Directiva al derecho interno, hacen que ya sea inevitable la búsqueda plausible de la unificación de doctrina de nuestro TS (recurso de casación para la unificación de doctrina de la empleadora privada, tras la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, que no sabemos si podrá interponerse), pero que previsiblemente conllevará, vista su reiteración (ya TSJ Madrid y País Vasco u otros), a la urgente y cada vez más cercana reacción legislativa (nos tememos que por el posicionamiento actual de sutileza parlamentaria minoritaria, con el socorrido uso de un Real Decreto-Ley), que, como ya dijimos, se ha querido adelantar periodísticamente, donde no sabemos si la equiparación indemnizatoria postulada y exigida podrá ser objeto de simple reconocimiento mimético (20 días) o con mayor certidumbre política nos vayamos hacia igualaciones inferiores respecto de contrataciones con unicidad contractual predicada por ciertos sectores doctrinales, que supongan un cuestionamiento de cambio del modelo de temporalidad y de despido.

LA OBRA PLÁSTICA EN EL LÍMITE DE CITA: LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 32.1 DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Silvia Bueno Núñez
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho civil
en la Universidad CEU San Pablo

Fecha de recepción: 13 de enero

Fecha de admisión: 13 de julio

RESUMEN: El límite de cita de obra plástica ha sufrido un rechazo en su aplicación por suponer una reproducción parcial, infractora del derecho moral a la integridad. A este efecto, el artículo 32.1 de la Ley 1/1996 de propiedad intelectual distingue las «obras aisladas» para responder a una suerte de preservación del derecho moral de integridad. La lectura del precepto ha de atender a una interpretación integradora, porque nada impide que una obra plástica puede fraccionarse para su análisis, comentario o juicio crítico, siempre que se respeten los restantes requisitos. Tampoco puede plantearse una figura de «cita» independiente del análisis, comentario o juicio crítico, porque contribuye al erróneo entendimiento de que la obra de ilustración sea una modalidad de cita. En verdad, cuando la ilustración persiga una finalidad ornamental mediante láminas referentes al texto donde se inserta, nace una obra independiente de la escrita, desprovista de sujeción al límite y bajo el ejercicio exclusivo de su titular.

ABSTRACT: The quote of the plastic work has suffered a rejection in its application because it supposes a partial reproduction, which infringes on the moral right to integrity. The article 32.1 of the Intellectual Property Law distinguishes «isolated works» in order to respond to a kind of preservation of the moral right to integrity. The precept has to attend to an integrative interpretation, nothing prevents a plastic work from being broken down for its analysis, a critical judgment according to the other requirements of article 32.1. And it can not be understood as a figure of «quotation» independent of analysis, a commentary or critical judgment, because it contributes to the wrong understanding of the work of illustration in a modality of quotation. When the illustration pursues an ornamental purpose by means of sheets referring to the text where it is inserted, a work is presented independently of the writing, devoid of subjection to the limit and under the exclusive exercise of its author.

PALABRAS CLAVE: obra plástica, obra de ilustración, límite de cita, reproducción parcial, derecho moral de integridad.

KEY WORDS: plastic work, illustration work, copyright limitation, quotation, partial reproduction, moral right of integrity.

SUMARIO: 1. La inclusión de la obra plástica en la regulación del límite de cita (art. 32.1 LPI). 1.1. *La tipología de obra plástica citada: el carácter plástico o fotográfico.* 1.2. *La cita «aislada» para preservar el derecho moral de integridad de la obra.* 2. La finalidad como criterio de interpretación para valorar la licitud del límite de cita. 2.1. *La obra aislada: el criterio extensivo y cuantitativo.* 2.2. *La divulgación y paternidad.* 2.3. *Las modalidades de cita: la distinción de cita con «fines docentes o de investigación» e ilustración «con fines educativos o de investigación»*

1. LA INCLUSIÓN DE LA OBRA PLÁSTICA EN LA REGULACIÓN DEL LÍMITE DE CITA (ART. 32.1 LPI)

1.1. La tipología de obra plástica citada: el carácter plástico o fotográfico

La propiedad intelectual es una de las «propiedades especiales» que recoge el Código civil entre los artículos 428 y 429, cuyo desarrollo normativo efectúa el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual. Es sabido que el autor adquiere por el hecho de la creación un conjunto de facultades morales y patrimoniales sobre la obra. Goza de la exclusividad de explotar y disponer a su voluntad los derechos patrimoniales, al igual que la posibilidad de excluir del ejercicio de los mismos a un tercero no autorizado (*cf.* art. 428 CC y arts. 2 y 17 LPI). Sin embargo, el poder dominical está sujeto a limitaciones impuestas por el derecho de autor, a consecuencia de un conflicto con otros intereses dignos de protección como el derecho de acceso a la cultura (art. 44 CE). De este modo, la Ley 1/1996 de propiedad intelectual recoge en el Capítulo II, entre los artículos 31 a 40 *bis*, los límites que permiten a un tercero la libre utilización de la obra sin consentimiento del titular. En el artículo 32.1 se sitúa la inclusión de obras ajenas en las propias, es decir, el llamado «límite de cita».¹

En 1967, el Convenio de Berna introdujo una guía orientativa para el legislador nacional con el objeto de establecer los requisitos que los límites habían de cumplir, ésta era, la llamada «regla de los tres pasos, de las tres etapas o de las tres fases» —o, también *Three-Step Test*— (art. 9.2 CB).² Los tres pasos exigidos con carácter acumulativo eran que, en primer lugar, se tratase de «casos especiales». Segundo, que no atentasen contra la explotación normal de la obra. Tercero, que no causasen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor. La regla fue reforzada por la Directiva 2001/29/CE que la extendió a otros supuestos del derecho de autor, siempre y cuando no ocasionase un desequilibrio o perjuicio en el patrimonio del titular del derecho: «Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en *determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho* (art. 5.5).»

¹ C. SAIZ GARCÍA, «Artículo 32», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, F. Palau Ramírez, G. Palao Moreno (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 524-572; E. VICENTE DOMINGO, «Los límites del derecho de cita y de ilustración con fines educativos o de investigación científica», *La propiedad intelectual en las universidades públicas: Titularidad, gestión y transferencia*, R. de Román Pérez (coord.), Granada, Comares, 2016, pp. 113-141; P. MARISCAL GARRIDO-FALLA, «El límite de cita a la luz de la Directiva 2001/29 y de la Ley de propiedad intelectual. Evolución jurisprudencial», *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual: Últimas reformas y materias pendientes*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 399-438; M. C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, «Artículo 32», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 583-598; F. LLEDÓ YAGÜE, «Artículo 32», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, Tecnos, 1989, pp. 510-527.

² La regla de los tres pasos fue promulgada, por primera vez, en la revisión de Estocolmo del Convenio de Berna de 1967. A partir de entonces existen versiones de esta regla en otros instrumentos internacionales sobre Derechos de autor, en este sentido:

- El Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), anexo 1 C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994 dice: «Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos (art. 13).»

- El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor de 1996: «Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (art. 10).»

- Se encuentran, también, Disposiciones análogas en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996 (art. 16); en el Tratado del Grupo de los Tres (G3) entre Colombia, México y Venezuela (art. 18-04, 4); y, en la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (art. 21).

Nuestro legislador agregó la regla de los tres pasos en el artículo 40 *bis* –a propósito de la Directiva 96/9/CE sobre la protección de las bases de datos-. El precepto quedó redactado tal que así: «*Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.*»³ Ha de notarse la ausencia del primer paso referido a los «casos especiales», de modo que la prueba de los tres pasos se reduce, en realidad, a dos. La explicación es que en nuestra legislación la regla se dirige al juez –no al legislador-, quien, paradójicamente, ha advertido la infrecuente aplicación de la regla para la interpretación de los límites, dada la confluencia de otros principios interpretativos de la propiedad intelectual.⁴

Volviendo la mirada a nuestro recorrido legislativo, la Ley de 1879 contenía el primer antecedente de cita cuyo ámbito de aplicación se reducía a la *obra escrita* incluyendo sólo *la parte del texto* necesario (art. 7). A pesar de la valiosa regulación que comenzó a plantearse sobre la obra plástica, frente a la Ley de 1847, la cita estaba pensada para el texto escrito. Con el artículo 10.1 del Convenio de Berna como telón de fondo, la Ley 22/1987 –junto al Texto Refundido de la Ley 1/1996- fue la que incorporó la «obra plástica» a la cita: «Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de *obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo*». Con ocasión de la Ley 23/2006⁵ fue suprimida la expresión «análogo», ahora la redacción simplemente señala «las obras de carácter plástico o fotográfico figurativo».

Al hilo de este matiz ha de subrayarse la pluralidad de expresiones para denominar las obras que integran la categoría plástica. La más frecuente es «arte»,⁶ insertada inicialmente por la Ley de 1879⁷ y asumida por las sucesivas leyes autorales, como la Ley 3/2008 sobre el derecho de participación.⁸ También se ha utilizado en los textos legales del ordenamiento jurídico público: la Ley 13/1985 del patrimonio histórico español para señalar las obras de «interés o valor artístico»,⁹ e inclusive la Ley 37/1992 del impuesto sobre el valor añadido respecto al «objeto artístico».¹⁰ Otra alternativa es la referencia a la «obra plástica» (art. 10.1.e LPI),¹¹ que según el *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española consiste en el arte de plasmar o formar. Pese al rechazo de su empleo por la Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP),¹² la «obra plástica» es la expresión más aceptada por asumir un significado amplio desprovisto de todo criterio estético.¹³

Cuando el límite del artículo 32.1 caracteriza las dos obras del género artístico con las referencias «plástico o fotográfico figurativo», ¿acaso la fotografía no es asumida dentro de la categoría de obra plástica?

³ Por aprobación de la Ley 5 marzo 1998 que incorpora la Directiva 96/9/CE sobre la protección de las bases de datos.

⁴ Manifestación del Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo J. A. XIOL RÍOS, «La regla de los tres pasos en la jurisprudencia española», *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, X. O'Callaghan Muñoz (coord.), Madrid, Dykinson, 2011, p. 378.

⁵ Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, *BOE*, julio, 2006, núm. 162, pp. 25561-25572.

⁶ El Real Decreto Legislativo 1/1996 cita la «obra artística» (art. 1), la «creación artística» (art. 10.1), las «obras de arte» (art. 20.2.h) u «obras de artes plásticas» (arts. 24.1 y 56.2).

⁷ Véase «obras artísticas» (art. 1.º), «obra de arte» (arts. 3.º 3; 9.º; 10), u «obra del arte pictórico, escultural o plástico» (art. 37). Igualmente, en el Reglamento de 1880 «obra artística» (art. 2) o «trabajos artísticos» (art. 19).

⁸ Art. 1 de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, *BOE*, diciembre, 2008, núm. 310, pp. 51995-51997.

⁹ Art. 1.2 de la Ley 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio histórico español, *BOE*, junio, 1985, núm. 155, pp. 20342-20352.

¹⁰ Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, *BOE*, diciembre, 1992, núm. 312, pp. 44247-44305.

¹¹ Término que se repite a lo largo del articulado con expresiones como «obras de carácter plástico o figurativo» (art. 32.1); u, «obras de artes plásticas» (anterior art. 24.1 y art. 56.2).

¹² En su lugar propone la expresión «creación visual» que aglutina la imagen fija y la nacida a la luz de la tecnología audiovisual, es decir, la imagen en movimiento como la videocreación, el arte electrónico o el dibujo animado. Los estatutos de VEGAP definen la creación visual como imágenes fijas o en movimiento con independencia del soporte o proceso utilizado para su creación (art. 4.1).

¹³ Muy determinante se pronuncia al respecto J. ORTEGA DOMÉNECH, *Obra plástica y derechos de autor*, Madrid, Reus, 2000, p. 24.

Efectuando una revisión al objeto del derecho de autor, el artículo 10.1 de la Ley de propiedad intelectual enumera un listado de creaciones a título ejemplificativo, cuya agrupación por apartados responde al medio de expresión en el que se exteriorizan. La adscripción a un tipo del listado no asegura la tutela de la obra, sino que ésta deberá reunir los requisitos de expresión formal y originalidad. Uno de los apartados que guarda estrecho vínculo con el arte plástico es la letra *e*), cuya peculiaridad reseñable resulta de la expresión final «*y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas*». Esta amplitud repercute en otras letras del mismo artículo, en el sentido de que aparecen más ejemplos que añadir a las creaciones de la letra *e*). En concreto, los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería de la letra *f*); también, los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia de la letra *g*); y por último las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a las fotografías de la letra *h*).¹⁴

La fotografía hubo de combatir el frecuente prejuicio de mero «resultado de la técnica» para demostrar ser una creación intelectual más, fruto de un amplio abanico de elecciones del autor: encuadre, iluminación, tono, textura, línea, ritmo, forma, etc.¹⁵ Su existencia ha influido en el estudio de la luz para los pintores impresionistas, en la técnica del *collage* o fotomontaje para los dadaístas, en la reproducción de un objeto en el *pop art*, o como boceto en el hiperrealismo. No es la primera vez que el legislador repite obras de la misma categoría u obras sinónimas, así el artículo 56.2 habla de artes plásticas o fotográficas o la letra *e*), del artículo 10.1, de «historietas gráficas», «cómic» o «tebeos». En el artículo 32.1 bastaría, por tanto, la mención de «obras de carácter plástico» para englobar las restantes manifestaciones, porque «*y las demás obras plásticas*» ya incluiría «las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a las fotografías» como creaciones susceptibles de ser citadas (art. 10.1, letras e y h).¹⁶

En mi opinión la fotografía no solamente se ha indicado como objeto del límite de cita, sino como medio de difusión de la creación plástica en el mundo editorial. En teoría, la multiplicación de una obra pictórica cuyos medios expresivos sean los trazos o los colores, como el dibujo o la pintura, puede realizarse desde un punto de vista técnico a través de la *representación* exacta de la imagen, esto es, la técnica de la fotografía.¹⁷ De hecho, el artículo 32.1 añade el término «figurativo» que alude a la representación de una figura, bien de una persona, animal o cosa, tal y como define el *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia

¹⁴ Entre otras obras plásticas más no enumeradas en el catálogo legal, *vid.* G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 38.

¹⁵ La consideración de la fotografía estaba comparativamente condicionada a la ejecución manual de los cuadros y dibujos (G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, «Las obras plásticas y fotográficas», *Manual de propiedad intelectual*, R. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 65). La fotografía es un bien susceptible de apropiación objeto de una propiedad especial, la intelectual (F. BONDÍA ROMÁN, «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», *ADC*, julio-septiembre, 2006, t. LIX, fasc. III, p. 1066).

¹⁶ En nuestra actual regulación, tanto de la Ley de 1987 como el Texto Refundido de 1996, destaca la convivencia de la «obra fotográfica» con la llamada «mera fotografía». La primera aparece en el Libro I, en el artículo 10.1.h. Esta creación intelectual obtiene el tratamiento de objeto del derecho de autor, es decir, el autor-fotógrafo goza del reconocimiento de los derechos morales y patrimoniales, sin más limitaciones que las establecidas por la ley. En cambio, la «mera fotografía» se ubica en el Libro II, titulado «De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección “sui generis” de las bases de datos» como objeto del Derecho conexo. El artículo 128 habla de «quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I». En este supuesto, el realizador disfruta de los derechos patrimoniales, a excepción del de transformación y, en ningún caso, de los derechos morales. Además, el tiempo de protección se reduce drásticamente a veinticinco años. La línea trazada entre obra fotográfica y mera fotografía radica en la tenencia o no de originalidad. La fotografía con originalidad se denomina «obra» en el sentido descrito por el artículo 10 de la Ley de propiedad intelectual; y, la fotografía sin originalidad es una «mera fotografía» que, enmarcada por el artículo 128, denota ser una copia mecánica e insustancial del mundo exterior. Al lado del enunciado de las obras fotográficas aparecen «las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía», y respecto a las meras fotografías siguen «otra reproducción obtenida por procedimiento análogo». Ambas nociones se refieren a un método de realización en el cual no interviene la luz.

¹⁷ Por ejemplo, a efectos identificativos, la inscripción de la titularidad sobre una obra plástica única en el Registro de la propiedad intelectual se efectúa con la presentación de copias fotográficas (art. 14, letras e, f, i RD 281/2003). Algunas de las obras de la categoría plástica, tales como el dibujo y la pintura, o los grabados y las litografías requieren de «una copia o fotografía». Pero, los tebeos y cómics de «un ejemplar o copia» y las obras fotográficas y las meras fotografías de «una copia en positivo o en diapositiva»; asimismo, las demás obras plásticas sean o no aplicadas, «tres fotografías o infografías» (*vid.* art. 14 RD 281/2003).

Española. Bajo el concepto de reproducción del artículo 18 de la Ley de propiedad intelectual, la fijación de la creación plástica en un soporte distinto permite la obtención de un resultado con una fidelidad semejante a la obra originaria. Es la fotografía la que representa de manera aproximada la obra plástica cuando se inserta en un texto escrito,¹⁸ pues capta una creación *bi-* o *tri-* dimensional mediante la transposición de la imagen o volumen a una superficie plana. No es de extrañar que el carácter fotográfico sea mencionado en un límite destinado a la percepción de obras visuales, generalmente únicas, en obras escritas.

1.2. La cita «aislada» para preservar el derecho moral de integridad de la obra

La cita de obra plástica ha asistido a un rechazo en su aplicación por suponer una reproducción parcial, infractora del derecho moral a la integridad: ¿cómo citar una obra plástica sin fracturar su integridad?

En Francia motivó tensiones interpretativas en torno a la redacción del artículo L. 122-5-3º, letra *a)*, del Código de propiedad intelectual, precepto que no detalla distinción alguna sobre la tipología de obra objeto de cita. Una indeterminación que posibilitaba el uso del límite para la creación plástica, sin embargo la doctrina mayoritaria la aprovechó en su detrimento: la cita es una reproducción «corta» que, de practicarse en la categoría artística, quebraría necesariamente su integridad.¹⁹ A excepción de la única decisión del Tribunal de casación en admitir la cita de obras de RODIN para un libro de Historia del arte francés,²⁰ la constante jurisprudencial ha sido el rechazo del límite a la obra plástica. Sin embargo, tal obstinada interpretación no ha impedido la gestación de manifestaciones judiciales divergentes. Los tribunales franceses han intentado introducir perspectivas más conciliadoras con la exigencia de cita «corta». La revista francesa *Newlook* publicó un artículo con fotografías de una conocida deportista, tiempo más tarde *Entrevue* redactó otro artículo con varias fotos, una de ellas extraída de la primera revista, en pequeño formato, ligeramente recortada y con mención expresa del nombre de la primera revista. El editor de *Newlook* acusó de infracción a *Entrevue* que se defendió invocando la excepción de cita corta. El juez del tribunal de apelación de París entendió, en sentencia de 2 de febrero de 2005, que las exigencias del límite invocado habían sido satisfechas, dado que la naturaleza plástica de la obra citada no vedaba su inclusión en el mismo.²¹

En nuestra legislación, el obstáculo se ha superado dividiendo la naturaleza de la obra en «escrita, sonora o audiovisual», o bien en «plástica o fotográfica figurativa» y determinando que las primeras se citan por reproducción de «fragmentos» mientras que las de carácter plástico a través de «obras aisladas». Incluso el artículo 32.3 de la Ley de propiedad intelectual que contempla el límite de ilustración de la enseñanza, recientemente reformado por la

¹⁸ Señala B. RIBERA BLANES que el concepto de «fijación» del artículo 18 permite dar cabida a la obra plástica (*El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 185 y ss.); F. RIVERO HERNÁNDEZ explica que la obra plástica reproducida no puede transmitir la misma homogeneidad que el original, por tanto sólo cabe entenderla en sentido figurado: «no puede proporcionar la misma homogeneidad física y representativa del original ("Artículo 18", *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 296; y "Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas", *RCDI*, mayo-junio, 1994, núm. 622, pp. 1160-1161).»

¹⁹ La interpretación de algunos autores franceses ha sido que la cita se aplica exclusivamente a las obras literarias: F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Paris, Economica, 2004, pp. 811-813; C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 1999, p. 237; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1978, p. 316. Otra postura defiende que una cita mutila la obra cualquiera que sea su naturaleza: P. Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6ª ed., Paris, Puf, 2007, pp. 250 y ss.; A. BOUVEL, «Citation d'œuvres graphiques et plastiques: Les juges du fond résistent!», *Légipresse*, juillet-août, 2005, num. 223, pp. 131-135; L. BOCHURBERG, *Le droit de citation: Propriété littéraire et artistique. Droits voisins et Droit des marques. Étude de droit comparé*, Paris, Masson, 1994, pp. 200 y ss.

²⁰ El Tribunal de casación admitió la licitud de estas reproducciones destinadas a ilustrar el desarrollo de material didáctico sobre la historia del arte francés porque resultaban inutilizables y sin valor fuera de la obra a la cual habían sido incorporadas (Cass. Crim., 19 mars 1926: *DP* 1927, I, p. 25, note M. Nast.). Al respecto comenta H. DESBOIS que las viñetas, una vez separadas del texto, no podían competir con reproducciones independientes y autorizadas por el artista (*Le droit d'auteur...*, *ob. cit.*, p. 313).

²¹ Los comentarios de la doctrina francesa sobre este caso han sido realizados por V. VARET, «Vers la reconnaissance de la citation d'œuvres graphiques et plastiques?», *Légipresse*, décembre, 2007, num. 247, pp. 258-264; A. BOUVEL, «Citation d'œuvres...», *ob. cit.*, 2005, pp. 131-135.

Ley 21/2014, de 4 de noviembre,²² mantiene el *aislamiento* de la obra plástica para evitar una fractura en su integridad. Idéntica solución a la legislación alemana: «*obras aisladas* ya publicadas, como inclusión en una obra científica independiente, a fin de aclarar el contenido de la misma (art. 51 UrhG)».²³ Una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona justificó esta distinción en que «no cabe, no es fácil o no es útil, la inclusión en obra propia de *fragmentos* de obras plásticas ajenas», sino que debe realizarse a través de obras aisladas.²⁴ Buena cuenta de ello se plasmó en el debate parlamentario para la configuración del límite de cita. La primitiva redacción decía: «Es lícita la inclusión en una obra propia de la *totalidad* o parte de otra ajena ya divulgada a título de cita...». Ante el Congreso se propuso la única enmienda de suprimir la palabra «totalidad», porque podía suponer un plagio encubierto; sin contar además con la contrariedad que representaba frente al Convenio de Berna. Sin embargo, la problemática que generaba su supresión era que las obras plásticas no podían reproducirse en su totalidad, es decir, en su integridad. En el Senado fue objeto de tres enmiendas por el Grupo Parlamentario Socialista, de las cuales prosperó una de ellas coincidiendo con el actual texto.²⁵

2. LA FINALIDAD COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN PARA VALORAR LA LICITUD DEL LÍMITE DE CITA

De la lectura del artículo 32.1 de la Ley de propiedad intelectual tiene cabida la cita de obra plástica como límite al derecho de autor. Pero la licitud dependerá del cumplimiento de las restantes exigencias del mismo precepto: «*siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.*» Para una correcta aplicación del límite de cita del artículo 32.1 entiendo indispensable que los requisitos sean interpretados en sentido teleológico, junto a los instrumentos internacionales que impulsaron su redacción, estos son, el Convenio de Berna y la Directiva 2001/29/CE. De ello dependerá diferenciar la limitación de cita de otras explotaciones patrimoniales que, en realidad, requieran un consentimiento del autor.²⁶ Por supuesto, la falta de uno de los requisitos invalida la cita aunque los restantes se hallen correctamente justificados, tal y como ocurrió en sentencia de 1 de diciembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Ésta explicaba que la publicación de unos materiales que cumplían con la finalidad docente y nombramiento de la autoría no validaba la inclusión de fragmentos extensos.²⁷

Por tanto, resulta necesario exponer las normas internacionales que influyeron en la redacción del artículo 32.1. En concreto, el artículo 10 del Convenio de Berna dice: «*1. Son lícitas las citas tomadas de una obra que se halle lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos, colecciones periódicas (...).*» «*3. Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.*» En general, el Convenio de Berna tiene un significativo carácter amplio al sujetar la finalidad de la cita a *los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga*. No especifica las finalidades –

²² Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *BOE*, noviembre, 2014, núm. 268, pp. 90404-90439.

²³ Para conocer el recorrido legislativo por el derecho italiano, francés y alemán sobre la obra plástica citada puede leerse a:

G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Obra plástica y...*, *ob. cit.*, pp. 407-412.

²⁵ *Vid.* el debate parlamentario acerca de la «totalidad» de la obra plástica: F. LLEDÓ YAGÜE, «Artículo 32...», *ob. cit.*, p. 513.

²⁶ C. ROGEL VIDE, «La inclusión de obras plásticas en las literarias y el derecho de cita», *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus, 2003, p. 299; R. XALABARDER PLANTADA, «Estudio sobre las limitaciones y excepciones del derecho de autor para actividades educativas en América del Norte, Europa, los Países del Cáucaso, Asia central e Israel», *OMPI*, 5 de noviembre de 2009, SCCR/19/8.

²⁷ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). Sentencia núm. 271/2016 de 1 diciembre, FD 5.

tales como citas con propósitos educativos, científicos, informativos o críticos o cualesquiera, sino que lo deja en manos del legislador nacional cuya obligación es incorporar el límite, no asumir la misma redacción. La disparidad resultante es evidente pues la finalidad del Derecho francés recae en el carácter crítico, polémico, pedagógico, científico o de información de la obra en la que se incorpora (art. L. 122-5 CPI); en el Derecho italiano en los fines de crítica, de discusión y de enseñanza (art. 70.1 LDA).

A su vez, el Convenio de Berna ha influido en la Directiva 2001/29/CE que consagra los límites y excepciones a observar por los estados miembros. Señala el artículo 5.3, letra *d*), respecto a la cita: «*cuando se trata de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando estas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido.*» La Directiva ha concretado más la finalidad de la cita al expresar «crítica o reseña», aunque el Informe elaborado por la Comisión Europea en 2007 sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE avisa que, tales fines, son meramente ejemplificativos de las posibles justificaciones de cita. En el mismo sentido el *Libro Verde sobre Derechos de autor en la economía del conocimiento* de 2008, el cual apunta la finalidad de la cita como de interpretación flexible, sin olvidar «en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido» y «se haga un uso honrado» de las mismas.²⁸

El artículo 32.1 adopta similitudes con las normas precedentes en cuanto a la fuente y autoría, la divulgación previa de la obra citada y la utilización justificada por el fin que se persiga. Pero no resultan mencionados los usos honrados, aunque queda constancia de su existencia en la aplicación del derecho por los jueces.²⁹ El legislador español en la finalidad de la cita añadió otra utilización más restrictiva, la de «fines docentes o de investigación», que no menciona el Convenio de Berna, sólo la Directiva 2001/29/CE en el sentido de «crítica o reseña». La finalidad docente o investigadora de la cita ha ocasionado la confusión con otro límite, el de ilustración en la enseñanza que regula el artículo 32.3 de la Ley de propiedad intelectual. Éste se encontraba recogido en la Directiva 2001/29/CE la cual señalaba las excepciones a la reproducción y comunicación pública «*cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científico, siempre que, salvo en los casos en los que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida (art. 5.3.a)*». Más tarde a través de la Ley 23/2006 conformó el artículo 32.2, finalmente la última Ley 21/2014 lo ha reformado y trasladado al número 3 del artículo 32.³⁰

2.1. La obra «aislada»: el criterio extensivo y cuantitativo

Si bien la cita de obra plástica se supedita a su reproducción «aislada», a su vez distingo dos criterios:

Primero, el **criterio extensivo** que atiende a la superficie total o parcial a reproducir en una creación individualmente considerada. En nuestro Derecho positivo se concibe que la obra aislada de carácter plástico es sinónima de una reproducción total para procurar el máximo respeto a la integridad. Pero cabe manifestar ciertas reticencias. Repárese, por ejemplo, en

²⁸ P. MARISCAL GARRIDO-FALLA comenta el límite de cita en la norma comunitaria con los textos indicados: Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society of 30 November 2007, SEC (2007) 1556; y Green Paper – Copyright in the Knowledge Economy of 16 July 2008, COM (2008) 466 («El límite de cita...», *ob. cit.*, pp. 409-408).

²⁹ Reúne la sentencia de 2 de diciembre de 1998 de la Audiencia Provincial de Zaragoza los requisitos para presenciar un uso honrado: 1º) El destino y el carácter del uso y, principalmente, la naturaleza comercial de aquél o su destino a fines no lucrativos; 2º) La naturaleza de la obra protegida; 3º) El volumen y la importancia de la parte utilizada con relación al conjunto de la obra protegida; 4º) La influencia del uso sobre el mercado potencial de la obra protegida o sobre su valor.

³⁰ P. CÁMARA ÁGUILA, «El límite para la enseñanza y para la investigación», *La reforma de la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 102-119; R. XALABARDER PLANTADA, «La reforma del artículo 32 TRLPI: Una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil», *IDP*, núm. 20, junio, 2015, pp. 121-139.

el óleo el *Jardín de las delicias*, un tríptico de gran tamaño pintado por EL BOSCO, que por sus características puede requerir el estudio por separado de las composiciones pictóricas, ¿la cita de una escena en tal tesitura podría vulnerar la integridad de la obra?³¹

Ésta es una vacilación avivada por las formulaciones de un sector de la doctrina francesa, en su lucha por adecuar la obra plástica a la «cita corta» del Código de propiedad intelectual (art. L. 122-5-3^o). Defienden la validez de ciertas prácticas que ofrecen la brevedad legal requerida: el recorte de un detalle o de una parte de la creación y la reducción significativa del formato. La objeción que recae sobre ellas resulta, una vez más, por el atentado a la integridad, pero se ha defendido que la cita mutila la creación cualquiera que sea su naturaleza, por tanto el extracto de una obra literaria también supone una división. Y aunque la reducción del tamaño prive de numerosos detalles, bien por desaparición o imperceptibilidad, responde a una creación sucinta de la obra originaria.³² En esta postura se posicionó la sentencia de 2 de febrero de 2005 del Tribunal de apelación de París, que consideró lícita la actuación de la revista *Entrevue* dado que la fotografía había sido recortada al elemento principal y su formato reducido al 85 por ciento.³³ Sin embargo, el Tribunal de casación rechazó la decisión el 7 de noviembre de 2006 por la sencilla razón que «la reproducción integral de una obra, cualquiera que sea su formato, no puede analizarse como una cita corta».³⁴

Véase, ahora, una solución en nuestro panorama judicial con la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvió un supuesto de hecho similar, en sentencia de 26 de febrero de 2007.³⁵ VEGAP demandó al Grupo Anaya S.A. por reproducir obras plásticas en libros de texto sin consentimiento del titular, además de fracturadas. En el recurso de apelación señaló que la indicación «obra aislada» del artículo 32.1 imponía una reproducción íntegra de la creación plástica. Pero la Sala insistió en que el precepto no exigía la inapelable reproducción en su totalidad, porque la diferente naturaleza de las obras literarias y artísticas no impedía someterlas a las mismas exigencias legales.³⁶ Si ambas creaciones han de seguir los mismos requerimientos del artículo 32.1, una obra literaria, tal como un poema o microrrelato, también puede participar de la nota de aislamiento de la creación plástica para que la cita no rompa su integridad.³⁷ En cualquier caso, respecto al trato igualitario, considero que la particular naturaleza de la obra plástica exige extremar la cautela para no desproteger a su autor (art. 40 *bis* LPI).

³¹ F. RIVERO HERNÁNDEZ aboga que la reproducción deba ser siempre íntegra, no parcial o de menor tamaño, porque de lo contrario podría haber atentado contra el derecho moral de autor («Reproducción de la...», *ob. cit.*, pp. 1179-1180).

³² Entre las aportaciones con ánimo de ajustar el sentido de cita corta a la obra plástica, A. BOUVEL explica que la cita de un soneto es como el detalle de una obra gráfica, por ejemplo de la Capilla Sixtina («Citation d'œuvres graphiques et plastiques: Les juges du fond résistent, le législateur aussi!», *Légipresse*, abril, 2007, num. 240, p. 81; y, «Citation d'œuvres...», *ob. cit.*, 2005, pp. 132-134). A este respecto, L. BOCHURBERG considera que la cita de obra plástica se halla atrapada en un círculo vicioso: o bien se reproduce y excede del alcance de cita corta, o se reproduce parcialmente y la obra se desnaturaliza. Y si bien toda reproducción parcial desnaturaliza la obra, todo es cuestión de medida: por tanto, se deberá apreciar caso por caso si la cita atenta al respeto de la obra (*Le droit de...», ob. cit.*, pp. 152-153).

³³ V. VARET ha considerado cuestionable el hilo argumentativo del tribunal de apelación. Los instrumentos normativos fueron la Directiva 2001/29/CE y la *Loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. El juez aplica la letra *c)* del artículo 5.3 de la norma comunitaria correspondiente a la excepción con fines de información, a continuación la une con la prevista en el artículo L. 122-5-9^o del Código de propiedad intelectual que introdujo la Ley de 1 de agosto de 2006. Pero, tras aplicar los criterios correspondiente con la excepción de información, la conclusión solamente menta a la excepción de cita («Vers la reconnaissance...», *ob. cit.*, p. 262).

³⁴ Así es detallado por A. BOUVEL, «Citation d'œuvres...», *ob. cit.*, 2007, pp. 80-83. Salvo que una modificación legislativa lo permitiera, L. BOCHURBERG considera que las citas cortas de obras de arte no pueden ser entendidas como reproducciones integrales (*Le droit de...», ob. cit.*, p. 153).

³⁵ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13^a). Sentencia núm. 108/2007 de 26 febrero.

³⁶ Ha de aportarse, aquí, una breve nota comparativa con la jurisprudencia y doctrina francesa. La paradigmática sentencia del Tribunal de casación sobre RODIN, con fecha de 19 de marzo de 1926, fue justificada por la misma doctrina que rechazaba con acritud la cita de obra plástica. H. DESBOIS habló de «tolerancia» a la fragmentación de la obra de arte en ciertos casos, así que un libro de historia del arte introdujese reproducciones de un pequeño número de obras de un maestro o una escuela como ejemplo; aunque, seguidamente, matizaba la ilicitud de la inserción en una obra distinta de las artes (*Le droit d'auteur...», ob. cit.*, p. 314).

³⁷ En este sentido F. LLEDÓ YAGÜE, «Artículo 32...», *ob. cit.*, p. 515.

En segundo lugar, la nota de aislamiento participa de un **criterio cuantitativo** en relación al conjunto de creaciones intelectuales bajo la paternidad de un mismo autor. Frente a alguna crítica por la formulación de «obras aisladas»,³⁸ la expresión se opone al requerimiento de la totalidad o mayor parte de las obras de un autor plástico, más bien alude a algo suelto, individual o desprendido de un conjunto de obras.³⁹ Interesa indagar, por tanto, el número de obras individuales que de un mismo autor plástico pueden reproducirse en otra creación a título de cita. La doctrina ha contribuido con sugerencias basadas en criterios extraídos de otras legislaciones. A partir de la doctrina y jurisprudencia alemana, es apuntada la necesidad de comparar las citas con la totalidad de obras creadas por el autor para hallar una proporción,⁴⁰ aunque tampoco impediría citar la única obra existente en su haber.⁴¹ Por inspiración de la jurisprudencia francesa se ha apuntado un mínimo de dos o tres obras plásticas de cada estilo identificable por cada autor.⁴² Pero, sin duda, la postura más prudente es la valoración que, oportunamente, estime el juez según las características de la obra.

El derecho moral a la integridad del artículo 14.4 de la Ley de propiedad intelectual contiene una diversidad de matices apreciables por el juzgador. La infracción debe suponer un perjuicio a los legítimos intereses o menoscabo de la reputación del autor. Por ejemplo, cuando sea presentada en un contexto susceptible de mostrar una impresión desvirtuada,⁴³ tal y como ocurriría en una cita plástica fragmentada. El indisociable vínculo personal que une al creador con su obra justifica que ésta permanezca tal cual fue alumbrada. Únicamente se exceptúa cuando acontezca una causa eximente de ilicitud, por ejemplo en atención a un interés preponderante de naturaleza pública o privada.⁴⁴ Considero posible una fragmentación de la obra plástica a título de cita o una inclusión de un número mayor de obras siempre que encaje con el criterio finalista del límite. Según el artículo 10 del Convenio de Berna a condición de que se haga «conforme a los usos honrados» y «en la medida justificada por el fin que se persiga»; por su parte, el artículo 32.1 requiere *cuando la medida se justifique por el fin de la incorporación*. Es, por esta razón, que un estudio monográfico de la obra artística de Luis GORDILLO justificaría la inclusión de un número más elevado de cuadros que, si el tema objeto de estudio, consistiera de manera más general en los pintores españoles del arte abstracto.⁴⁵

³⁸ Disiente G. BERCOVITZ ÁLVAREZ en el entendimiento de la expresión «obras aisladas» como una obra concreta de la global del autor, porque entonces «la obra singular de un autor con solamente dos obras divulgadas estaría más protegida que la de un autor que ha divulgado cien («Citas, reseñas e ilustración de la enseñanza», *Manual de propiedad intelectual*, R. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 106).»

³⁹ En opinión de M. C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO se refiere a algo aislado desprendido de su conjunto, no a la totalidad de la obra de un determinado autor («Artículo 32..., *ob. cit.*, p. 587).

⁴⁰ F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Reproducción de la..., *ob. cit.*, p. 1179.

⁴¹ Pese a que F. BONDÍA ROMÁN reconoce el carácter restrictivo de la limitación, piensa que podría caber la cita de la única obra de un determinado autor. En cualquier caso, añade que la exigencia de utilizar una fotografía en su integridad no sería aplicable a las meras fotografías por la carencia de derecho moral («Los derechos sobre..., *ob. cit.*, p. 1101). B. RIBERA BLANES apostilla no haber ningún problema en tal caso (*El derecho de..., ob. cit.*, p. 278).

⁴² Explica C. ROGEL VIDE que, posiblemente, la solución esté en función de la calidad o notoriedad del autor porque –según este autor– no es lo mismo dar noticia de las obras tan variadas de Pablo PICASSO o de Antonio LÓPEZ, más uniformes entre sí, o de un pintor de segunda fila («La inclusión de..., *ob. cit.*, p. 300).

⁴³ El escultor Arcadio BLASCO, autor del *Monumento al pescador* sito en la provincia de Alicante, compuso un conjunto escultórico dividido en dos partes: *Proa*, un espigón que emerge del mar y *Timón*, un elemento situado en tierra. Tras las obras de regeneración de la playa de El Campello, la denominada *Proa* quedó rodeada de arena. La Sala apreció que el cambio sobrevenido de las condiciones espaciales constituía una alteración de la obra, porque desvirtuaba la concepción artística que el autor atribuía a todo el conjunto: la presencia del pescador tanto en la tierra como en el mar. La sentencia recogía que el conjunto escultórico *Monumento al pescador* había sido concebido para su instalación dentro del mar, especial ubicación que fue aceptada por el Ayuntamiento de El Campello tras la firma del contrato en 1988 (SAP Alicante 112/2011, de 11 marzo, FD 7).

⁴⁴ El Tribunal Supremo en sentencia de 6 de noviembre de 2006 justificó la demolición de un inmueble en el que se hallaba una pintura mural, porque el estado ruinoso del edificio imposibilitaba la conservación de la obra (STS 1082/2006, de 6 de noviembre, FD 5).

⁴⁵ En el mismo sentido al expuesto G. BERCOVITZ ÁLVAREZ desarrolla su postura en *Obra plástica y..., ob. cit.*, p. 414.

2.2. La divulgación y paternidad

El acto de divulgación es toda expresión de la obra que, con el consentimiento del autor, se haga accesible por primera vez al público en cualquier forma (art. 4 LPI). Y el derecho moral de divulgación es una facultad potestativa que otorga al autor la posibilidad de decidir el acceso de la obra al público, al igual que la forma de ser divulgada; por otra parte, la decisión de no comunicar la obra al públicamente es el llamado derecho de inédito (art. 14.1 LPI).⁴⁶

Sin más dilación, ¿la enajenación de una obra plástica a un tercero supone un ineludible acto de divulgación?, ¿cómo afecta al límite de cita plástica?

La enajenación de la obra transmite la propiedad del soporte al adquirente, pero la titularidad y ejercicio de los derechos de explotación continúan en manos de su autor; es decir, a pesar de que el propietario tenga bajo su dominio una obra plástica no podrá reproducir o distribuir copias de la misma, ni transformar o autorizar su transformación (art. 56.1 LPI). Los jueces se han esforzado en recordar este principio rector toda vez que el propietario apela erradamente a la explotación de la obra por el hecho de haber adquirido el dominio del soporte material.⁴⁷ Esta regla se exceptúa para el derecho de comunicación pública, en concreto, «la *exposición pública* de obras de arte o sus reproducciones (arts. 20.1 y 20.2.h LPI).» Por ello, el derecho se transmite al propietario del soporte aunque la obra no hubiera sido divulgada, salvo exclusión expresa, como así prevé el artículo 56.2 de la Ley de propiedad intelectual: «*No obstante, el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original.*»⁴⁸

En principio, el ejercicio de las facultades del derecho de explotación, entre ellas la de exposición pública, parecen hacer efectiva la facultad de divulgación: exponer públicamente es dar a conocer al público y, por tanto, divulgar. Pero es sabido que el artículo 56.2 contiene un matiz: el propietario tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, *salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación*. La transmisión de una obra plástica inédita a un tercero conservando la facultad de divulgación es viable, siempre y cuando el autor se reserve de manera expresa el derecho de exposición pública. En tal caso, el adquirente del soporte material sólo guarda la posibilidad de exhibición privada. Parece lógico entender que si el autor plástico se reserva para sí el derecho de exposición pública, tampoco el adquirente del cuadro o un tercero pueda difundirla a título de cita. En el supuesto de hecho contrario, es decir, el del autor que enajena una obra plástica no divulgada sin reservarse la exposición pública, éste presta de manera anticipada su consentimiento para que el comprador exhiba la obra públicamente.⁴⁹ Hecha la divulgación de la obra nace la posibilidad de ser objeto de cita.

Una cuestión anexa al derecho de exposición pública transmitida al adquirente es el ejercicio de reproducción a modo de actividad instrumental. Se trata del supuesto en que el pro-

⁴⁶ P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Artículo 14», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 213; J. J. MARÍN LÓPEZ, *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Navarra, Aranzadi, 2006, p. 55.

⁴⁷ La demandada Correos y Telégrafos entendía que, una vez adquirida la estatuilla de *El Cartero*, también podía reproducirla y distribuirla. La Sala de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 22 de enero de 2010, aclaró el error cometido: «Yerra también la demandada cuando entiende que por el simple hecho de que el autor hubiese entregado a Correos en su día la propiedad del soporte físico (...) le transmitiera algo más que la propiedad sobre tal soporte físico (SAP Madrid 13/2010, 22 de enero, FD 3)». Una promotora de viviendas demandada insertó una fotografía aérea del Puerto Deportivo de Marina del Este en un periódico sin el consentimiento oportuno. La demandada expresó que «cuando es regalada la fotografía lo es con todas sus consecuencias», pero el juez advirtió que se confundía el derecho de propiedad intelectual sobre el soporte con el derecho de propiedad intelectual que recae en la creación fotográfica (Audiencia Provincial de Granada (Sección 4ª). Sentencia núm. 120/2002 de 25 febrero, FD 2).»

⁴⁸ J. J. HUALDE SÁNCHEZ, «Artículo 56», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 883.

⁴⁹ P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Artículo 14...», *ob. cit.*, p. 214; J.J. MARÍN LÓPEZ, *El conflicto entre...*, *ob. cit.*, p. 57; G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Obra plástica y...*, *ob. cit.*, pp. 318-319.

pietario cree que la inclusión de una fotografía en un catálogo publicitario es una práctica lícita, es decir, que no precisa del consentimiento del titular. Pero, salvo pacto en contra, tal fotografía atentaría contra uno de los derechos de explotación del autor plástico, en este caso, el de reproducción.⁵⁰ Frente a esta interpretación existe una posición contraria: la autorización del autor no es requerida cuando la reproducción se abstenga de perseguir un fin económico, sino la presentación al público de las obras expuestas, entendimiento que encuadra con los principios dimanantes del artículo 1258 del Código civil.⁵¹ Al margen de lo anterior, no considero válido amparar la obra plástica reproducida en catálogos dentro del límite de cita pues no respondería a su finalidad.⁵² Hubo una oportunidad de precisar este punto con el artículo 5.3, letra j), de la Directiva 2001/29/CE que planteaba la excepción: «cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial». Sin embargo, la Ley 23/2006 no la volcó a nuestro ordenamiento a diferencia de la legislación alemana, que la incluyó como la «libertad de catálogo» (art. 58 UrhG).

El derecho a la paternidad es el derecho del autor a que se le vincule con su obra, es decir, exigir el reconocimiento de su autoría sobre la creación (art. 14.2 LPI).⁵³ La infracción puede perpetrarse a través de la omisión porque la identidad ha de quedar manifestada junto a la creación:⁵⁴ ¿bastaría con la firma del autor sobre su obra para omitir la mención expresa de paternidad en una cita?

La sentencia de 10 de julio de 2012 del Tribunal Supremo estudia un conflicto que podría servir de ejemplo para el supuesto de cita.⁵⁵ Los hechos arrancan cuando, en 1906, el ilustrador Leonetto CAPPIELLO realizó, por encargo de una sociedad, un cartel publicitario representando al personaje *Gambrinus*, apoyado sobre un barril y alzando una jarra de cerveza. En el año 2005 la actividad empresarial fue asumida por Heineken España S.A.,⁵⁶ que

⁵⁰ Trata esta cuestión B. RIBERA BLANES quien, además, sostiene que aún cuando la finalidad del catálogo sea otorgar publicidad a la obra plástica para promover una posible venta, el tratamiento ha de ser el mismo, es decir, una infracción del derecho de reproducción del autor, porque la finalidad de la reproducción resulta indiferente (*El derecho de... , ob. cit.*, p. 215). Interpreta J.J. HUALDE SÁNCHEZ que si bien el propietario puede exponer públicamente la obra –porque el autor no hubiera reservado el derecho–, no podrá con motivo de dicha exposición reproducirla en los catálogos o guías de la exposición, incluso aunque los distribuyera gratuitamente («Artículo 56... , ob. cit., p. 887). Respecto a la fotografía, F. BONDÍA ROMÁN apunta que el propietario del original de la obra fotográfica, en este caso del negativo, no la podrá reproducir en los folletos publicitarios que anuncien la exposición de la fotografía («Los derechos sobre... , ob. cit., p. 1080).

⁵¹ C. ROGEL VIDE, «Exposición pública de obras plásticas», *Museos y propiedad intelectual*, C. Rogel Vide, A. Domínguez Luelmo (dirs.), Madrid, Reus, 2012, p. 39. J. RAMS ALBESA considera válida la reproducción a estos efectos en base al artículo 1258 del Código civil, porque la no reproducción contravendría el tradicional ejercicio de la exposición. Ejemplifica que el expositor de obra plástica puede fotografiar lo que expone, bien se trate con un fin cultural o para la enajenación de obra por precio tasado o por subasta («La transmisión de los derechos», *Siete Estudios sobre el derecho de autor y la propiedad intelectual*, Madrid, Reus, 2010, p. 259). Opina J. ORTEGA DOMÉNECH que la reproducción de obras plásticas en catálogos es correcta, en base a los principios del artículo 1258 del Código civil, es decir, supone una consecuencia del contrato acorde con la buena fe, el uso y la ley (*Obra plástica y... , ob. cit.*, pp. 228-229).

⁵² Y en esta postura F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Reproducción de la... , ob. cit., p. 1179.

⁵³ E. VICENTE DOMINGO, «Los límites del... , ob. cit., p. 124; P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Artículo 14... , ob. cit., pp. 217-218.

⁵⁴ Ante las publicaciones periódicas que reproducían fotografías sin citar al autor de las mismas, la Real Orden de 4 de septiembre de 1911 pareció desprender un primer reconocimiento del derecho moral de paternidad, porque impuso la obligación de hacer constar al pie el nombre de quien las hizo. Así, la Real Orden de 4 de septiembre de 1911, de la Subsecretaría del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, por la que se dispone que cuantos reproduzcan obras fotográficas tienen obligación de hacer constar al pie de las reproducciones el nombre de quien hizo dichas obras (*Alcubilla, Apéndice de legislación de 1911*, p. 526). En el mismo sentido se emitió la Real Orden de 9 de enero de 1953, del Ministerio de Educación Nacional, por la que se recuerda el Derecho de Autor que asiste a las reproducciones fotográficas y se ratifica la vigencia de la Real Orden de 4 de septiembre de 1911, dictada en apoyo del citado derecho (*BOE*, núm. 96, de 6 de abril). Pero, la disposición añadía la posibilidad de renuncia expresa a este derecho, una perspectiva que no corresponde con el carácter irrenunciable e indisponible del derecho moral de autor (*vid.* 5º Cdo. Real Orden).

⁵⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 435/2012 de 10 julio.

⁵⁶ La sociedad colectiva española T. y R. Osborne fue la antecesora de empresa La Cruz del Campo S.A. A su vez, en el año 2000, Heineken España S.A. procedió de la fusión por absorción entre Sociedad Anónima El Águila y Grupo Cruzcampo S.A (STS 435/2012 de 10 de julio, FD 1).

promovió una campaña publicitaria por internet, reproduciendo y comunicando públicamente el cartel, aunque sin mención expresa del nombre del pintor. El Alto Tribunal secundó los argumentos esgrimidos en sentencia de segunda instancia,⁵⁷ estos eran, que la infracción a la paternidad quedaba atenuada porque, aunque la demandada no hubiera hecho constar de forma expresa el nombre del pintor junto a la obra, había empleado el cartel originario que incluía la firma del autor. Sin embargo, entiendo que aún cuando en la obra se perciba la firma debe indicarse siempre la paternidad con carácter expreso en la cita; indicación ligada al necesario análisis, comentario o juicio crítico sobre la misma –como más adelante se detallará-. Únicamente se justificará la no identificación del autor cuando la creación plástica se divulgue de forma anónima, en cuyo caso habrá que citar la fuente (art. 6.2 LPI).

También, en base a la prerrogativa de paternidad, el autor goza del derecho a que se rectifique la atribución de obras asignadas erróneamente a terceros. Por ejemplo, el supuesto de la cita plástica cuya autoría se atribuya erróneamente a otra persona. El Tribunal Supremo estudió el caso del escultor Antonio GONZÁLEZ OREA en la resolución de 19 de julio de 1989.⁵⁸ El artista demandó a la empresa editora de la *Gran Enciclopedia de Andalucía* porque atribuyó a otro una escultura suya titulada *Batalla de las Navas de Tolosa y Bailén*, sita en La Carolina, Jaén. Se reconoció daño moral por la atribución errónea de la paternidad, cuyo resarcimiento consistió en una publicación de rectificación e indemnización económica.⁵⁹ Sin embargo, el derecho a la paternidad no frena que a un autor le atribuyan obras de otro, más bien discurriría por la vía de uso indebido del nombre: la acción general de responsabilidad del artículo 1902 del Código civil y las acciones de la LO 1/1982. Esta omisión en la legislación de la propiedad intelectual ha sido criticada para proponer, en su lugar, que el autor tuviera derecho a rechazar obras no realizadas por él mismo.⁶⁰

2.3. Las modalidades de cita: la distinción de cita con «fines docentes o de investigación» e ilustración «con fines educativos o de investigación»

Atendiendo al ámbito estrictamente literario, según DESBOIS la cita es la inserción de uno o más pasajes de la obra de otro escritor en la creación propia.⁶¹ Apelando a una interpretación del artículo 32.1 de la Ley de propiedad intelectual según el sentido propio de sus palabras, como prescribe el artículo 3.1 del Código civil, la cita se desdobra en dos acepciones:⁶²

La cita en *sentido estricto* atiende a la nota de ley, doctrina, autoridad o cualquier otro texto que se alega para probar lo que se dice o refiere, es decir, la mención de autores, textos o lugares que se alegan o discuten en lo que se dice o escribe. El equivalente en la obra plástica se hallaría en las estampas, grabados o dibujos que sirvan de prueba a la creación a la cual se incorpora. Una *acepción amplia* abarca el *análisis* cuyo cometido es distinguir las partes del todo para conocer sus principios o elementos; el *comentario* o explicación de un texto para su mejor intelección; y, el *juicio crítico* que supone enjuiciar las cualidades o defectos. La redacción en clave disyuntiva ha motivado inferir la existencia de una figura de «cita» independiente al análisis, comentario o juicio crítico de la obra reproducida.⁶³ Del

⁵⁷ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª). Sentencia núm. 48/2009 de 6 marzo.

⁵⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia de 19 de julio de 1989.

⁵⁹ Pero, no lucro cesante –como aducía el autor– ante la falta de datos objetivos y probados sobre la reducción de encargos de obras y, según el juez, por la dificultad de «concebir que un artista de renombre pueda perder encargos a consecuencia de un error en una publicación (Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia de 19 de julio de 1989, FD 3).»

⁶⁰ Dada la importancia de la ejecución en la obra de arte y correlativo valor económico, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO se refiere a las reproducciones de las obras no realizadas por el propio artista: «no sólo que se le reconozca como autor de las obras que realiza, sino que pueda rechazar la autoría de las obras que son reproducciones de las que él ha realizado, pero que no han sido hechas por el propio artista (“La reforma necesaria”, *Los creadores visuales ante la reforma de la Ley de propiedad intelectual*, Madrid, Trama, 2007, p. 24).» Al respecto se pronuncia J.J. MARÍN LÓPEZ, *El conflicto entre...*, *ob. cit.*, p. 71.

⁶¹ *Vid. Le droit d'auteur...*, *ob. cit.*, p. 313.

⁶² La tarea de hallar un significado jurídico se efectúa apelando a la interpretación de la propia palabra, es decir, el elemento gramatical previsto en el artículo 3.1 del Código civil. La enumeración de significados de la doctrina: M. C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, «Artículo 32...», *ob. cit.*, p. 589; F. LLEDÓ YAGÜE, «Artículo 32...», *ob. cit.*, pp. 521 y ss.

⁶³ Detalla este desdoblamiento la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª). Sentencia núm. 26/2003 de 23

tenor literal, la obra plástica puede ser citada sin ser analizada, comentada o criticada, porque en sentido estricto basta su reproducción a efectos de prueba respecto del texto al que alude. Véase la afirmación de la Audiencia Provincial de Madrid, en resolución de 23 de diciembre de 2003, al expresar en el Fundamento de derecho segundo: *«la cita, en sentido estricto, constituye una de las cuatro posibilidades que el artículo 32 del Texto Refundido legitima; se trata de una actividad distinta a las otras tres, por lo que por exclusión, la reproducción de una obra plástica puede ser lícita aun cuando no se analice, comente o critique la obra plástica reproducida.»*⁶⁴

Pero considero que reducir la cita a una posibilidad independiente de las demás no fundamenta la limitación legalmente impuesta al autor en el ejercicio de su derecho patrimonial. Citar una obra plástica para verificar lo referido en un texto requiere de una necesaria correlación con las restantes modalidades,⁶⁵ es decir, un museo o coleccionista puede reproducir las obras de arte de su propiedad cuando comporte un análisis, comentario o juicio crítico.⁶⁶ Ya el tradicional concepto de cita del artículo 7 de la Ley de 1879 se refería al ejercicio *a través del* comentario, crítica o nota. Interpretar la cita en sentido estricto está propiciando el entendimiento de que la obra de ilustración sea una modalidad de cita. Es decir, si cualquier obra plástica puede ser reproducida aún faltando un análisis, comentario o juicio crítico, las ilustraciones que adornen una obra escrita también guardan la consideración de cita. De este modo, la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de diciembre de 2003: *«Considerando a la ilustración como el adorno de un impreso mediante estampas, grabados o dibujos alusivos al texto, lo cierto es que una interpretación correcta del artículo 32 nos lleva a considerar que la ilustración en nuestro sistema constituye una modalidad de cita, admisible tratándose de obras plásticas y similares.»*⁶⁷

En la argumentación intervino el requisito teleológico del artículo 32.1 de la Ley de propiedad intelectual. A diferencia de la norma comunitaria 2001/29/CE que propuso en el artículo 5.3, letra *d*), una finalidad de «crítica o reseña», nuestro legislador la concretó en «fines docentes o de investigación». La concreción a estas finalidades conlleva varias consecuencias:

Primera. La docencia e investigación se vinculan, respectivamente, con la instrucción que proporcionan las personas dedicadas a la enseñanza y la indagación o estudio de una materia para efectuar un descubrimiento. Toda finalidad docente o investigadora cumple una inherente labor informativa que puede consumarse con la simple ilustración en un libro,⁶⁸

diciembre; la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). Sentencia de 31 octubre 2002.

⁶⁴ F. BONDÍA ROMÁN indica que el juzgador empleó argumentos atinados que, sin embargo, no comparte («Los derechos sobre...», *ob. cit.*, p. 1098). Otras sentencias de segunda instancia igualmente concluyeron con solemne rotundidad que «la ilustración en nuestro sistema de propiedad intelectual constituye un modo de cita»: SAP Madrid 26/2003, 23 de diciembre, FD 2; SAP Barcelona 31 octubre 2002, FD 7.

⁶⁵ Dada la dicción del artículo 32.1 de la Ley de propiedad intelectual, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO indica la aparente posibilidad de que la cita pueda basarse en algo distinto del análisis, comentario o juicio crítico, sin embargo lo considera incorrecto («La reforma necesaria...», *ob. cit.*, p. 30). B. RIBERA BLANES, por su parte, expone que la cita como figura independiente no puede cumplir con el papel que exige la ley acerca de la finalidad docente o investigadora, de modo que para cumplir con el objetivo marcado por la ley debe ir acompañada del correspondiente comentario, análisis o juicio crítico (*El derecho de...», ob. cit.*, p. 259).

⁶⁶ Así lo sostiene F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Reproducción de la...», *ob. cit.*, p. 1179; C. ROGEL VIDE, la mera ordenación de las obras plásticas de un autor en un catálogo no gozará de la cobertura del artículo 32 de la Ley de propiedad intelectual, aunque al mismo tiempo sostiene que a tenor del propio artículo, la cita de obra plástica no requiere análisis, comentario ni juicios críticos de la misma («La inclusión de...», *ob. cit.*, pp. 304-305). Igualmente, la SAP Madrid 108/2007, de 26 febrero, FD 3, indica que todos los términos reciben un tratamiento unitario por parte del artículo 32.1.

⁶⁷ Incluso, otras sentencias de segunda instancia igualmente concluyeron con solemne rotundidad que «la ilustración en nuestro sistema de propiedad intelectual constituye un modo de cita». Así, la SAP Madrid 26/2003, 23 de diciembre, FD 2. En el mismo sentido: SAP Barcelona 31 octubre 2002, FD 7. Respecto a la primera sentencia referenciada, F. BONDÍA ROMÁN indica que el juzgador empleó argumentos atinados que, sin embargo, no comparte («Los derechos sobre...», *ob. cit.*, p. 1102).

⁶⁸ Según G. BERCOVITZ ÁLVAREZ la ilustración de una obra a título de cita, por ejemplo, un libro analiza una obra a través de un largo recorrido de páginas, ésta transmitiría una información más que un placer estético («Citas, reseñas e...», *ob. cit.*, p. 106; por el mismo autor, *Obra plástica y...», ob. cit.*, pp. 413-414). F. LLEDÓ YAGÜE entiende que las obras de carácter informativo deben incluirse en el término docencia («Artículo 32...», *ob. cit.*, p. 526).

porque la imagen documenta el texto al que acompaña, en orden a informar de las noticias y pruebas que se ciernen sobre un asunto.⁶⁹ Por ejemplo, reproduciendo las obras de pintores *pop* del siglo XX para informar sobre los movimientos artísticos acontecidos en una determinada época. Esta finalidad docente o investigadora de la cita ha ocasionado la confusión con el límite de ilustración en la enseñanza del artículo 32.3 de la Ley de propiedad intelectual, que repite la misma finalidad.⁷⁰ El beneficiario es el profesor de la educación reglada que, con la finalidad de *ilustrar su actividad educativa* –bien sea presencial o a distancia– puede reproducir, comunicar públicamente o distribuir obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo: así, el empleo de una lámina pictórica para facilitar su explicación en el aula o en una plataforma *on line* con acceso intranet de los alumnos.⁷¹

La Audiencia Provincial de Madrid validó en el pronunciamiento de 26 de febrero de 2007 la reproducción de una obra de SOROLLA como cita en libros de texto. Dado que el supuesto no puede encuadrarse en la ilustración de la enseñanza porque reproduce una obra plástica en un libro de texto, con una evidente finalidad comercial, la aparente solución torna hacia la cita. El juez razonó con el ejemplo de que un libro de educación sobre la Guerra Civil Española puede ilustrar lícitamente la representación bélica del texto con el *Guernica* de PICASSO,⁷² porque la obra plástica sin comentario, análisis o crítica, esto es, la obra de *ilustración como adorno* de un texto es una modalidad de cita, que cumple una finalidad docente o investigadora al informar sobre una cuestión. Frente a este razonamiento ha de recordarse que el límite supone que los ilustradores no pueden autorizar la reproducción y tampoco reciben una compensación económica por la explotación de su obra.⁷³ La justificación no merece descansar en la búsqueda de un placer estético a través del adorno. Cuando la ilustración persiga una finalidad ornamental mediante láminas referentes al texto donde se inserta, se presencia una obra ilustrativa independiente de la escrita, desprovista de sujeción al límite y bajo el ejercicio exclusivo de su titular (arts. 17 y 18 LPI).⁷⁴

El carácter principal o accesorio de la obra de ilustración como adorno puede interpretarse del artículo 46 de la Ley de propiedad intelectual, que prevé la protección de los intereses económicos del autor. La regla general establece que «la cesión otorgada por el autor a título oneroso le confiere una participación proporcional en los ingresos de explotación (art. 46.1 LPI)». Pero el segundo párrafo enuncia la posibilidad de establecer una compensación a tanto alzado a la actividad, objeto o creación intelectual de carácter accesorio, es decir, no esencial o principal (art. 46.2 LPI, letras b y c). Es en la letra *d*) del artículo 46.2 donde admite la solución a tanto alzado de los «trabajos de ilustración de una obra», pero no por razón de accesoriedad –prevista en las letras arriba mencionadas–, sino con motivo de ser «la primera o única edición» de obras no divulgadas con carácter previo. Una lectura contraria razonaría que toda ilustración se considera accesorio siempre que se adicione a otra actividad, objeto o creación –generalmente escrita– de la que dependa. Pero el carácter accesorio o de adorno ha supuesto afirmar erróneamente que toda ilustración es una cita, por tanto un límite fuera del monopolio del ilustrador para autorizar o no su explotación y de la

⁶⁹ La búsqueda se ha centrado en las definiciones de ilustración, ilustrar, adornar y documentar extraídas del *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española.

⁷⁰ La vinculación del derecho de cita a su utilización con fines docentes o de investigación mezcla dos cuestiones distintas, claramente diferenciadas en el artículo 10 del Convenio de Berna y el artículo 5.3, letras a) y d): G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, «Citas, reseñas e..., *ob. cit.*, p. 108; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La reforma necesaria..., *ob. cit.*, p. 30.

⁷¹ E. VICENTE DOMINGO, «Los límites del..., *ob. cit.*, p. 129; P. CÁMARA ÁGUILA, «El límite para..., *ob. cit.*, p. 110; R. XALABARDER PLANTADA, «La reforma del..., *ob. cit.*, pp. 121-139.

⁷² SAP Madrid 26/2003, de 23 diciembre, FD 2 y 4.

⁷³ M. C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO indica de manera muy clara que un profesor podrá reproducir en su aula una obra de DALÍ para que los alumnos comprendan las explicaciones conferidas, pero no podrá ilustrar con la misma obra unos apuntes realizados para facilitar el estudio y preparación de la asignatura («Artículo 32..., *ob. cit.*, p. 596). Muy crítico con los pronunciamientos judiciales sobre la reproducción de obras plásticas en libros de texto es A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, porque «se pretende que los libros de texto y las obras dedicadas a la historia del arte o a la exposición de tendencias artísticas contemporáneas puedan reproducir libremente sin compensación económica de ninguna clase las obras plásticas, no sólo para su comentario o crítica, sino simplemente para la ilustración del texto («La reforma necesaria..., *ob. cit.*, p. 30).»

⁷⁴ C. SAIZ GARCÍA, «Artículo 32..., *ob. cit.*, p. 531; G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, «Citas, reseñas e..., *ob. cit.*, p. 106; *Obra plástica y..., ob. cit.*, pp. 413-414; B. RIBERA BLANES, *El derecho de..., ob. cit.*, p. 279.

consiguiente remuneración. Conviene insistir en que la ilustración como adorno es una obra en sí misma protegible por el hecho de la creación, siempre que cumpla con los requisitos autorales, estos son, originalidad y expresión formal (art. 10.1 LPI). Y, por tanto, su encuadramiento como cita dependerá de las exigencias del artículo 32.1, es decir, que se proceda a su comentario, análisis o juicio crítico junto con la persecución de una finalidad docente o investigadora y en la medida justificada por el fin.⁷⁵

Tras la modificación del límite de ilustración por la Ley 21/2014, cabe añadir que la utilización de fragmentos de libros de texto y manuales universitarios ya es posible bajo determinados requisitos. El límite no conlleva remuneración a cargo de los centros de enseñanza y universidades, salvo que «*la reproducción, distribución o comunicación pública de la obra no se limite a pequeños fragmentos, sino que se extienda a un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada, o extensión asimilable al diez por ciento del total de la obra*», en cuyo caso sí se establece el derecho de los autores y editores a cobrar una remuneración equitativa que se hará efectiva a través de las entidades de gestión (art. 32.4 LPI). A principios del año 2016, Crue Universidades Españolas acordó con VEGAP –junto a la entidad de autores y editores de libros, CEDRO– el pago de los derechos de autor por el uso de libros y otras publicaciones en los campus virtuales.⁷⁶

Segunda. A tenor del artículo 32.1, la finalidad de la cita es exclusivamente docente o de investigación, de modo que cualquier otro fin quedaría excluido.⁷⁷ Esta reducción limita la inserción de la obra plástica en otras categorías distintas a la escrita; por ejemplo, la transposición a otra de la misma categoría bidimensional, una obra pictórica al grabado, o la transposición a una tridimensional, como la escultura a partir de un grabado. La inclusión de una obra plástica en otra de su misma naturaleza parece girar hacia la distinción entre reproducción o transformación de la misma (arts. 18 y 11.5, 12, 21 LPI). Una incorporación de obra plástica en otra supone que si la ejecución es efectuada manualmente, el nuevo autor dejará su impronta personal y nacerá una obra derivada. Si la ejecución es con medios mecánicos y no hubiese aportación original, debe cumplir una finalidad docente o de investigación, sin olvidar los restantes requisitos. En este sentido, varios tribunales extranjeros con oportunidad de estudiar conflictos sobre cita de obra plástica en otra obra plástica la consideraron de «adaptación», pues resultaba insuficiente el requisito de finalidad exigido.⁷⁸

BIBLIOGRAFÍA

G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, «Las obras plásticas y fotográficas», «Citas, reseñas e ilustración de la enseñanza», *Manual de propiedad intelectual*, R. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 64-68, 104-111, respectivamente. *Ibidem*, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid, Tecnos, 1997.

A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La reforma necesaria», *Los creadores visuales ante la reforma de la Ley de propiedad intelectual*, Madrid, Trama, 2007, pp. 17-52.

L. BOCHURBERG, *Le droit de citation: Propriété littéraire et artistique. Droits voisins et*

⁷⁵ La ubicación diferenciada de la letra *d*) supone deducir que el legislador no valora los trabajos de ilustración como accesorios, sino que se trata de la primera o única edición de la obra resultante del contrato de cesión. En este sentido, R. DE COUTO GÁLVEZ sostiene que el legislador admite la posible cuantificación a tanto alzado por la condición de ser primera o única edición de la obra resultante y se muestra rotunda afirmando que los trabajos u obras de ilustración no se pueden valorar como accesorias a otra principal, porque son obras en sí mismas (*La contratación en la creación visual: Contrato de encargo de obras, transmisión de derechos para la edición y concurso de obras de arte*, Madrid, Trama, 2008, pp. 43-44). Muy crítico M. ROIG SERRANO al recordar la expresión los «trabajos de ilustración de una obra» del artículo 46 de la Ley de propiedad intelectual, «como si la ilustración no fuera ya, en sí misma y por sí misma, una obra («La condición de autor», *El futuro de la creación: Los derechos de autor de los creadores visuales*, Madrid, Trama, 2003, p. 42)».

⁷⁶ E. VICENTE DOMINGO, «Los límites del ...», *ob. cit.*, pp. 140-141; XALABARDER PLANTADA, «La reforma del...», *ob. cit.*, p. 135; P. MARISCAL GARRIDO-FALLA, «El límite de cita...», *ob. cit.*, pp. 409-408.

⁷⁷ Por ejemplo, el mero entretenimiento: C. SAIZ GARCÍA, «Artículo 32...», *ob. cit.*, p. 530.

⁷⁸ B. RIBERA BLANES, *El derecho de...», ob. cit.*, p. 279; J. ORTEGA DOMÉNECH, *Obra plástica y...», ob. cit.*, p. 252; G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Obra plástica y ...», ob. cit.*, p. 413; L. BOCHURBERG, *Le droit de...», ob. cit.*, p. 128.

Droit des marques. Étude de droit comparé, Paris, Masson, 1994.

F. BONDÍA ROMÁN, «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», *ADC*, julio-septiembre, 2006, t. LIX, fasc. III, pp. 1065-1114.

A. BOUVEL, «Citation d'œuvres graphiques et plastiques: Les juges du fond résistent, le législateur aussi!», *Légipresse*, abril, 2007, num. 240, pp. 80-83. *Ibidem*, «Citation d'œuvres graphiques et plastiques: Les juges du fond résistent!», *Légipresse*, juillet-août, 2005, num. 223, pp. 131-135.

P. CÁMARA ÁGUILA, «El límite para la enseñanza y para la investigación», *La reforma de la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 102-119.

C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1999.

R. DE COUTO GÁLVEZ, *LA contratación en la creación visual: Contrato de encargo de obras, transmisión de derechos para la edición y concurso de obras de arte*, Madrid, Trama, 2008.

H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1978.

P. Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^e éd., Paris, Puf, 2007.

J. J. HUALDE SÁNCHEZ, «Artículo 56», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), 3^a ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 883-892.

F. LLEDÓ YAGÜE, «Artículo 32», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, Tecnos, 1989, pp. 510-527.

P. MARISCAL GARRIDO-FALLA, «El límite de cita a la luz de la Directiva 2001/29 y de la Ley de propiedad intelectual. Evolución jurisprudencial», *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual: Últimas reformas y materias pendientes*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 399-438.

J. J. MARÍN LÓPEZ, *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Navarra, Aranzadi, 2006.

P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Artículo 14», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), 3^a ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 209-236.

J. ORTEGA DOMÉNECH, *Obra plástica y derechos de autor*, Madrid, Reus, 2000.

M. C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, «Artículo 32», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), 3^a ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 583-598.

J. RAMS ALBESA, «La transmisión de los derechos», *Siete Estudios sobre el derecho de autor y la propiedad intelectual*, Madrid, Reus, 2010, pp. 97-270.

B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002.

F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Artículo 18», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), 3^a ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 283-303. *Ibidem*, «Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas», *RCDI*, mayo-junio, 1994, núm. 622, pp. 1149-1198.

M. ROIG SERRANO, «La condición de autor», *El futuro de la creación: Los derechos de autor de los creadores visuales*, Madrid, Trama, 2003.

F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Paris, Economica, 2004.

C. ROGEL VIDE, «Exposición pública de obras plásticas», *Museos y propiedad intelectual*, C. Rogel Vide, A. Domínguez Luelmo (dirs.), Madrid, Reus, 2012, pp. 35-48. *Ibidem*, «La inclusión de obras plásticas en las literarias y el derecho de cita», *Estudios completos de*

propiedad intelectual, Madrid, Reus, 2003, pp. 289-312.

C. SAIZ GARCÍA, «Artículo 32», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, F. Palau Ramírez, G. Palao Moreno (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 524-572.

V. VARET, «Vers la reconnaissance de la citation d'œuvres graphiques et plastiques?», *Légi-
presse*, décembre, 2007, num. 247, pp. 258-264.

E. VICENTE DOMINGO, «Los límites del derecho de cita y de ilustración con fines educativos o de investigación científica», *La propiedad intelectual en las universidades públicas: Titularidad, gestión y transferencia*, R. de Román Pérez (coord.), Granada, Comares, 2016, pp. 113-141.

R. XALABARDER PLANTADA, «La reforma del artículo 32 TRLPI: Una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil», *IDP*, núm. 20, junio, 2015, pp. 121-139. *Ibidem*, «Estudio sobre las limitaciones y excepciones del derecho de autor para actividades educativas en América del Norte, Europa, los Países del Cáucaso, Asia central e Israel», *OMPI*, 5 de noviembre de 2009, SCCR/19/8.

J. A. XIOL RÍOS, «La regla de los tres pasos en la jurisprudencia española», *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, X. O'Callaghan Muñoz (coord.), Madrid, Dykinson, 2011, pp. 373-388.

LA PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS EUROPEAS EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. ANÁLISIS DE LA EFICACIA PRÁCTICA DEL REGLAMENTO DE OBSTÁCULOS AL COMERCIO (PARTE II)

Naiara Arriola Echaniz
Profesora Doctora Encargada de Derecho Constitucional
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 15 de marzo

Fecha de aceptación: 9 de junio

RESUMEN: Este artículo analiza el papel fundamental de la Organización Mundial del Comercio y, concretamente, su Sistema de Solución de Diferencias en la solución de conflictos comerciales entre Estados. En este sistema de solución de controversias internacionales, las empresas no tienen posibilidad de participación directa. No obstante, normas como el Reglamento Europeo de Obstáculos al Comercio agilizan el diálogo entre la Unión Europea y sus empresas para que se puedan garantizar los derechos de estas últimas en dicha sede jurisdiccional internacional. Este Reglamento podría ser utilizado como modelo para agilizar las vías de comunicación entre sus empresas nacionales y el propio Estado y así mejorar el cumplimiento de las normas del sistema multilateral del comercio a escala global.

ABSTRACT: This paper is focused on the fundamental role played by the World Trade Organization and, mainly, by its Dispute Settlement System solving international controversies. However, regulations such as the Trade Barriers Regulation provide a communication channel for European private companies with the European Commission. The European Regulation could be transplanted in other WTO Members' legal system. Therefore, this could improve the compliance of WTO Law at the global level.

PALABRAS CLAVE: Organización Mundial del Comercio, Sistema de Solución de Diferencias, Unión Europea, Obstáculos al Comercio, empresas.

KEYWORDS: World Trade Organization, Dispute Settlement System, European Union, Trade Barriers, private companies.

SUMARIO PARTE II. III. El ROC como canal de comunicación entre los operadores comerciales europeos y la OMC. Conclusiones. Bibliografía.

III. EL ROC COMO CANAL DE COMUNICACIÓN ENTRE LOS OPERADORES COMERCIALES Y LA OMC

1. La participación de la Unión Europea en el GATT.

El GATT fue el precedente histórico de la OMC. La CEE no era parte contratante original de dicho acuerdo porque no existía al entrar en vigor éste el 1 de enero de 1948. En cambio, todos los Estados miembros fueron partes contratantes del GATT y mantuvieron tal condición hasta el 1 de enero de 1995 en que se constituyó la OMC¹.

2. El Comité 133.

Desde 1970 hasta el 1 de enero de 1995, la Comisión de la CEE asumió la representación y fue portavoz de los Estados miembros, que si inicialmente fueron seis, al final de ese período se habían convertido en doce. El método de trabajo interno utilizado fue el previsto en el artículo 113 del Tratado de Roma. La Comisión era siempre el agente actor, pero existiendo una previa coordinación en el seno de un comité especial constituido por todos los Estados miembros, y en los cuales cada uno de ellos hacía presentes sus puntos de vista, denominado Comité 113. La Comisión, en toda reunión formal del GATT de 1947, iba acompañada del representante del Estado miembro que en ese momento ostentaba la presidencia, pudiendo acudir sola a reuniones informales en las cuales se dialogaba o se negociaba con alguna o algunas partes contratantes².

3. El Comité 207.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las relaciones entre los Estados miembros y la Comisión se sustentaban en el Comité especial del artículo 207 del TFUE (antiguo artículo 133 del TCE), denominado Comité 207. Para la ejecución de la política comercial la Comisión presentará propuestas al Consejo, dentro del ámbito del Consejo les corresponde a los Estados miembros autorizar a la Comisión a iniciar las negociaciones necesarias. La Comisión llevará a cabo las mismas con la asistencia del Comité 207 designado por el Consejo en dicha tarea y en el marco de las directrices que los Estados miembros puedan dirigirle. La Comisión está obligada a informar al Consejo sobre la marcha de las negociaciones³.

4. Reglamento de Obstáculos Técnicos al Comercio.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha supuesto una simplificación de las bases jurídicas que regulan la acción de la UE en materia comercial⁴. Dentro del Sistema de Solución de Diferencias (en adelante, SSD) de la OMC, la Comisión ha sido más activa que otras instituciones de la UE y que los Estados miembros. La Comisión mantiene su derecho a decidir cuándo se inicia una diferencia ante el Órganos de Solución de Diferencias, bien por iniciativa propia, bien sobre la base de la información que le facilitan las empresas comunitarias, o bien porque ha recibido una demanda según lo previsto en el Reglamento

¹ A. M. ÁVILA ÁLVAREZ; J.A., CASTILLO URRUTIA; M.A. DÍAZ MIER, *Política Comercial Exterior de la Unión Europea*, Pirámide, Madrid, 1997, p. 114; C-W. HUESH, *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012, pp. 83-84.

² A. M. ÁVILA ÁLVAREZ; J.A., CASTILLO URRUTIA; M.A. DÍAZ MIER, *Política Comercial Exterior de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 117. El artículo 113 del Tratado de Roma pasó a constituir el artículo 133 del TCE tras la reforma de Maastricht (1992) y en la actualidad constituye el artículo 207 del TFUE.

³ J. C. GARCÍA DE QUEVEDO RUIZ, «Implicaciones del Tratado de Lisboa sobre la Política Comercial Comunitaria», *Información Comercial Española, El Comercio Internacional como motor de la recuperación*, Núm. 851, Noviembre-Diciembre 2009, p. 91-95. Las referencias de este artículo han sido actualizadas atendiendo a la normativa europea vigente en la actualidad.

⁴ E. LÓPEZ BARRERO, *Regulación del comercio internacional: la OMC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 425. La referencia oficial del Tratado de Lisboa es Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, «DOUE» núm. 306, de 17 de diciembre de 2007, pp. 1 – 271.

de Obstáculos Técnicos al Comercio (en adelante, ROC)⁵. El ROC es el procedimiento interno habilitado para que los Estados miembros, industrias, empresas a título individual o asociaciones empresariales puedan instar una investigación sobre prácticas comerciales mantenidas por terceros Estados que se crean contrarias a los Acuerdos de la OMC⁶.

En el ámbito concreto del SSD de la OMC, cuando alguno de los Miembros de la Organización quiere iniciar una diferencia contra la UE se puede dar una cierta indeterminación entre las responsabilidades asumidas por la UE y las asumidas por sus Estados miembros en las distintas materias reguladas por los acuerdos abarcados. Por este motivo, en muchos casos los reclamantes inician una diferencia tanto contra la UE como contra sus Estados miembros. En un intento de superar esta situación se baraja incluso la posibilidad de desarrollar un código de conducta para clarificar la responsabilidad dentro de la Unión y fortalecer la seguridad jurídica para los terceros parte de la OMC⁷.

LÓPEZ BARRERO propone un código de conducta al estilo del que se había elaborado para las negociaciones de servicios financieros en mayo de 1994. En este caso la Comisión redactó una propuesta de borrador siguiendo la experiencia que se había adquirido en la FAO. El texto preveía la presencia casi exclusiva de la Unión en los ámbitos políticos y jurisdiccionales de la OMC, incluyéndose posibilidades muy limitadas de representación de los Estados miembros. El proyecto final del código se sometió a votación en mayo de 1995 pero no logró el consenso de los Estados miembros, que no estaban dispuestos a renunciar a las posibilidades de actuación individual en caso de ser necesario. La elaboración de tal código se volvió a retomar en la CIG2000, donde se debatieron distintas propuestas de modalidades de participación conjunta, que finalmente no llegaron a la luz. Partiendo de que el código de conducta no podría alterar el reparto de competencias comerciales que establecen los Tratados, puede resultar llamativo que los Estados miembros no quieran formalizar la práctica que llevan años aplicando de participación conjunta en el sistema GATT/OMC. La adopción de una norma sobre este punto podría facilitar la justificación jurídica de la actuación europea y dotar de seguridad jurídica a su funcionamiento. No obstante, hasta la fecha, los Estados miembros siguen mostrándose reticentes a aprobar tal normativa y prefieren continuar resolviendo la cuestión por la vía de la actuación de hecho⁸.

Aunque tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la Política Comercial Común sea una competencia exclusiva de la UE es conveniente que en el plano interno de la UE se mantengan canales de comunicación entre las instituciones nacionales y las instituciones europeas para tratar de garantizar un equilibrio entre la defensa y protección de los intereses nacionales y los de la Unión en el sistema multilateral de comercio⁹.

⁵ Reglamento (CE) n° 3286/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (DOCE, serie L, n° 349, de 31 de diciembre de 1994). Modificado por el Reglamento (CE) n° 125/2008, de 12 de febrero de 2008 que modifica el Reglamento (CE) no 3286/94 del Consejo, por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (DOUE, serie L, n° 40/1, de 14 de febrero de 2008) y modificado recientemente por el Reglamento (UE) 2015/1843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 2015 por el que se establecen procedimientos de la Unión en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Unión en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (DOUE, serie L, n° 272/1, de 16 de noviembre de 2015).

⁶ *Ibidem*, p. 425, nota a pie 23.

⁷ *Ibidem*, p. 421, nota a pie 16.

⁸ *Ibidem*, pp. 421-422, nota a pie 16.

⁹ La posibilidad de desarrollar un código de conducta ha sido analizado por la doctrina de la mano del análisis de la demanda/defensa desarrollada por la UE en el SSD, sirva como botón de muestra la siguiente, T. COTTIER, «Dispute Settlement System in the WTO, Characteristics and Structural Implications for the European Union», *Common Market Law Review*, 1998, Núm. 3, pp. 333-350; P.J.

CONCLUSIONES

La globalización constituye un proceso natural e irreversible de la realidad jurídica, política y económica de nuestro tiempo que exige a los actores políticos y jurídicos nacionales e internacionales su adaptación constante a este nuevo escenario mundializado e interconectado. Ante esta nueva realidad se deben proponer nuevos marcos conceptuales de investigación y organización de nuestras sociedades modernas que superen los dogmas estatistas. En el ámbito estrictamente económico, la globalización de los flujos comerciales, de la actividad empresarial y del comercio ha generado graves problemas globales. El comercio internacional reclama mayor seguridad y predictibilidad en su desarrollo. En este contexto, la OMC constituye una pieza fundamental para regular el sistema multilateral del comercio, inabarcable para las legislaciones nacionales de manera autónoma e independiente.

En el desarrollo del sistema multilateral del comercio promovido por la OMC son fundamentales las legislaciones nacionales que de una manera clara y segura deben abrir sus mercados a la entrada de competidores y productos extranjeros. El Derecho de la OMC constituye el marco de apertura básico mediante el cual se promueve esta liberalización del comercio basada en normas. En algunos casos, sin embargo, los Estados abusan de leyes proteccionistas incompatibles con el Derecho de la OMC perjudicando al libre desarrollo del comercio internacional (sistema multilateral del comercio) y en última instancia a sus consumidores nacionales. Para juzgar las posibles inconsistencias de las normas nacionales con el Derecho de la OMC dentro de la Organización se instauró un sistema de solución de controversias de naturaleza cuasi-judicial que trata de garantizar el respeto del Derecho de la OMC por todos los ordenamientos jurídicos de sus Miembros. Este SSD es fundamental para el aseguramiento y la predictibilidad del sistema multilateral del comercio a escala global. Este mecanismo de solución de diferencias constituye una institución original en el ámbito del Derecho internacional donde la laxitud en la aplicación del Derecho es una característica inherente al propio sistema jurídico internacional. Este SSD constituye una superación del marco jurídico internacionalista y puede entenderse como una vía incipiente de adopción de principios constitucionales dentro del sistema multilateral del comercio de la OMC.

Una de las críticas que se puede esgrimir contra el SSD de la OMC es la falta de legitimación directa reconocida a las empresas privadas en el Entendimiento de Solución de Diferencias. Por este motivo, normas similares al Reglamento de Obstáculos Técnicos al Comercio de la UE, tratado en el presente artículo, constituyen una pieza normativa fundamental para agilizar y asegurar la comunicación entre los agentes privados que actúan en el comercio internacional y los Miembros de la OMC/Estados, que son los sujetos legitimados para iniciar una diferencia en el marco de la citada Organización. Sobre todo, porque teniendo en cuenta la propia lógica de la actividad comercial internacional serán aquellos, los actores privados, los primeros que se topen con las posibles barreras, que de una u otra manera, incumplan el Derecho de la OMC y legitimen el inicio de una diferencia por parte de los Miembros de la Organización. No obstante, hasta que los Estados no decidan actuar contra los otros Estados incumplidores en el seno de la OMC, su sistema de solución de diferencias permanecerá inactivo.

De todo lo expuesto se puede deducir que la agilidad y la rapidez con que el comercio se desarrolla en la actualidad demanda mecanismos jurídicos que garanticen la previsibilidad y la certeza de todos los actores que participen en el sistema y, por tanto, se requieren también canales imparciales de solución de controversias comerciales, que permitan no sólo la sustanciación de los intereses estatales sino también la depuración de intereses contrapuestos entre actores privados

KUIJPER, «The new WTO Dispute Settlement System: the Impact on the Community», en J.H.J BOURGEOIS; F. BERROD; E. GIPPINI FOURNIER (dir.), *The Uruguay Round Results, A European Lawyer's Perspective*, European University Press, Bruxelles, 1995; C. NI CHATHAIN, «The European Community and the Member States in the Dispute Settlement Understanding of the WTO: United or Divided?», *European Law Journal*, Vol. 5, Núm. 4, 1999, pp. 461-478.

BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes doctrinales

Y. ABE, «Implementation System of the WTO Dispute Settlement Body: A Comparative Approach», *Journal of East Asia & International Law*, Vol. 6, Núm. 1, 2013, pp. 7-28.

A. ALEMANNINO, «Private parties and WTO Dispute Settlement System», *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*. Paper 1, 2004. Disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/1/> (última revisión, 20 mayo 2017).

A. ALVAREZ-JIMÉNEZ, «Mutually agreed solutions under the WTO Dispute Settlement Understanding: an analytical framework after the *Softwood Lumber Arbitration*», *World Trade Review*, Vol. 10, Núm. 3, 2011, pp. 343-373.

F. ATTINÀ, *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales*, Paidós, Barcelona, 2001.

A. M. ÁVILA ÁLVAREZ; J.A., CASTILLO URRUTIA; M.A. DÍAZ MIER, *Política Comercial Exterior de la Unión Europea*, Pirámide, Madrid.

U. BECK, *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, Paidós, Barcelona, 2002.

J.H.J BOURGEOIS; F. BERROD; E. GIPPINI FOURNIER (dir.), *The Uruguay Round Results, A European Lawyer's Perspective*, European University Press, Bruxelles, 1995.

C. P. BROWN; J. PAUWELYN (dir.), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

J. CAMERON; K. CAMPBELL (ed.), *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*, Cameron May, London, 1998.

S. CHARNOVITZ, «Rethinking the WTO Trade Sanctions», *American Journal of International Law*, Vol. 95, Núm. 4, 2001, pp. 792-832.

E. CONCEIÇÃO-HELDT, *Negotiating trade liberalization at the WTO: domestic politics and bargaining dynamics*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2011.

T. COTTIER, «Dispute Settlement System in the WTO, Characteristics and Structural Implications for the European Union», *Common Market Law Review*, 1998, Núm. 3, pp. 333-350.

C. ESPÓSITO, «Introducción al Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 5, 2001, pp. 264-265.

J. C. HECTH, «Operation of WTO Dispute Settlement panels: assesing proposals for reform», *Law and Policy of International Business*, Vol. 31, Núm. 3, (2000), pp. 657-664.

H. HORN; L. JOHANNESON; P. C. MAVROIDIS, «The WTO Dispute Settlement System 1995-2010: Some Descriptive Statistics», *Journal of World Trade*, Vol. 45, núm. 6, 2011, pp. 1107-1138.

C-W. HUESH, *Direct Effect of WTO Agreements: Practices and Arguments*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012.

J. H. JACKSON, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, Royal Institute of International Affairs, London, 1998.

J. H. JACKSON, *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

J. KEARNS; S. CHARNOVITZ, «Adjudicating compliance in the WTO: a review of DSU article 21.5», *Journal of International Economic Law*, Vol. 5, Núm. 2, Julio 2002, pp. 331-352.

D. KENNEDY; J. D. SOUTHWICK (dir.), *The political economy of international law: essays in honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

- E. LÓPEZ BARRERO, *Regulación del comercio internacional: la OMC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- M. MONTAÑA MORA, *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 122-137.
- C. NI CHATHAIN, «The European Community and the Member States in the Dispute Settlement Understanding of the WTO: United or Divided?», *European Law Journal*, Vol. 5, Núm. 4, 1999, pp. 461-478.
- A. OLIET PALÁ (coord.), *Globalización, Estado y democracia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 2003.
- E. OLIVAS, *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Reus, Madrid, 2004.
- OMC, *Handbook on the Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- D. PALMETER; S. A. ALEXANDROV, «Introducing compliance in WTO Dispute Settlement» en D. KENNEDY; J. D. SOUTHWICK, (dir.). *The Political Economy of International Trade – Essays in Honour of R. E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- J. PAUWELYN, «Enforcement and Countermeasures in the WTO – Rules are Rules – Toward a More Collective Approach», *American Journal of International Law*, Vol. 94, Núm. 2, 2000, pp. 335-347.
- J. PAUWELYN, «A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective Nature?», *European Journal of International Law*, Vol. 14, Núm. 5, 2003, pp. 907-951.
- E. U. PETERSMANN (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, The Hague, 1997.
- F. PIÉROLA, *Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Fondo Editorial del IDEI de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.
- J. C. GARCÍA DE QUEVEDO RUIZ, «Implicaciones del Tratado de Lisboa sobre la Política Comercial Comunitaria», *Información Comercial Española, El Comercio Internacional como motor de la recuperación*, Núm. 851, Noviembre-Diciembre 2009, pp. 77-95.
- C. ROBERTS, «Liberalising international trade in services through the WTO: How rich and poor countries alike will gain», *International Trade Law and Regulation*, Vol. 13, Núm. 3, May 2007, pp. 51-56.
- L. D. ROBERTS, «Beyond Notions of Diplomacy and Legalism: Building a Just Mechanism for WTO Dispute Settlement Resolution», *American Business Law Journal*, Vol. 40, 2003, pp. 511-562.
- A. ROSAS, «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *Journal of International Economic Law.*, Vol. 4, Núm. 1, pp. 131-134.
- T. SEBASTIAN, «World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness», *Harvard International Law Journal*, Vol. 48, Núm. 2, 2007, pp. 337-382.
- A. W. SHOYER; E. M. SOLOVY, «The process and procedure of litigation at the World Trade Organization: a review of the work of the Appellate Body», *Journal of Law and Policy in International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 677-696.
- P. VAN DEN BOSSCHE; Z. WERNER, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

I. VAN DAMME, *Treaty interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, New York, 2009.

C. VANGRASSTEK, *The History and Future of the World Trade Organization*, WTO Publications, Geneva, 2013.

V. ZAHRNT, «The benefits of trade liberalisation and WTO members' negotiating positions: are imports really bad?», *Aussenwirtschaft*, Vol. 63, Núm. 2, 2008, pp. 143-166.

2. Legislación

OMC - Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, que se encuentra en *United Nations Treaty Series*, núm. I-31874, vols. 1867-1869. WTO Doc. LT/UR/A/2. En España en el BOE de 24 de enero de 1995, <<http://www.boe.es/boe/dias/1995/01/24/pdfs/A02206-02206.pdf>> (última revisión, 15 de mayo de 2016).

OMC - Enmienda a determinadas disposiciones del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias presentada por Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Ecuador, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Perú, Suiza, Uruguay y Venezuela el 1 de noviembre de 2001 (WT/MIN(01)/W/6).

ONU - Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (Real Decreto 1274/2011, de 16 de septiembre, por el que se aprueba el Plan estratégico del patrimonio natural y de la biodiversidad 2011-2017, en aplicación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-15363> (última revisión, 28 de abril de 2016).

UE - Reglamento (CE) 3286/1994 del Consejo de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la organización Mundial del Comercio (DOUE L 104) modificado por el Reglamento (UE) 2015/1843 del Parlamento Europeo y del Consejo de octubre de 2015 por el que se establecen procedimientos de la Unión en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Unión en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (DOUE L 272/1).

3. Jurisprudencia

OMC - Appellate Body Report, *Argentina – Footwear (EC)*, WT/DS121/AB/R.

OMC - Appellate Body Report, *EC – Poultry*, WT/DS69/AB/R.

OMC - Appellate Body Report, *EC – Selected Customs Matters*, WT/DS315/AB/R.

OMC - Appellate Body Report, *Guatemala – Cement I*, WT/DS60/AB/R.

OMC - Appellate Body Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, WT/DS379/AB/R.

OMC - Appellate Body Report, *US – Corrosion-Resistant Steel Sunset Review*, WT/DS244/AB/R.

OMC - Appellate Body Report, *US – FSC*, WT/DS108/AB/R.

OMC - Appellate Body Report, *US – Shrimp (Article 21.5 – Malaysia)*, WT/DS58/AB/RW.

OMC - Appellate Body Report, *US – Stainless Steel (Mexico)*, WT/DS108/AB/R.

OMC - Appellate Body Report, *US – Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews*, WT/DS268/AB/R.

OMC - Appellate Body Report, *US – Upland Cotton*, WT/DS267/AB/R.

OMC - *EC – Hormones (US) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS26/ARB.

OMC - *EC – Hormones (Canada) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS48/ARB.

OMC - Panel Report, *EC and certain member States – Large Civil Aircraft*, WT/DS316/R.

PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA RELATIVA A LOS GASTOS DE FORMALIZACION DE LA HIPOTECA, IMPUTADOS DE FORMA GENÉRICA AL CONSUMIDOR.

Cristina Gámez Gumersindo
Abogada en Rivas & Padilla
Experta en Derecho bancario

Fecha de recepción: 22 de enero

Fecha de aceptación: 25 de abril

RESUMEN: La Sentencia del tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 2015, hito jurisprudencial respecto a la declaración de cláusulas abusivas, no solo declaró abusividad de la tan conocida cláusula suelo, también la declaró respecto a la cláusula relativa a los “GASTOS DE FORMALIZACION DE LA HIPOTECA”. Dicha cláusula, de forma genérica y predispuesta, imputa al consumidor la asunción de todos los gastos derivados de constitución del préstamo hipotecario.

En el presente artículo analizaremos la abusividad de la citada cláusula, los efectos de dicha declaración y la jurisprudencia recaída al respecto.

ABSTRACT: The sentence of the Supreme Court of 23rd of December 2015, milestone in the jurisprudence regarding the declaration of unfair terms, not only did it declare the abuse of the 'known' floor clause, but also declared it in the clause related to the mortgage formalisation expenses. Hence, as settled and in general terms, the consumer will be charged with the assumption of costs related to the constitution of the mortgage loan.

In this article, we will analyse the abuse of the latter clause, the effects of the declaration and the related jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas, gastos constitución hipoteca/ gastos hipoteca

KEYWORDS: general contractual terms, unfair terms, mortgage formalisation expenses/mortgage expenses

SUMARIO: 1. Concepto jurídico de cláusula abusiva. 2. Cláusula relativa a los gastos de formalización de la hipoteca imputados al prestatario. Análisis y fundamentos de la declaración de abusividad. Partidas de gastos reclamables asumidos por el prestatario como consumidor. Efectos de la declaración de abusividad. 3. Análisis de la sentencia del tribunal supremo de 23 de diciembre de 2015.

Analizaremos en este artículo la abusividad de la Cláusula referente a “Gastos” incluida de forma genérica en los préstamos garantizados con hipoteca, desglosando aquellas partidas que imputadas de forma genérica al prestatario, corresponden a la Entidad Bancaria.

1. CONCEPTO JURÍDICO DE CLÁUSULA ABUSIVA

El concepto de cláusula abusiva aparece definido en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1998, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en el artículo 82 del T.R. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007, que traspuso la Directiva citada al derecho español y derogó la anterior Ley sobre la misma materia.

El primero de los citados artículos, esto es, el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE¹ establece que *“1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”* Continuando *“2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. (...)”*, mientras que el artículo 82 del Real Decreto 1/2007, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGCU), establece que *“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”*

En atención a la regulación expuesta, el análisis de la abusividad de una cláusula, se centrará en la concurrencia de los siguientes requisitos:

- A) Cláusula predispuesta en el seno de un contrato de adhesión, que no haya sido negociada individualmente por el consumidor, es decir, que nos encontremos ante una condición general de la contratación.
- B) Que el adherente tenga la condición de consumidor.
- C) Que la cláusula sea contraria a la buena fe.
- D) Que exista un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

A continuación, analizaremos cada uno de dichos requisitos:

A) Contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación

El contrato de adhesión² es aquel contrato cuyo contenido y clausulado ha sido redactado por una de las partes sin intervención de la otra, cuya libertad contractual queda limitada a manifestar o no la aceptación de sus estipulaciones, de adherirse o no al contrato.

La peculiaridad del contrato de adhesión reside en el hecho de que no son ambas partes las que redactan el clausulado, sino que éste es predispuesto e impuesto por una de ellas a la otra, que no puede más que aceptarlo o rechazarlo.

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en su artículo 1, define las condiciones generales como *“las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.”*

En palabras de MAGRO SERVET V., Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid³, *“la cuestión de este punto se centra en cuándo y cómo considerar que una cláusula de un*

¹ eur-lex.europa.eu/legal

² <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

³ V. MAGRO SERVET, Casuística sobre la cláusula suelo en los contratos entre bancos y consumidores. Respuesta de los tribunales”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 1.

contrato es impuesta como tal al consumidor, y para ello el TS señala que el art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

La peculiaridad, por tanto, de las condiciones generales de la contratación reside en el hecho de que ésta es impuesta por una de las partes a la otra. Ahora bien, para que la "cláusula no negociada individualmente" alcance la categoría de "condición general de la contratación", además habrá de nacer bajo la necesaria finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, normalmente de adhesión, en el sentido definido en párrafos anteriores.

B) Condición de consumidor.

El concepto de consumidor viene definido en el artículo 3 del TRLGCU, que establece que *"son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial."*

Por tanto, el adherente tendrá que ser una persona física o jurídica, que actúe en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial, o ajeno a su profesión u oficio.

C) Cláusula contraria a la buena fe.

Para conocer la buena fe contractual, nos remitirnos al artículo 1258 del código civil, que, completando la regulación del artículo 1255 del mismo texto legal, establece que *"los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."*

Por buena fe⁴, en sentido objetivo, se entiende una honestidad o lealtad en la actuación, entendiéndose que se actúa en contra de ella cuando el contrato tenga en cuenta sólo los intereses de la parte que lo redactó.

D) Desequilibrio en perjuicio del consumidor.

La existencia de una cláusula contraria a la buena fe, nos lleva a analizar la posible existencia de desequilibrio entre las partes, un desequilibrio que debe ser de cierta entidad, injustificado y en perjuicio del consumidor.

La valoración de dicho desequilibrio, partirá de la existencia de una serie de elementos contenidos en el art. 82.3 del TRLGCU, a saber: (a) Naturaleza de los bienes objeto del contrato, (b) Circunstancias concurrentes en el momento de su celebración (c) Todas las demás cláusulas del contrato.

Como acertadamente señaló el Fiscal AGUIRRE SEOANE, J.⁵, la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) declaró que para determinar si una cláusula ocasiona, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato debe tenerse en cuenta las normas del Derecho Nacional que serían aplicables cuando no exista la cláusula (v. gr. cláusulas que reconocen al empresario un derecho que no se atribuye al consumidor, sin justificación). Debe valorarse también si en el caso de que hubiera existido una negociación paritaria esa cláusula habría sido aceptada por el consumidor.

Paradigma de desequilibrio serían las cláusulas que se declaran expresamente abusivas por falta de reciprocidad, en la lista contenida en el TRLGDCU (la llamada lista negra de

⁴ www.um.es/aulasenor/saavedrafajardo/apuntes/doc/clausulas_abusivas. Universidad de Murcia

⁵ Ponencia Fiscal Juan Aguirre "La impugnación de las cláusulas abusivas"

cláusulas abusivas), concretamente en el artículo 87, que considera abusivas las cláusulas de redondeo, las que impongan limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a los contratos de prestación de servicios o suministro de tracto sucesivo, o la pérdida de cantidades abonadas por anticipado, o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados en esta clase de contratos.

2. CLÁUSULA RELATIVA A LOS GASTOS DE FORMALIZACIÓN DE LA HIPOTECA IMPUTADOS AL PRESTATARIO. ANÁLISIS Y FUNDAMENTOS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD. PARTIDAS DE GASTOS RECLAMABLES ASUMIDOS POR EL PRESTATARIO COMO CONSUMIDOR. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD.

Una vez expuesto el marco normativo y conceptual de las cláusulas abusivas, y los requisitos para su apreciación, nos centraremos en una de las cláusulas incluidas en la totalidad de los préstamos con garantía hipotecaria suscritos con las entidades financieras; la relativa a los gastos de formalización de la hipoteca.

Bajo la rúbrica de “GASTOS” o “GASTOS DE FORMALIZACION”, se imputa de forma genérica al consumidor/ prestatario la asunción de todos los gastos derivados de la constitución de la hipoteca.

La redacción de la referida cláusula puede diferir en las escrituras públicas suscritas con una u otra entidad bancaria, si bien, trascribimos, a efectos ilustrativos, la Cláusula de gastos incluida en las escrituras de préstamo hipotecario suscritos con BBVA, que fue objeto de análisis, como desarrollaremos en el epígrafe siguiente, en la Sentencia del Alto Tribunal de 23 de Diciembre de 2015. Véase:

" Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula. (...)"

a) Análisis y fundamentos de la declaración de abusividad

La declaración de abusividad de la cláusula relativa a los gastos de formalización de la hipoteca reside en primer lugar, en la consideración de ésta como una “condición general de la contratación” que supone una renuncia o limitación de derechos del consumidor y usuario, prohibida por el artículo 86.7 del TRLGCU.

El citado artículo comprende el conjunto de cláusulas que deben considerarse abusivas por limitar los derechos del consumidor y usuario, considerando que “*serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:*

(...).7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.”

En segunda instancia, defenderemos la abusividad atendiendo a la falta de reciprocidad proscrita por el art. 87 del TRLGCU.

Por último argumentaremos, la existencia de una imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponde al empresario, supuesto contemplado en el art. 89.3 del TRLGCU, entre los que, “en todo caso tienen la consideración de cláusula abusiva”.

La generalidad en la redacción de la cláusula objeto de análisis, se traduce, asimismo, en que ésta no pueda superar el principio de concreción establecido tanto en el art. 80.1.a) del TRLGCU, como en el art. 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), puesto que la indeterminación de los gastos a asumir, impiden que el consumidor pueda prever los costes o gastos que conllevará la operación, y que dicha ambigüedad y oscuridad no puedan, de ningún modo perjudicar a éste.

Se aprecia de igual modo, un desequilibrio patente, entre los derechos y obligaciones de los consumidores y usuarios, contrario a las exigencias de la buena fe, por cuanto éste debe asumir la totalidad de gastos derivados de la operación jurídica, inclusive los que por ley, corresponden al empresario.

b) Partidas de gastos asumidos por el prestatario como consumidor, reclamables a la entidad bancaria.

Analizaremos los gastos incluidos de forma genérica en la cláusula de gastos de formalización de la hipoteca, concretamente: Gastos de Notaría y Registro de la Propiedad, Tasación efectuada por el Banco, gastos de gestoría e Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

b.1) Gastos de Notaría, Registro de la Propiedad y Gestoría.

Para el análisis y reclamación de los gastos imputados al prestatario, lo primero que debemos preguntarnos es, ¿quién es el interesado y beneficiario de la actuación?

Respecto a los gastos de Notaría y Registro de la Propiedad, es evidente que al consumidor/prestatario, a pesar de la práctica extendida por imposición de la entidad bancaria, le es indiferente que el contrato de préstamo hipotecario se eleve o no a público, así como su inscripción.

El derecho de hipoteca, como es sabido, se trata de un derecho real de garantía, y como tal requiere, de conformidad con el art. 1280 del código civil su elevación a público, siendo por tanto, la entidad bancaria la directamente interesada en elevar a público la constitución del derecho real de hipoteca.

Los préstamos hipotecarios tienen una peculiaridad adicional⁶, ya que la inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo, es decir, para que la hipoteca quede válidamente formalizada resulta indispensable que el documento en que se constituya, sea inscrito en el Registro de la Propiedad.

Mientras que la escritura no conste inscrita, la entidad no puede ejercitar todos los derechos generados por la garantía (hipoteca) con la que pretende asegurar el reembolso del préstamo, de lo que claramente se deduce su interés en la inscripción.

Así lo contempló la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 2015, al declarar que el interesado en la documentación e inscripción es el prestamista, puesto que así obtiene un título ejecutivo (art. 517 LEC), constituye la garantía real (1875 cc y 2.2. LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (685 LEC).

Como señaló RIBÓN SEISDEDOS E.⁷, no es el prestatario el que requiere los servicios del notario y registrador.

Si acudimos al Anexo II, norma sexta del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, se establece que “la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los

⁶ <http://www.oficinanotarial.com/2013/09/la-inscripcion-del-prestamo-hipotecario.html>

⁷ EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS. “Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas”. Editorial Sepín

servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente.”

En semejante sentido recoge, respecto a los servicios del registrador de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989 de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, en su Anexo II, norma octava: *“los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento (...).*

Íntimamente relacionado con los gastos de Notaría y Registro, se encuentra el abono de honorarios por la tramitación del documento notarial, liquidación de impuestos e inscripción de la hipoteca, a la gestoría designada por la entidad bancaria, sin que quepa la posibilidad de negociar o modificar dicha designación.

Basándonos en los argumentos anteriormente esgrimidos, respecto a quien es el beneficiario de la elevación a público del documento y de su inscripción, concluimos la abusividad de la imputación de dicho gasto al consumidor por cuanto las gestiones debe realizarlas la sociedad contratada por la entidad, sin posibilidad de negociación al respecto, y con independencia de la necesidad de la tramitación de las mismas.

b.2) Informe de Tasación del inmueble objeto de garantía hipotecaria

Otro de los gastos imputados de forma automática al consumidor /prestatarario, es el relativo a la elaboración de un informe de tasación del inmueble que se constituye como garantía hipotecaria.

Un gasto que nuevamente debería ser asumido por la entidad bancaria, por cuanto constituye un instrumento de valoración del inmueble que garantiza la devolución del préstamo, y que, de conformidad con el art. 682.2 de la LEC, constituye requisito preceptivo para el inicio de los procedimientos de ejecución de la garantía hipotecaria, puesto que configura el tipo de subasta, preceptuando que éste no podrá ser inferior al 75% del valor otorgado en el informe de tasación. Véase:

2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes:

1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

(...)”

El segundo motivo del interés de la entidad bancaria, en la práctica de tasación, en opinión del autor antes citado, RIBÓN SEISDEDOS E, reside en que *“es imprescindible para la emisión de bonos hipotecarios, de ser objeto de participaciones hipotecarias o de servir para el cálculo del límite de emisión de las cédulas hipotecarias”.*

Por tanto, de los motivos esgrimidos se deduce la abusividad de la imputación de dicho gasto al consumidor. Así fue declarado entre otras, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 10 de marzo de 2016, que estableció – previa traducción de su contenido:

“ En cuanto a la tasación inicial entendemos que es un gasto propio del empresario que se incluye en el art. 89.3 letra a) del TRLGCU, atendiendo que toda hipoteca debe tener un valor de tasación y que interesa a la prestamista saber si le cubre la vivienda hipotecada la suma que entregará(...)”.

b.3) Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

La procedencia de la reclamación del importe satisfecho por el prestatario en virtud del Impuesto de Actos Jurídicos Documentos (AJD), nos lleva en primer término a determinar quién es el sujeto pasivo en el mismo.

Para ello, tenemos que analizar el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que establece: *“Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.”*

Por el contrario, el artículo 68 del Reglamento del citado impuesto establece que :*“Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.”*

En base a dicha contradicción, la determinación del sujeto pasivo del impuesto de AJD, ha sido una cuestión muy debatida desde que el TS, en sus sentencias de 22 de abril de 1988 y 25 de septiembre de 1989 resolviera el debate señalando que el sujeto obligado al pago del gravamen de AJD es el prestatario, criterio reiterado por el TEAC, a partir de su resolución de 17 de diciembre de 1986.

La cuestión relativa a la contradicción de dichas normas, fue elevada al Tribunal Constitucional, el cual rechazó en sus Autos 24/2005 de 18 de enero y 223/2005, de 24 de mayo, las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a la misma.

El debate, parecía definitivamente resuelto, si bien, ha resurgido a raíz de la STS de 23 de diciembre de 2015, que señala respecto al pago del gravamen de AJD por el prestatario: *“...Pero el art. 27.1 de la misma norma (refiriéndose al TR 1/1993, de 24 de septiembre) sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tiene carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.”*

Como señaló VÁZQUEZ MORENO J. MARÍA⁸ la afirmación contenida en la sentencia de la sala civil del TS es llamativa ya que, “por un lado, dicha cuestión ya había sido resuelta por la sala de lo contencioso administrativo del TS en el sentido de señalar que el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios es el prestatario (SSTS de 23 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2002, 14 de mayo y 20 de octubre de 2004, entre muchas otras) y por otra,(...) la sala civil del TS no es competente para resolver quién es el sujeto pasivo u obligado tributario de un determinado impuesto.”

La doctrina se ha pronunciado a favor y en contra de considerar que el sujeto pasivo del impuesto es el prestamista (entidad financiera) y no el prestatario.

Así, defienden la imposición del impuesto al prestatario/usuario, MAMBRILLA LORENZO Y ÁLVAREZ BENITO⁹, rechazando la nulidad de la partida referida al impuesto de AJD al establecer que: *“no se produce un desplazamiento de la carga tributaria que debía soportar el profesional hacia el consumidor, ni por ende, puede considerarse abusiva la cláusula*

⁸ J.M. VÁZQUEZ MORENO, “El sujeto pasivo en AJD en los préstamos hipotecarios. ¿Una cuestión mal resuelta?” <https://www.notariabierta.es/sujeto-pasivo-ajd-prestamos-hipotecarios/>

⁹ B. MAMBRILLA LORENZO y P. ÁLVAREZ BENITO, “Declaración de nulidad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios. Implicaciones respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados”. *Gómez Acebo & Pombo*

debatida. Se argumenta para apoyar tal pronunciamiento el carácter genérico de la misma, toda vez que el desplazamiento se predica de todos los impuestos de la operación (...)"

A favor, encontramos el trabajo de AGÜERO ORTIZ¹⁰, quien defiende que tanto el art. 18 del RD 3494/1981, de 29 de Diciembre, como los artículos 8.d) y 15 del TRLITP Y AJD se refieren al impuesto de transmisiones patrimoniales y no al impuesto de AJD.

Considera que, para comprender que el préstamo hipotecario solo tribute por el concepto de préstamo, no significa, ni puede significar que de cara al impuesto de actos jurídicos documentados pueda existir esta unidad del hecho imponible, toda vez que un contrato de préstamo no tiene por qué estar documentado en escritura pública, ni tiene acceso al Registro de la Propiedad, ni por tanto devenga el impuesto de AJD. Por este motivo, en el Título III del TRLITP y AJD, que regula el impuesto de AJD, no tiene ninguna previsión similar a la contenida en el art. 15 para el caso de transmisiones patrimoniales, es decir, no contiene el concepto de préstamo como hecho imponible.

En atención a lo anteriormente expuesto, resulta, que el concepto de adquirente empleado en el art. 29 del TRLITP y AJD, se refiere a supuestos en los que se produzca una transmisión en documento público notarial, pero en ningún caso puede comprender el supuesto del préstamo hipotecario, puesto que no existe adquirente de bien o derecho, y para el caso de que se considerara su existencia, dicho adquirente sería el prestamista/entidad bancaria, y no el consumidor y usuario.

c) Efectos de la declaración de nulidad

Respecto a los efectos de declaración de nulidad de la cláusula referente a los gastos hipotecarios imputados al consumidor, nos plantearemos en primer lugar, si la declaración de nulidad lleva aparejada la restitución de cantidades, como consecuencia inherente a la misma, o si por el contrario, es necesario ejercitar una acción autónoma para la recuperación de cantidades.

En este sentido, la jurisprudencia no es pacífica, ya que, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de febrero de 1992, declaró que *"la obligación de devolver no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato, por lo cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el juez en cumplimiento del principio <iura novit curia>, sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito, el enriquecimiento injusta de unas de las partes a costa de la otra."*

Encontramos en sentido contrario el parecer de la Audiencia Provincial de Barcelona y de Huelva, que consideran que, en caso de no ejercitarse acción relativa a resarcimiento o devolución de cantidades, el Juzgado no tiene por qué pronunciarse al respecto.

Así, el efecto de la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula, es su eliminación del contrato como si "nunca hubiera existido", tal y como se ha pronunciado reiterada jurisprudencia relativa a la declaración de abusividad de una condición general de la contratación, lo cual, en términos o consecuencias económicas, se traduce en la procedencia de la devolución de cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria, en base al art. 1303 del código civil: *"Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes"*.

En este sentido, destacar, entre otras, la Sentencia del J. de lo Mercantil de Vigo nº 3, de 11 de abril de 2016, nº 100/2016, nº autos 205/2015 que con acierto, establece: *"En consecuencia, la cláusula nula por abusiva no puede ser ni modificada ni reparada, y se elimina del contrato, conservando el resto, sin contradicción con el artículo 83.2 del citado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias, el cual no puede permitir una integración en beneficio del predisponente (a quien se le ha atribuido mala fe para definir aquella como abusiva), dado*

¹⁰ A. AGÜERO ORTIZ, "¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales." En www.uclm.es/centro/cesco

que precisamente, tal integración debe operarse sobre el principio de la buena fe objetiva. Por todo ello, el préstamo hipotecario mantiene su vigencia, con eliminación de la cláusula declarada nula por abusiva.

TERCERO.- Por último, respecto a las consecuencias económicas de la declaración de nulidad procede la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria en virtud de la aplicación de dicha cláusula declarada nula, en base al art. 1.303 del Código Civil en cuanto dispone que " Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes "; considerando procedente la devolución de cantidades solicitadas acreditadas con los documentos aportados a autos por la parte actora, los cuales no han sido impugnados de contrario."

Podríamos encontrarnos como contrargumento por parte de la entidad bancaria, que los gastos reclamados a ésta no han sido percibidos por la entidad, sino por terceros (notario, Registro de la Propiedad...), en un intento de eludir las consecuencias del art. 1303 del código civil.

Al respecto, AGÜERO ORTIZ¹¹ argumenta que la cláusula no afecta a los terceros acreedores de dichos gastos. Al establecer la distribución de gastos, la nulidad versa sobre dicha distribución y no sobre el pago efectivamente realizado.

En opinión de RIBÓN SEISDEDOS E.¹², considera como opción posible, con carácter subsidiario a la restitución vía 1303 CC, “entender que se ha producido un enriquecimiento sin causa o un daño al usuario adherente como consecuencia de la imposición, por vía contractual, de una condición abusiva en su perjuicio, cual es la asunción de los gastos hipotecarios que debieran haber sido soportados por la entidad, dando lugar a responsabilidad civil del predisponente que atacó la buena fe del usuario”, considerando que el cómputo del “dies a quo” para su ejercicio, no puede tener comienzo hasta que no se constate la nulidad de la condición de la que dimana, permitiendo su ejercicio con posterioridad a la acción declarativa.

Como conclusión, los efectos de la nulidad por abusividad de la cláusula se traducen en su eliminación del contrato, y por ende, en la restitución de cantidades satisfechas indebidamente, si bien, ante la existencia de jurisprudencia contradictoria, habrá que dilucidar si ejercitar conjuntamente la acción de nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad, o únicamente la acción de declaración de nulidad, solicitando como efecto inherente la restitución de cantidades, pero será cada Juzgado, el que, una vez más, vaya marcando sus pautas a seguir.

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015.

Como indicábamos en el resumen del presente artículo, ha sido a raíz de la referida Sentencia del Tribunal Supremo, cuando han comenzado a interponerse demandas de declaración de nulidad referentes a los gastos hipotecarios derivados del préstamo, a fin de recuperar las cantidades indebidamente satisfechas por el usuario.

El Séptimo motivo, objeto de examen en la meritada sentencia, fue el referente a la cláusula de gastos del préstamo hipotecario. La cláusula tenía la siguiente redacción:

" Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración

¹¹ A. AGÜERO ORTIZ, “Efectos y alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2017

¹² E. RIBÓN SEISDEDOS, “Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios ...Ob. Cit supra

de la garantía y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

(...)"

La sentencia, previa definición del concepto de cláusulas abusivas contenido en el art. 89.3 TRLGCU, y enumeración de los supuestos en que se considerará abusiva una cláusula, aborda en primer lugar los gastos relativos a aranceles notariales y de los registradores de la propiedad, considerando que la sentencia recurrida no infringe ningún precepto legal, puesto que en relación a dichos gastos, es la entidad la solicitante del servicio, en tanto en cuanto, es la principal interesada en la inscripción de la escritura de préstamo, para constituir la garantía real y obtener un título ejecutivo. Véase:

“Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC) constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC).

Considera aplicable el Alto Tribunal, la sentencia 550/2000, de 1 de junio, por la que dicha Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula, sin perjuicio de que en el supuesto enjuiciado, la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

Respecto a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, considera que la cláusula no hace distinción alguna. Hace un recorrido por la legislación tributaria, citando entre otros, como preceptos aplicables, el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que establece que el que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto, aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario.

Cita asimismo, el art. 15.1 del mismo texto legal, el cual señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo, conectándolo con el art. 27.1 de la misma norma, que sujeta los documentos notariales al Impuesto de AJD, y completando éste último con el art. 28, por el cual será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

En base a la fundamentación jurídica expuesta, el Alto Tribunal considera que *“la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante.”*

En su virtud, dictamina que la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho *“porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario”*.

Observamos por tanto, cómo la Sala Civil del Tribunal Supremo, sin perjuicio de la jurisprudencia anteriormente recaída, considera que el sujeto pasivo del Impuesto de AJD devengado por la constitución de préstamo hipotecario, es el prestamista, remitiéndome respecto a la controversia existente, a lo expuesto y desarrollado en el epígrafe dedicado al citado impuesto.

No obstante lo anteriormente expuesto, no todos los Juzgados de Primera Instancia, ni las Audiencias provinciales están acogiendo la doctrina del Alto Tribunal, no tanto respecto a la declaración de abusividad de la cláusula, sino particularmente, en lo relativo a la inclusión de las cantidades satisfechas por el Impuesto de AJD, por lo que será la evolución jurisprudencial la que irá configurando y delimitando los conceptos reclamables en virtud de la declaración de abusividad.

NUEVAS FORMAS DE CONVIVENCIA DE CARÁCTER FAMILIAR O CUASI FAMILIAR

Blanca Ballester Casanella
Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad Politécnica de Cataluña

Fecha de recepción: 21 de abril

Fecha de aceptación: 21 de junio

RESUMEN: La principal finalidad de este trabajo es presentar la institución jurídica de las relaciones convivenciales de ayuda mutua prevista en el Libro II del Código Civil de Cataluña, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, como otra fórmula de convivencia diferente a la matrimonial, y analizar los requisitos necesarios para su constitución y los efectos de su extinción.

ABSTRACT The present work has principally the object to show how the legal institution of convivial relations of mutual aid set in Book II of the Civil Code of Catalonia, approved by Law 25/2010, of 29 July, as another formula of coexistence different from Marriage, and analyze the requirements for its constitution and the effects of its dissolution.

PALABRAS CLAVE: Diferentes modelos de convivencia, ayuda mutua, nuevas formas de relación familiar.

KEY WORDS: Different models of coexistence, mutual aid, new forms of family relationship.

SUMARIO. I.- la familia y los nuevos modelos de relación familiar. 1.-¿qué puede generar a nivel jurídico y social, los nuevos modelos de relación familiar?. II.- las relaciones convivenciales de ayuda mutua. 1.- requisitos de constitución. 1.1.- requisitos subjetivos. 1.2.- requisitos objetivos. 1.3.- requisitos formales. 2.- extinción de las relaciones convivenciales de ayuda mutua. 2.1.- causas de extinción. 2.2.- efectos de la extinción.

I.- LA FAMILIA Y LOS NUEVOS MODELOS DE RELACIÓN FAMILIAR.

1. ¿Qué puede generar a nivel jurídico y social, los nuevos modelos de relación familiar?

Hacer un proyecto de vida incluye preguntarse cómo y con quién vivir, así como saber que ello está sujeto a muchas y diversas variables. Es indudable que el tipo de familia establecido socialmente como tradicional no es, como no lo ha sido nunca, el único modelo existente. Hoy en día, la variedad es mayor que nunca y es habitual que en conversaciones informales hablemos y nos preguntemos por diferentes tipos de convivencia que aún están por crearse.

Son factores de tipo sociológico los que condicionan lo que en cada momento histórico entendemos por familia, por ese motivo resulta tan complicado determinar las nuevas fronteras de dicha institución. Así pues, el derecho se limita a regular lo que en cada momento de la historia se ha concebido socialmente que debería ser protegido bajo la cobertura de la familia¹.

Es una realidad, el hecho de que hoy en día, no siempre nos encontramos con una pareja heterosexual unida por vínculos matrimoniales, sino con un amplio abanico de posibilidades, eso nos fuerza a tener que plantearnos, cuales de esas posibilidades o formas de relación entre dos o más sujetos genera relaciones propiamente familiares, ya que las formas de convivencia cuyos miembros no se encuentran unidos por vínculos de matrimonio ni parentesco, igualmente cumplen parte de las funciones tradicionalmente asignadas a la institución familiar.

Sin perjuicio de las parejas de hecho, que ya cuentan con regulación específica en la mayoría de las comunidades autónomas, podríamos plantearnos si son también fuente de relaciones familiares, otros supuestos de convivencia que también disfrutaban de especial regulación en nuestro Derecho.

Me estoy refiriendo, no sólo al acogimiento familiar, tanto de menores como el acogimiento de ancianos, sino a las denominadas situaciones convivenciales de ayuda mutua, reguladas por primera vez por la Ley catalana 19/1998, de 28 de diciembre (LA LEY 626/1999)² (en adelante LSCAM) y que actualmente se encuentran en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat)³.

De las relaciones convivenciales de ayuda mutua, podemos afirmar que permiten establecer ciertos vínculos jurídicos entre aquellas personas que, conviviendo en una misma vivienda y sin constituir familia nuclear, comparten con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas.

Es pues, la relación de convivencia de dos o más personas mayores de edad, que pueden ser parientes en línea colateral, o amigos, (en este supuesto como máximo cuatro personas), que deciden hacerse compañía y compartir algunos aspectos como la vivienda, los gastos y las tareas que la misma conlleva. Quedan así y por razones obvias, excluidas de estas relaciones, las relaciones matrimoniales y las parejas que formen una unión estable, ya que las mismas gozan de otros derechos y obligaciones ya previstos en la Ley.

Una de las cuestiones a tener en cuenta sobre las disposiciones legales que regulan dicha figura jurídica, consiste en la excesiva amplitud de su ámbito de aplicación. Y es que los miembros de esta relación, pueden alcanzar los acuerdos que crean convenientes, con prácticamente absoluta libertad de forma en materias como, las relaciones personales y patrimoniales, los derechos y deberes durante la convivencia, la contribución igual o

¹ "Durante siglos, la familia como institución social ha sido una agrupación de personas conectadas por vínculos conyugales y de parentesco y otras circunstancias (adopción, prohijamiento, relación de servidumbre o vasallaje, etc.), que son de todo punto de vista obvios, pero que, a su vez, dependen de consideraciones sociológicas, éticas, morales, históricas, etc., que determinan la aceptación social de esquemas familiares muy variados". C.LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, VI. Derecho de Familia*, Madrid, 1997, pp. 31.

² "Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua". *Boletín Oficial del Estado* (10 de febrero de 1999), pp. 6108 a 6110.

³ "Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil Catalán, relativo a la persona y la familia". *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña* (5 de agosto del 2010). *Boletín Oficial del Estado* (21 de agosto 2010), pp. 73429 a 73525.

desigual de los gastos comunes, que el trabajo doméstico sea asumido exclusivamente por alguno de los convivientes etcétera, siempre y cuando estos acuerdos no perjudiquen a terceras personas.

Al igual que en otros países, en nuestro país el modelo familiar ha variado respecto al clásico modelo de familia como núcleo formado alrededor del matrimonio, porque es público y patente el hecho de que se está produciendo una desaceleración en el número de matrimonios concertados y una de las consecuencias de esta disminución, es precisamente el creciente aumento de las uniones de hecho. Pero en mayor o menor medida, en las sociedades occidentales podemos destacar como cambios más relevantes, no sólo la fuerte disminución de la nupcialidad, sino también el importante incremento de la proporción de hombres y mujeres que permanecen solteros toda su vida.

En el siglo XXI varios investigadores advierten que el aislamiento de las personas en las sociedades contemporáneas (principalmente los ancianos) es un fenómeno creciente. Los ancianos son la población mundial más vulnerable a los males de la soledad, dentro del marco de una civilización que ha estirado extraordinariamente la expectativa de vida. Están los que piensan que la pandemia de este siglo es la soledad y que el entorno tecnológico, en lugar de favorecer la comunicación humana, ha profundizado el aislamiento.

Por este motivo, las relaciones convivenciales de ayuda mutua, resultan especialmente interesantes para las personas mayores que no han tenido hijos, que son solteras o viudas, o que por ejemplo tienen a sus familiares lejos, y es que el hecho de compartir no solo vivienda, sino también intereses e inquietudes con otras personas en situación similar, puede resultar ser muy beneficioso para ellas.

El enorme problema social que surge por la necesidad de prestar atención a las personas mayores en un contexto de envejecimiento de la población, exige flexibilizar el concepto de convivencia, para que pueda abarcar situaciones, que no necesariamente comporten relaciones afectivas o maritales entre sus componentes.

En esta línea, en Europa ya se empezó a desarrollar de forma progresiva, una legislación que fomentaba las relaciones convivenciales, el acogimiento de mayores y los contratos de vitalicio. Buena muestra de ello fue en nuestro territorio, la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogimiento de Personas Mayores⁴ y la mencionada Ley 19/1998, de 28 de diciembre sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua del Parlamento de Cataluña, que dio cobertura jurídica y fomentó la convivencia de personas mayores como alternativa asistencial a la propia familia y a la residencia, y supuso el reconocimiento legal de que puede existir convivencia y ayuda mutua en todos los planos, incluido el económico, sin que por ello haya que entender que existe relación “more uxorio”.

Ahora bien, y a pesar de que el legislador catalán ha pensado, precisamente en este perfil de persona mayor, como la más interesada en constituir una relación convivencial, también cabría preguntarnos si podría, de forma indirecta, constituir un medio para formalizar jurídicamente, situaciones que carecen de cobertura legal, sobre todo si tenemos en cuenta que dicha figura jurídica se encuentra ubicada en el Libro II del CCCat. relativo a la familia.

Una de dichas situaciones podría ser la poligamia; la poligamia es un sistema que se mantiene fuertemente arraigado en el seno de muchas sociedades y es de hecho, un ejemplo recurrente a la hora de señalar la situación de desigualdad frente al varón que sufre la mujer en África, o en el mundo musulmán.

Pero también hay quienes sin entrar a defender directamente la poligamia, la abordan desde una visión sin prejuicios negativos, distinta a la línea habitual. El vínculo que plantean no es una poligamia patriarcal, sino que estaría basada en la igualdad de tres o más personas que buscan contraerlo con pleno uso de su voluntad. Un claro ejemplo de ello sería el trío que busca contraer matrimonio y que en definitiva, busca adquirir los derechos familiares que esto conlleva.

⁴ “Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. *Boletín Oficial del Estado* (2 de febrero 2001), pp. 4125 a 4127.

Entre otros casos, tenemos el ocurrido en Brasil hace ya cinco años, cuando un hombre y dos mujeres que llevaban tres años conviviendo y compartiendo gastos domésticos e incluso abrieron una cuenta en el banco juntos, consiguieron registrar por primera vez una “unión civil poligámica”. Oficialmente no ha sido calificada dicha unión de matrimonio, sino de una “escritura pública declaratoria de una unión poliafectiva estable”. En la práctica, el documento registra las voluntades de las tres personas, con diversas cláusulas en las que se especifican detalles sobre pensión, reparto de bienes, planes de salud y separación.

Hablan de romper clichés, pero nuestro pensamiento sólo crecerá hasta el techo de lo que en occidente se considere políticamente correcto y jurídicamente posible, por todo ello es necesario cuestionarse hasta que punto las nuevas formas de convivencia, pueden indirectamente dar paso a situaciones prohibidas desde un punto de vista legal, pero que sin embargo adquieren la naturaleza de familiares.

II.- LAS RELACIONES CONVIVENCIALES DE AYUDA MUTUA.

1. Requisitos de constitución.

Como ya hemos tenido ocasión de mencionar ha sido la legislación catalana, a través de la Ley 19/1998, de 28 de diciembre (LA LEY 626/1999), la que dio carta de naturaleza jurídica a estas formas de relación; dicha Ley fue derogada íntegramente, y su contenido ha sido recogido, con algunas modificaciones, en el Título IV del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, y su ámbito de aplicación, ha quedado pues, circunscrito a dicha Comunidad Autónoma.

En relación a las modificaciones que puede haber sufrido esta institución por el hecho de haber sido objeto de la mencionada reforma legislativa, cabría destacar que la primera diferencia apreciable entre la regulación de los artículos 240-1 a 240-7 CCCat. y la LSCAM es terminológica. De “situaciones” pasamos a “relaciones” convivenciales de ayuda mutua, pues el Preámbulo del Libro Segundo del CCCat. considera aquel término más descriptivo de la institución.

Pero la modificación más importante es, sin duda, la eliminación del derecho a la compensación económica por razón de trabajo al conviviente que hubiese trabajado para el otro, sin la contraprestación debida y cuando la convivencia finalizaba en vida de los convivientes (art. 7 LSCAM). De esta forma, el legislador intentó alejar dicha institución jurídica de otras instituciones como son, el matrimonio y las uniones de estables de pareja, teniendo así en cuenta, la diferente naturaleza y finalidad de estas relaciones convivenciales, en las que no está presente el elemento marital, pero tampoco existe retribución.

Se distingue también así, del acogimiento de personas mayores que supone la integración de uno o más personas mayores y/o discapacitadas física o psíquicamente en un núcleo familiar, estableciéndose una relación convivencial semejante a la que genera el parentesco, a cambio de una contraprestación consistente en la cesión de bienes muebles, inmuebles o un capital.

Por último, cabe destacar otra diferencia con la regulación anterior, y es que la actual legislación se remite a las reglas de la comunidad, para la determinación de la atribución del uso de la vivienda de titularidad conjunta, a alguno de sus cotitulares.

Por otra parte, no es una legislación exclusivamente pensada para la población anciana, sino, en general, para todas aquellas personas que, conviviendo en una misma vivienda y sin constituir familia nuclear, compartan, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas. Precisamente una de las críticas que desde la doctrina se ha formulado a esta disposición legal, consiste en la excesiva amplitud de su ámbito de aplicación⁵.

⁵ En tal sentido, se afirma que “hay un abismo entre lo que el preambulista dijo y lo que el redactor entendió, porque sin llegar a desdecirse, el texto articulado abarca demasiados supuestos, perdiendo así fuerza protectora” I. RODRIGUEZ RAMOS, “Concepto legal de situación convivencial de ayuda mutua en el Derecho civil catalán”, *en*

De todas maneras, para constituir una relación convivencial de ayuda mutua, es necesario que concurran unos presupuestos, pues no toda convivencia da lugar a esta situación ni está sometida a esta regulación.

1.1. Requisitos subjetivos.

El artículo 240-2 del CCCat. dispone que pueden constituir una relación convivencial de ayuda mutua “las personas mayores de edad unidas por vínculos de parentesco en línea colateral sin límite de grado y las que tienen relaciones de simple amistad o camaradería, siempre que no estén unidas por un vínculo matrimonial o formen una pareja estable con otra persona con la cual convivan”. Y asimismo, limita el número máximo de convivientes a cuatro, en el supuesto de que no sean parientes.

Dentro de los requisitos personales destacamos pues, los siguientes:

a) La mayoría de edad:

Todas las personas que integran una relación convivencial de ayuda mutua han de ser mayores de edad, ya que todas ellas deben participar en la labor de contribución, sin contraprestación y con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, a los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas. Ello supone que basta con que alguno de los que habitan en el domicilio sea menor de edad, para que la situación existente deje de ser de relación convivencial de ayuda mutua sujeta al amparo de las normas fijadas por el Código.

Constituye pues, un requisito subjetivo que los convivientes sean personas mayores de edad, quedando así excluidos los menores, pero surgiendo la duda de si los menores emancipados podrían también quedar incluidos, ya que, si tenemos en cuenta la regulación prevista para las parejas estables, vemos cómo, tras su inclusión en el CCCat., se permitió que los menores de edad emancipados pudieran constituir dichas uniones estables (art.234-2 a)).

De todas formas, este cambio no se ha producido en sede de relaciones convivenciales de ayuda mutua, y por lo tanto, siguiendo una interpretación literal del precepto 240-2 del CCCat. cabe excluir a los menores emancipados, sin perjuicio de que, el hecho de no haber sido incluidos en el ámbito de aplicación de esta norma, ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, alegándose que, dado que la emancipación permite al sujeto la posibilidad de realizar vida independiente y que el menor emancipado puede regir sus bienes y su persona como si fuese mayor de edad⁶ (con las excepciones legalmente previstas), no se comprende la razón de la referida exclusión. ⁷.

Por último señalar, que no existe límite de edad ni se establece ninguna restricción respecto de la diferencia de edad entre los mismos convivientes.

b) Parentesco colateral sin límite de grado, pero con exclusión del parentesco en línea recta:

Se permite el establecimiento de esta relación a aquellas personas que tengan una relación de amistad o de camaradería, y entre personas unidas por un vínculo de parentesco colateral, como por ejemplo los hermanos que viven juntos, sobrinas que cuidan de sus tías ancianas, hermanos o primos que viven juntos etc. Lo que nunca será posible es que este parentesco sea en línea recta, aun cuando los integrantes fueran mayores de edad, lo que excluye las situaciones de convivencia entre padres e hijos o abuelos y nietos que se regularán por los acuerdos a los que los mismos pudieren llegar.

Quedan pues, terminantemente excluidas entre parientes unidos en línea recta, por tener ya estas personas, la protección que les brinda por un lado, el artículo 237-2.1 CCCat., en relación a la obligación de alimentos, y por otro lado, el derecho de subrogación en caso de fallecimiento del titular arrendaticio previsto en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, subrogación, que tiene lugar sin limitación temporal, a diferencia de lo que les

Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores, Córdoba, 2001, pp.287 y ss., concr. pp. 295.

⁶ Tal afirmación la encontramos en el artículo 211-7 del CCCat. al afirmar que “el menor emancipado actúa jurídicamente como si fuera mayor de edad” sin la concurrencia del complemento de capacidad de los padres o del cuarador.

⁷ Sobre el particular, véase M.R. LLÁCER MATA CÁS y M. GRAMUNT FOMBUENA, “Regímenes de guarda de la persona no sujeta a potestad”, en *Derecho de Familia*, coordinado por J. MALUQUER DE MONTES, Barcelona, 2000, pp. 395 y ss., concr. pp. 427.

ocurre a los convivientes, cuya subrogación en el contrato de alquiler está sometido al límite legal de un año, a no ser que falte para la expiración del contrato, un plazo de tiempo inferior a dicho año (art. 240-6.3 CCCat.).

c) Relación de amistad y limitación del número de convivientes.

Dado que se va a llevar a cabo una vida en común, es fundamental que los individuos que formen la relación convivencial tengan algún tipo de afinidad, el legislador permite el establecimiento de esta relación a aquellas personas que tengan una relación de amistad o camaradería. Pero ante los extensos términos de la norma, cabrán múltiples situaciones, incluso aquellas en las que la convivencia deriva de situaciones de mera convivencia que tendrían amparo bajo la noción de compañerismo.

En relación a este requisito cabe mencionar una modificación sustancial, producida en el antiguo artículo 2 LSCAM en virtud del cual quedaban excluidas “las personas con vínculos matrimoniales subsistentes o que formen una unión estable de pareja.” En la actualidad, el CCCat. sólo prohíbe establecer una relación convivencial de ayuda mutua, cuando sus componentes se encuentren entre sí casados o constituyan una pareja estable también entre sí.

Ahora bien, tal y como indica la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lérida de fecha 28 de abril de 2014⁸ para determinar si existe una situación de convivencia marital, se ha de proceder con especial atención, puesto que al constituir una causa de extinción de la pensión compensatoria, puede llegar a producirse situaciones fraudulentas en las que, para evitar dicha pérdida, se intente ocultar la realidad.

Y es que el artículo 86.b) del CF (EDL 1998/45031)⁹, al igual que el artículo 101.1 C.C (EDL 1889/1), regula como causa de extinción del derecho a percibir una pensión compensatoria tras la ruptura conyugal, la convivencia marital del acreedor con otra persona. Ninguno de los preceptos mencionados define qué deba entenderse por “convivencia marital” –el art. 101.1 C.C habla de “vivir maritalmente”– aunque de su propia terminología se infiere, como quedó establecido en STSJC núm. 31/2007 EDJ 2007/374461 (FD5), y reiteró la STSJC núm.47/2009 EDJ 2009/299905 (FD3), que es preciso: a) que exista “convivencia”, y b) que ésta reúna ciertas características que la hagan semejante a la “matrimonial”, aun sin el vínculo jurídico propio del matrimonio.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012, Sala Primera (EDJ 2012/15738), con la intención de lograr la homogeneización de los heterogéneos criterios interpretativos de los tribunales inferiores, sobre la causa extintiva de la pensión compensatoria por desequilibrio económico relativa a la vida marital, examinó la citada cuestión.

La mencionada sentencia del T.S utilizó dos cánones interpretativos: el de finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo tal causa de extinción de la pensión compensatoria, fue la de evitar que se ocultasen situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria. El Código Civil Catalán también incluye tal causa extintiva en el artículo 233-19.1.b), tal como lo había recogido el Código de Familia de Cataluña, en su artículo 86.

En cuanto al segundo canon interpretativo, sobre la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, la expresión “vida marital con otra persona” puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable.

En dicha sentencia se examina la cuestión de la falta de convivencia continuada bajo el mismo techo, considerando que bastaba que la relación sentimental de un año y medio de

⁸ STC de la Audiencia Provincial de Lérida de fecha 28 de abril de 2014, EDJ 2014/100707 (rec.326/2013).

⁹ “Ley 9/1995, de 15 de Julio, del Código de Familia. Boletín Oficial del Estado (19 de agosto del 1998), pp. 28310 a 28344.

duración, se hubiese producido con permanencias o visitas de un miembro de la pareja en el domicilio del otro, en base a encuentros de manera pública, teniendo tal relación características de cierta permanencia, exclusividad, y dando a entender en el entorno social de los convivientes, que se trata de relaciones sentimentales con cierta estabilidad. En definitiva, si estos hechos o circunstancias se producen y son probados, pueden llegar a ser constitutivos de un supuesto de vida marital.

Así pues, es cierto, que la jurisprudencia de la Sala Primera del TS ha evolucionado, mostrándose sensible, por una parte, ante la posible instrumentalización fraudulenta de las exigencias legales y jurisprudenciales para evitar así la pérdida de la pensión compensatoria, y por otra parte, ante la progresiva aproximación objetiva, entre el matrimonio y la simple convivencia marital, hasta el punto de declarar que la mera convivencia estable que produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones, aun sin compromiso de ningún tipo, puede integrar la causa de extinción prevista en el artículo 101.1 C.C EDL 19889/1¹⁰.

Pero incluso aceptando que la realidad normativa, haya podido contribuir a desdibujar los límites diferenciadores entre las uniones “more uxorio” y las matrimoniales, seguirá siendo imprescindible distinguir las primeras de aquellas otras uniones simplemente sentimentales o afectivas, aun con componente sexual, que, por su falta de entidad, no pueden integrar la causa extintiva de la pensión compensatoria¹¹. Al igual que tampoco, la deben integrar las relaciones convivenciales de ayuda mutua, en las que la unión entre los convivientes dista mucho de la unión, que el legislador exige que exista entre miembros de una pareja “more uxorio”.

De todas formas, de todo lo expuesto, cabe plantearse la aplicación del mencionado criterio jurisprudencial, como medio para poder averiguar si la hipotética relación entre miembros de una relación convivencial, oculta una relación análoga a la matrimonial, bien para evitar entre otras, la citada pérdida de la pensión compensatoria, o encubrir una relación de polígama, prohibida en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto de esta última consideración, no hay que olvidar que las relaciones convivenciales de ayuda mutua, están reguladas en el Código Civil Catalán en el Libro segundo dedicado a la Familia, con las connotaciones que dicha inclusión pueda tener.

Y es que en ocasiones, la existencia de una convivencia de ayuda mutua, se ha opuesto ante la reclamación judicial en la que se buscaba la extinción de la pensión compensatoria otorgada a la ex esposa que ha iniciado una convivencia con un tercero, motivo por el cual se solicitaba su extinción. Por esta razón, cabría plantearse la necesidad de que la legislación autonómica catalana, exigiera formalizar de forma expresa las situaciones convivenciales, evitando así, la dificultad que la carga de la prueba pudiera generar a las partes de un proceso, de demostrar su existencia.

También el CCCat. establece como requisito imprescindible, que el número de convivientes, no sea inferior a dos (de lo contrario no existiría convivencia) ni tampoco exceder de cuatro; pero dicho requisito sólo se exige si los convivientes no son parientes entre sí, porque en este supuesto, no se establece límite cuantitativo alguno. Parece ser, que el vínculo de proximidad familiar existente, justifica que se pueda superar este número máximo.

Cabe plantearse, que ocurre cuando se trata de un grupo mixto, es decir, un grupo de convivientes entre los cuales existan parientes y amigos, o más concretamente colaterales con extraños; a pesar de que no parece muy probable en la práctica, no hay duda de que sería legal, siempre y cuando el número de personas unidas por un vínculo de amistad, no superase el mencionado límite.

En las situaciones en las que no se reunieren los requisitos de número (y se superasen los máximos) se estará a lo que acuerden las partes, no operando el régimen previsto que parte de la idea de situaciones convivenciales reducidas, siendo ello lo que justifica los efectos que le son propios. El legislador quiere así evitar, la creación de auténticas comunidades, puesto

¹⁰ SSTS 1ª 42/2012 de 9 de febrero (EDJ 2012/15738) y 179/2012 de 28 de marzo, (EDJ 2012/66873).

¹¹ Las citadas SSTSJC núm.31/2007, de 18 de octubre (EDJ 2007/374461), y núm. 47/2009, de 26 de noviembre (EDJ 2009/299905), afirmaron la doctrina en virtud de la cual, las relaciones afectivas no convivenciales no pueden asimilarse por sí solas a las matrimoniales, teniendo en cuenta que en ausencia de vínculo matrimonial no será posible presumir la convivencia de la pareja (art. 69 C.C EDL 1889/1).

que las situaciones convivenciales de ayuda mutua lo que pretenden cubrir son las necesidades entre un grupo reducido de personas, sobre todo si no existe entre ellas parentesco en línea colateral.

d) Voluntad de permanencia y voluntad de ayuda mutua.

Es una exigencia prevista en el artículo 240-1 CCCat. y que por lo tanto excluye las relaciones que sufren una nota de transitoriedad. Lo esencial es pues, la voluntad de permanencia, diferenciando así, supuestos de convivencia como la que puede establecerse entre estudiantes que comparten piso durante la carrera universitaria. No hay que confundir esta voluntad de permanencia, con la necesidad del transcurso del periodo de dos años de relación que se exige, cuando este vínculo no se constituye mediante escritura pública (art. 40-3). Y es que por un lado, cabe formar la relación convivencial de ayuda mutua mediante escritura pública, y por otro lado, puede haber convivencia durante más de dos años sin voluntad de permanencia.

Haciendo honor a su nombre, constituye un requisito esencial el ánimo de colaboración y asistencia mutua entre los convivientes, requisito que nos permite también diferenciar esta relación, de otros tipos de convivencia como sería el arrendamiento mixto, que incluiría la cesión de un espacio a cambio de la prestación de determinados servicios.

No quedarían sin embargo fuera de dicha figura jurídica, las situaciones en virtud de las cuales, sólo uno de los convivientes, o varios de ellos, asumen la totalidad de los gastos y los cuidados (art. 240-4.1); sería el supuesto que se generaría, si dos hermanas deciden sacar a su tía de una residencia de ancianos, para que vaya a vivir con ellas a su domicilio y deciden también asumir su cuidado, con todo lo que dicha decisión pueda comportar, no sólo desde un punto de vista económico, sino también, desde un punto de vista personal.

Por último, la trascendencia que pueda tener la ayuda mutua, es importante a los efectos de diferenciarla de otras figuras jurídicas en base a las cuales, la ayuda que puedan prestarse los convivientes está basada en un pacto en el virtud del cual, la parte que presta ayuda recibe a cambio una remuneración.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de julio del 2013 ¹², constatamos como el Juzgador “a quo” consideró la existencia de una causa de exclusión de la tutela objeto de litigio, por existir un conflicto de intereses entre el incapacitado legalmente y la persona que se postulaba como tutora, pues de conformidad a lo previsto en el artículo 222-17 del CCCat., no pueden ser nombrados tutores las personas que están unidas al incapaz por una relación contractual o presten servicios asistenciales residenciales o de naturaleza análoga a la persona protegida.

El Juzgador de Instancia, consideró que aquella relación se asemejaba en mayor medida a una unión convivencial de ayuda mutua, prevista en el art.240-1 CCCat., que al regular otra forma de convivencia fuera de la estrictamente familiar entre convivientes, sin relación afectiva ni familiar, pero con vocación de ayudarse entre sí y sin mediar retribución alguna, abría la puerta al a posibilidad de instituir como tutor legal del incapaz, al otro miembro de dicha relación.

1.2. Requisitos objetivos.

Para poder aportar cierta seguridad jurídica, el Código Civil Catalán, determina los requisitos objetivos que debe reunir la convivencia para poderse considerar “relación convivencial de ayuda mutua”. Concretamente el artículo 240-1 del CCCat. estipula la necesidad de que los convivientes compartan la misma vivienda habitual y los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas sin, evidentemente, contraprestación alguna.

a) Vivienda habitual compartida:

Es fundamental que, no sólo se comparta la vivienda, sino que además esa convivencia sea continuada en el tiempo, ya que de esa manera se cumple con el requisito de permanencia que dota a los convivientes con uno de los requisitos subjetivos más importantes exigidos por la normativa.

¹² STC de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de julio del 2013, LA LEY 163361/2013, (rec. 242/2013).

El legislador no fija un período mínimo, si bien se deben excluir las situaciones en las que no haya una intención de mantener cierta estabilidad. Un claro ejemplo de la importancia que tiene la exigencia legal relativa a que la vivienda compartida por los convivientes sea la habitual, lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 17 de enero del 2012¹³, en virtud de la cual, se declaró resuelto el contrato de uso y habitación de la vivienda sita en Barcelona, condenando a los demandados a que desalojaran el inmueble, dejándolo libre, vacuo y expedito y a la libre disposición de la parte actora, con apercibimiento de lanzamiento si no lo hicieren dentro del plazo legal, con imposición de las costas a la parte demandada.

Dicha condena la estableció el Juez por entender que concurrían dos causas de extinción del contrato de uso y habitación celebrado entre las partes en fecha febrero del 2007. En su pacto 3º se estableció que el derecho de uso y habitación no podría ser objeto de arrendamiento, subrogación, traspaso, ni transmisión posterior de ningún tipo; y en el pacto 8º se estableció que se extinguiría el derecho por cederlo, arrendarlo, traspasarlo o transmitirlo, y por no destinar la vivienda a domicilio habitual y permanente del habitacionista, salvo que concurriera causa de fuerza mayor.

El Juez “a quo” consideró que se daban las dos causas, cesión ilícita a los codemandados y, no ser el domicilio habitual y permanente del habitacionista, sin que concurriera fuerza mayor. Todos los mencionados extremos quedaron debidamente demostrados en el correspondiente procedimiento y fueron la causa en base a la cual, se denegó la existencia de una relación convivencial entre la demandada y los codemandados; relación convivencial, que durante todo el proceso, constituyó el motivo principal de su defensa, al considerar dicha situación amparada por la normativa catalana.

b) Trabajo doméstico y gastos comunes compartidos:

Cuando el CCCat. menciona los gastos comunes, hace referencia a aquellos gastos ordinarios y necesarios para que los convivientes lleven una vida en común. En cuanto al trabajo doméstico podemos entender que incluye todas las labores necesarias para la vida en común, tales como limpieza y cuidados de la vivienda, reparaciones, el tiempo destinado a la compra de alimentos y demás utensilios para el hogar.

Por lo que respecta a los gastos del hogar, cabría estimar que son los necesarios para la vida en común que incluye, no sólo los relativos a la compra de alimentos y utensilios para el hogar sino también los relativos a los servicios tales como luz, agua, gas, comunidad etc. Pero, todos los gastos mencionados, deben en todo caso, consistir en gastos ordinarios, pues van vinculados a las cargas propias de la convivencia, si se tratara de gastos extraordinarios, entonces deberíamos estar a lo que al respecto pactaran los convivientes.

Como he mencionado anteriormente, sin perjuicio de que el artículo 240-1 del CCCat. exija el cumplimiento de este requisito, en virtud del principio de libertad de pactos que preside esta relación, es posible establecer esta figura, cuando uno de los convivientes asuma íntegramente, tanto los gastos comunes como el trabajo doméstico. Los únicos límites con los que se podría encontrar dicha libertad de pactos, serían los genéricos previstos en el artículo 1255 del C.C (LA LEY 1/1889), y el perjuicio a terceros.

c) Ausencia de retribución.

De nuevo vamos a insistir, en que la ausencia de retribución, es una característica que nos permite diferenciar las relaciones convivenciales de ayuda mutua, de otras figuras jurídicas en virtud de las cuales, se pacta una contraprestación a cambio de los cuidados o atenciones de las que pueda ser objeto una de las partes, por esta razón, estas últimas se clasifican más como relaciones puramente civiles y no familiares.

En la Audiencia Provincial de Salamanca de 24 de julio del 2001¹⁴, el régimen jurídico de aplicación fue el consistente en un presunto contrato vitalicio, puesto que no se pudo probar que la demanda, además de vivir con otra persona, se ayudara y socorriese mutuamente con la misma.

¹³ STC de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 17 de enero del 2012, EDJ 2012/18385 (rec.691/2010).

¹⁴ STC de la Audiencia Provincial de Salamanca de 24 de julio del 2001, LA LEY 150329/2001, (rec. 200/2001).

Así pues, probada la convivencia de la demandada con otra persona, se llegó a la conclusión de que se basaba simplemente una prestación de servicios de asistencia, que tenía como contraprestación, entre otros aspectos, no sólo el derecho a habitar el domicilio, sino la atribución de la nuda propiedad de la vivienda que habitaba. Contraprestación en virtud de una especie de contrato vitalicio celebrado de forma verbal o tácita, en el cual la demandada se comprometía a asistir a la otra persona mientras viviera, a cambio de la mencionada transmisión de la nuda propiedad.

En las relaciones convivenciales de ayuda mutua se da una contribución de todos los interesados, indicando el Código que "los interesados comparten, sin contraprestación y con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas".

En base a este requisito, la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de fecha 9 de julio de 2013 (LA LEY 163361/2013, rec. 242/2013), y a la que hemos hecho referencia en el anterior apartado, falló a favor del recurrente, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia, concediéndole al mismo, ser nombrado tutor de una persona incapaz con la que mantenía una relación convivencial de ayuda mutua y en virtud de la cual estuvo cumpliendo durante todo el periodo que duró dicha convivencia, los deberes que artículo 22-35 y ss del CCCat. impone cuando se establecen estas relaciones.

Quedó en el procedimiento judicial demostrado que el recurrente se ocupó de su compañero incapaz, supervisando que en todo momento estuvieran cubiertas sus necesidades no sólo las más básicas como las alimenticias, sino que también se ocupó de la organización de la compra de alimentos y demás cuidados de adecuación de la vivienda, de su salud, de la administración de sus bienes y trámites administrativos necesarios para poder obtener una pensión de orfandad y todo ello sin percibir retribución alguna.

Por este motivo, y a pesar de que el Juzgador "a quo" consideró que existía una causa de exclusión de la tutela porque había un conflicto de intereses entre la persona incapacitada y el que se postulaba como tutor, la Audiencia Provincial dictaminó que no existía ninguna relación contractual, ni que tampoco se estaban prestando servicios asistenciales residenciales o de naturaleza análoga a la persona protegida, por parte del recurrente, considerando así La Sala, que la mencionada relación podía ser encuadrada dentro de una unión convivencial de ayuda mutua, prevista en el artículo 240-1 CCCat.

1.3. Requisitos formales.

El CCCat.¹⁵ facilita dos sistemas de acceso a las relaciones convivenciales de ayuda mutua, por un lado el mero transcurso de un período de dos años de convivencia, el cual puede acreditarse por cualquier medio de prueba, dado que se elimina la acreditación mediante acta de notoriedad prevista en la anterior regulación. La prueba de estos dos años de convivencia dependerá de las circunstancias concretas de cada caso, pero a tal fin, suele ser utilizado el padrón municipal, aunque no es el único de los mecanismos posibles.

No se hace referencia a que los dos años deban o no ser un periodo ininterrumpido, si bien, dado que es la continuidad de la convivencia la que constituye esta figura jurídica, cabría considerar este requisito como un requisito imprescindible.

Se trata de un periodo de tiempo que se computa desde que existe convivencia efectiva y reúnen los integrantes del grupo los requisitos mencionados en los artículos 240-1 y 140-2 del CCCat. En estos casos basta la constatación de la convivencia durante este tiempo para estimarse constituida la relación convivencial de ayuda mutua entre los que la integran, con independencia de cuál fuere su voluntad.

Por otro lado se prevé, la posibilidad de otorgar escritura pública; está última opción no requiere que exista una convivencia previa, sino únicamente que los convivientes manifiesten ante un notario la voluntad de constituir esta relación, siempre que cumplan, claro está, los requisitos objetivos y subjetivos que la Ley exige.

Se trata pues, de uno de los sistemas que el legislador pone a disposición de los convivientes para poder así formalizar su relación, dando lugar a otra de las manifestaciones de la

¹⁵ Art. 240-3 CCCat: "Las relaciones convivenciales de ayuda mutua pueden constituirse en escritura pública, a partir de la cual tienen plena efectividad, o por el transcurso de un periodo de dos años de convivencia".

autonomía de la voluntad en base a la cual, las partes se someten por propia iniciativa, al régimen que para las mismas señala el Código Civil de Cataluña.

De todas formas, cabría plantearse los efectos directos o indirectos que la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio¹⁶, apreciada con la sentencia 93/2013, de 23 de abril (LA LEY 38262/2013), pudiera tener sobre la posibilidad legal de constituir una pareja estable, o una relación convivencial de ayuda mutua, por el mero transcurso de un periodo de dos años de convivencia.

Lógicamente el marco jurídico resultante tras el pronunciamiento constitucional, puede obligar al legislador autonómico a plantear la eficacia indirecta de la sentencia sobre su propio marco jurídico.

Como señala ECHEVARRIA ALBACAR, I.¹⁷ el principal y único motivo de nulidad que aduce el Tribunal Constitucional contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, se funda en que, el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, constituye una vulneración de la libertad de los constituyentes a su sometimiento o no al régimen jurídico desarrollado por el legislador navarro, impidiendo la autonomía de la voluntad manifiesta por pacto entre los miembros de la pareja, esto es, impidiéndoles poder desarrollar sus relaciones personales en el ámbito privado.

Por esta razón considera nulo el apartado 2º del artículo 2 de la Ley Foral, ya que impone a la generalidad un régimen jurídico concreto, similar a la normativa matrimonial, sin contar con el consentimiento de las partes implicadas, por el simple hecho de la convivencia durante un periodo temporal o por el hecho de descendencia común no matrimonial.

En congruencia, no declara nulo parte del apartado segundo del artículo, al entender que sólo aquellas parejas que hayan manifestado públicamente en escritura o documento público su voluntad de constituirse como pareja de hecho, han emitido una declaración de voluntad libremente expresada de sometimiento a las consecuencias de la regulación institucional sobre la materia.

Como ya hemos mencionado, cabe plantearse si la mencionada declaración de inconstitucionalidad es extrapolable a la normativa catalana relativa a las relaciones estables de pareja y a las relaciones convivenciales de ayuda mutua, en cuanto a que la posibilidad de constituir las mismas por el mero transcurso de un período de dos años de convivencia, podría considerarse también contrario al ordenamiento jurídico constitucional.

Se prevé el mismo contenido impositivo y de generalización de efectos, privando de establecer las consecuencias personales y patrimoniales de sus relaciones, y generando a su vez incertidumbre sobre su existencia, frente a unos terceros que, ante el desconocimiento de la constitución tácita de las relaciones convivenciales, pueden ver frustrados sus derechos, sobre todo si tenemos en cuenta que la legislación sobre estas relaciones prevé desde un punto de vista legal, una protección a los convivientes lo suficientemente importante como para que se produzca dicha situación.

Ejemplo de ello lo tenemos en el derecho a ocupación del domicilio habitual, reconocido a los convivientes supervivientes, en el supuesto de fallecimiento del propietario de la vivienda (cuya relación puede continuar entre ellos), durante seis meses, salvo que previamente hayan pactado un plazo superior o inferior. Los sucesores de la persona titular son los que, sin perjuicio de pacto en contrario, se encuentran con un plazo superior y respecto a ellos no se produce la inmediata recuperación de la posesión de la finca que sin embargo, si surge en el supuesto de ruptura de la relación.

Por otra parte, si la persona fallecida era arrendataria de la vivienda, el legislador prevé la posibilidad de que los convivientes tengan derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del contrato, si es inferior.

¹⁶ “Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables”. *Boletín Oficial del Estado* (23 de mayo 2013), pp. 46 a 82.

¹⁷ I. ECHEVARRIA ALBACAR, “Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril”, *Diario La ley*, nº 8221, Sección Doctrina, 2 Ene. 2014, Año XXXV, Ref. D-2, Editorial LA LEY.

Así pues, se pueden producir en la práctica situaciones como las que encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de octubre del 2007¹⁸, en virtud de la cual, el actor no pudo hacer efectivo su derecho al uso de la vivienda adquirida por herencia, al haberse demostrado la existencia de una relación convivencial tácita, entre el demandado y el ya fallecido padre del actor, relación que este último desconocía, motivo por el cual, inició un procedimiento judicial contra el que consideraba, estaba perturbando su derecho real de propiedad sobre la vivienda objeto de litigio, al negarse la parte demandada, a entregarle la posesión de la referida finca.

Como ya hemos tenido ocasión de comentar, en la regulación contenida en el artículo 3 de la ya derogada Ley 19/1998 de 28 de diciembre sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua, dichas relaciones debían acreditarse por medio de escritura pública o documento público notarial, o por el transcurso de un periodo de dos años de convivencia acreditados mediante acta de notoriedad; pero al desaparecer en la regulación actual contenida en el Libro Segundo del Código Civil Catalán, el requisito del acta de notoriedad, se produce como he comentado, una situación que puede causar perjuicio a terceros, ante el desconocimiento de la existencia de las mencionadas relaciones convivenciales.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de marzo del 2013¹⁹, la parte actora, en su calidad de propietaria de la vivienda ocupada en virtud de un contrato de arrendamiento de fecha 5 de abril de 1952, pudo resolver dicho contrato, al haber fallecido el arrendatario en el 2009, y carecer su hermana y demandada, al derecho a subrogarse, conforme al artículo 16.3 de la LAU (EDL 1994/18384). Pero la extinción contractual se produjo gracias a que al supuesto objeto de litigio, le fue de aplicación la Ley 19/1998.

En el recurso interpuesto, la demanda alegó que siempre convivió con su hermano, habiendo testado uno a favor del otro en el año 1975, con lo cual entendía que quedaba demostrado suficientemente, su voluntad de constituir una situación de ayuda mutua.

Pero como bien indicó el mismo Juez de Primera Instancia, no constaba en las actuaciones, ni su formalización mediante escritura pública ni acta de notoriedad que probase los dos años de convivencia y que requería la legislación aplicable al supuesto enjuiciado, sin que ello pudiera ser subsanado por el hecho de haber testado ambos hermanos uno a favor del otro.

Fue preciso aplicar la legislación anterior, habiendo entrado en vigor el Libro Segundo incluso con posterioridad a la presentación de la demanda, y este hecho fue lo que permitió a la parte actora, recuperar la posesión de la finca, evitando la incertidumbre que le podría haber generado la aplicación de la actual legislación, que en mi opinión, dificulta conocer si “a priori”, existe o no una relación protegida por el ordenamiento jurídico, con el coste personal y económico que genera el fallo en el que se reconozca, la aplicación de una normativa protectora de una relación, que como digo, puede ser difícil de conocer “a priori”.

2. EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES CONVIVENCIALES DE AYUDA MUTUA.

2.1. Causas de la extinción

El artículo 240-5 contempla el régimen a aplicar en relación a la extinción de la relación convivencial de ayuda mutua, incluyendo lo relacionado a las causas que pueden dar lugar a dicha extinción. Así mismo se contiene una regulación de los efectos en lo relativo a los apoderamientos y en los siguientes artículos, se prevén los efectos en relación a la vivienda en que se desarrollo la convivencia y los posibles efectos en caso de fallecimiento.

Las causas de extinción naturalmente varían en función de si la relación convivencial de ayuda mutua está constituida por dos o más de dos personas. Si está formada solo por dos, son causa de extinción el acuerdo de ambas, la voluntad unilateral de uno de ellos, el fallecimiento, el matrimonio, la constitución de una pareja estable y cualquier otra prevista

¹⁸ STC de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de octubre del 2007, EDJ 2007/245555 (rec. 408/2007).

¹⁹ STC de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de marzo del 2013, EDJ 2013/112563 (rec. 206/2012).

por las partes. En cambio, si la relación está constituida por más de dos personas, la concurrencia de alguna de las causas a las que hemos hecho referencia, no debe llevarnos a concluir que la relación de convivencia de ayuda mutua se extingue automáticamente, sino que puede continuar con el resto de los convivientes.

En concreto, las causas de la extinción de la relación de convivencia son según el artículo 240-5.1 del CCCat. las siguientes:

La primera causa que puede llegar a producir la mencionada extinción, es el acuerdo de voluntad de todos los convivientes. Y a diferencia de lo que ocurría en la anterior regulación (Ley 19/1998) en el ya derogado artículo 5.2, se ha suprimido la exigencia de otorgar escritura pública para llevar a cabo la extinción por voluntad de las partes. Como apunta MONEDERO RIBAS, M.²⁰, la eliminación de dicha exigencia formal, es coherente con la libertad de forma respecto a los pactos por previsiones de las partes, en caso de ruptura regulados en el artículo 240-4.2 del mismo Código.

La segunda causa sería en este caso, la voluntad unilateral, pero sólo la de uno de los convivientes; dado que estas relaciones convivenciales de ayuda mutua están basadas en la confianza, si uno de los convivientes pierde la confianza en los demás, es razonable que pueda poner fin a esa relación, por voluntad unilateral sin tener que alegar justa causa.

Naturalmente, la extinción por voluntad unilateral de uno de los convivientes supondrá, en su caso, una modificación de las condiciones reguladoras de la relación de los convivientes que permanezcan unidos por la relación convivencial, para poder así distribuir, la contribución de la persona que ha cesado en la convivencia.

En tercer lugar, la Ley también prevé una causa natural de extinción, el fallecimiento de uno de los convivientes. Asimismo, si uno de los miembros de la relación deviene incapaz, se estará a lo que determine la autoridad judicial, teniendo en cuenta las previsiones del artículo 222-39 del CCCat.

Al igual que en el supuesto anterior, los convivientes que continúan en la relación convivencial de ayuda mutua podrán modificar o ajustar los pactos reguladores de la convivencia si así lo desean y cubrir así la parte en que contribuía la persona fallecida.

Por último, encontramos como causas extintivas de la relación, por un lado las propias que acuerden o pacten los mismos convivientes, se trata de aquellas que las partes hayan podido establecer de mutuo acuerdo, bien desde un primer momento, bien en uno ulterior.

Y por otra parte, el legislador también prevé el matrimonio o la constitución de una pareja estable entre las dos personas que formaban la relación convivencial; así pues, desde el mismo momento de la celebración del matrimonio o en el caso de las parejas estables desde el otorgamiento de la escritura pública, tenencia de un hijo o cumplimiento de los dos años de convivencia, el régimen cambia desde el inicial de convivencia mutua al propio del matrimonio o la constitución de una pareja estable como causa de extinción de la relación de ayuda mutua.

Distinto es el caso en el que la relación convivencial está formada por más de dos personas, debido a que el artículo 240-2.1 impide que personas con este vínculo formen parte de la relación convivencial, se extingue la misma y el régimen que le es propio, regulándose este tipo de situaciones por aquello que los afectados consideren mejor pactar.

Aunque está última causa relativa a la posibilidad de que alguno de los miembros de la relación se case o constituya pareja estable, a diferencia de lo que ocurría en la anterior regulación (art. 5.2 de la Ley 19/1998), no se encuentra expresamente mencionada el primer apartado del artículo 240-5 junto al resto de las causas extintivas, si es objeto de comentario en el segundo apartado del mencionado artículo, refiriéndose a ella, en cuanto a la posibilidad de que la misma continuare entre el resto de personas que la integraban.

2.2. Efectos de la extinción.

Por último cabría mencionar los efectos que puede llegar a producir la extinción de la relación convivencial y que se encuentran previstos en el citado artículo 240.5 apartado

²⁰ M. MONEDERO RIBAS, "La convivencia estable en pareja. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua", *Actualidad Civil*, nº2, Sección A Fondo, Febrero 2013, pp. 149, tomo I, Editorial LA LEY 19637/2012.

tercero del CCCat. El primer efecto sería la revocación de los apoderamientos, puesto que producida la causa de extinción de la relación, los poderes que uno de los convivientes haya otorgado a favor de otro conviviente quedan sin efecto (art. 240-5.3 CCCat.).

Se trata de una ineficacia “ex lege”, sin que sea necesaria ninguna declaración sobre la misma; esta ineficacia automática se produce con independencia de la causa concreta de extinción que concurre, superando así la regulación anterior, que excluía de este régimen de ineficacia el supuesto de extinción por causa establecida en el pacto entre convivientes (art.5.4 LSCAM), que en opinión de NAVARRO MICHEL, M.²¹, no parecía justificada.

El problema que puede generarse, es el del posible desconocimiento del tercero de buena fe de la revocación del poder a consecuencia de la extinción de la relación convivencial, cuestión que debería resolverse aplicando las normas generales (artículo 1734 y 1738 del CC). Al respecto el artículo 1734 del CC (LA LEY 1/1998) determina que la revocación del mandato “no puede perjudicar a éstas (las terceras personas contratantes) si no se les ha hecho saber dicha revocación”.

Otra de las cuestiones a las que afecta la extinción de la relación convivencial es la cuestión relativa a la vivienda, el artículo 240-6 del CCCat. lo regula, diferenciando si el conviviente que deja de serlo es propietario o no de la misma.

Si la vivienda en la que habitaban los integrantes de la relación convivencial de ayuda mutua era propiedad de alguno de ellos, rota la relación o separada de ella unilateralmente la persona que es propietaria de la finca, será esta la que permanezca en ella como titular de la misma. En concreto, es el artículo 240-6 del CCCat. en su apartado primero y segundo el que establece que, cuando la extinción de la relación se produzca en vida de todos los convivientes, los que no sean titulares de la vivienda deben abandonarla en un plazo prudencial de tres meses, plazo que el legislador ha considerado suficiente para que el resto de los convivientes puedan encontrar un nuevo domicilio, a la vez que el propietario recupera el pleno dominio de la finca.

En cambio, si la extinción de la relación se produce a causa del fallecimiento del propietario de la vivienda, a los convivientes supervivientes (cuya relación puede continuar entre ellos) se les permite continuar ocupándola durante seis meses, salvo que previamente hayan pactado un plazo superior o inferior. Los sucesores de la persona titular son los que, sin perjuicio de pacto en contrario, se encuentran con la imposibilidad de recuperar de forma inmediata la posesión de la finca.

Ahora bien, aunque dicha posibilidad de pacto en contrario, el legislador la ha previsto únicamente para el supuesto “mortis causa”, también puede tener lugar en el supuesto “inter vivos” si tenemos en cuenta el principio de libertad de pactos que impera en el ideario de las relaciones convivenciales.

Si la persona fallecida era arrendataria de la vivienda, el legislador prevé la posibilidad de que los convivientes tengan derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del contrato, si es inferior.

Pero dicha previsión la regula sólo respecto al posible fallecimiento, dejando sin previsión específica los supuestos “inter vivos”, así pues, si la casa la tuviere en alquiler una de las personas integrantes de la relación convivencial y se produce la separación, o la extinción de la relación, las demás han de abandonarla, estimándose de aplicación por analogía, el plazo de tres meses antes señalado respecto de los casos de vivienda en propiedad, al ser la situación sustancialmente la misma.

Distinta es, como ya hemos indicado, la situación en el caso en el que la persona arrendataria falleciere, ya que en tal caso se plantea, tal y como indica DE PAULA PUIG BLANES, F.²², un problema en cuanto a la titularidad del contrato.

En principio y en virtud de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, los restantes ocupantes de la vivienda carecen de derechos, pues el artículo de la

²¹ M. NAVARRO MICHEL, “Comentario Artículo 240-5. Extinción de las relaciones de convivencia. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.” SP/DOCT/15624.

²² F. DE PAULA PUIG BLANES, “Las relaciones convivenciales de ayuda mutua”, en *Comentarios al Código Civil de Cataluña*. Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 590.

LAU, regula los efectos en el arrendamiento en caso de muerte del arrendatario, permitiendo subrogarse en el contrato a toda una serie de personas de las que únicamente pueden constituir una relación convivencial de ayuda mutua los hermanos del arrendatario que hubieren convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes a su fallecimiento y las personas que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan convivido con éste durante los dos años anteriores al fallecimiento siempre que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por ciento. Si no se dieran ninguno de los supuestos mencionados, la LAU prevé la extinción del contrato.

A pesar de lo expuesto, el Código Civil Catalán permite una subrogación más limitada que se aplicará al resto de convivientes o a las relaciones de arrendamiento no sometidas a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Estamos refiriéndonos a una subrogación que trata de garantizar la continuidad en la convivencia concediendo a los restantes miembros de la relación un plazo prudencial para encontrar un nuevo domicilio. Esta subrogación es, como ya hemos mencionado recientemente, por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del contrato, si es inferior.

Ahora bien, para obtener la posibilidad de permanecer en el domicilio durante este periodo de tiempo, el artículo 240-6 apartado tercero, establece que los convivientes deber proceder a notificárselo al arrendador, en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario, plazo de tiempo que coincide con el previsto en el artículo 16.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos²³ (LA LEY 4106/1994), motivo por el cual, en la práctica, también resulta de aplicación a las relaciones convivenciales que nos ocupan, la cuestión relativa a las exigencias documentales que al respecto prevé la LAU.

Ejemplo de ello, lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Recurso de Apelación nº 705/2007, en virtud de la cual se declaró extinguido el contrato de arrendamiento de vivienda, por no ostentar la ocupante de la finca la condición de arrendataria subrogada. La demandada opuso ante tal pretensión, tener derecho a subrogarse en el contrato dada la relación de afectividad que ésta tenía con su hermana fallecida, al compartir su vida tanto afectiva como económicamente, de manera que se consideraba como una relación de análoga efectividad, prevenida en la DT 2º B) 5 de la LAU 29/94, así como, al margen de dicha Ley, por aplicación de lo establecido en el artículo 6 de la ya derogada Ley 19/1998 sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua.

Al respecto, el juzgador de instancia resolvió que si bien la DT 2º B) en sus apartados 4 a 9 mantiene las subrogaciones, las limita no sólo en cuanto a su número, sino también en cuanto a los posibles beneficiarios de las mismas, de tal forma que al fallecimiento de la persona que ocupase la vivienda, tendrá derecho a subrogarse solamente el cónyuge no separado legalmente o de hecho o la pareja de hecho. En su defecto los hijos del arrendatario que habitasen la vivienda arrendada y hubiesen convivido con él durante los dos años anteriores al fallecimiento.

La interpretación de esta normativa comportó que no pudiera tener acogida la primera argumentación de la recurrente, pero tampoco la segunda puesto que, el artículo 6.3 de la Ley 19/1998 sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua, si bien reconocía, al igual que la actual regulación sobre la materia, el derecho de los convivientes a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año una vez fallecida la arrendataria, en el supuesto objeto de litigio, al tiempo de presentarse la demanda, había transcurrido el plazo previsto para la subrogación arrendaticia legal, por lo que en dicho momento la demandada carecía de la condición de subrogada, pues su derecho se había extinguido por disposición legal. En definitiva, no fue posible reconocerse a la demandada la condición de subrogada en el arrendamiento por fallecimiento de su hermana, titular arrendaticia, por aplicación de la indicada Ley, al haber transcurrido en exceso, el plazo por el que dicha norma le concedía el derecho a subrogarse.

Por último, el artículo 240-7 del CCCat. establece un efecto más de la extinción de la relación convivencial, consistente en una pensión periódica en caso de defunción, y sin embargo la Ley no establece ningún derecho por compensación económica por razón del

²³ “Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos”. *Boletín Oficial del Estado* (25 de noviembre de 1994), pp. 36129 a 36146.

trabajo si había existido enriquecimiento injusto, como sí establecía la ya derogada, Ley de situaciones convivenciales de ayuda mutua.

Se trata de una pensión alimenticia especial en la que la condición de acreedora la tiene la persona o personas que convivían con otra ya fallecida en una relación convivencial de ayuda mutua, siendo la fallecida la que mantenía a los demás, cuya aportación era de otra índole, como por ejemplo el trabajo doméstico.

En estos supuestos y una vez se comprueba la existencia de una situación de necesidad de los beneficiarios, se establece el derecho a recibir dicha pensión que irá a cargo de los herederos del fallecido, siempre que estos últimos cuenten con medios para ello, posibilidad que en principio debe resultar factible si tenemos en cuenta que pasan a adquirir el patrimonio del causante.

Es la autoridad judicial la que fijará la pensión que corresponda y la que también determinará cuál de los herederos se hace cargo de ella previo análisis del montante de las atribuciones patrimoniales y en principio, en porción a la cuantía que haya recibido cada heredero, y proceder así a establecer la cuantía a la que cada uno tendrá que hacer frente. El plazo de reclamación es de un año desde la extinción de la relación de convivencia, constituyendo el fallecimiento del conviviente premuerto el hecho extintivo.

Con el objeto de establecer la cuantía y la duración de la pensión periódica, el juez tendrá en cuenta los elementos propios a toda prestación de alimentos, añadiendo los elementos que el Código Civil Catalán establece para las situaciones de convivencia de ayuda mutua y que se concretan en los siguientes:

Por un lado, el legislador establece que la pensión no podrá tener una duración superior a tres años a contar desde la muerte del conviviente. Asimismo, no sólo debe tenerse en consideración al momento de fijar la cuantía y duración de la pensión, la situación de necesidad de cada acreedor de alimentos y la participación del heredero en la herencia del difunto, sino también el tiempo de convivencia en el que la persona o personas acreedoras fueron mantenidas, que como se desprende del artículo 240-7.1 del CCCat. deberá ser mínimo un año.

Por otra parte, el Código prevé como límite cuantitativo, además del caudal relicto, que la capitalización de la pensión periódica en caso de defunción, al interés legal del dinero, no puede exceder la mitad del valor del caudal relicto si los herederos son descendientes, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad del causante; si los herederos son menores de edad o discapacitados, el límite debe ser la quinta parte del valor de la herencia.

Finalmente, el legislador también regula las causas de privación de dicha pensión alimenticia que consisten en, primero, haber pactado su exclusión ya al constituir el régimen de convivencia; en segundo lugar estaría la obtención por parte del beneficiario, de alimentos por parte de otras personas que estén obligadas a proporcionárselos en virtud del artículo 237-2 CCCat., y en tercer lugar el Código prevé el matrimonio (o incluso pasar a vivir maritalmente sin necesidad de llegar a constituir pareja estable) de los beneficiarios de la pensión.

En conclusión y tal y como hemos comentado en el primer apartado, el enorme problema social que surge por la necesidad de prestar atención a las personas mayores en un contexto de envejecimiento de la población, exige flexibilizar el concepto de convivencia, para que pueda abarcar situaciones, que no necesariamente comporten relaciones afectivas o maritales entre sus componentes. Es por ello que por un lado, no podemos admitir que relaciones convivenciales de ayuda mutua puedan ser asimilables a las matrimoniales, y por otro lado, que resulte cuestionable su inclusión en el apartado dedicado a regular la familia.

Así mismo, tampoco pueden admitirse situaciones de fraude o engaño de modo que, siendo claras las dificultades de prueba que pueden producirse en estos casos, a nadie se le escapa el lógico interés que subyace en ocultar estas situaciones, no sólo por los supuestos de poligamia anteriormente mencionados, sino también por quien corre el riesgo de perder unos ingresos económicos por tal motivo, tales como la pensión compensatoria o la pensión de viudedad.

BIBLIOGRAFÍA

F. DE PAULA PUIG BLANES, “Las relaciones convivenciales de ayuda mutua” en *Comentarios al Código Civil de Cataluña*. Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 590.

ECHEVARRIA ALBACAR, “Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril” *Diario La ley*, nº 8221, Sección Doctrina, 2 Ene. 2014, Año XXXV, Ref. D-2, Editorial LA LEY.

C.LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, VI. Derecho de Familia*, Madrid, 1997, pp. 31.

M.R. LLÁCER MATA CÁS Y M.D. GRAMUNT FOMBUENA, “Regímenes de guarda de la persona no sujeta a potestad”, en *Derecho de Familia*, coordinado por MALUQUER DE MONTES, Barcelona, 2000, pp. 395 y ss., con cr. pp. 427.

M. MONEDERO RIBAS, “La convivencia estable en pareja. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua”. *Actualidad Civil*, nº2, Sección A Fondo, Febrero 2013, pág 149, tomo I, Editorial LA LEY 19637/2012.

M. NAVARRO MICHEL. “Comentario Artículo 240-5. Extinción de las relaciones de convivencia. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.” SP/DOCT/15624

L. RODRIGUEZ RAMOS, “Concepto legal de situación convivencial de ayuda mutua en el Derecho civil catalán”, en *Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, Córdoba, 2001, pp.287 y ss., con cr. pp. 295.

LA NATURALEZA Y UBICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL: UN ÓRGANO EN PERMANENTE EQUILIBRIO

José María Morales Bravo
Fiscal adscrito a la Fiscalía Provincial de Vizcaya

Fecha de recepción: 21 de enero
Fecha de admisión: 15 de junio

RESUMEN: A pesar de las innovaciones que supuso para el Ministerio Fiscal la Constitución de 1978, su naturaleza y sus relaciones con el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial siguen constituyendo unas de las grandes cuestiones que afectan a la institución. Para que el Ministerio Fiscal asuma mayor protagonismo en el proceso penal, resulta indispensable clarificar su naturaleza y delimitar, con contornos nítidos y transparentes, sus relaciones con los tres poderes clásicos del Estado.

ABSTRACT: Despite the innovations the 1978 Constitution meant for the Department of Public Prosecutions, its nature and its relation with the Executive, Legislative and Judicial remains as one of the major issues that affect the institution. For the public prosecutor to assume a greater role in the criminal process, it is essential to clarify its nature and delimit, with clear and transparent outlines, its relations with the three classic powers of the State.

PALABRAS CLAVE: Constitución de 1979, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ministerio Fiscal, jueces, Poder Judicial, Poder Ejecutivo, Parlamento, independencia, sistema de contrapesos, equilibrio.

KEYWORDS: The 1979 Constitution, The Organic Statute of The Public Prosecution Service, Public Prosecutor Service, judges, Judiciary, Executive, Parliament, independence, system of checks and balances, balance.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El modelo judicialista. 2.1. *La ubicación constitucional del Ministerio Fiscal dentro del Título VI de la Constitución (“Del Poder Judicial”).* 2.2. *El artículo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.* 2.3. *La vinculación del Ministerio Fiscal con el principio de legalidad.* 2.4. *La equiparación de status funcional entre los jueces y fiscales.* 2.5. *La superación de las fórmulas definitorias del Ministerio Fiscal del pasado.* 2.6. *La función del Ministerio Fiscal como defensor de la independencia de los tribunales.* 2.7. *La intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes disciplinarios abiertos a jueces y magistrados.* 3. El modelo gubernativo. 3.1. *La no referencia del Ministerio Fiscal entre los miembros del Consejo General del Poder Judicial.* 3.2. *El artículo 124.3º de la Constitución.* 3.3. *Las facultades del Gobierno en el nombramiento y cese del Fiscal General del Estado.* 3.4. *El artículo 8 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.* 3.5. *La competencia del Ministerio de Justicia en materia de recursos contra resoluciones del Fiscal General del Estado.* 3.6. *La competencia del Ministerio de Justicia en los nombramientos, ascensos y honores de los miembros de la carrera fiscal.* 3.7. *La ausencia de autonomía presupuestaria.* 4. El modelo parlamentario. 5. El modelo ecléctico. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1978 (en adelante CE) dotó a la regulación del Ministerio Fiscal (en adelante MF) de importantes y novedosas características. Así, entre otras, podemos destacar que desde entonces:

- a) Se le regula en el Título VI de la CE “*Del Poder Judicial*”.
- b) A diferencia de los Estatutos Orgánicos de 1926 y 1969, ya no está descrito como un órgano de comunicación o representación del Gobierno en los tribunales.
- c) Entre las funciones que se le asignan está la de velar por la independencia del Poder Judicial y por los derechos de los ciudadanos.
- d) Sus actuaciones están siempre sometidas al principio de la legalidad.

Sentado lo anterior, se entiende que la determinación de la naturaleza y ubicación constitucional del MF resulta fundamental. Se requiere conocer qué es el MF y a qué poder del Estado pertenece o está vinculado, ya que su adscripción a uno u otro y la forma de relacionarse con el resto supedita la realización de importantísimas misiones constitucionales que le son otorgadas¹.

La cuestión relativa a la naturaleza de la institución no es, ni mucho menos, meramente especulativa, sino, más bien, todo lo contrario. Piénsese que si se sostiene que la naturaleza del MF es jurisdiccional no existiría obstáculo grave e insalvable para que dirigiese la instrucción de las causas penales. Por ello, cualquier estudio que plantee la posibilidad de que el MF asuma mayor protagonismo en la fase sumarial debe plantear, como cuestión previa, cuál es la verdadera naturaleza de la Institución.

Para ello se pueden tomar como referencia los cuatro modelos de MF que fueron planteados en 1978 por el constituyente:

- 1) El modelo judicialista: que integra al MF en el Poder Judicial.
- 2) El modelo gubernamental: que reconoce al MF como órgano de comunicación o representación del Gobierno en el Poder Judicial.
- 3) El modelo parlamentario: en el que el Fiscal General del Estado (en adelante FGE) es nombrado por las Cortes Generales y responde de su actuación ante estas.
- 4) El modelo ecléctico: que configura al MF como un “cuarto poder”.

Así pues, vamos a ir estudiando, uno a uno, los diferentes modelos y desgranando los argumentos que han sido esgrimidos por los partidarios de cada uno.

2. EL MODELO JUDICIALISTA

Según esta concepción, el MF se configura como un colaborador de la Administración de Justicia cuyo fin, similar al del juez, es la aplicación correcta de la ley en los litigios. Los partidarios de que la CE de 1978 configura al MF según el modelo judicialista son, entre otros, JIMÉNEZ VILLAREJO, APARICIO CALVO-RUBIO y CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Los principales argumentos que esgrimen estos autores para defender su postura son los que desarrollamos a continuación.

2.1. La ubicación constitucional del Ministerio Fiscal dentro del Título VI de la Constitución (“Del Poder Judicial”)

Compartimos plenamente la opinión de PÉREZ GORDO para quien “la ubicación constitucional del MF en el Título VI de la Constitución no es el camino para encontrar la identidad del instituto, sino precisamente la vía adecuada para su definitiva

¹ En este mismo sentido, se han pronunciado: A. DEL MORAL GARCÍA, “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia”, *Revista de Jueces para la Democracia*, núm. 42, 2002, p. 21; F. SANTAOLALLA LÓPEZ, “Ministerio Fiscal, Gobierno y Parlamento (entorno a la posición constitucional del Ministerio Fiscal)”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, p. 80; e I. FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 334.

desnaturalización”². En nuestra opinión, la naturaleza del MF no se puede resolver por su posición en la Ley Fundamental. La colocación sistemática del precepto regulador del MF tiene un valor limitado, ya que el citado título también regula otros órganos que no son Poder Judicial, como el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) —artículo 122 de la CE— y el ejercicio de la acción popular por los ciudadanos —artículo 125 de la CE—.

Entendemos que la naturaleza de cualquier institución viene dada por lo que es *per se* y, en especial, por sus funciones; y esto, como se ve, poco tiene que ver con el emplazamiento sistemático dentro de un texto legal.

A nuestro juicio, la inclusión del MF en el Título VI pudo ser producto de las inexactitudes sistemáticas de nuestra Ley Fundamental³. Ahora bien, hay que señalar que no todos los autores están de acuerdo. Así, DEL MORAL GARCÍA sostiene que “La regulación en la Constitución del Ministerio Fiscal en el título destinado al Poder Judicial es algo más que un caprichoso y arbitrario criterio sistemático introducido para despistar a futuros intérpretes”⁴.

2.2. El artículo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

El artículo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF) dispone que “El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial”.

En palabras de LANZAROTE MARTÍNEZ: “La declaración contenida en el artículo 2 del EOMF de su *integración con autonomía funcional dentro del Poder Judicial* es uno de los argumentos más reiteradamente empleados para justificar la ubicación del Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial”⁵.

A nuestro entender, el problema radica en comprender qué significa realmente la expresión “integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial” y qué valor se le debe dar. Pues bien, la mayor parte de la doctrina considera que la expresión carece de valor.

Así, para DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ “es difícil atribuir a estas afirmaciones algo más que un mero valor retórico, pues no cabe sostener seriamente que el Ministerio Fiscal esté sometido al mismo régimen que el Poder Judicial”⁶; para MARCHENA GÓMEZ “es una integración ficticia”⁷; por su parte GIMENO SENDRA considera que “la integración funcional en el Poder Judicial es sencillamente una entelequia”⁸; y para MONTERO AROCA “decir que el fiscal se integra con autonomía funcional en el Poder Judicial no es una mera frase carente de concreción, tanto política como jurídica, es una clara falsedad ideológica”⁹. Pero tampoco faltan autores, como GRANADOS PÉREZ, para quienes la expresión “integración en el

² A. PÉREZ GORDO, “La naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico de 1981”, en VV.AA, *El Poder Judicial. Dirección General de lo Contencioso*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 2356. En términos similares: R. MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 129 y F. SANTAOLALLA LÓPEZ, “Ministerio Fiscal, Gobierno y Parlamento (entorno a la posición constitucional del Ministerio Fiscal)”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002, p. 81.

³ En similares términos: P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, Editorial La Ley, Madrid, 2008. I. p. 223 y FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 355.

⁴ A. DEL MORAL GARCÍA, “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia”, *Revista de Jueces para la Democracia*, núm. 42, 2002, p. 22.

⁵ P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, La Ley, Madrid, 2008, p. 217.

⁶ L.M. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel Derecho, Madrid, 2000, p. 161.

⁷ M. MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 177.

⁸ V. GIMENO SENDRA, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la LO 7/1988*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 65.

⁹ J. MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 136.

Poder Judicial con autonomía funcional” sí tiene valor y es algo más que una fórmula retórica¹⁰.

En nuestra opinión, esta expresión es escasamente aclaratoria de lo que haya de significar esa supuesta integración. Por tanto, la expresión del artículo 2 del EOMF, como argumento de apoyo a la tesis judicialista, tiene un valor limitado¹¹.

Además, y siguiendo con este punto, existen otros dos argumentos para negar que exista realmente una “integración funcional” en el Poder Judicial:

Por un lado, los fiscales no estarían integrados en el Poder Judicial ya que el artículo 117. 1º de la CE dispone que “La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial”. Es decir, que el Poder Judicial solamente estaría integrado por los jueces y magistrados. Y, por otro lado, los fiscales no estarían integrados en el Poder Judicial porque no ejercen la función jurisdiccional. En este sentido, el artículo 117.3º de la CE establece que “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes.”

Frente a estos dos argumentos, otra parte de la doctrina entiende que no solo los jueces integran el Poder Judicial y que no son solo ellos los que ejercen la función jurisdiccional de manera exclusiva, sino que la CE también regula otros órganos que ejercen o comparten la función de juzgar, como por ejemplo la jurisdicción militar, el jurado o los tribunales consuetudinarios¹².

Así, CONDE-PUMPIDO FERREIRO sostiene que “Al utilizar el artículo 117.1 el término integrantes sólo quiere decir que los Jueces y Magistrados son parte del Poder Judicial y que lo componen junto a otros elementos, porque lo integrante de algo es tan sólo una parte que contribuye a formar el todo, pero no es el todo, ya que faltan los otros elementos que con la parte integrante suman el total de aquel algo. Luego ha de haber algo más que con los jueces y magistrados integre ese Poder Judicial”¹³. Por su parte, GRANADOS PÉREZ considera que se confunde el ejercicio del Poder Judicial —que corresponde en exclusiva a jueces y magistrados— con el ámbito del poder. El autor sostiene que el Poder Judicial se ejerce por los jueces y tribunales, pero el ámbito de ese poder es más amplio: el propio Consejo General del Poder Judicial está integrado en el Poder Judicial, aunque no ostente ningún tipo de función jurisdiccional. Por eso —continúa el autor—, no es este un inconveniente para rechazar la inserción del MF en el ámbito del Poder Judicial, ejerciendo sus funciones de promoción de la Justicia y la defensa de la legalidad¹⁴.

A nuestro juicio, lo que late en esta parte de la doctrina es la idea de que dentro del Poder Judicial coexisten dos magistraturas igualmente insustituibles para la realización de la Justicia, orgánicamente autónomas y funcionalmente coordinadas. Por un lado, los tribunales constituirían una magistratura *decisoria*, que contaría como principio definitorio con el de independencia; y, por otro lado, el fiscal sería como una magistratura “postulante”, que vendría informada por los principios de unidad y dependencia jerárquica¹⁵.

En nuestra opinión, los fiscales, aunque cumplen una función esencial para el cumplimiento de la jurisdicción, como es la promoción de la acción de la justicia, no son, en sentido estricto, Poder Judicial porque no ejercen función jurisdiccional (juzgar y ejecutar lo

¹⁰ C. GRANADOS PÉREZ, “Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 4, 1997, p. 6.

¹¹ En este mismo sentido: F. SANTAOLALLA LÓPEZ, “Ministerio Fiscal, Gobierno y Parlamento (entorno a la posición constitucional del Ministerio Fiscal)”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002, p. 85 e I. FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 276.

¹² Artículos 117. 5 y 125 de la CE.

¹³ C. CONDE PUMPIDO FERREIRO, “La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y el nuevo Estatuto Orgánico”, en VV.AA, *El Poder Judicial. Dirección General de lo Contencioso. Instituto de Estudios Fiscales*, Madrid, 1983, p. 871.

¹⁴ C. GRANADOS PÉREZ, “Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 4, 1997, p. 6. En términos similares: A. DEL MORAL GARCÍA, “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia”, *Revista de Jueces para la Democracia*, núm. p. 22 y J.M. MENA ÁLVAREZ, *De oficio fiscal*, Ariel, Barcelona, 2010, p. 30.

¹⁵ M. MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 116.

juzgado), ni, como ahora analizaremos, gozan de la nota de la independencia¹⁶. De esta manera, no podemos confundir esa función de promoción de la acción de la justicia con la estricta función jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado). El MF solo lleva a cabo funciones de impulso e informe y nunca funciones de carácter decisorio como los jueces. Acusa, pero no impone penas; solicita, pero no resuelve definitivamente el litigio en cuestión.

2.3. La vinculación del Ministerio Fiscal con el principio de legalidad

El artículo 2 del EOMF establece que el MF actuará, en todo caso, con sujeción a los principios de imparcialidad y legalidad y, por tanto, en su actuación ante los Tribunales tiene que defender la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley; pero no el interés del Ejecutivo.

En palabras de LANZAROTE MARTÍNEZ: “los criterios de actuación constitucionalmente impuestos coincidirían así para Jueces y Fiscales: sometidos los primeros al imperio de la ley y obligados a impartir justicia de manera imparcial y obligados los segundos a actuar en todo caso de acuerdo con la legalidad y teniendo como principio rector la imparcialidad”¹⁷.

Ahora bien, también se puede alegar que el sometimiento a los principios de legalidad e imparcialidad no son notas exclusivas de jueces y fiscales que justifiquen la integración de estos junto con aquellos en un mismo poder del Estado; pues tales principios son informantes de toda la actuación de la Administración Pública de acuerdo al artículo 103 de la CE.

En nuestra opinión, y siguiendo a GRANADOS PÉREZ, “para el Ministerio Fiscal la defensa de la legalidad desde la imparcialidad, constituye su principio rector; por lo que no está sometido, sin más, y como el resto de los poderes y ciudadanos, a la ley, sino que adquiere una especial relevancia en cuanto que la defensa de la legalidad constituye el fin esencial de su actuación y al mismo tiempo su límite en cuanto al MF como cada uno de los fiscales que lo integran están sujetos, en todos sus intervenciones, a este principio”¹⁸. Es decir, consideramos que el sometimiento a la ley no es igual para los fiscales que para el resto de los poderes.

Ahora bien, y más allá del claro nexo de unión derivado del principio de legalidad, el problema que encontramos para sostener que los fiscales están integrados en el Poder Judicial es que los jueces y magistrados tienen, de acuerdo a lo previsto en el artículo 117.1 de la CE, garantizada la independencia gracias a la inamovilidad¹⁹, mientras que los fiscales están sometidos, además de al principio de legalidad, a los de unidad de actuación y de dependencia jerárquica (artículo 124.2 CE). Los fiscales no son inamovibles, sino que, en virtud del principio de unidad de actuación, de acuerdo al art. 23 EOMF, son fungibles y pueden ser apartados de un asunto y sustituidos por otro compañero²⁰.

¹⁶ En este mismo sentido: A. DE LA OLIVA SANTOS, “El futuro del proceso penal y del Ministerio Fiscal”, *Revista Tribunales de Justicia*, núm. 1, 1997, p. 12 y V. MORENO CATENA, “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002, p. 143.

¹⁷ P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, La Ley, Madrid, 2008, p. 219.

¹⁸ C. GRANADOS PÉREZ, “El Ministerio Fiscal y sus relaciones con los demás poderes del Estado”, *Junta General del Principado de Asturias, Aula Parlamentaria*, diciembre de 1995, p. 15. Igualmente, I. FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 319.

¹⁹ En relación a la inamovilidad, como sostiene MARTÍNEZ DALMAU, “debe hacerse notar que es la inamovilidad la garantía de la independencia del Juez, independencia de la que no disfruta el Fiscal, que está sometido al principio de dependencia jerárquica. Y no es una diferencia que deba menospreciarse, porque desde el momento en que el Fiscal no disfruta de la cualidad distintiva del Juez, no podemos obviamente estar ante una figura de carácter judicial”. R. MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 148.

²⁰ Art. 23 EOMF “Los miembros del Ministerio Fiscal son autoridad a todos los efectos y actuarán siempre en representación de la Institución. En cualquier momento de la actividad que un Fiscal esté realizando en cumplimiento de sus funciones o antes de iniciar la que estuviese asignada en virtud del sistema de distribución de asuntos entre los miembros de la Fiscalía podrá el superior jerárquico inmediato, mediante resolución motivada, avocar para sí el asunto o designar a otro Fiscal para que lo despache. Si existe discrepancia resolverá el superior jerárquico común a ambos. La sustitución será comunicada en todo caso al Consejo Fiscal, que podrá expresar su parecer”.

2.4. La equiparación de status funcional entre los jueces y fiscales

Esta equiparación viene avalada por los siguientes argumentos: a) Los Fiscales están equiparados en honores, categorías y retribuciones a los Jueces y Magistrados (artículo 33 del EOMF); b) El ingreso conjunto mediante oposición a la Carrera Judicial y Fiscal (artículo 42 EOMF); c) La equiparación de las situaciones administrativas previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) para Jueces y Magistrados (artículo 47 EOMF), en régimen de permisos, licencias y recompensas (artículo 52 EOMF), y la equiparación retributiva con la Carrera Fiscal (artículo 53 EOMF); d) En materia de responsabilidad disciplinaria se aplica lo dispuesto en la LOPJ para Jueces y Magistrados con carácter supletorio (artículo 60 EOMF); e) equiparación en régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones (artículos 44, 52, 53, 57 y 58 del EOMF).

Ahora bien, consideramos que los fiscales tienen con los jueces muchos puntos en común; pero estos puntos de encuentro son los pertenecientes al aspecto administrativo de quienes, en último término, jueces y fiscales, son servidores públicos²¹.

2.5. La superación de las fórmulas definitorias del Ministerio Fiscal del pasado

El artículo 1 del EOMF de 1926 establecía que el Ministerio Fiscal era el órgano de representación del Gobierno en el Poder Judicial²² y, por su parte, el artículo 1 del Reglamento del Ministerio Fiscal de 1969 definía al MF como órgano de comunicación del Gobierno con el Poder Judicial²³.

En palabras de LANZAROTE MARTÍNEZ, el cambio “sólo tendría una interpretación: la voluntad inequívoca del constituyente de suprimir para el futuro la anterior caracterización de la Institución existente en nuestra legislación pretérita”²⁴. Supuesto esto, entendemos que este argumento a lo más que nos puede llevar es a considerar que la voluntad del constituyente era que la institución “soltase amarras” del Ejecutivo, pero no nos puede llevar a afirmar, sin más, la integración del MF en el Poder Judicial.

2.6. La función del Ministerio Fiscal como defensor de la independencia de los tribunales

El artículo 3.2 del EOMF, al fijar las funciones del MF, dispone que “le corresponde ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales”. Además, el artículo 14 de la LOPJ contiene, igualmente, una referencia explícita: “Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden público. El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial”.

Por tanto, puede resultar inviable que la defensa de la independencia de los miembros del Poder Judicial se encargue a un órgano integrado en otro poder distinto aquel. Así, DEL MORAL GARCÍA afirma que “resultaría una triste burla que se encomendase la vigilancia

²¹ Como expresa FERNÁNDEZ APARICIO: “Que tengamos el mismo sueldo que los jueces, que vistamos la misma toga o que tengamos el mismo tratamiento no nos deben hacer olvidar las funciones tan radicalmente distintas de unos y otros”, en J.M FERNÁNDEZ APARICIO, “La necesaria autonomía del Ministerio Fiscal español”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 24, 2004, p. 115.

²² Art. 1 EOMF (Real Decreto de 21 de junio de 1926, Gaceta de Madrid de 23 de junio núm. 174): “El Ministerio Fiscal tiene por misión esencial velar por la observancia de las leyes y demás disposiciones referentes a la organización de los Juzgados y Tribunales, promoviendo la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y representar al Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial, procurando siempre imparcialmente el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social”.

²³ Art. 1 Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal (de fecha 27 de febrero de 1969, BOE núm. 72, de 25 de marzo): “El Ministerio Fiscal es el órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, y tiene por misión la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley y procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social. Las funciones encomendadas se ejercerán por medio de sus órganos, ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica.”

²⁴ P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, La Ley, Madrid, 2008, p. 219.

de la independencia del Poder Judicial a un órgano vinculado con el Poder Ejecutivo, órgano frente al que de forma tradicional y preferente se viene afirmando tal independencia”²⁵.

2.7. La intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes disciplinarios abiertos a jueces y magistrados

El MF interviene por imperativo legal en todos los expedientes disciplinarios abiertos a jueces y magistrados con unas importantes facultades (artículo 424 de la LOPJ)²⁶.

Pues bien, al igual que el argumento anterior, se puede alegar que resulta conceptualmente inadmisibles que un órgano integrado en otro Poder del Estado intervenga en los expedientes disciplinarios de los jueces y magistrados.

3. EL MODELO GUBERNATIVO

Según esta concepción, el MF sería un representante del Gobierno, o su defensor natural, al que, en buena medida, se hallaría subordinado; dicho de otra forma, y en palabras de MARTÍNEZ DALMAU, “se concebiría al Ministerio Fiscal como un órgano dependiente del Gobierno, instrumento de ejecución de políticas legalmente atribuidas al Ejecutivo, entre las que se incluyen la garantía de la independencia de los Jueces y Tribunales y la definición de prioridades en la política criminal. La figura del Fiscal constituiría, según esta concepción, el brazo ejecutor de la política criminal del Gobierno, que forma parte de la más amplia política interior determinada en el artículo 97 de la CE”²⁷.

Los defensores de este modelo se encargan de aclarar que esta instrumentalización gubernamental del Ministerio Fiscal no debería merecer, necesariamente, un juicio de reproche; pues, cuando el Gobierno actúa así no hace sino cumplir su función de dirigir y conducir la política según su proyecto o programa político que le ha permitido alcanzar la mayoría gubernamental. Los principales defensores de este modelo son: MORALES PRATS, ANDRÉS IBAÑEZ, DÍEZ PICAZO, ARMENTA DEU y MONTERO AROCA. A continuación, pasaremos a sintetizar los principales argumentos en los que se basan los partidarios de este modelo.

3.1. La no referencia del Ministerio Fiscal entre los miembros del Consejo General del Poder Judicial

El artículo 122 de la CE, al referirse a los miembros del CGPJ, no incluye al Ministerio Fiscal²⁸. Se ha tratado de justificar la ausencia del MF del CGPJ afirmando que esta no repercute en su verdadera naturaleza porque el CGPJ es un órgano esencialmente

²⁵ A. DEL MORAL GARCÍA, “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia”, *Revista de Jueces para la Democracia*, núm. 42, 2002, p. 23. En el mismo sentido, E. TORRES-DULCE LIFANTE, “Las señas de identidad del Fiscal custodio de la ley: autonomía e imparcialidad”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 96, 2013, p. 7. Ahora bien, existen autores, como MONTERO AROCA, que abogan claramente por que se suprima esa función del MF de velar por la independencia de los jueces y tribunales, al entender que se trata de referencia autoritaria políticamente y absurda jurídicamente. J. MONTERO AROCA, *Proceso Penal y Libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo Proceso Penal*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008, p. 135.

²⁶ Art. 424 LOPJ “1. La Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, por propia iniciativa, oído el instructor delegado o a propuesta de éste, previa audiencia del juez o magistrado contra el que se dirija el expediente y del Ministerio Fiscal, en un plazo común no superior a cinco días, podrá acordar cuateladamente la suspensión provisional del expedientado por un período máximo de seis meses, cuando aparezcan indicios racionales de la comisión de una falta grave. 2. Contra el acuerdo a que se refiere el número anterior, el interesado podrá interponer recurso de alzada ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en los términos establecidos en los artículos 142 y 143 de esta ley.”

²⁷ R. MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 139.

²⁸ Artículo 122.3 de la CE dispone que “El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”.

administrativo o de gobierno, más no jurisdiccional. Además, de que el CGPJ interviene —a través de la audiencia previa— en el nombramiento del Fiscal General del Estado²⁹.

3.2. El artículo 124.3º de la Constitución

El artículo dispone que “Una ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal”; es decir, una ley distinta a la LOPJ. Se argumenta que, si los fiscales fuesen parte del Poder Judicial, lo lógico hubiera sido que estuviesen regulados, junto con los jueces y tribunales, por la LOPJ.

3.3. Las facultades del Gobierno en el nombramiento y cese del Fiscal General del Estado

El artículo 29 EOMF dispone que “1. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial, eligiéndolo entre juristas de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión. 2. Recibido el informe del Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno comunicará su propuesta al Congreso de los Diputados, a fin de que pueda disponer la comparecencia de la persona elegida ante la Comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que prevea su reglamento a los efectos de que se puedan valorar los méritos e idoneidad del candidato propuesto.” Por su parte, el artículo 31 del EOMF señala que “1. El mandato del Fiscal General del Estado tendrá una duración de cuatro años. Antes de que concluya dicho mandato únicamente podrá cesar por los siguientes motivos: a) a petición propia; b) por incurrir en alguna de las incompatibilidades o prohibiciones establecidas en esta ley; c) en caso de incapacidad o enfermedad que lo inhabilite para el cargo; d) por incumplimiento grave o reiterado de sus funciones; e) cuando cese el Gobierno que lo hubiera propuesto (...) 2. La existencia de las causas de cese mencionadas en los apartados a), b), c) y d) del número anterior será apreciada por el Consejo de Ministros”.

3.4. El artículo 8 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

El artículo dispone que “1. El Gobierno podrá interesar al Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público. 2. La comunicación del Gobierno con el Ministerio Fiscal se hará por conducto del Ministerio de Justicia a través del Fiscal General del Estado. Cuando el presidente del Gobierno lo estime necesario podrá dirigirse directamente al mismo. El Fiscal General del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada. En todo caso, el acuerdo adoptado se notificará a quien haya formulado la solicitud.”

Del artículo colegimos que basta comparar su redacción con la contenida en los artículos 2.4 y 42 del EOMF de 1926³⁰ para darse cuenta que las relaciones del Gobierno con el MF han pasado de la dependencia a una situación presidida por cierta autonomía funcional; y que en la actualidad, la única diferencia entre que el interés proceda de cualquier ciudadano a que proceda del Gobierno es que, en este último caso, cualquier decisión del FGE debe adoptarse tras oír la de la Junta de Fiscales de Sala.

En relación a los términos que emplea el artículo: refiere a “interesar” y, como afirma MARCHENA GÓMEZ, “no es preciso acudir a complejas disquisiciones hermenéuticas para colegir que *interesar no es ordenar*, máxime cuando el apartado 2 del precitado artículo 8 señala que el Fiscal General del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y

²⁹ Artículo 122 de la CE.

³⁰ Según el artículo 2.4 del EOMF DE 1926: “Son atribuciones del Ministerio Fiscal (...) Intervenir ejercitando las acciones y formulando las instancias procedentes en los pleitos que versen sobre el estado civil de las personas, en los que se refieran a posesión de Grandezas de España y Títulos del Reino, en los expedientes sobre la suspensión de pagos de los comerciantes y en cuantos, por afectar a intereses sociales, ordenen las leyes o el Gobierno estimen conveniente su intervención”. Y el artículo 42 disponía que “El Fiscal del Tribunal Supremo será el Jefe del Ministerio Fiscal en toda la Monarquía, bajo la inmediata dependencia del Ministro de Justicia y Gracia”. Art. 43.2 “Será obligación de cada funcionario fiscal que cumpla exacta y legalmente las instrucciones que sus superiores jerárquicos le comuniquen”.

expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada”³¹; es decir, el Gobierno puede instar al Fiscal para que este actúe en defensa de la legalidad, pero el examen de la legalidad corresponde al Fiscal, no al Gobierno.

Por tanto, no puede existir ninguna duda de que el Gobierno no puede dar órdenes o instrucciones al Fiscal (como sí ocurría con el EOMF de 1926) puesto que si el FGE puede resolver, denegando si procede, lo que a otro le interesa, es evidente su independencia funcional respecto al interesado³².

Además, debemos tener también presente otras dos cuestiones: primera, que el artículo 55 del EOMF dispone que los fiscales no pueden recibir órdenes o indicaciones relativas al cumplimiento de sus funciones, salvo de sus superiores jerárquicos y, segundo, que el principio de dependencia funcional culmina en el FGE. En otras palabras, el principio de dependencia jerárquica funciona *ad intra*, nunca *ad extra*³³. A diferencia de regulaciones pretéritas, el Estatuto vigente no reconoce superior jerárquico por encima del FGE, quien ostenta la jefatura superior del MF y su representación en todo el territorio nacional y a quien corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y orden interno de la Institución y, en general, la dirección e inspección del MF (artículo 22 del EOMF).

Ahora bien, por el contrario, se alega que si el MF no resuelve conforme al interés del Gobierno, este, conforme a las amplias facultades de cese previstas en artículo 31 del EOMF, puede reaccionar cesándolo, máxime si las discrepancias son frecuentes. Por tanto, se concluye que, teniendo en cuenta las funciones del Gobierno, no se le puede considerar como un interesado más³⁴; tal y como afirma SANTAOLALLA LÓPEZ: “si a la expresión de interesar se une a otros elementos, como principalmente el nombramiento gubernamental del Fiscal General del Estado, cabe pensar que los términos de *interesar*, son términos pudorosos para referirse a lo que no se quiere llamar por su nombre”³⁵.

En nuestra opinión, resulta evidente que *stricto sensu* el Gobierno no puede dar órdenes o instrucciones, pero, como opina TORRES-DULCE LIFANTE, “es forzoso reconocer, que la capacidad del Gobierno de cesar al FGE en la práctica difumina la diferencia entre *sugerencias* y *órdenes* o, al menos, así lo percibe la opinión pública”³⁶.

3.5. La competencia del Ministerio de Justicia en materia de recursos contra resoluciones del Fiscal General del Estado

Los recursos contra resoluciones del FGE son en alzada ante el Ministerio de Justicia. A este respecto, el artículo 67 del EOMF dispone que “Serán competentes para imponer las sanciones: 1. Para imponer la de advertencia, el Fiscal Jefe respectivo. 2. Para imponer hasta la suspensión, el Fiscal General del Estado. 3. Para imponer la de separación del servicio, el Ministro de Justicia, a propuesta del Fiscal General del Estado, previo informe favorable del Consejo Fiscal. Las resoluciones del Fiscal Jefe serán recurribles ante el Consejo Fiscal. Las resoluciones del Fiscal General del Estado serán recurribles en alzada ante el Ministro de Justicia. Las resoluciones del Consejo Fiscal y del Ministro de Justicia

³¹ M. MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 115.

³² J. APARICIO CALVO-RUBIO, “El Ministerio Fiscal en la Constitución”, en VV.AA, *El Poder Judicial, Dirección General de lo Contencioso*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 640.

³³ Así, MORENO CATENA entiende que “el principio de dependencia jerárquica ha de jugar sólo y únicamente dentro de la Institución para garantizar la uniformidad y unidad del MF, con absoluto respeto a la legalidad e imparcialidad. Y esa independencia funcional debe desembocar necesariamente —sin perjuicio de conexiones y vinculaciones— en la independencia orgánica”; V. MORENO CATENA, “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002, p. 149.

³⁴ Razón por la cual, autores como Díez-Picazo Giménez consideran que no se puede hablar de dependencia orgánica, pero sí de dependencia política. L.M. Díez-Picazo Giménez, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, p. 161.

³⁵ F. SANTAOLALLA LÓPEZ, “Ministerio Fiscal, Gobierno y Parlamento (entorno a la posición constitucional del Ministerio Fiscal)”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002, p. 83. En términos similares se expresa MONTERO AROCA: “cuando el Gobierno «interesa» es un eufemismo, lo que el Gobierno está haciendo es simplemente asumir de modo directo la decisión de cuál es el interés público en un caso en concreto y cuáles son los medios para conseguirlo”. J. MONTERO AROCA, *El proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomsom-Civitas, Madrid, 2008, p. 141.

³⁶ E. TORRES-DULCE LIFANTE *El Ministerio Fiscal y los Poderes Públicos: Autonomía y Responsabilidad*, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid, 2001, p. 149.

que agoten la vía administrativa serán susceptibles del recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional”.

Lo expuesto constituye uno de los argumentos más utilizados para sostener la dependencia del MF respecto del Ejecutivo, debido a la trascendencia que tiene que el Ministro de Justicia ostente facultades a la hora de imponer sanciones graves a los fiscales.

3.6. La competencia del Ministerio de Justicia en los nombramientos, ascensos y honores de los miembros de la carrera fiscal

El artículo 36.1 del EOMF dispone que “Los destinos correspondientes a la categoría primera, los de Fiscales del Tribunal Supremo, los de Fiscales Superiores de Comunidades Autónomas y los de Fiscales Jefes se proveerán por el Gobierno, a propuesta del Fiscal General del Estado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 13 de este Estatuto. De igual modo serán designados los Tenientes Fiscales de la Comunidades Autónomas y los Fiscales que integren la plantilla de todos aquellos órganos cuyo jefe pertenezca a la categoría de primera”.

3.7. La ausencia de autonomía presupuestaria

El artículo 72.3 del EOMF dispone que “Los Presupuestos Generales del Estado y los de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materias de Administración de Justicia contemplarán, dentro de la Sección que corresponda y previa ponderación de las necesidades funcionales del Ministerio Fiscal propuestas por el Fiscal General del Estado, previa audiencia, en su caso, a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, las correspondientes partidas presupuestarias adecuadamente singularizadas para atender aquéllas. En todo caso, una de estas partidas será gestionada por la Unidad de Apoyo del Fiscal General y estará destinada a atender los gastos de funcionamiento de la Administración General del Estado”.

Consideramos, como se recoge en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2014, que la autonomía presupuestaria es una premisa para la imparcialidad de la Institución y un ejercicio de transparencia ³⁷. En definitiva, y como afirma SIEIRA MÍGUEZ, “forzoso es reconocer que cuando menos se hace difícil mantener una actitud independiente ante quien tiene en sus manos la posibilidad de poner fin a situaciones de estrechez económica.”³⁸

4. EL MODELO PARLAMENTARIO

Debemos comenzar diciendo que en nuestro ordenamiento el MF no aparece ni orgánica ni funcionalmente vinculado con el Poder Legislativo. Por este motivo, la mayor parte de la doctrina que estudia la problemática relativa a la naturaleza e ubicación institucional del MF silencia lo relativo al Poder Legislativo. Dicho lo cual, los principales partidarios de configurar un modelo parlamentario de MF son: MARCHENA GÓMEZ, COBO DEL ROSAL y ROIG BUSTOS.

Estos autores se basan en que si la defensa de la legalidad es el objetivo último de la actuación del MF y el Poder Legislativo es la fuente de donde emana la legalidad, el MF debería dirigirse hacia él y depender de él. Así, ROIG BUSTOS sostiene que “*Grosso modo*, si el Fiscal defiende la legalidad, el Parlamento es quien crea la legalidad. Porque si el Fiscal defiende el interés social, el de la sociedad, el Parlamento es el órgano representativo de la sociedad. Porque si el Fiscal debe ser responsable ante todos, ese *todos* se unifica en el Parlamento. Porque si el Fiscal es del Estado, el Parlamento es la institución más simbólica del Estado”³⁹.

Parten, por tanto, de que la función fundamental del fiscal es la defensa de la legalidad y el resto de misiones que constitucionalmente se le atribuyen pueden quedar absorbidas por la

³⁷ Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2014, p. 7.

³⁸ J.M. SIEIRA MÍGUEZ, “Poder Judicial independiente. Exigencias individuales y como poder el Estado”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 92, 2011, p. 9.

³⁹ L. ROIG BUSTOS, “Por un Fiscal del Estado de designación parlamentaria”, *Revista de Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1993, p. 26.

función esencial y primaria de la defensa de la ley. Así, en palabras de MARCHENA GÓMEZ “Si estamos aproximándonos a un órgano constitucional a quien se encomienda la salvaguarda de la legalidad que la propia Constitución garantiza —artículo 9.3—, se hace difícil entender la razón por la cual se olvida una tercera posibilidad de alojo o acomodo del Ministerio Público. Quien defiende la legalidad ha de tener una íntima conexión con el Poder que constituye esa misma legalidad de cuya custodia se trata. La ubicación del Ministerio Fiscal ha de estar mucho más cerca del Poder Legislativo, generador de legalidad, que del Poder Ejecutivo, encargado de su desarrollo y aplicación en la cotidiana acción de gobierno y que del Poder Judicial, encargado constitucionalmente de administrar justicia y, por ende, de declarar la legalidad aplicable en los conflictos intersubjetivos”⁴⁰.

Estos autores opinan que resulta paradójico que con el poder que menos relación tenga es con el legislativo, que es la fuente de la legalidad. Consideran, por tanto, que un modelo de MF judicializado o gubernamental le aleja de lo que debe ser su verdadero camino o norte; o, como sostiene COBO DEL ROSAL, “que uno y otro, el fiscal gubernamentalizado y el fiscal judicializado, dejan indefensa la Ley”⁴¹.

El error que a nuestro juicio cometen estos autores es identificar, exclusivamente, al MF como un órgano encargado de la defensa de la legalidad (*custos legis*). Si fuese así, este debería ser parte en todos los procesos e intervenir en toda actuación de los poderes públicos de una u otra forma, pues todos se regulan por el principio de legalidad y los tribunales han de resolver todas las cuestiones que se le planteen de acuerdo a ella. En nuestra opinión, el MF, de acuerdo al artículo 124 de la CE, actúa como un Defensor de la Sociedad ante los Tribunales y esta misión se diversifica en ser: *custos legis*, *patronus libertatis*, *defensor communitatis* y *defensor iudis*⁴²; es decir, es algo más que un *custos legis*.

5. EL MODELO ECLÉCTICO

Según esta concepción el MF es un órgano constitucional autónomo, un cuarto poder al margen de la división clásica de MONTESQUIEU. Los principales defensores de esta tesis son: PÉREZ GORDO, GIMENO SENDRA, MARTÍNEZ DALMAU y CARPIZO MACGREGOR.

Estos autores parten de la quiebra de la clásica división de poderes. Así, en palabras de LANZAROTE MARTÍNEZ, “la idea de que todos los órganos autónoma o legalmente establecidos han de ser reconducidos necesaria e ineludiblemente a alguno de los tres poderes clásicos del Estado es una idea ya superada en el constitucionalismo moderno. En la Constitución, junto a los tres poderes del Estado, se enumeran otras instituciones, con funciones no delegadas de esos poderes, que desempeñan con exclusividad y autonomía, otorgadas directamente por el constituyente. Y una de estas instituciones sería el MF”⁴³.

Por su parte, CARPIZO MACGREGOR considera que “Si encuadrar al Ministerio Público dentro de los poderes políticos —especialmente dentro del Ejecutivo— presenta problemas muy graves, los cuales se aminoran, pero no desaparecen en el encuadramiento dentro del Poder Judicial, entonces resulta fácil afirmar que la mejor ubicación para el Ministerio Público se encuentra dentro de la moderna tendencia a constituirlo como un órgano

⁴⁰ M. MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 144.

⁴¹ M. COBO DEL ROSAL, “Principio de legalidad y Ministerio Fiscal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 2, 1977, p. 30.

⁴² La idea es ampliamente desarrollada por A. DEL MORAL GARCÍA, *¿Para qué sirve un Fiscal? (Anotaciones para una revisión crítica de las competencias del Ministerio Fiscal)*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia, Vol. IV, Madrid, 2003 y por E. TORRES-DULCE LIFANTE, “Las señas de identidad del Fiscal custodio de la ley: autonomía e imparcialidad”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 96, 2013.

⁴³ P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, La Ley, Madrid, 2008, p. 237. En términos similares: I. FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 337 y F. LORENTE HURTADO, *El Estatuto del Ministerio Fiscal*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, p. 32.

constitucional autónomo, extrapoder, *sui generis*, agencia independiente o como se le quiera llamar.”⁴⁴

La gran mayoría de la doctrina española se muestra contraria a que la CE configure al MF como un órgano constitucional autónomo. En este sentido, MORENO CATENA afirma que “Algún sector de la doctrina ha planteado el análisis del Ministerio Fiscal como un órgano independiente y ajeno al esqueleto institucional de los distintos poderes del Estado, de modo que vendría a representar por sí mismo un Poder, una especie de cuarto poder desvinculado de los demás. Ese grado de separación respecto de los clásicos poderes legislativo, ejecutivo y judicial no puede sostenerse ni siquiera desde la esencia de la teoría política, entre otras razones porque el Ministerio Fiscal, que promueve la justicia, no detenta en exclusiva potestad alguna, ya que la postulación procesal se atribuye a todas las partes procesales, sean públicas o se trate de particulares”⁴⁵. Por su parte, ROIG BUSTOS entiende que “no cabe hablar de una especie de Poder Fiscal porque ello sería matar a Montesquieu; no puede el Ministerio Fiscal convertirse en un islote aislado independiente de los tres Poderes que configuran un Estado”⁴⁶.

En nuestra opinión, consideramos que en atención a las relaciones y vinculaciones que tiene el MF con el Poder Judicial y, especialmente, con el Ejecutivo, no se le puede concebir como un cuarto poder, al modo de “islote aislado”, ajeno a la clásica división de poderes y no sujeto a responsabilidad política alguna. Además, no resulta pertinente que así sea ya que deben existir relaciones basadas en la transparencia y el mutuo respeto. Entendemos que es necesario que el MF esté vinculado con alguno de los poderes del Estado para que se pueda controlar su actuación y, en su caso, exigirle responsabilidades.

6. CONCLUSIONES

A nuestro juicio, ni la CE, ni posteriormente el EOMF, zanjaron la vieja polémica en cuanto a la naturaleza y ubicación institucional del MF⁴⁷. El EOMF estableció una regulación que no profundizó ni desarrolló suficientemente los parámetros constitucionales establecidos en el artículo 124 sin establecer una decidida ruptura con la vinculación o tutela gubernamental. Tampoco despejó la ambigüedad sobre su naturaleza⁴⁸, en cuanto integrado claramente en algunos de los tres poderes del Estado —ejecutivo, legislativo o judicial—, y, consecuentemente, tampoco optó por un modelo de MF de las tres concepciones doctrinales sobre el mismo —gubernativa, legislativa o judicialista—.

El constituyente no diseñó el MF como un órgano de configuración legal, sino constitucional, o, al menos, en sus rasgos más básicos, y lo dotó de un estatuto de permanencia en el tiempo porque el desarrollo legal de la institución quedó protegido por la reserva constitucional.

Entendemos que más allá de que los fiscales comparten *status* funcional con los jueces y magistrados y que el artículo 2 del EOMF disponga que están “integrados con autonomía funcional en el Poder Judicial” no son, en *stricto sensu*, Poder Judicial. Es así porque los fiscales no ejercen la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado —no nos convence la teoría de una doble magistratura, una decisoria y otra postulante— y no gozan

⁴⁴ J. CARPIZO MACGREGOR, “El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 125, 2004, p. 65.

⁴⁵ V. MORENO CATENA, “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002, p. 141.

⁴⁶ L. ROIG BUSTOS, “Por un Fiscal del Estado de designación parlamentaria”, *Revista de Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1993, p. 26.

⁴⁷ Así lo entiende la mayoría de la doctrina: F. GRANADOS CALERO, *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, p. 64.; L. M. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar*, Ariel, Barcelona, p. 161; y V. MORENO CATENA, “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002, p. 139.

⁴⁸ L. ROIG BUSTOS, “Por un Fiscal del Estado de designación parlamentaria”, *Revista de Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1993, p. 23; T. COMPTE MASSACH, “Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal”, *Revista de Jueces para la Democracia*, núm. 23, 1994, p. 30; A. DEL MORAL GARCÍA, “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia”, *Revista de Jueces para la Democracia*, núm. 42, 2002, p. 19.

de la nota característica de los jueces y magistrados: la independencia garantizada mediante la inamovilidad.

Ahora bien, sin ser Poder Judicial, guarda con este poder una gran proximidad puesto que, al ser un órgano de justicia, tiene en él su ámbito normal de actuación. También porque, al ser una de sus funciones promover la acción de la justicia, vincula y condiciona en muchas ocasiones enormemente la función jurisdiccional.

Por otro lado, a pesar de que una de las misiones básicas que tiene el MF es ser *custor legis*, resulta evidente, como hemos podido ver, que es con el Poder Legislativo con el poder que menos vinculaciones tiene. Así, sus relaciones se ven reducidas a recibir el resultado de las Comisiones de Investigación (artículo 76 de la CE); a remitir a las Cortes Generales una copia de la Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado (artículo 9 EOMF); y a la intervención del Parlamento en el nombramiento del FGE, mediante la comparecencia del candidato propuesto por el Gobierno ante la comisión correspondiente del Congreso (artículo 29 EOMF).

Tampoco se puede concebir al MF como un cuarto poder ajeno a la clásica división de poderes fundamentalmente porque el hecho de que no dependa directamente de ninguno no significa que esté desconectado de ellos, que no tenga ninguna vinculación. Por tanto, ni es, ni sería bueno que llegara a ser un cuarto poder al margen de los tres poderes clásicos; sin “lazos” o vinculaciones con ellos.

Menos aún es Poder Ejecutivo en sentido estricto, ya que está integrado con autonomía funcional del Poder Judicial (artículo 2 del EOMF); el principio de dependencia jerárquica finaliza en la figura del FGE; es decir, el MF, como sí ocurría en las regulaciones pretéritas, no depende jerárquicamente del Gobierno (artículo 55 del EOMF); y el artículo 8 del EOMF se refiere a que el Gobierno podrá interesar, pero no ordenar, la actuación del FGE y este es libre, tras consultarlo con la Junta de Fiscales de Sala, de aceptar o rechazar tal interés.

Ahora bien, sin ser parte del Ejecutivo, entendemos que es con este con quien tiene mayores vinculaciones. Así, cabe destacar la competencia del Gobierno en el nombramiento y cese del FGE (art. 29 y 31 EOMF); las facultades que ostenta en materia de ascensos y nombramientos dentro de la Carrera fiscal (artículo 36 EOMF); la potestad que ostenta en materia disciplinaria (artículo 67 EOMF); y la falta de autonomía presupuestaria de la Institución.

Parece entonces que nos encontramos ante una encrucijada: ¿qué tipo de órgano es el Ministerio Fiscal? ¿En qué poder se encuentra integrado? Pues bien, a nuestro modo de entender, el MF es lo que la CE y el EOMF han querido que sea: un órgano del Estado; un órgano constitucional, independiente del Poder Judicial y del Legislativo, y autónomo del Ejecutivo; pero vinculado a éste último a través de una serie de “lazos” y próximo al mismo, en su “entorno” u “órbita”. La CE lo ha querido colocar en una posición cercana a este; en su “área de influencia”. De esta manera, se ha pasado de una dependencia orgánica con el Ejecutivo a una posición que tiene que ver con conceptos más sutiles como lo son la “relación”, la “colaboración”, la “órbita” o el “entorno”.

Parece que al regular al MF en el Título VI de la CE *Del Poder Judicial* y al disponer “su integración funcional en el Poder Judicial”, la voluntad del constituyente y del legislador era aproximarle al Poder Judicial, desvinculándolo del Ejecutivo; pero “no se rompieron del todo las amarras”, no se quiso “dar el salto” definitivo de integrarlo plenamente en el Poder Judicial. Y, si no se hizo así, fue porque la CE fue fruto del consenso político de la Transición, que acabó diseñando la Institución de modo ambiguo y con deslindes desdibujados.

En este sentido, nos parece muy acertada la definición que da GRANADOS PÉREZ, al afirmar que “ni es Poder Judicial, ni es Poder Ejecutivo, ni, por supuesto, es Poder Legislativo. Y tampoco, obviamente, es un cuarto poder. Es un órgano estatal. Es un órgano constitucional. Es un órgano de Justicia. Y es un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, aunque no sea Poder Judicial. Y no es necesario más. Hay que despojarse de la perturbadora obsesión por situar a la institución en uno de los tres Poderes del Estado, por ubicarlo en un artificioso y simplificador mapa teórico que, aun siendo útil,

deforma la complejidad de la actual estructura del Estado moderno. Pretender residenciar, sin matices ni modulaciones, al Ministerio Fiscal en alguno de los tradicionales poderes del Estado sería simplificador y deformaría la compleja realidad del Fiscal”⁴⁹.

Por tanto, el MF se encontraría situado en una posición de equilibrio dentro del sistema político, no estrictamente dependiente de los Poderes del Estado ni tampoco desconectado de ellos. El MF sería “un órgano bisagra del sistema político”, órgano de relevancia constitucional que no se encuentra integrado en alguno de los tres poderes clásicos del Estado, pero que mantiene con ellos, especialmente con el Gobierno, relaciones instrumentales que posibilitan los pesos y contrapesos —*checks and balances*— necesarios para el funcionamiento armónico del sistema.

Ahora bien, a nuestro entender, el problema radica que, tal y como la naturaleza nos enseña, todo aquello que está en permanente equilibrio antes o después lo pierde; pues, no cabe hablar de estabilidad en aquello que permanece constantemente en equilibrio.

Por ello, para afrontar los nuevos retos que plantea el proceso penal resulta absolutamente imprescindible fijar con mucha mayor precisión las relaciones de la Institución con los tres poderes del Estado; y, especialmente, con el que está más próximo: el Ejecutivo.

7. BIBLIOGRAFÍA

- J. APARICIO CALVO-RUBIO, “El Ministerio Fiscal en la Constitución”, en VV. AA, *El Poder Judicial, Dirección General de lo Contencioso*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
- J. CARPIZO MACGREGOR, “El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 125, 2004.
- M. COBO DEL ROSAL, “Principio de legalidad y Ministerio Fiscal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm.2, 1977.
- C. CONDE PUMPIDO FERREIRO, “La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y el nuevo Estatuto Orgánico”, en VV.AA, *El Poder Judicial. Dirección General de lo Contencioso*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
- A. DE LA OLIVA SANTOS, “El futuro del proceso penal y del Ministerio Fiscal”, *Revista Tribunales de Justicia*, núm. 1, 1997.
- A. DEL MORAL GARCÍA, “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia”, *Revista de Jueces para la Democracia*, núm. 42, 2002.
- A. DEL MORAL GARCÍA, “¿Para qué sirve un Fiscal? Anotaciones para una revisión crítica de las competencias del Ministerio Fiscal”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. IV, 2003.
- L.M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel Derecho, Madrid, 2000.
- J.M. FERNÁNDEZ APARICIO, “La necesaria autonomía del Ministerio Fiscal español”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 24, 2004.
- I. FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- V. GIMENO SENDRA, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la LO 7/1988*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- F. GRANADOS CALERO, *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
- CGRANADOS PÉREZ, “Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 4, 1997.

⁴⁹ C. GRANADOS PÉREZ, “Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 4, 1997, p. 5.

- P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, La Ley, Madrid, 2008.
- F. LORENTE HURTADO, “El Estatuto del Ministerio Fiscal”, *Instituto Nacional de Prospectiva*, Madrid, 1980.
- M. MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- R. MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- J.M. MENA ÁLVAREZ, *De oficio fiscal*, Ariel, Barcelona, 2010.
- Memoria de la Fiscalía General del Estado* de 2014.
- J.M. MÍGUEZ, “Poder Judicial independiente. Exigencias individuales y como poder el Estado”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 92, 2011.
- J. MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- V. MORENO CATENA, “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002.
- A. PÉREZ GORDO, “La naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico de 1981”, en VV. AA, *El Poder Judicial. Dirección General de lo Contencioso*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
- L. ROIG BUSTOS, “Por un Fiscal del Estado de designación parlamentaria”, *Revista de Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1993.
- F. SANTAOLALLA LÓPEZ, “Ministerio Fiscal, Gobierno y Parlamento (entorno a la posición constitucional del Ministerio Fiscal)”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002.
- E. TORRES-DULCE LIFANTE, *El Ministerio Fiscal y los Poderes Públicos: Autonomía y Responsabilidad*, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid, 2001.
- E. TORRES-DULCE LIFANTE, “Las señas de identidad del Fiscal custodio de la ley: autonomía e imparcialidad”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 96, 2013.

PERFIL DEL ACOSO ESCOLAR EN INSTITUTOS DE ENSEÑANZA SECUNDARIA DE ZONAS RURALES Y URBANAS EN ANDALUCÍA

Antonio J. Carrillo Izquierdo
Licenciado en criminología
Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del estado (Guardia Civil)

Fecha de recepción: 15 de enero

Fecha de admisión: 18 de mayo

RESUMEN: El bullying o acoso escolar, es un fenómeno de carácter social que se manifiesta en las escuelas y su entorno, se produce en los grupos de iguales de forma intencional y reiterada con abuso de superioridad, es persistente en el tiempo y perturba el equilibrio emocional y social de la víctima, llegando a producir menoscabo de su personalidad que desemboca en una inhibición del sujeto a las relaciones sociales. En el acoso escolar se puede diferenciar, modos y formas. Según la forma en que se produce se distingue acoso verbal, físico, social, psicológico y ciberbullying; según el modo en que se produce se puede distinguir de modo directo o de modo indirecto.

ABSTRACT: Bullying is a social phenomenon which occurs in all schools and environment. It occurs in peer groups intentionally and repeatedly with an abuse of authority. It lasts along the time, and it disturbs the emotional and social balance of the victim, and getting to produce impairment of his/her personality leading to an inhibition of the subject to social relations. In bullying, there are different ways and modes. According to the way of bullying, it can be physical, orally, social and psychological and ciberbullying. According to the modes, it can be direct or indirect.

PALABRAS CLAVE: Prevención, víctima, educación, bullying, acosador.

KEYWORDS: Prevention, victim, education, bullying, stalker

SUMARIO: 1. Introducción - 2. Factores de riesgo en el maltrato entre iguales - 3. Causas que afectan y producen el bullying - 3.1. *Influencia de los medios de comunicación* - 3.2. *El Papel educacional de la familia* - 4. Tipos de bullying - 5. La escuela como componente socializador - 6. El grupo de iguales como agente socializador - 7. Víctimas y agresores - 7.1. *Agresores* - 7.2. *Víctimas* - 8. Factores protectores y prevención frente al acoso - 8.1. *Factores protectores* - 8.2. *Prevención frente al acoso por padres y docentes* - 9. Aproximación al tratamiento jurídico del bullying - 10- Metodología - 11. Lectura y análisis de resultados - 12. A modo de conclusión

1. INTRODUCCIÓN

Desde este trabajo se realiza un análisis del primero a cuarto curso de Educación Secundaria Obligatoria, sobre el acoso escolar en institutos de secundaria ubicados en zonas rurales y urbanas, situados tanto en zonas normalizadas como en espacios deprimidos o conflictivos. Se adopta el vocablo inglés *bullying* que tiene diversos significados y que se conoce como intimidar, amenazar, y en España no tiene equivalencia usándose indistintamente como acoso escolar, para referirse a las agresiones que se realizan entre iguales.

El *bullying* se define como el acoso escolar intencional, reiterado, arbitrario y persistente, se desarrolla mediante abuso de superioridad en un grupo de iguales, prolongándose en el tiempo, se manifiesta normalmente a espaldas de los adultos. Las acciones de acoso perturban la personalidad de la víctima, ocasionando en ella un menoscabo moral de la personalidad, que puede producir a su vez desequilibrio en las relaciones del grupo, afectando a sus amistades.

Aunque las conductas violentas entre iguales son tan antiguas como la propia escuela, el interés por las mismas y las aproximaciones conceptuales sobre la violencia y acoso comenzaron en la segunda mitad del siglo XX, principalmente en la década de los 70 primero en Noruega¹, y en España el primer estudio se realizó en la Comunidad de Madrid², y más tarde se extiende el estudio del acoso escolar.

Fue en el año 1982, cuando se le concede la importancia y trascendencia que tenía el asunto, dado que se produjeron tres muertes de jóvenes con edades comprendidas entre 10 y 14 años por suicidio en Noruega. Estos jóvenes hicieron pública la ansiedad que les provocaba las persecuciones, vejaciones e intimidaciones a que les sometían sus compañeros, por lo que el caso conmovió a la sociedad sueca y motivó que en 1983 el Ministerio de Educación interviniera implantando una serie de campañas y acciones encaminadas a la reflexión y prevención de nuevos casos. En Inglaterra se crearon los Tribunales Escolares dirigidos a dar apoyo a todas las personas e instituciones inmersas en situaciones de maltrato.

Para Olweus era necesario diferenciar el acoso escolar a través del vocablo *bullying* diferenciándolo del *mobbing* y acotando su ámbito al educativo con relación asimétrica de poder; el acoso escolar involucra a toda la comunidad educativa.

Una de las principales características del *bullying*, es el maltrato físico y/o psicológico intencional y persistente que recibe un niño o adolescente por parte de otros iguales, que se comportan con él cruelmente con el objetivo de dominarlo, donde el agresor somete, es una especie de tortura, bloqueo, hostigamiento, manipulación, coacciones, intimidación, amenazas, agresiones físicas, burlas, aislamiento sistemático, apodosos crueles e hirientes al hablar de la víctima, es decir, conductas de diversa naturaleza procurando que la víctima a su vez lo perciba llegando a crear rumores deliberadamente que se repiten y prolongan en el tiempo de forma sistemática, silenciosa y oculta a la víctima aunque con la complicidad de compañeros. Este maltrato, implica repetición continuada y puede llegar a producir la exclusión social de la víctima.

Las acciones suelen estar provocadas por un alumno que a su vez pertenece a un grupo que lo apoya, y normalmente están dirigidas a víctimas que los acosadores consideran más débiles o indefensas.

Frecuentemente estas agresiones perduran como consecuencia de la indiferencia en unos casos y al desconocimiento en otros de los adultos que rodean a víctimas y agresores. La posición de cada individuo en el grupo es fundamental, ya que el agresor está apoyado casi

¹ D. OLWEUS, *Conductas de acoso y amenaza entre escolares*. Madrid. Morata 1998; L.F. LOWENSTEIN, "The bullied and no-bullied child", *Bulletin of the British Psychological*, 31, 1978, pp. 316-318

² M. VIERA, I. FERNANDEZ y G. QUEVEDO, "Violence, bullying and counselling in the iberican peninsula", En E. ROLAND y E. MUNTHE (eds) *Bullying: a international perspective*. London: D. Fulton 1989.

siempre por un grupo que refuerza su conducta, y la víctima siempre se encuentra en una posición desfavorecida y de aislamiento³.

Según Olweus, para que se produzca bullying se tienen que dar las siguientes circunstancias: Agresión intencional, que la agresión se repita y mantenga en el tiempo, produciendo acciones negativas contra la víctima por una o varias personas con intención de perjudicar a un tercero, y que la víctima tenga dificultades para defenderse.

En las situaciones de acoso escolar o cualquier circunstancia de violencia se producen previamente factores de riesgo.

2. FACTORES DE RIESGO EN EL MALTRATO ENTRE IGUALES

El riesgo, es la combinación de probabilidades de que se produzca una circunstancia negativa⁴. Los factores de riesgo son circunstancias que pueden facilitar o aumentar las probabilidades de que se produzca una circunstancia negativa determinada, no siempre los factores de riesgo en sí mismos, son causas para que se produzca el maltrato, aunque para ello deben controlarse adecuadamente y el mejor control es la prevención, es decir, que los factores de riesgo son variables contrastadas que influyen de forma objetiva y causal en el maltrato, pudiendo determinar y condicionar el desarrollo de los episodios violentos, dado que anteceden a la acción⁵.

El bullying, es un tipo de violencia que se produce según las estadísticas del INE de 2015 con frecuencia, y son los factores de riesgo personales, familiares, sociales y escolares tanto de las víctimas como de los agresores, los que más influirían para se produzca el acoso escolar.

En el acoso escolar influyen de forma determinante el contexto social y cultural, educación familiar, el nivel socioeconómico, y el papel que cumplen tanto los progenitores como los profesores. La percepción personal que se tenga respecto a la violencia en general y a su producción influirá en la aparición de actos violentos, en contradicción con una realidad social desfavorable⁶.

Existen factores personales en las víctimas que podrían indicar frente a los agresores debilidad en las víctimas, como podrían ser aquellas que evidencian discapacidades, hiperactividad, baja autoestima, etc.; también podrían existir factores de los progenitores e instituciones escolares, como desestructuración familiar que produzca desatención de los hijos, problemas psicológicos o psiquiátricos e inestabilidad emocional, aislamiento, delincuencia, adicciones, violencia, marginación, problemas de adaptación y fracaso escolar, absentismo, etc.

3. CAUSAS QUE AFECTAN Y PRODUCEN EL BULLYING

Son muchas las causas que pueden influir para que se produzca el bullying, los modelos educativos, referidos a la educación que recibe el niño de sus padres y familiares y en el colegio son determinantes. Así también los cambios sociales que se ocasionan a diario están afectando de forma notable a la infancia y a la juventud, hoy en día la violencia se manifiesta y se palpa en todos los aspectos de la vida del niño, como son los videojuegos, mass media, televisión, cine, internet, redes sociales etc.

³ F. CEREZO y M. ATO, "Bullying Among Peers in Spanish and English pupils", *Sociometric Perspective using the BULL-S Questionnaire*. Educational Psychology 25(4), 2005, pp. 353-367.

⁴ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (RAE) (2014)

⁵ I. AMEMIYA, M. OLIVEROS y A. BARRIENTOS, "Factores de riesgo de violencia escolar (bullying) severa en colegios privados de tres zonas de la sierra del Perú", en *Anales de la Facultad de Medicina*, Vol. 70, n.º. 4, 2009, pp. 255-258.

⁶ L. E. CASTILLO-PULIDO, "El acoso escolar. De las causas, origen y manifestaciones a la pregunta por el sentido que le otorgan los actores", *Revista Internacional de Investigación en Educación*, 4 (8) Edición especial, La violencia en las escuelas, 2011 pp. 415-428.

3.1. Influencia de los medios de comunicación

Actualmente existen en la sociedad del siglo XXI, factores de riesgo de violencia y exposición a la violencia a través de los medios de comunicación, los menores de edad están expuestos constantemente y prácticamente sin control a esta violencia, es por ello que a efectos de las causas desencadenantes del bullying, se consideran una de las principales causas que originan la violencia en los niños y adolescentes.

Los medios de comunicación de masas, especialmente la televisión que se encuentra en todos los hogares, exponen diariamente a la sociedad a la violencia, bien sea real a través de las noticias o ficticia a través de series y películas.

Si las imágenes impactan, en los niños la violencia de la televisión y videojuegos se manifestarán en conductas agresivas y violentas tratando de imitarlas aún sin proponérselo en su vida real al interactuar con sus iguales, consecuentemente el niño que además de ver televisión realiza otro tipo de juegos, pasatiempos o actividades extraescolares y ve menos televisión, estará expuesto en menor medida y por consiguiente no tenderá a reproducir tanto esta violencia. Hay que tener en cuenta que a mayor exposición de los menores a la violencia más normalizada estará en su vida y por tanto a la hora de participar en episodios de maltrato bien sea como agresor o espectador, no empatizará con las víctimas siendo por consiguiente cada vez más insensible.

Los padres, tutores y personal docente deben tender a dosificar en las edades más sensibles la exposición a los medios de comunicación, especialmente a la televisión indiscriminada, y enseñar a reflexionar al menor en todo lo relativo a la violencia que hay en nuestro mundo.

3.2. El papel educacional de la familia

Los niños desde su nacimiento se encuentran en el seno de una familia que le proporcionará una primera socialización y aprenderá a comportarse, irá adquiriendo pautas y a través del aprendizaje social⁷, comenzará imitando modelos, sobre todo de las personas de influencia o referentes, como son padres, hermanos, familia etc.

Las normas educativas, pautas de conducta interiorizadas a través de la familia, o bien por el aprendizaje social, el niño las refleja en su vida tanto en su familia como en sus relaciones sociales fuera del hogar. Si los niños ven a diario violencia en sus hogares, pueden aprender a ver la vida también de forma violenta, pudiendo estas acciones ocupar un papel importante en su modus vivendi cuando interactúa con otros niños, y reflejar este tipo de comportamiento violento con personas más débiles. Los niños que se han educado en hogares con un alto nivel de conflicto y escasa relación afectiva, tienen un alto riesgo de caer en la violencia y tener acciones agresivas en la adolescencia⁸.

Existen estudios⁹, que indican que se debe empezar desde muy pequeños a controlar el comportamiento agresivo de los niños por parte de los padres, dado, que la agresividad puede llevar más adelante al acoso escolar y otras interacciones con sus compañeros y compañeras.

En el trato y la educación de los niños es importante la amabilidad y el respeto hacia los demás, debiendo fomentar las buenas relaciones entre padres, hermanos y entre sus compañeros del colegio y juegos, estableciendo normas y pautas de conducta consensuadas.

Aunque un niño haya sido educado por los padres de forma autoritaria, si se le ha permitido su normal independencia y ha respondido a sus necesidades, la posibilidad de entrar en la dinámica del acoso escolar se verá disminuida notablemente; por el contrario, los niños con padres muy permisivos y los que utilizan formas duras de disciplina tiene mayores probabilidades de provocar acoso.

Los padres deben proporcionar cariño y buenas relaciones a los hijos, aunque entre sus funciones parentales esté el control y supervisión de sus actividades, reduciendo de esta forma la probabilidad de que el niño pueda incitar o realizar acoso a sus iguales.

⁷ A. BANDURA, *Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad*, Alianza editorial, 1979.

⁸ F. LÖSEL y D. P. FARRINGTON, "Direct protective and buffering protective factors in the development of youth violence", *American Journal of Preventing Medicine*, 43 (2), 2012, pp. 8-23.

⁹ D. OLWEUS, *El acoso escolar: Lo que sabemos y lo que podemos hacer*, Cambridge, MA: Blackwell 1993.

El hecho de hablar a los hijos sobre el maltrato o la violencia en el colegio les hará conocer el problema, aprendiendo de esta forma a reaccionar ante el mismo si se produce, bien sea como víctima, como agresor o como espectador.

4. TIPOS DE BULLYING

Existen diversos tipos de bullying aunque normalmente se manifiestan de forma simultánea¹⁰, se pueden distinguir: Maltrato verbal, maltrato físico, maltrato social, maltrato psicológico, y el ciberbullying.

Maltrato verbal: es el más frecuente, y se manifiesta mediante insultos, apodos, calumnias, resaltar defectos físicos, etc.

Maltrato físico: se produce con más normalidad y frecuencia en secundaria, y conlleva todo tipo de agresiones, tal como patadas, empujones, zancadillas, y otras agresiones indirectas contra las propiedades de la víctima como puede ser robos o rotura de objetos.

Maltrato social: pretende el aislamiento y/o marginación de la víctima del resto del grupo.

Maltrato psicológico: Está presente en todas las formas de bullying, y pretende rebajar e incluso anular la autoestima del sujeto para a la vez provocar sensación de temor.

Ciberbullying: En esta modalidad se utilizan datos de la víctima para colocarlos en páginas de contactos, redes sociales, realizar amenazas, difundir videos y fotos comprometedoras, distribuir virus, suplantar la identidad e incluso pedir el suicidio de la misma. El ciberbullying ha experimentado en los últimos años un gran aumento y se realiza de forma indirecta permitiendo aparentemente el anonimato. Se produce ciberbullying cuando un niño u adolescente es atormentado, amenazado, humillado, chantajeado, acosado, avergonzado, o se convierte en el punto de mira del acosador mediante internet, tecnologías digitales interactivas o teléfonos móviles¹¹.

El bullying de carácter físico, social y psicológico se presentan principalmente de forma directa.

El acoso escolar de tipo físico, se manifiesta más frecuentemente entre los varones con las conductas violentas antes descritas.

El acoso psicológico y social se produce más frecuentemente entre las niñas y alumnos de últimos cursos, haciendo una exclusión deliberada en el entorno más cercano de la víctima, logrando que esta sea excluida por la llamada "ley del hielo", que consiste en ignorar la existencia de otra persona¹².

5. LA ESCUELA COMO COMPONENTE SOCIALIZADOR

Desde que el niño ingresa en la guardería, comienza su socialización secundaria que es la que realiza la institución escolar, también denominada externa por la desvinculación del cordón umbilical de la familia al menos durante unas horas al día, con esta separación temporal el niño comienza a interactuar dentro de un grupo de iguales donde no le es consentido todo como hacen algunos padres o familiares que les cuidan en su casa.

La escuela en sí misma, tal y como se conoce en la sociedad actual, es uno de los medios de socialización más importantes para los niños y adolescentes en el momento actual, se trata

¹⁰ J. COLLELL y C. ESCUDÉ, *Signes d'alerta*, 2008. Recuperado de: <http://www.xtec.cat/~jcollell/03Alerta.htm> el 14 de marzo de 2015.

¹¹ GONZÁLEZ JIMÉNEZ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990.

¹² A. P. VELEZ, "Prevención de la violencia entre iguales desde la infancia, a través de la educación emocional", *Estilos de aprendizaje: investigaciones y experiencias: [V Congreso Mundial de Estilos de Aprendizaje]*, Santander, 27, 28 y 29 de junio de 2012.

de una comunidad educativa compuesta por profesores, alumnos y las familias de los alumnos.

En la escuela se transmiten conocimientos académicos, y también experiencias, modelos sociales y valores que no cabe duda que ayudaran en gran medida a la integración en sociedad, preparándole para cumplir sus normas y valores, sin alterar la paz social.

La educación, en España ha sido y es un derecho desde la Ley de Instrucción Pública de 1857 de 8 de septiembre, y se amplió con la promulgación de la Constitución española de 1978; derecho que sirve de apoyo a la familia en la tarea de socialización de los niños y adolescentes, y esto es debido a que la sociedad ha evolucionado, y desde hace décadas la familia sola no puede socializar a los hijos, aunque tampoco la escuela sola puede realizar una socialización secundaria; escuela y familia deben de formar un tándem para que los objetivos caminen en la misma dirección.

Es de gran importancia considerar las interacciones que se producen dentro del grupo de iguales para el desarrollo educacional de los mismos, como también es determinante en este periodo el establecimiento de relaciones entre el alumnado y de este con sus docentes. Con la dinámica que se produce en la institución educativa, sobre todo en los colegios y dentro del ámbito escolar, es cuando la relación de grupo o factor grupal aparece como un reforzador importante.

El acoso escolar en España se presenta con mayor reiteración entre los 10 y los 13 años, aunque en ocasiones se sigue manifestando hasta los 16 ó 17 años ¹³. Los agresores se van formando tras un proceso y poco a poco se va generando un grupo de agresores que va actuando sin parar, logrando crear un clima de inseguridad perjudicial para la víctima, que la va excluyendo del grupo de relación, por lo que es cuando las agresiones pueden aumentar.

La escuela e instituto forma grupos de iguales que pueden ser prosociales o disociales según el comportamiento de sus miembros.

6. EL GRUPO DE IGUALES COMO AGENTE SOCIALIZADOR

Se habla de grupo de iguales cuando es un grupo de edad similar que interactúa de forma habitual y comparten valores, actividades, diversiones, etc.

Los grupos de iguales no proponen como meta a priori un papel socializador, aunque sin proponerlo sí que realizan una socialización muy poderosa en valores, a veces en contradicción con los familiares, existiendo un gran peligro si esos valores que se adquieren de forma casi uniforme y con gran fuerza impulsan pautas y valores de violencia, acoso en el ámbito escolar, laboral, maltrato filio-parental, etc.

En las últimas décadas ha habido un gran auge en el número de investigaciones y trabajos relacionados con el grupo de iguales, y prácticamente todos coinciden en que es necesario mejorar el clima socioemocional de los centros educativos, para así reducir el nivel de acoso y exclusión social que se producen en ellos ¹⁴.

Esto es lo que también ha dado en llamarse conducta pro-social que se refiere al comportamiento positivo mediante la empatía que realizan los integrantes de un grupo que puede beneficiar a sus integrantes y a la sociedad en general ¹⁵.

Los niños cambian de etapas de desarrollo y frecuentemente cambian de grupo de iguales, y llegan en ocasiones a pertenecer a varios grupos de pares al mismo tiempo. El grupo de iguales de por sí o junto a otros agentes socializadores, como la familia o la escuela e incluso

¹³ M. J. DE LA TORRE CRUZ, P.F. CASANOVA, M. VILLA CARPIO y M.T. CERESO, "Consistencia e inconsistencia parental: relaciones con la conducta agresiva y satisfacción vital de los adolescentes", *European Journal of Education and Psychology*, Vol. 6 (2), 2013, pp. 135-149.

¹⁴ C. DEL BARRIO, A. BARRIOS, L. GRANIZO, K. VAN DER MEULEN, S. ANDRÉS, y H. GUTIÉRREZ, "Contribuyendo al bienestar emocional de los compañeros: evaluación del Programa Compañeros Ayudantes en un instituto madrileño", *European Journal of Education and Psychology*, 4 (1), 2011, pp. 5-17.

¹⁵ E.N. LEGANES LAVALL, "Una propuesta de intervención para prevenir el acoso escolar desde una perspectiva sociogrupal", *Psychology, Society, & Education*, Vol. 5 N° 1, 2013, pp. 21-40.

la religión, ayuda a aprender a interrelacionarse con los demás, que comprendan normas, valores y maneras de actuar en sociedad.

Los estudios que se han realizado en las escuelas y ámbitos escolares, muestran que la pertenencia a un grupo de iguales o lo que es lo mismo tener amigos, además de ser factores de protección frente al bullying, son el medio más eficaz para superar el egocentrismo infantil constituyendo en sí elementos defensivos y de apoyo para la etapa de la adolescencia y la adultez ¹⁶.

La vigilancia de la familia y de la institución escolar es fundamental para detectar el acoso escolar y otros tipos de conductas disruptivas.

7. VÍCTIMAS Y AGRESORES

Las víctimas son compañeros de similar edad que los agresores consideran más débiles que ellos, por lo que les agreden física o psicológicamente.

Los estudiosos del bullying¹⁷, consideran que existe un gran número de actores, y para que se produzca acoso escolar tienen que actuar todos, esto es lo que se denomina círculo de bullying, donde alrededor de la víctima están el agresor, los seguidores, los partidarios, los espectadores, y los defensores. Si no se produce este círculo no sería bullying, sería otra cosa.

7.1. Agresores

Los agresores o agresoras, presentan comportamientos impulsivos y agresivos, incapaces de controlar la ira, con carencias para las relaciones sociales, falta de empatía, careciendo de sentido de la culpa¹⁸.

Según Olweus, los agresores/as, utilizan una gran belicosidad con sus compañeros y compañeras, e incluso con los adultos, tendentes hacia la violencia, necesitando de forma imperiosa dominar a sus compañeros/as. Carecen de relaciones afectivas cálidas por parte de sus padres, sobre todo es más agudo en el caso de las relaciones con la madre. Los padres o tutores tienen dificultad para enseñarle a respetar límites, permitiendo o no reprobando al niño ante conductas antisociales, empleando a veces como medios coercitivos la violencia o castigo físico.

Los agresores, debido a su perfil psicosocial tienen situaciones personales y sociales negativas por lo que son rechazados por sus compañeros, excepto por los que colaboran en sus fechorías y acciones de maltrato.

7.2. Víctimas

En las víctimas del acoso escolar se encuentran dos roles diferentes, el de víctima pasiva y el de víctima activa.

Las víctimas pasivas son niños tímidos que odian la violencia, que no se defienden, no hacen daño a nadie, son niños solitarios, que no tienen amigos ni confidentes, aunque si relaciones con otros en sus mismas circunstancias.

No cuentan sus problemas ni el acoso que reciben, tienden a negarlas y a culpabilizarse de lo que les ocurre, e incluso sintiendo vergüenza. Las víctimas pasivas suelen estar sobreprotegidas por algún miembro de la familia¹⁹.

¹⁶ F.T. AÑAÑOS BEDRIÑANA, "Escenarios de la identidad cultural de los jóvenes españoles: análisis desde la educación social", *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, 12(24), 2006 pp. 71-100.

¹⁷ D. OLWEUS, "Olweus core program against bullying and antisocial behavior: A teacher handbook. Research Centre for Health Promotion" (HEMIL Center). Bergen, Norway. Catalano, & P. Slee (Eds), *The nature of school bullying: a cross-national perspective*, 2001, pp. 7-27. Londres/Nueva York: Routledge; E.L. GÓMEZ MAQUEO, C. HEREDIA YANCONA, *Psicopatología, riesgo y tratamiento de los problemas Infantiles*, Editorial El Manual Moderno. UAM. México 2014.

¹⁸ D. OLWEUS, *Conductas de acoso y amenaza entre escolares*, Madrid, Morata, 1998, B. GIL GUZMAN, "Intervención cognitivo-conductual con el niño agresor en un caso de acoso escolar", *Revista de Psicología clínica con Niños y Adolescentes*, Vol. 2 (1), 2015 pp. 25-31

En las víctimas activas se produce bajo rendimiento escolar, y una situación social de impopularidad y de aislamiento, con tendencias a actuar de forma impulsiva y violenta sin saber en qué situación la emplean, dando lugar a que los potenciales agresores, perciban su conducta como provocadora e irritante, lo que hace que en ocasiones se vean mezcladas en asuntos que les pueden hacer parecer los agresores, ya que generalmente reaccionan contraatacando en vez de salir huyendo. Este tipo de víctima durante su primera infancia puede haber estado sometida a malos tratos, que se podrían traducir en más indiferencia, hostilidad y falta de cariño por parte de los padres²⁰.

Un alto índice de las víctimas activas presenta trastorno con déficit de atención e hiperactividad (TDAH), y quienes lo padecen no calculan las consecuencias de sus acciones por actuar en estas situaciones de forma inconsciente y exaltada²¹.

8. FACTORES PROTECTORES Y PREVENCIÓN FRENTE AL ACOSO

Frente a los factores de riesgo se presentan como prevención los factores de protección que permitirán poner coto a la violencia y especialmente al acoso escolar.

8.1. Factores protectores

La capacidad de sobreponerse a factores adversos se conoce como resiliencia e influyen de forma importante en circunstancias que producen violencia, dolor, etc.

En este sentido, la resiliencia es uno de los factores de protección frente al bullying y sus efectos, que puede condicionar, prevenir y contrarrestar en gran medida las causas del acoso escolar²².

El término resiliencia hace referencia a la flexibilidad y tolerancia que tiene una persona para adaptarse y mantenerse adecuadamente frente a las situaciones de adversidad y estrés que se producen en su entorno, bien afectivo, ambiental o social. Para González Arriata²³ la definición de resiliencia sería el resultado de la combinación y/o interacción entre los atributos internos del sujeto, y su ambiente social y cultural que le dan posibilidades de superar los riesgos y adversidades de forma constructiva. En este sentido el niño o adolescente cuando se tropieza con un problema, lo usa como factor favorable de crecimiento social y psicológico para afrontarlo de forma que no le perjudique.

Es de suma importancia identificar estos factores protectores para potenciarlos y reconducirlos de forma adecuada y adaptarlos a las diferentes situaciones de riesgo que se plantean en el bullying.

Un ambiente social y familiar sano que promueva valores positivos donde el sujeto capte la solución de los problemas de la vida diaria desde la asertividad y la empatía, donde se perciba el acoso escolar como un comportamiento improcedente será uno de los principales factores de protección frente al bullying.

De la misma forma, a nivel personal del sujeto, el tener un crecimiento emocional positivo y empático adecuado a su edad, tener seguridad, cierto carácter, y una relación saludable con

¹⁹ M.L. POLO DEL RÍO, B. LEÓN DEL BARCO, T. GÓMEZ CARROZA, V. PALACIOS GARCÍA y F. FAJARDO BULLÓN, “Estilos de socialización en víctimas de acoso escolar”, *European Journal of Investigation in Health*, 3 (1), 2013, pp. 31-49; F. CEREZO, C. SÁNCHEZ, C. RUIZ, y J.J. ARENSE, “Adolescents and Preadolescents”, *Roles on Bullying, and Its Relation with Social Climate and Parenting Styles/Roles en bullying de adolescentes y preadolescentes, y su relación con el clima social y los estilos educativos parentales*, *Journal of Psychodidactics*, 20 (1), 2014.

²⁰ J. CASTRO “Violencia intrafamiliar”, en: J. CASTRO (editor), *Psiquiatría de niños y adolescentes*, Lima: Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2009, pp. 470-478; M.J. DÍAZ-AGUADO JALÓN, “La violencia entre iguales en la adolescencia y su prevención desde la escuela”, *Psicothema*, Vol. 17 (4), 2015 pp. 549-558.

²¹ P. CASTELLS, “Escuela de tortura: Acoso escolar entre iguales (bullying)”, *Redipe Virtual*, 822, 2013, p. 10 consulta: 10 Mayo 2016.

²² J.M. DÍAZ OÑORO, M.A. MARTÍNEZ, L.A. VÁSQUEZ VERA, “Una educación resiliente para prevenir e intervenir la violencia escolar”, *Itinerario Educativo*, nº 57, 2011, pp. 121-155.

²³ N. I. GONZÁLEZ ARRATIA, *Resiliencia y Personalidad en niños y adolescentes. Cómo desarrollarse en tiempos de crisis*, México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2011, pp. 208-209.

sus iguales, será igualmente un factor de protección importante a la hora de sufrir acoso y defenderse ante él, bien sea por sí mismo o solicitando ayuda a los docentes.

A nivel estadístico, y dentro de las variables socio familiares²⁴, pertenecer a familias biparentales, tener pocos hermanos, que el padre haya realizado estudios primarios y que la madre haya nacido en el mismo lugar donde reside, constituyen también factores de protección frente al acoso escolar.

8.2. Prevención frente al acoso por padres y docentes

En todos los órdenes de la vida es necesaria la educación, sin educación es muy difícil la convivencia, en este sentido hay que educar en la prevención, dado que si se realiza una buena prevención no hará falta la intervención.

En el entorno del niño existen diversas figuras que son de vital importancia para su protección y crecimiento, los progenitores o tutores y los educadores, son modelos a seguir por parte del menor y los patrones que este imita y respeta ya que le dan seguridad, por ello debe existir un canal abierto de comunicación por parte de estos hacia el niño, deben comprometerse con el y guiarlo para que no se sienta culpable frente a los problemas que se le plantean en su vida diaria, fomentado su independencia.

La vigilancia y alerta de personas adultas de referencia es de suma importancia, desde los docentes deben tener en cuenta en primer lugar que las situaciones de maltrato se producen cuando ellos no están presentes o no están atentos, por consiguiente, es de vital importancia controlar las relaciones entre los alumnos y observar minuciosamente la relación entre los alumnos y alumnas en los pasillos y patios del colegio. Además de otras circunstancias como son faltas reiteradas a clase como signo de un problema oculto, quejas de algunos alumnos, insultos, agresiones menores, etc. Los padres son los que mejor conocen a sus hijos y junto a la familia deben proporcionar el control y afecto que necesitan los menores a su cargo.

Padres, educadores y figuras adultas de referencia responsables de los menores, deben junto con la institución escolar prestar la atención adecuada, especialmente cuando existan signos que puedan alertar de que se está recibiendo o realizando acoso escolar y exista violencia de cualquier tipo. Se deben adoptar medidas de identificación y control de la situación.

9. APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL BULLYING

Marco legal del acoso escolar

A lo largo de la historia son muchos los organismos internacionales, nacionales y educativos los que se han preocupado en gran medida por construir y legislar las bases de los derechos básicos que amparan y protegen a las personas para su convivencia pacífica y por ende a procurar garantizar unos derechos fundamentales que le son inherentes como persona humana.

En el acoso escolar son varios los derechos fundamentales que pueden conculcarse, los principales son, el derecho a la dignidad, a la integridad física, al honor, a la intimidad, e incluso el derecho a la vida.

El marco legislativo donde pueden encuadrarse las diferentes conductas y acciones que se producen en torno al fenómeno del acoso entre iguales, en sus diferentes variantes, y los derechos que pueden verse afectados, así como los derechos protectores, se encuentran en convenios internacionales, normas, y otras disposiciones o leyes de diferente calado, bien sean en el orden administrativo, civil, o penal²⁵.

²⁴ E. PRODÓCIMO, F. CEREZO, J.J. ARENSE, "Acoso escolar: variables sociofamiliares como factores de riesgo o de protección", *Psicología Conductual*, 22 (2), 2014, p 345.

²⁵ - Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de Noviembre de 1989, fundamenta la necesidad de protección que tiene el niño de cara todo tipo de violencia y maltrato.

- Constitución Española de 1978 consagra a la persona como sujeto de derechos, en el caso del acoso escolar poner la visión en el derecho a la libertad, integridad y honor, etc.

Los planes de convivencia son medidas legales de protección que incluyen un reglamento de régimen interno de cada centro.

Cuando los hechos son graves e imposibles de solución en la institución escolar, se debe aplicar la Legislación Penal y Responsabilidad Civil respecto al acoso escolar por hechos delictivos perseguibles de oficio, tipificados en el Código Penal.

Hay que hacer constar que la franja de edad en la que nos movemos va desde los 6 a los 18 años, por consiguiente, no será de aplicación la Legislación Penal sino la Protección de Menores, por consiguiente, se aplicará la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 y 8/2006, que enmarca la edad para mayores de 14 y menores de 18 años.

Teniendo en cuenta las franjas de edad de los acosadores escolares, se aplicará la legislación pertinente, siendo el encargado de valorar la posibilidad de solución la institución escolar o remitir el caso al ámbito Judicial.

La Responsabilidad Civil en los Actos de Acoso Escolar, pretende la reparación del daño producido, así como también resarcir al afectado perjudicado por los daños y/o perjuicios que se le han causado. La acción civil en contraposición a la penal solo puede ejercitarla o iniciarla un particular, y es susceptible de acuerdo entre las partes, aunque se trata de intereses privados, la acción civil es pública, y está integrada en el derecho procesal.

10. METODOLOGÍA

La metodología utilizada en este estudio, ha sido cualitativa y cuantitativa con una triangulación de los datos.

Se ha confeccionado un cuestionario que consta de treinta preguntas y lo han respondido alumnos de todo el ciclo de la ESO, con preguntas que permitan obtener información respecto a actitudes cognitivas, afectivas, comportamentales, ambiente familiar y otros indicadores como son: la relación y comprensión paterno filial, relación entre tutores y alumnos, ambiente escolar, relación e integración entre el grupo de iguales y rechazo del mismo etc., se trata de parámetros que permitirán entender el desarrollo y las causas más importantes que pueden darse para que se desencadene el bullying y su evolución en la vida de los menores.

Se han seleccionado cuatro institutos de la provincia de Sevilla, dos de ellos urbanos y dos rurales; distinguiéndose estos a su vez por la zona donde se ubican, siendo uno de una zona normalizada y otro de una zona deprimida.

Del alumnado se ha recogido una muestra de 493 individuos estudiantes de la ESO, con edades comprendidas entre 11 y 18 años, de los cuales 157 son de primero, 143 de segundo, 93 de tercero y 100 de cuarto. Dichos centros son mayoritariamente públicos, siendo uno solo de ellos concertado, dos están ubicados en zona urbana y dos en zona rural, dos están ubicados en Sevilla Capital y dos en la provincia.

Los centros se seleccionan por estar ubicados en zonas de diferente estatus social. La participación de los estudiantes se hizo de forma aleatoria en cada centro, indicándoles referencias comunes a todos para cumplimentar los cuestionarios.

Los datos se han tratado con el programa estadístico SPSS, y se ha aplicado la metodología estadística: •Análisis de frecuencias Unidimensionales, •Estadística Descriptiva para

- Ley de Educación como garante de la igualdad de oportunidades y valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, obligando a los centros educativos a incluir en su proyecto educativo un Plan de Convivencia.

- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de Julio y Ley 26/2015 de 28 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia apoyando derechos fundamentales.

- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

- Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

variables cuantitativas, •Análisis de frecuencias Bidimensionales, •Test de la Chi-cuadrado para la independencia de caracteres en tablas de contingencia.

11. LECTURA Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

De los datos obtenidos en el estudio realizado en los Institutos de Educación Secundaria (IES), se han analizado las preguntas realizadas y respondidas por los alumnos de los cuatro cursos de la ESO.

Los alumnos que responden que han sufrido acoso reciente por parte de sus compañeros se sitúan en el 20,5% y aquellos que dicen no haber sufrido acoso son el 78,7% , el 0,8% No sabe no contestan.

El análisis de acoso por sexos muestra que dentro del grupo de los chicos hay un 23,0% de acosados, y dentro del grupo de las chicas existe un 22,44% de acosadas.

El examen del acoso por cursos muestra una frecuencia de acoso para el primer curso de la ESO del 7,71%, para el segundo un 6,49%, en tercero el 3,65%, y un 2,64% para cuarto curso.

Se pregunta la frecuencia con que han padecido acoso a lo que el 9,5% reponen que solo una vez, con el 6,5% más de tres, 5,9% a diario, 3,0% de cuatro a seis, 75,1% no responden. Del total de los que han sido acosados con respuesta afirmativa resulta una media aritmética del 24,9% de acoso sufrido.

Los agresores son chicos y chicas, pero mayoritariamente chicos que presentan comportamientos impulsivos y en ocasiones agresivos con poca capacidad de controlar la ira, tienen dificultad para relacionarse socialmente, carecen de sentido de la culpa, y falta de empatía²⁶. Debido a su perfil psicosocial, son mayoritariamente rechazados por sus compañeros, con excepción de los que colaboran en el acoso.

Los alumnos que afirman haber intimidado a otro compañero son el 36,5%; resultando significativo que al contrastar las preguntas de si habían sufrido acoso contestasen de forma afirmativa un 23,3%; y cuando se les pregunta si ellos han practicado acoso, resulte un porcentaje del 36,5%, subiendo la cifra de acoso en un 13,2%. Evidentemente las cifras citadas cuando se trata de acoso realizado deben tratarse con cautela, ya que las respuestas son desde el punto de vista de agresor, contemplando conductas hostiles que en la mayoría de las veces por su poca frecuencia no constituyen acoso.

Cuando se analizan las variables por curso y sexo pueden observarse que las chicas responden en un 32,86% que no han sido acosadas y el porcentaje de varones es menor situándose en el 29,61%, siendo el sexo masculino los que mayor acoso soportan. Respondiendo el 17,6% que ha acosado al menos en una ocasión y más veces el 21,2%.

Los cursos donde más agresiones se realizan son primero y segundo, los que menos cuarto seguido de tercero. Sin embargo donde se acosa a diario es segundo seguido de tercero. El 61,2% no se implica respondiendo que no saben o no contestan a la pregunta.

El 24,9% de los agresores actúan solos, de los cuales el 15% son chicos siendo el primer curso de la ESO los que más agreden en solitario disminuyendo el porcentaje a medida que están en cursos más avanzados; el 5,3% agreden en pandilla siendo las chicas las que actúan en grupo mayoritariamente, el 54,2% no admite agredir ni física ni verbalmente; el 0,8% realizan la agresión a una víctima por ser diferente y el 6,3% para divertirse.

Los alumnos que cursan el tercer curso son los que menos admiten que intimiden a sus compañeros y los que más acosan a sus víctimas por ser diferentes.

Respecto a los tipos de acoso utilizado el 30,4% es de forma verbal, el 2,0% es físico, el 0,6% social, el 3,2% psicológico, el 0,2% ciberbullying y el 7,1% mixto combinando varios tipos de acoso. Respecto a los tipos de acoso por sexos, el acoso verbal con 15,01% para chicas y

²⁶ D. OLWEUS, *Conductas de acoso y amenaza entre escolares*, Madrid, Morata, 1998; B. GIL GUZMAN, "Intervención cognitivo-conductual con el niño agresor en un caso de acoso escolar", *Revista de Psicología clínica con Niños y Adolescentes*, Vol. 2 (1) 2015 pp. 25-31

15,42% en chicos es el más significativo seguido del psicológico que representa el 1,42% en el sexo femenino y el 1,83% en varones y el que en menor medida se produce es el acoso social.

Las acciones de acoso perturban la personalidad de la víctima, ocasionando en ella un menoscabo moral de la personalidad, que puede producir a su vez desequilibrio en el plano relacional grupal afectando a sus relaciones sociales. El bullying o acoso escolar de un tiempo a esta parte está adquiriendo un protagonismo merecido, se produce en edades más tempranas, y es cada vez más alarmante²⁷. El acoso se manifiesta normalmente en forma de acoso verbal utilizando insultos reiterados, motes despreciativos etc., de forma psicológica cuando el agresor o agresores se ríen reiteradamente de la víctima dejándola en ridículo, de tipo físico cuando son las agresiones con patadas empujones etc., de tipo social cuando se excluye deliberadamente a la víctima de juegos o actividades etc., el ciberbullying que se produce utilizando las nuevas tecnologías e internet.

Se pregunta el tipo de acoso que consideran más común, reponiendo el 53,5% que el acoso verbal, para el 19,9% es el psicológico, un 6,1% físico, en el 3,9% que es el ciberbullying. Solo el 33,7% no ha presenciado ninguna situación de acoso en el último mes, aunque en estas cifras al no existir reiteración no constituirían un acoso escolar propiamente dicho.

En la relación con los docentes, los alumnos de la ESO encuestados responden que tienen una buena relación y una relación normal el 92% y solo el 2,8% considera tener mala relación con los profesores. De los alumnos que respondieron que habían agredido en algún momento el 13,79% mantienen buena relación con los profesores, teniendo en cuenta que si las relaciones son fluidas entre alumnos y profesores menor es el grado de acoso desde la visión del agresor.

Las relaciones familiares y el acoso escolar podrían estar relacionadas, el 85,4% mantienen buena relación familiar con sus padres sintiéndose escuchados y tratados de forma tranquila. Las variables relaciones familiares y los menores acosadores se encuentran asociadas

12. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los resultados de este estudio revelan diferencias sustanciales según los participantes actúen desde el perfil de acosados o de acosadores, presentando un aumento significativo tanto en las veces como en la frecuencia que lo realizan cuando se trata del perfil de acosador.

Los datos obtenidos, muestran que el fenómeno del bullying o acoso escolar se encuentra presente en las diferentes etapas educativas de primaria y secundaria, y que se aprecia un descenso significativo entre los alumnos que lo practican y lo sufren, esto es debido a la implicación de las familias, las instituciones y los docentes que cada vez están más concienciados de la presencia de este fenómeno.

Este estudio refleja que el uso de las nuevas tecnologías a la hora de realizar acoso no resulta significativo, presentando tan solo un porcentaje del 3,9% cuando se trata de opinión de acoso y un 0,2% desde el punto de vista del acosador. El acoso de tipo verbal a nivel de percepción es el más frecuente, seguido del acoso psicológico.

Se concluye que las relaciones positivas entre los profesores y alumnos son determinantes como prevención de relaciones conflictivas y acoso, al igual que las buenas relaciones familiares.

En el bullying hay muchos actores implicados que van desde alumnos, familias, docentes, instituciones, todos ellos forman parte del problema y de las soluciones que puedan atajar esta lacra. Los profesores y las familias, deben formar un tándem que permita una comunicación fluida, no culpándose mutuamente de los problemas de la escuela, ambos deben tener en cuenta que no es solo la formación académica la que debe prevalecer, sino

²⁷ M. MOÑINO GARCÍA, E. PIÑERO RUIZ, J. ARENSE GONZALO, F. CEREZO RAMÍREZ, F. "Violencia escolar y consumo de alcohol y tabaco en estudiantes de Educación Secundaria", *European Journal of Investigation in Health, Psychology and Education*, Vol. 3, Nº 2, 2013 pp. 137-147.

que también los aspectos emocionales, sociales y de crecimiento personal deben fluir al mismo tiempo, para que los niños reciban una educación de calidad y los valores necesarios para su crecimiento y desarrollo personal. Por otra parte, las administraciones deben aportar los medios necesarios para que los docentes estén formados en todas las situaciones con que se puedan encontrar en el desarrollo de su trabajo.

El acoso escolar, genera gran tristeza y dolor para los que la padecen. La relación entre iguales es nefasta, ya que existe relación de prepotencia en los acosadores y de sometimiento para las víctimas, generándose efectos extremadamente graves, que pueden desencadenar para el que lo sufre en problemas psicológicos serios, lesiones graves, e incluso el suicidio.

La prevención es la actuación más importante ante el acoso escolar, debiéndose potenciar por parte de la familia y la escuela, de forma que los menores tomen conciencia y haya tolerancia cero ante las situaciones de acoso, se debe tener en cuenta que cuando se detecta el acoso el daño ya está hecho, y las soluciones a cada caso concreto pueden llegar tarde.

En la actualidad se realizan gran número de estudios sobre violencia y acoso entre iguales, lo que evidencia el gran interés de las instituciones por este fenómeno. El Gobierno de España, ha puesto en marcha un Plan Estratégico de Convivencia Escolar, cuyos fines son la lucha y prevención del acoso escolar, en el que entre otras medidas se incluyen la coordinación y cooperación entre administraciones, entidades e instituciones, la observación y seguimiento de la convivencia en los centros educativos, la formación específica de los profesores, la elaboración de una guía para los padres, y la puesta en servicio de un teléfono contra el acoso escolar, que funciona las 24 horas del día todos los días del año atendido por especialistas.

“LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LA CIRUGÍA ESTÉTICA” ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa (Dykinson S.L.) (2016)

Dra. D^a. Arantzazu Vicandi Martínez
Profesora Doctora Encargada de Derecho civil
Universidad de Deusto

El libro que el lector tiene a su disposición es una magnífica obra que resalta la indiscutible necesidad de tratar los aspectos centrales de la responsabilidad sanitaria en materia de Medicina satisfactiva.

La obra se encuentra dividida en cuatro capítulos, a lo largo de los cuales la autora va desgranando los diferentes aspectos a tratar en materia de cirugía estética.

En el primero de los capítulos se aborda la cuestión relativa a la esencia de esta relación jurídica, haciendo especial hincapié en la naturaleza del acto médico en cuestión. Es por ello por lo que la autora hace referencia a las obligaciones de medios y de resultado, que tanto debate han suscitado en esta área.

En el segundo capítulo la autora se centra en los tipos de contratos que pueden tener lugar en esta figura y la responsabilidad civil que puede derivar de los mismos.

En el tercer capítulo el libro se estudia el tipo de responsabilidad que puede existir en el seno de la cirugía estética, para lo cual la autora analiza tanto la responsabilidad por culpa como la responsabilidad objetiva; deteniéndose especialmente en el concepto del daño y la pérdida de oportunidad en el seno de la responsabilidad sanitaria por cirugía estética.

El cuarto y último capítulo estudia uno de los elementos más cruciales de la responsabilidad médica: la información. Este concepto cobra especial entidad en la cirugía estética, por conformar ésta un área de la que se conoce como Medicina satisfactiva, que se caracteriza principalmente por la especial atención que ha de prestarse al consentimiento informado.

En conclusión, esta monografía conforma un profuso análisis de la responsabilidad sanitaria en la cirugía estética desde una perspectiva esencialmente doctrinal. De esta manera, este trabajo se erige como un libro de indispensable lectura que permite evidenciar los innumerables retos que aún es necesario abordar en la materia.

“INTERVENCIÓN CON COLECTIVOS. DESCENDIENDO A LA PRÁCTICA DE LA INTERVENCIÓN PROFESIONAL” NIETO-MORALES, C.; CORDERO RAMOS, N.; VAZQUEZ-FERNANDEZ, M. J. (coord.). (Dykinson S.L.) (2017)

Raquel Martín Cayetano

Trabajadora social

La pobreza y exclusión social ha existido siempre y desgraciadamente, se transmite de generación en generación, haciéndose muy difícil el ascenso en la escala social y muy fácil descender en la posición social.

Después de los avances sociales de finales del siglo XIX y del siglo XX, la globalización imparabla en el siglo XXI que por una parte permite mejorar en muchos ámbitos también aumenta las diferencias sociales entre países, personas, colectivos, etc. creando una brecha cada vez mayor entre los colectivos más vulnerables, ocupando un gran espectro y muy variados.

Pueden definirse a los colectivos desfavorecidos, como aquellos que por su situación personal, social, económica, ideología, sexo, raza, edad, etc. se encuentran en riesgo de exclusión social y/o marginación.

Los colectivos desfavorecidos son muchos y diversos, en este libro las coordinadoras recogen solo una parte, descendiendo al trabajo profesional que realizan los autores de los diversos capítulos que recoge el libro, es decir que están basado en el trabajo profesional que se realiza con dichos colectivos.

La Red Andaluza de lucha contra la Pobreza y Exclusión Social (EAPN) en la presentación del libro manifiesta que “La vulnerabilidad, cuyo grado se mide en función de las condiciones de fortaleza o debilidad de la persona en la estructura y el sistema social, aumenta la desigualdad y la pobreza, que se desencadenan en el momento en que coexisten una serie de factores como: la carencia de ingresos y medios económicos, desempleo, enfermedad y falta de políticas sociales. Y esta vulnerabilidad es superior cuanto mayor debilidad posee la persona, lo que la sitúa en un mayor riesgo social de sufrir exclusión, cronificando situaciones de precariedad que pueden conducirla a la marginalidad”. Confirmando que las situaciones de vulnerabilidad y debilidad sitúa a la persona en riesgo de exclusión cronificando las situaciones de precariedad.

A continuación, se va a reflejar como desde los dieciséis capítulos del libro los autores hacen una descripción de los colectivos vulnerables y desfavorecidos con los que trabajan:

El primer capítulo del libro “Vulnerabilidad e intervención con colectivos con necesidades especiales” de la Pfra. Concepción Nieto-Morales y Lourdes Nieto-Cabrera, realiza un recorrido general sobre la vulnerabilidad y la intervención con dichos colectivos desde las diferentes instituciones públicas y privadas con el fin de contribuir a mejorar su situación e intentar la inserción social de estos colectivos.

El segundo capítulo está dedicado al “Trabajo social con jóvenes en conflicto con la Ley. Prevención de factores de riesgo” de la pfra. Concepción Nieto-Morales, gran conocedora por su práctica diaria de la evaluación y trabajo con menores en conflicto con la Ley desde la Fiscalía de Menores, y que siempre mantiene en todos los foros, que se debe de actuar de forma preventiva ante los factores de riesgo que presentan jóvenes susceptibles de delinquir, dado que contribuye a disminuir los efectos emocionales en los menores y jóvenes

evitando infracciones penales; haciendo gran hincapié respecto a la intervención socioeducativa con estos menores y jóvenes antes de que infrinja la Ley.

El tercer capítulo del libro “Trabajo Social con Familias multiproblemáticas” del pfr. Valentín González Calvo, refleja en este capítulo las intervenciones a realizar con este tipo de familias debido a la gravedad de dicha tipología familiar. Las familias multiproblemáticas debido a la concurrencia de riesgos existentes deben ser objetivos prioritarios en la intervención, especialmente cuando existen menores y personas especialmente desfavorecidas potenciando sus acciones y permitiendo su autonomía.

En el cuarto capítulo Mónica Casillas Montaña pone de manifiesto un magnífico trabajo sobre la “Incorporación social de personas con problemas de adicciones”. El consumo de drogas en la sociedad española actual se encuentra normalizado, comenzando el consumo a temprana edad, y convirtiéndose en un grave problema conforme transcurren los años de consumo, donde muchos consumidores se convierten en politoxicómanos, con adicción difícil de superar.

El quinto capítulo dedicado a “Personas sin hogar. Una realidad diferente” de Alejandro García Montero, técnico de COIS, perteneciente al Ayuntamiento de Sevilla, pone de relieve una realidad social que resulta bastante invisible socialmente y que los ciudadanos en general solo perciben cuando se ve alguna persona excluida en la calle, desconociendo situaciones y circunstancias que llevan a una persona a encontrarse en dicha situación. Muchas de las personas sin hogar sufren problemas mentales que dificultan su reincorporación a una vida normalizada.

En el capítulo número seis dedicado al “Trabajo social en salud mental” de dos trabajadoras sociales: Isabel Cabrera Cepeda y Rosa M^a Cantos Aranda; donde su práctica profesional se realiza en la atención en salud mental y donde ponen de relieve su práctica de día a día con dicho colectivo.

El capítulo número siete “La inclusión en el mercado de trabajo de colectivos en exclusión desde la perspectiva del Trabajo Social. El trabajador social como insertor y mediador laboral” de la Pfra María Josefa Vázquez-Fernández, gran experta debido al trabajo realizado durante más de veinte años en la inserción laboral de colectivos desfavorecidos, realiza un recorrido de cómo realizar un itinerario para la inserción laboral.

En el capítulo ocho dedicado a la “Intervención socioeducativa con infancia en riesgo de exclusión: el comedor social familiar como plataforma pedagógica y de inclusión”, de la pfra. María Josefa Vázquez-Fernández y la trabajadora social María Fernández-Nevado que trabaja en un comedor social con menores en riesgo de exclusión, describiendo el trabajo diario con menores para evitar su exclusión.

El capítulo nueve dedicado a la “Intervención con la adolescencia en materia de prevención de violencia de género a través del teatro foro”, de la pfra. Manuela Romero y de Leonor Borrego Giraldo; que han realizado una investigación con adolescentes y en este capítulo reflejan los resultados de dicha investigación describiendo la situación inicial y después de trabajar con las adolescentes mediante el teatro la prevención.

El capítulo diez pone de manifiesto el trabajo que realiza la Pfra Nuria Cordero, Belén Agrela Romero, María García de Diego con “Mujeres subsaharianas transitando estrategias de supervivencia. Migraciones de género e intervención social con víctimas de trata”. La Pfra Nuria Cordero es una gran experta en víctimas de trata y trabaja con varias líneas de investigación y proyectos sobre mujeres. Este capítulo refleja parte de la investigación que realizan.

El capítulo once del libro “Intervención social con mujeres que ejercen la prostitución” del abogado y doctorando Rafael Barroso Pavía, de Taciana Silveira Passos y Cristiane Costa da Cunha Oliveira. Rafael Barroso realiza su tesis doctoral sobre mujeres que ejercen la prostitución, habiendo realizado numerosos trabajos y estudios al respecto, reflejando en este trabajo parte de sus investigaciones.

En el capítulo doce, dedicado a la “Intervención social con mujeres víctimas de violencia de género por prostitución y Víctimas de trata con fines de explotación sexual. El programa

Daniela” de la institución Oblatas y trabajadoras sociales: Ana Moreno Martín, Carolina Ortega Quintana, M^a Ángeles Segura Reyes y Cristina Toca Santana. Las autoras reflejan la intervención profesional que realizan en las Palmas de Gran Canarias con mujeres víctimas de trata.

El capítulo trece “El trabajo social en centros penitenciarios desde una perspectiva empírica” de Laura Monroy-Acosta y la p^{fra}. María Josefa Vázquez-Fernández describen el trabajo profesional que se realiza en centros penitenciarios. Las dos autoras tienen gran experiencia en esta práctica profesional.

El capítulo número catorce “Elementos específicos de un modelo educativo para menores en riesgo de exclusión social”. de la p^{fra}. María Josefa Vázquez-Fernández y Manuel Aguilar-Sola. Manuel Aguilar desempeña su actividad profesional como trabajador social en un Instituto con alumnos en riesgo de exclusión y plasma en el capítulo su trabajo diario con estos menores en un instituto de enseñanza secundaria.

El penúltimo capítulo “Trabajo social y emprendimiento. Nuevas salidas profesionales” de la Trabajadora social Rocío Cáceres Damas, que ante las dificultades de inserción laboral decide emprender y crear una empresa. El capítulo refleja el Trabajo social que se realiza desde una empresa privada, poniendo de manifiesto esa práctica profesional privada como Trabajadora Social.

En el último capítulo “Las dificultades para la integración de los solicitantes de protección internacional en España” de la abogada experta en extranjería Victoria Fernández Vidal, plasma la realidad laboral y las dificultades del trabajo con personas extranjeras en la aplicación de la legislación en España.

“DE LA POBREZA A LA MARGINACIÓN. RELATOS Y DISCURSO DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE MARGINALIDAD. LAS EMOCIONES DESDE EL CORAZÓN DE PERSONAS SIN HOGAR. ESTUDIO DE CASOS” NIETO-MORALES, C.; NICASIO RODRIGUEZ, R.; MARTIN CAYETANO, R.; GARCIA MONTERO, A. (Dykinson S.L.) (2017)

Manuel Muñoz Bellerin

Trabajador Social

Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales

Universidad Pablo de Olavide. Sevilla

El libro *De la Pobreza a la marginación. Relatos y discurso de personas en situación de marginalidad. Las emociones desde el corazón de personas sin hogar* presenta un completo análisis acerca de una realidad social que es compleja. En este sentido, es de agradecer que las autoras Concepción Nieto-Morales, Rosario Nicasio, Raquel Martín Cayetano y Alejandro García Montero, hayan contemplado dicha heterogeneidad incorporando elementos diferentes y, al mismo tiempo, integradores de un fenómeno de la importancia de la marginación y el sinhogarismo.

En efecto, la pobreza, la marginación o el sinhogarismo no son categorías inmutables, corresponden a la heterogeneidad de un mundo globalizado y en constante cambio. Por ello, se hace inevitable una perspectiva que conjugue factores como los descritos en este libro. Por una parte, es inevitable hacer referencia a contextos como el jurídico o el social desde una condicionalidad que está adscrita a derechos de personas que forman parte de la ciudadanía del estado español. Que España supere la media europea en las tasas de empobrecimiento es un dato preocupante acerca del cumplimiento de nuestra Constitución. Pero, además, refleja un panorama que atraviesa fenómenos como el demográfico, laboral, la economía, las estructuras sociales y familiares, etc. He aquí la multifactorialidad de un problema que abarca planos tanto macro estructurales como particulares.

La polaridad entre inclusión-exclusión como dimensión de la realidad social refleja, de manera sintomática, una dualidad que es en sí misma diagnóstico de la situación general de nuestras sociedades. Las personas sin hogar son una consecuencia concreta de la misma. Las características detalladas por los autores describen la complejidad aludida contemplándose en el caso del sinhogarismo la multiplicidad de aspectos: el desempleo, la ruptura de las redes sociales y familiares, la feminización de la pobreza, la inmigración, la salud mental, etc. Componentes todos ellos que deben ser tenidos en cuenta en función a la particularidad de un fenómeno variable.

Es incuestionable que los Servicios Sociales juega un papel importante como dispensador de recursos y servicios que mejoren la calidad de vida de las personas que se encuentran en la marginación. Pero, además, como institución, es un espacio donde desarrollar una serie de prácticas tendentes a dignificar la vida de las personas sin hogar. Los profesionales de la intervención social (trabajadores sociales, educadores, psicólogos, etc.) tienen un lugar privilegiado en dicho cometido, siempre y cuando cuenten con el apoyo de las administraciones y de las políticas sociales. Como refleja el estudio, en la ciudad de Sevilla, tanto el tercer sector como las administraciones públicas están llevando a cabo una prolija labor para paliar el complejo problema del sinhogarismo. Sin embargo, debemos tener en

cuenta que este problema no atañe exclusivamente a lo institucional, es social, político, cultural Y es un problema humanos, es decir, del cual somos todos responsables.

Y aquí es donde, desde mi particular punto de vista, radica la importancia de este libro: en la dimensión humana de un problemas que tiene como corolario el sufrimiento de seres humanos. La potencialidad del “poder contar y poder contarse” a la que hacía referencia Paul Ricoeur (2005:110) se hace ineluctable desde una perspectiva humanista de la intervención social. Los autores hace posible este hecho a través de un espacio de participación donde estos otros autores (las personas sin hogar) relatan en primera persona acerca de sus vivencias. La configuración de esta participación en la estructura del libro resulta cuanto menos plausible pero, sobre todo, merece nuestra atención. No es baladí el subtítulo del libro “Las emociones desde el corazón de personas sin hogar”, es una declaración de intenciones acerca de la inconmensurable labor que tenemos por delante todos y todas, profesionales de las ciencias sociales, administraciones públicas y privadas y sociedad: la dignificación y la recuperación a la ciudadanía de las personas sin hogar.

“INTERVENCION SOCIAL CON MENORES PROMOCIONANDO LA PRACTICA PROFESIONAL” NIETO-MORALES, C; CORDERO RAMOS N. (coord.) Intervención Social con Menores. Promocionando la práctica profesional. España. (Dykinson S.L.) (2016).

Lourdes Nieto Cabrera

Grado en Enfermería. Master Salud física y deporte

El libro: la *Intervención Social con Menores. Promocionando la práctica profesional*, se acaba de publicar, por la editorial Dykinson y sus compiladoras son profesoras del Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, que junto con sus 29 autores que conforman los 21 capítulos han plasmado la práctica profesional que cada uno realiza en su día a día del desempeño de la práctica profesional.

El trabajo con menores nunca será suficiente si con ello se puede mejorar la vida de los niños y jóvenes que representan la infancia del presente, y que serán los adultos del futuro. Desde las legislaciones tanto internacional, nacional y a nivel local se regula las intervenciones que permitirán ayudar a normalizar el trabajo que se realiza desde prevención, e intervención en las situaciones de desprotección, Justicia Juvenil, víctimas, etc. del trabajo que se realice con ellos dependerá la sociedad que tengamos en el futuro.

El libro que plasma la práctica que día a día realizan los profesionales en su trabajo pretende ser un manual para alumnos y profesionales que desean instruirse en el trabajo que se realiza con menores, entre otras cuestiones porque el trabajo en pleno siglo XXI se ha especializado tanto que incluso cuando un profesional se encuentra apartado un par de años de un puesto de trabajo deberá reciclarse y actualizarse en ese quehacer profesional.

Lo más importante de este trabajo, es el punto de vista práctico y los datos que aportan los Trabajadores Sociales, Psicólogos, educadores Sociales, abogados, psiquiatras, etc. que a través de la experiencia laboral con menores y jóvenes lo plasman en sus capítulos que conforman el libro.

Esta publicación aborda una problemática compleja que se agrava si no se crean acciones de prevención tanto primaria como secundaria y terciaria.

El libro consta del prólogo, presentación, 21 capítulos y conclusiones finales:

El libro ha sido Prologado por el Pediatra y Pfr. Dr. D. Ignacio Gómez de Terreros, Académico de Número de la Real Academia de Medicina de Sevilla y presidente del Foro de la Infancia.

La Introducción: Hace especial incidencia en la importancia que supone potenciar las redes profesionales de intervención social, con el objetivo de mejorar las condiciones de los menores que son las víctimas más vulnerables.

El capítulo 1: La Intervención desde el Trabajo Social de la pfra. Concepción Nieto-Morales

El capítulo 2: Que hace referencia a la Ética de la intervención con menores, de la Pfra. Nuria Cordero Ramos y José Emilio Palacios Esteban

El capítulo 3: trata sobre la Intervención con Menores: Una Perspectiva desde los Servicios sociales Comunitarios cuya autora es María Dolores Márquez Carrasco, abordando toda la práctica profesional que se realiza desde los Servicios sociales Comunitarios.

El capítulo 4 El Programa de Tratamiento de familias con menores. Un programa dirigido a preservar. A los menores en su entorno familiar escrito por la Trabajadora social Teresa Rama González

El capítulo 5: Intervención con Menores en zonas marginales. El caso del Vacíe. Sevilla, escrito por la Educadora Social Sara Tornero Delgado, que ha desarrollado su trabajo profesional en la zona del Vacíe en Sevilla.

El capítulo 6: Aportaciones desde el Trabajo Social en la atención a las Víctimas de Delitos. SAVA servicio donde el Trabajador social, Criminólogo y experto en Victimología Juan Antonio Hurtado Casau desarrolla su trabajo

El capítulo 7: Intervención social con menores en situación de desamparo desde los Servicios de Protección de Menores, cuyos autores el trabajador social del Servicio de Protección de menores de la **Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de Sevilla** Alejandro Martín Pluma y la Letrada de la Junta de Andalucía experta en Protección de Menores M. Luisa Wic Galván

El capítulo 8: Intervención desde un Centro Acogida Inmediata de la trabajadora Social Antonia Pérez Varela cuya práctica profesional la desarrolla en un centro de dichas características.

El capítulo 9: Intervención social en casos de abuso sexual a menores cuya autora es Laura Fernández-Trabanco Guilloto

El capítulo 10: Intervención social con menores posibles víctimas de trata. Niñas y niños que cruzan fronteras. Escrito por tres autoras, la pfra. Nuria Codero Ramos; Inmaculada Antolinez Domínguez y Esperanza Jorge Barbuzano

El capítulo 11: Intervención con Menores con problemas y trastornos conductuales graves en el contexto escolar cuya autora es la psiquiatra Ana M^a Gimenez Ciruela.

El capítulo 12: Intervención con Menores en casos de violencia Genero de la abogada María Rosario Torres Reviriego y la trabajadora social Encarna Martínez Grimaldi

El capítulo 13: Intervención con Menores en conflicto con la Ley de la Pfra. Concepción Nieto-Morales cuyo trabajo principal lo desempeña con menores infractores en la Fiscalía de menores.

El capítulo 14: La Intervención con Menores bajo Medida Judicial en Medio Abierto escrito por la pfra. Concepción Nieto-Morales y la Educadora que desempeña su trabajo como Técnico de Ejecución en Medio Abierto Pilar Jiménez Gutiérrez.

El capítulo 15: Intervención con menores desde la medida judicial de grupo de convivencia. Este capítulo ha sido escrito por José Ángel Neyra Tristancho que es Pedagogo y Director Grupo Educativo de la Asociación para la Gestión de la Integración Social, GINSO, José M^a Román Vela Trabajadora social y sociólogo que desempeña las funciones de Coordinador Educativo en la Asociación para la Gestión de la Integración Social, GINSO y Jesús Luna García formación Psicólogo en el Grupo Educativo. Asociación para la Gestión de la Integración Social de GINSO

El capítulo 16: Intervención con menores maltratados físicamente en el ámbito intrafamiliar desde una mirada socio jurídica, dicho trabajo ha sido realizado por la abogada Manuela Romero Rodríguez

El capítulo 17: Trabajo Social con menores que consumen drogas. Del que es autor Israel Fábregas Galán que es Trabajador Social y Coordinador de proyectos en la Fundación Atenea en Madrid.

El capítulo 18: Intervención social con menores de edad desde el ámbito sanitario. Experiencia práctica desde el trabajo social en un hospital de agudos. Cuyas coautoras son Carmen Fernández Esquivel trabajadora social y Agustina Hervás de la Torres, Trabajadora Social. Hospital Virgen del Rocío. Sevilla.

El capítulo 19. Los centros de valoración de la discapacidad de la Pfra. Concepción Nieto-Morales y de la Trabajadora social y Psicóloga Macarena Acosta Fernández

El capítulo 20: Intervención con Menores con diversidad funcional cuyos autores son el Dr. Antonio Jesús Yugueros García y la Trabajadora social María del Mar Expósito.

El capítulo 21: Programa especial de intervención con menores a través del teatro escrito por el trabajador social y Pfra. Manuel Muñoz Bellarin.

Las conclusiones finales han sido escritas por la Pfra. Concepción Nieto Morales que pone de manifiesto la importancia de la practica profesional y su interrelación con el ámbito universitario y los marcos teóricos que marcan todo quehacer profesional del Trabajo Social y la intervención, cuya finalidad seria transmitir el quehacer profesional poniendo en valor que “en pleno siglo XXI, la especialización profesional se torna tan importante para realizar un buen trabajo especialmente con personas y si estas son el futuro aún más”. Considerando que de los diferentes colectivos que interviene el trabajo social es unas de las victimas más vulnerables que si la intervención no es la adecuada repercutirá no solo en ellos sino en el futuro de la sociedad.

“LA REFORMA DE LA IMPOSICIÓN PERSONAL SOBRE LA RENTA A LO LARGO DEL SIGLO XIX EN ESPAÑA” CRESPO GARRIDO, María (Legal History Review) (nº23, 2016).

Bárbara de la Vega Justribó

Profesora Visitante Lectora (Acreditada a Titular) de Derecho Mercantil

Universidad Carlos III de Madrid

El artículo publicado expone parte de las reformas fiscales en la Imposición sobre la Renta realizadas en España en la primera mitad del siglo XIX. Centrado tanto en el entorno histórico como en la situación de las arcas públicas, la profesora Crespo analiza cómo el concepto fiscal de renta se fue perfilando en las sucesivas reformas, en el ánimo de aclarar cuál es la mejor manera de definir la capacidad económica de los usuarios como expresión de su capacidad excedentaria susceptible de imposición.

Las dos reformas fiscales analizadas con mayor profundidad son; la llevada a cabo en las Cortes de Cádiz a comienzos del siglo XIX y, posteriormente en 1845, cuando Ramón Santillán y Alejandro Mon pretenden establecer un sistema impositivo mixto de contribuciones directas e impuestos indirectos, constituyéndose como la reforma fiscal más importante del siglo. Ambas modificaciones legislativas pretendieron perfeccionar la imposición sobre la renta hasta establecer un gravamen sobre la renta excedentaria. Algo que no se consiguió en ninguna de las dos reformas estudiadas.

En un momento en el que la revisión catastral estaba pendiente y la imposición indirecta presentaba un peso específico muy alto, la reforma de la imposición directa quedó postergada a un momento posterior.

La autora considera que no puede estudiarse el sistema fiscal sin tener en cuenta el tardío desarrollo económico y social en el que las civilizaciones del entorno mediterráneo se encontraban. Y aunque se pretendió establecer un nuevo impuesto que fuera capaz de financiar los desorbitantes gastos ocasionados por la Guerra de la Independencia, quedó muy lejos del *Income tax* que ya se había adaptado en la isla británica en 1798.

El origen más remoto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas surge como respuesta a la necesidad de financiar los crecientes gastos públicos derivados de la contienda. Nacido como tributo extraordinario con el que garantizar la viabilidad de los recursos públicos necesarios para una situación excepcional, a lo largo de todo el siglo XIX fue perfilándose como un recurso ordinario que gravaba la capacidad económica de las personas físicas, cosa distinta era definida.

El deterioro de las arcas públicas españolas se fue produciendo con el paso del tiempo como consecuencia del persistente déficit que invadía la contabilidad pública española y se arrastró a lo largo de todo el siglo XIX. Los ingresos recaudados por las rentas heredadas del absolutismo eran insuficientes desde finales del siglo XVIII, aunque algunos ministros absolutistas trataron de incrementar los ingresos para poder atender los gastos corrientes, desatendidos ante las penurias de fondos del Tesoro, sin éxito alguno. La estructura fiscal española era muy similar a la imposición francesa del siglo XIX, que pivotaba sobre la tributación indirecta y la imposición sobre el producto se integraba en la imposición directa. Éste, que era el modelo tributario inglés del siglo XVIII, acabó siendo un obstáculo para la implantación definitiva de la imposición personal.

La exacción de la Contribución Extraordinaria de Guerra consistía en el repartimiento de una suma global entre los pertenecientes a un determinado colectivo, de acuerdo al “modo de vivir de cada parroquiano y el conjunto de todas sus facultades”. El 28 de agosto de 1809 la Junta Superior del Principado de Cataluña dicta la Orden por la que se establece una contribución que puede definirse como el germen de la imposición sobre la renta.

Las aportaciones más importantes en este período se refieren a los intentos de los liberales por establecer una contribución directa en 1813 y un impuesto directo de producto, de corte francés en 1821. Este segundo intento se inicia en 1817. Se sustituyen las rentas provinciales por los Derechos de puertas, similar al impuesto francés, de recaudación proporcional a la riqueza de los ciudadanos. Aplicable en todas las poblaciones excepto en las capitales de provincia. Con este nuevo tributo se está ante la consolidación de la imposición de producto.

Posteriormente se acomete la reforma de Alejandro Mon y Ramón de Santillán, que desde la perspectiva de la imposición sobre la renta, supone un salto atrás, ya que los principales avances se producen en el ámbito de la imposición indirecta e imposición sobre el producto, dejando al margen las posibilidades de perfeccionar la imposición sobre la renta. El cometido principal era el establecimiento de un sistema mixto de contribuciones directas e impuestos indirectos, impidiendo así la exacción de una única imposición sobre la renta que gravara la capacidad de pago global. La imposición directa pivotaba sobre la contribución sobre inmuebles, cultivo y ganadería, el subsidio de industria y comercio propuesto en 1828 y la contribución sobre inquilinatos.

Tras el frustrado intento de establecer en 1846 la contribución de inquilinatos, como forma de establecer una imposición sobre la renta no hay nada relevante hasta 1854, fecha en la que aparece un tímido precedente de lo que posteriormente se configuraría como un tributo que recayera sobre la renta, como es el impuesto sobre cédulas personales de 1874. Las cédulas de vecindad fueron instituidas en febrero de 1854 y cuya adquisición era obligatoria. Laureano de Figuerola, por su parte, sí acomete un verdadero intento por introducir un impuesto personal sobre la renta.

“ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL: SOCIAL, EDUCATIVA, PSICOLÓGICA Y MÉDICA. EL PERITO JUDICIAL” NIETO-MORALES, C. (coord.) (Dykinson S.L.) (2016)

Antonio Jesús Yugueros García

Doctor en Desarrollo y Ciudadanía por la Universidad Pablo de Olavide.

Diplomado en Policía Judicial.

El libro: Análisis y valoración de la prueba pericial: social, educativa, psicológica y médica. El Perito Judicial es una compilación de capítulos, de prestigiosos profesionales de diversos ámbitos de lo jurídico-social, tema de gran interés, y de rabiosa actualidad. En este caso se va a abordar toda la casuística relacionada con el Perito Judicial: sus cometidos, responsabilidades, etc., y, obviamente, de su labor: la práctica del informe pericial, que posteriormente será valorada por los Magistrados y Tribunales de justicia.

Se insertan en esta compilación, artículos de juristas de reconocido prestigio en nuestro país, que abordarán, cada uno desde su perspectiva profesional, la labor del Perito Judicial y de su producción: la elaboración de los informes periciales, tras haber realizado el estudio correspondiente del área del saber que le es propia.

También intervienen: Médicos Forenses, Psicólogos, Trabajadoras Sociales, que expondrán de manera magistral y, también, desde sus experiencias, cómo abordar la prueba pericial.

No me cabe ninguna duda, que esta obra será un instrumento muy importante para cualquier persona que quiera profundizar en esta profesión que, aunque no es nueva, sí está teniendo unas connotaciones relevantes últimamente, pues, cada vez más se tiene la necesidad, del auxilio de profesionales que puedan aportar sus conocimientos y pericia, en el ámbito judicial.

El libro consta de los siguientes capítulos, y autores/as:

Presentación: realiza por la Fiscal coordinadora para la Víctima, de la Fiscalía de Sevilla, Dña. Marta Valcárcel López, titulándola: *Los peritos, esos sabios*, donde, de manera sintética, aborda la importancia de la labor del perito judicial, como colaboradores necesarios en los procesos judiciales.

Introducción: llevada a cabo por la Dr^a. Concepción Nieto Morales, donde vislumbra los contenidos que el lector va a encontrar en esta obra.

1.- *La proposición y práctica de la prueba pericial: clases de informes periciales*, de Ana Hermosa Martínez, Fiscal de la Fiscalía Superior de Andalucía, Coordinadora de la Sección Territorial de Sevilla, trata el tema de la prueba pericial en los procedimientos especiales de menores, familia y violencia de género.

2.- *La prueba pericial en el proceso penal de menores*, de Teresa Vidal Delgado, Fiscal Coordinadora de Ejecución de Medidas de la Fiscalía de Sevilla, aborda la temática de la prueba en el proceso penal de los menores, destacando la autora que la prueba pericial en este caso no difiere substancialmente de la que se practica en el proceso penal de mayores.

3.- *La prueba pericial en el procedimiento civil del derecho de familia y de protección de menores*, de la autoría de Daniel Valpuesta Conteras, Fiscal Coordinador de Familia y Protección de Menores, realiza un estudio socio-legislativo, sobre la importancia de la prueba pericial en los contextos descritos en el título de este artículo.

4.- *La prueba pericial en los delitos relacionados con la violencia de género*, de Fátima Domínguez castellano, Fiscal Delegada de Violencia sobre la Mujer de Sevilla, pone de

manifiesto, entre otras cuestiones, la problemática que supone la valoración de la prueba en estos ilícitos penales, ya que se cometen, habitualmente, sin la presencia de testigos oculares de los sucesos. Desarrolla, magistralmente, la valoración de la prueba pericial de la testifical de la mujer víctima de estos execrables hechos.

5.- *El peritaje médico forense*, de Pedro Javier Mateos Díaz y Ángeles Sepúlveda García de la Torre, Médico Forense y Médica Forense, Directora de Violencia de Género de la Junta de Andalucía, respectivamente, exponen la necesidad que tienen los Jueces y Tribunales, del auxilio de la Medicina Legal, aplicada por los Médicos Forenses en las periciales propias de esta área del conocimiento.

6.- *El peritaje en los procedimientos penales*, de Cristina Jiménez Cortés, Psicóloga, de los Servicios de Apoyo a la Justicia de los Juzgados de Sevilla, referencia el papel del psicólogo en el ámbito forense, como asesor de los de los profesionales del derecho, donde la prueba pericial psicológica es de vital importancia para que estos profesionales se hagan una imagen lo más ajustada posible a la realidad del sujeto que se ha valorado.

7.- *La intervención de los equipos técnicos adscritos a la Fiscalía y Juzgados de Menores: contenido del informe psico-socio-educativo sobre el menor sujeto a procedimiento judicial*, de Concepción Nieto Morales, Asesora Técnica, Servicio Apoyo Administrativo Justicia. Delegación Justicia e Interior de Sevilla, relata la forma de llevar a cabo las periciales por los equipos técnicos forenses adscritos a la jurisdicción de menores, y la forma adecuada de redactar los informes periciales.

8.- *La intervención de los equipos técnicos y técnicos de ejecución de medidas privativas de libertad y en medio abierto: el contenido de los informes psicoeducativos del menor sujeto a procedimiento judicial*, de la misma autora del apartado anterior, en este caso realiza una valoración sobre la forma de llevar a cabo las periciales por los equipos técnicos y técnicos de ejecución de medidas privativas de libertad y en el medio abierto, así como la forma adecuada de redactar los informes periciales.

9.- *Las Unidades de Valoración Integral en los Juzgados de Violencia de Género*, de Guadalupe Gil Montes y Julia Peregrín González, Psicóloga. ET. Violencia Género Sevilla y Trabajadora Social ET. Violencia Género Sevilla, respectivamente, desarrollan el funcionamiento de estas Unidades de Valoración, así de la forma de instruir las periciales que le son requeridas por los órganos judiciales.

10.- *El alcance del informe psicosocial en los procedimientos de separación, divorcio y rupturas de pareja de hecho*, de Josefa Calderón Muñoz y María Dolores Ugalde Gorgojo, Trabajadora Social, Equipo Psicosocial Juzgados de Familia de Sevilla y Psicóloga, Equipo Psicosocial Juzgados de Familia de Sevilla, respectivamente, realizan un análisis sobre los informes periciales que realizan, en el ámbito de la casuística expuesta en el título de este trabajo.

11.- *Práctica de la prueba pericial en los procedimientos civiles y penales sobre menores: la perspectiva del letrado*, de Pablo Abascal Monedero, que es Abogado, Doctor en Derecho, profesor de Historia del Derecho Español de la Universidad Pablo de Olavide, donde de manera pormenorizada relata la práctica de la prueba pericial en el proceso de menores, como viene recogido en el título de este trabajo, poniendo de manifiesto la vasta experiencia en la defensa de los derechos de estos menores, como Letrado en este ámbito.

12.- *El perito de parte: la defensa interesada. Familia y violencia de género: perspectiva de la letrada*, de Amalia Calderón Lozano, Coordinadora turno de oficio de Violencia de Género, profesora asociada de la Universidad Pablo de Olavide, expone, otra forma de presentar periciales en los procedimientos: la instancia de parte.

13.- *El informe pericial en los delitos contra la libertad sexual de los menores*, de Enrique Pedros Fuentes, Fiscal de la Fiscalía de Sevilla, donde pone de manifiesto la importancia de la prueba pericial de este tipo de delitos, por lo delicado de la situación, al tratarse de menores, pericial que deberá llevarse a cabo por personal especializado en la intervención con estas personas.

14.- *El perito de parte. Responsabilidad penal del testimonio pericial*, de José María Cañal Fernández de Peñaranda, Fiscal de la Fiscalía de Sevilla, donde relata la responsabilidad del perito en el procedimiento penal, así como en la casuística de preceptos en los que puede incurrir por una mala praxis de su cometido.

15- *Consecuencias de la crisis de pareja, guarda y custodia compartida. Prueba pericial*, de María Luisa Zamora Segovia, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 26, de Familia, de Sevilla, donde tras relatar las últimas reformas llevadas a cabo en esta materia, expone la forma de valorar la prueba pericial en este ámbito.

Conclusiones: relatadas por la Dr^a. Concepción Nieto Morales.

No queda más que dar las gracias a la compiladora, Dr^a. Nieto-Morales, por haber aunado en esta obra a diversos profesionales, que de forma directa, abordan el rol del perito judicial, y de su hacer cotidiano: auxilio a la justicia con sus informes periciales.