

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

Número 5, Época I, Julio-Diciembre 2014

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 BARRENENGOA

*Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad de Deusto*

SUBDIRECCIÓN

JAVIER LARENA BELDARRAIN

*Profesor Encargado de Derecho Procesal.
Universidad de Deusto*

SECRETARÍA TÉCNICA

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Abogado especialista en Derecho Penal Económico.

COORDINADORA DE LOS CONSEJOS DE EDITORIAL, REDACCIÓN Y CIENTÍFICO

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**

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

Profesora Encargada de Derecho Civil.
Universidad de Deusto

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.

INMACULADA VIVAS TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil.
Universidad de Sevilla

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

LUIZ 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

JUÁN CARLOS BENITO BUTRÓN

**JCBBO como Magistrado Especialista Social del
Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y
Profesor Asociado de la Universidad del País Vasco.**

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

PRESIDENTE

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

VOCALES

CARME CHACÓN PIQUERAS
Ex Ministra de Defensa y Vivienda. Professor in
Residence en Miami Dade College.

JUÁN JOSÉ IBARRETXE MARKUARTU
Ex Lehendakari del Gobierno Vasco.
Ex Vicelehendakari y Ex Consejero de Hacienda y
Administraciones Públicas del Gobierno Vasco.

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

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

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

LEOPOLDO CALVO- SOTELO IBAÑEZ-MARTIN
Máster en The Fletcher School of Law and Diplomacy,
Tufts University. Ex Subsecretario del Ministerio del
Interior, Letrado Mayor de la Sección Cuarta del Consejo
de Estado.

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

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

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

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

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

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

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.

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.

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Madrid.
LLORENÇ HUGUET ROTGER
Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático
de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.
Universidad de las Islas Baleares

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.

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

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

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

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

I. FIRMA INVITADA

ÁFRICA Y UNIÓN EUROPEA, POR UN HORIZONTE COMÚN DE SEGURIDAD Y PROGRESOpágs. 9-13

JESÚS DíEZ ALCALDE

Teniente Coronel y analista del Instituto Español de Estudios Estratégicos Estado Mayor de la Defensa

II. PORTADA EDITORIAL

“MIRABILIA”: ESPAÑA A DEBATE: ÉTICA, CORRUPCIÓN Y CONCIENCIA SOCIALpágs. 14-18

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

Socio Fundador de IURE LICET ABOGADOS

ÓSCAR MONJE BALMASEDA

Socio Fundador de IURE LICET ABOGADOS

III. ARTÍCULOS DOCTRINALES

1. PROGRESO CON “RAÍCES”, CON “CARA Y OJOS”págs. 19-35

JUAN JOSÉ IBARRETXE MARKUARTU

Ex Lehendakari del Gobierno Vasco. Ex Vicelehendakari y Ex Consejero de Hacienda y Administraciones Públicas del Gobierno Vasco

2. EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO Y LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACIÓN EUROPEApágs. 36-50

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

Ex Ministro de Justicia. Catedrático de Derecho Constitucional. Catedrático Jean Monnet de Derecho europeo y Eurodiputado

3. LA LETRA PEQUEÑA DE LA PONDERACIÓN: LIBERTAD SINDICAL VS. DERECHO AL HONORpágs. 51-58

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ

Ex Ministro de Justicia. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia

4. LA PROBLEMÁTICA DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS Y MORATORIOS EN LAS ESCRITURAS DE HIPOTECApágs. 59-77

MARÍA JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN

Doctora en Derecho Procesal

5. PRIVACIDAD EN SERVICIOS TURÍSTICOS BASADOS EN GEOLOCALIZACIÓNpágs. 78-93

MARÍA MAGDALENA PAYERAS CAPELLÀ

Doctora en Ingeniería

ANTONIA PANIZA FULLANA

Doctora en Derecho

MACIÀ MUT PUIGSERVER

Doctora en Ingeniería

ANDREU PERE ISERN DEYÀ

Doctor en Ingeniería

6. A FRAMEWORK TO ANALYZE ENVIRONMENTAL CONDITIONS AFFECTING CORPORATE ENTREPRENEURSHIPpágs. 94-111

JOKIN CEARRA MENDIALDUA

Profesor de dirección financiera y creación de empresas (EUCCB) y Licenciado en empresariales (UPV/EHU) y MBA (IESE)

MARÍA SAIZ SANTOS

Profesora de emprendimiento y creación de empresas (UPV/EHU), Doctora en CC Económicas y Empresariales (UPV/EHU), Investigadora del proyecto internacional GEM (Global Entrepreneurship Monitor)

- 7. VIVIENDAS SOLIDARIAS Y DISCAPACIDAD: PARTICULARIDADES Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS SOBRE LA CESIÓN DE LA VIVIENDA PROTEGIDA**págs. 112-144
DANIEL MONTERO FERREIRA
Doctorando en Derecho Civil (UNED) y Abogado de la EMVS.
- 8. LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN EL ÁMBITO FAMILIAR**.....págs. 145-159
ANTONIO JESÚS YUGUEROS GARCÍA
Doctor de la Universidad Pablo Olavide
- 9. CONSTRUCCIÓN INDUSTRIALIZADA DE EDIFICIOS EN EL SIGLO XXI. EN TORNO A LAS RESPONSABILIDADES**.....págs. 160-175
LUIS JAVIER CUENCA LÓPEZ
*Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada.
Máster Universitario en Seguridad Integral en la Edificación y Arquitecto Técnico*
- 10. TRABAJAR AL SERVICIO DE LA SANIDAD PÚBLICA: LOS EFECTOS DEL TRABAJO HOSPITALARIO EN EL PERSONAL SANITARIO**.....págs 176-194
LOURDES NIETO CABRERA
*Diplomada en Enfermería.
KlinikumDarmstadt. Darmstadt. Alemania*
M^a. MERCEDES JIMÉNEZ PEÑA
*Diplomada en Enfermería.
Virgen de Valme. Sevilla*
CONCEPCIÓN NIETO MORALES
*Diplomada en Enfermería.
Virgen de Valme. Sevilla*

IV. RECENSIONES

- 1. CLAVES PARA ENTENDER LA MARCA CORPORATIVA**.....págs. 195-196
BORJA SIMÓN DE LAS HERAS
Grado en Derecho. Prácticas en IURE LICET ABOGADOS
- 2. VICTIMOLOGÍA: UN ESTUDIO SOBRE LA VÍCTIMA Y LOS PROCESOS DE VICTIMIZACIÓN**.....págs. 197-198
IGNACIO LLEDÓ BENITO
*Abogado Penalista. Máster en Investigación en Ciencias Jurídicas
y Máster en Derecho Penal Económico*
- 3. PARTICIPAR. LA CIUDADANÍA ACTIVA EN LAS RELACIONES ESTADO SOCIEDAD**págs. 199-200
ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ
*Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Deusto.
Abogada en IURE LICET ABOGADOS*
- 4. LOS EFECTOS DEL TRABAJO CON PERSONAS MAYORES DEPENDIENTES INSTITUCIONALIZADAS**págs. 201-202
ISABEL CABRERA CEPEDA
Servicio Andaluz de Salud y Trabajadora Social

ÁFRICA Y UNIÓN EUROPEA, POR UN HORIZONTE COMÚN DE SEGURIDAD Y PROGRESO

TENIENTE CORONEL JESÚS DíEZ ALCALDE

*Analista del Instituto Español de Estudios Estratégicos
Estado Mayor de la Defensa*

Con sus luces y sus sombras, África se posiciona, cada vez con más fuerza, en el concierto internacional; sin embargo, en el seno de la Unión Europea (UE), su proyección hacia el exterior y su transcendencia geopolítica aún no concitan el consenso unánime y el compromiso que su situación demanda. En cuanto a sus fortalezas, y a pesar de las notables diferencias entre los 54 países que conforman el continente africano, su potencial económico, energético y humano es su principal fortaleza. Con un crecimiento económico superior al 5% en 2014; una riqueza creciente de hidrocarburos, en especial petróleo y gas; y una enorme explosión demográfica, con una población extremadamente joven y que se duplicará en 2050 hasta alcanzar los 2.000 millones, África emerge hoy como un actor mundial de primer orden y, más que nunca, tiene enormes condiciones para superar el pasado y convertirse, por primera vez, en constructor de su propio destino.

Frente a este auge africano, Europa necesita nuevos mercados financieros y comerciales, tiene una enorme dependencia energética del exterior y su población está en claro retroceso demográfico. Todos estos parámetros deberían ser suficientes para que la Unión Europea mirase hacia el Sur, con mucho más compromiso e intensidad, y respaldase las expectativas de futuro que presenta el continente africano. Pero, para que el beneficio sea mutuo y duradero, debe hacerlo con la firme determinación de cooperar con las enormes reformas estructurales que África necesita, tanto en la renovación de la gobernanza o en la instauración de verdaderos regímenes democráticos como en la implantación de sistemas eficaces de seguridad. Estas reformas permitirán traducir el crecimiento económico africano en el desarrollo de su población, en la reducción de sus alarmantes índices de pobreza y de los niveles de desigualdad y frustración social, que son el sustrato que alimenta muchos de los riesgos y desafíos que hoy enfrenta el continente africano.

Pero, indudablemente, poco podrá avanzar África en el ámbito económico y social si antes no consigue eliminar las amenazas transnacionales que se ciernen sobre su seguridad. Y eso solo podrá hacerlo con el apoyo y el compromiso de la comunidad internacional, y la Unión Europea –siquiera por cercanía geográfica y por responsabilidad histórica– debe ser un pilar principal de ese proceso. La inestabilidad imperante en países como Libia o Egipto, consecuencia de unas fracasadas revueltas sociales; la creciente lacra del terrorismo yihadista, que se expande desde el Magreb hasta el Cuerno de África; el estallido violento de los conflictos armados en Mali, República Centroafricana o Sudán del Sur, en los que no se alcanzan ni se presagian acuerdos certeros de paz a corto plazo; o la expansión del crimen organizado en África Occidental, dibujan un preocupante escenario que debería encender todas las alarmas de Europa y sustentar una acción más determinante.

Sin embargo, y a pesar de una limitada cooperación en la resolución de las crisis africanas, la realidad es otra. El Sur sigue sin concitar el consenso unánime de los 28 países miembros de la Unión Europea –necesario para cualquier acuerdo en el ámbito de la seguridad y la defensa–, ni tampoco existe una visión estratégica que reconozca que lo que ocurre en África tiene y tendrá una repercusión, cada vez mayor, en territorio europeo, en su seguri-

dad y en su estabilidad. Además, la sociedad europea tiene un gran desconocimiento, o muy parcial en el mejor de los casos, sobre el continente africano; y subsanar esta grave carencia exige, por un lado, más investigación y pedagogía para analizar y conocer en profundidad tanto las oportunidades como las amenazas. Por otro, demanda más información, desde el nivel político y los medios de comunicación, para sustentar una opinión social –sea favorable o no, pero fundamentada– sobre las decisiones respecto a la cooperación europea, así como en cuanto a los recursos humanos, materiales y económicos que estas requieren.

Con todo, y pensando en África, la Unión Europea –un reconocido éxito en el plano económico y social– continúa sin convencerse de que, como señalaba Robert Schuman en su aclamado discurso de 1950, «la paz mundial no puede salvaguardarse sin unos esfuerzos creadores equiparables a los peligros que la amenazan». Y esta certera reflexión –mucho más si hablamos de la paz europea– debe ser el principal fundamento de una Política Común de Seguridad y Defensa, que sigue sin tener el peso específico dentro de una organización que no puede renunciar a ser un actor global y comprometido con la paz y la estabilidad internacional. En 1999, en Colonia, entonces bajo la denominación de Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD), la Unión Europea refrendó su vieja aspiración de comenzar –en el marco de su política exterior– a dotarse de medios, instituciones y capacidades civiles y militares para gestionar crisis más allá de sus fronteras.

Y en el camino hacia el afianzamiento de la PESD, 2003 fue un año decisivo. Por un lado, se aprobó la primera misión, de carácter policial, en Bosnia Herzegovina. A partir de esa fecha, y como el logro más notable de la política de seguridad y defensa de la Unión Europea, se han aprobado hasta 33 misiones, de las que hoy están operativas 17 (12 de carácter civil y 5 militar). África también acogió la primera misión europea en 2003 –la operación Artemis en la República Democrática del Congo, de estabilización y ayuda humanitaria– y, desde entonces, ha sido el continente que ha recibido la cooperación exterior más importante de la Unión, con 17 misiones aprobadas y nueve de desplegadas en la actualidad. Sin embargo, las últimas misiones militares –de entrenamiento del ejército de Mali (EUTM Mali) y de estabilización en República Centroafricana (EUFOR RCA)– han vuelto a poner de manifiesto la falta de voluntad política de la Unión, debido a la escasa ambición de sus mandatos y la limitada capacidad de la fuerza; y también han evidenciado la falta de solidaridad, a tenor de la exigua aportación de efectivos militares por parte de muchos países miembros.

Por otro lado, la primera y única Estrategia Europea de Seguridad también vio la luz en 2003, liderada por el entonces Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Javier Solana, que fue muy parcialmente revisada en 2008. Basada en tres principios fundamentales: prevención, enfoque integral y multilateralismo, su gran logro sigue siendo el complicado consenso que alcanzó acerca de las amenazas contra la seguridad europea. Aunque su diagnóstico de la situación era acertado, presentaba una deficiencia de gran calado: recogía “cómo hacer las cosas” pero era menos precisa en cuanto a “qué cosas hacer”. Respecto a “dónde hacer las cosas”, las prioridades regionales y los escenarios de actuación, ya apuntaba que el continente africano –como vecino inmediato– debía ser un foco principal de atención, al subrayar que «incluso en una era de globalización, la geografía sigue siendo importante. A Europa le conviene que los países limítrofes estén bien gobernados. Los vecinos inmersos en conflictos violentos, los Estados débiles en los que proliferan la delincuencia organizada, las sociedades resquebrajadas o las explosiones demográficas a sus puertas plantean problemas a Europa».

Sin duda, el respaldo definitivo a la política exterior y de seguridad de la Unión Europea debió llegar definitivamente con el Tratado de Lisboa, aprobado en 2007 y que entró en vigor en diciembre de 2009. Sin embargo, y por el momento, la creación del Servicio Europeo de

Acción Exterior, la ampliación de las responsabilidades del Alto Representante, y la instauración de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) –en sustitución de la PESD– no han resultado suficientes para fortalecer la voluntad de incrementar el papel exterior de la Unión; ni tampoco para fortalecer –con medios civiles y militares– el compromiso que exige garantizar la paz, la estabilidad y la prosperidad frente a los riesgos que provienen del exterior. Entre las principales razones que han dificultado el avance de la PCSD puede señalarse la crisis financiera, que ha provocado que los países miembros limiten sus aportaciones a la gestión de crisis; pero su lastre fundamental ha sido el precario conocimiento y la falta de consenso respecto a las amenazas externas, tanto en el nivel político como en la ciudadanía, que ha relegado la importancia y las exigencias de la seguridad de los ciudadanos de la Unión a un preocupante segundo plano.

Conscientes de los peligros que puede significar que la seguridad y la defensa se conviertan en un asunto intrascendente, frente a un mundo globalizado e impredecible, con las amenazas más cercanas a sus fronteras, y con Estados Unidos reticente a proyectarse al exterior en apoyo del Viejo Continente (Libia 2011); el Consejo Europeo, por primera vez desde el Tratado de Lisboa, centró su reunión de diciembre de 2013, bajo el lema «La Defensa es importante», en la revitalización de la PCSD. Indudablemente, y después de varios años especialmente convulsos, el continente africano –el Magreb, el Sahel y el Golfo de Guinea– estaba presente en las tres líneas programáticas adoptadas por los Jefes de Estado y Gobierno de los 28 países miembros de la Unión Europea: «incrementar la efectividad, visibilidad e impacto de la PCSD, estimular el desarrollo de las capacidades civiles y militares, y fortalecer la industria europea de defensa»; pero el estallido de la crisis en Ucrania y la anexión de Crimea por parte de Rusia han desviado la atención hacia el Este, en detrimento del esfuerzo y el compromiso que la seguridad de África y, por ende, de Europa requiere.

Ahora, la nueva Comisión Europea, que comenzó su andadura el 1 de noviembre de 2014, se enfrenta –según sus propias declaraciones, con ambición y de forma decidida– al reto de plasmar en acciones más concretas los acuerdos alcanzados en el Consejo Europeo, y que deberán ser presentadas en la próxima reunión de junio de 2015. Como señaló la actual Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Federica Mogherini, en su discurso de intenciones ante el Parlamento Europeo el pasado octubre: «Necesitamos emplear los próximos cinco años en consolidar nuestra política común, nuestra visión común y nuestra estrategia común. No hay otro camino para gestionar estos tiempos difíciles y este difícil mundo que enfrentarnos juntos a nuestros cometidos y a nuestras responsabilidades». Para conseguirlo, y sobre la base del consenso y la responsabilidad política, el primer objetivo será la promulgación de una nueva Estrategia Europea de Seguridad, que sustituya a la ya obsoleta de 2003 y que refleje, con más oportunidad, el panorama geopolítico mundial y los riesgos que se ciernen en la actualidad sobre la seguridad y la prosperidad de la Unión Europea.

Además, el segundo factor determinante de una fortalecida PCSD deberá ser que el esfuerzo se centre en aquellos escenarios de conflictividad donde se generan y proyectan las principales amenazas: «Tenemos que trabajar mucho hacia el Sur –continuaba la Alta Representante–, y con los vecinos del sur de nuestros vecinos del sur, en África, que no sólo es un receptor de ayuda, sino también un aliado político. Tenemos que poner más atención al Este y al Sur. No es una contradicción. Las crisis no esperan su turno, no se ponen en cola y esperan por nosotros. Necesitamos hacer todo al mismo tiempo, y hacerlo todos juntos, de lo contrario, no será efectivo».

A partir de esta reflexión oficial, y sin subestimar la importancia presente y futura de la crisis de Ucrania, la Política Común de Seguridad y Defensa debe atender con determina-

ción al continente africano, desde el convencimiento de que sus problemas estructurales son extremadamente profundos y, por tanto, de más difícil resolución. Además, conviene subrayar, porque añade más peligrosidad y complejidad, que la gran mayoría de las amenazas está incitada por actores no estatales: milicias rebeldes, grupos terroristas o redes de criminalidad. Para ello, y de forma conjunta con los países y regiones africanas, es necesario afrontar la revisión de las estrategias regionales ya aprobadas (Sahel, Cuerno de África y Golfo de Guinea), y establecer una nueva política para la estabilización de la franja del Magreb. Así, y dentro del ámbito de la seguridad y la defensa, la cooperación Unión Europea-África debería focalizarse, entre otros, en los siguientes y prioritarios aspectos que sería conveniente reconsiderar y reforzar:

- Colaborar en el fortalecimiento de la gobernanza, con el fin de erradicar el riesgo que supone el colapso de un Estado, tanto dentro y como fuera de sus fronteras, y como requisito indispensable para garantizar el desarrollo nacional. En este ámbito, la ayuda europea debe atender, en primer lugar, a la reforma del sector de seguridad, en especial para que el uso de la fuerza seapotestad exclusiva del Estado.
- Al mismo tiempo, se debe favorecer la mejora y el desarrollo de las instituciones democráticas africanas. Solo así se asentarán la seguridad, el diálogo político, los procesos electorales, el estado de derecho y la distribución equitativa de la riqueza como generadores de un sentimiento de identidad nacional entre todas las comunidades, etnias y razas que conviven dentro de sus fronteras.
- Por último, hay que fomentar la instauración de unos mecanismos de seguridad nacionales y regionales, que resulten eficaces para hacer frente a las amenazas transfronterizas –fundamentalmente, terrorismo yihadista, criminalidad organizado y conflictos armados– y que promuevan la confianza entre los países.

Y en esta reforzada política de la Unión Europea, España tiene que afianzarse como un pilar esencial para impulsar y fortalecer la cooperación con el Magreb, el Sahel y el Golfo de Guinea. España es el único país de la Unión con fronteras terrestres y marítimas en África, puente por el que transitan las políticas y las relaciones económicas desde Europa, pero también lugar de llegada y tránsito de la inmigración irregular, del crimen organizado, e incluso objetivo declarado del terrorismo yihadista. Los mandatarios europeos no deben olvidar que estos riesgos repercuten, con mayor o menor intensidad, en toda la Unión; y España –por los motivos antes esgrimidos, y junto con Francia, Italia y Grecia– debe impulsar un mayor consenso y voluntad política en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa, que permita afrontar con determinación los desafíos africanos, pero también optimizar las oportunidades que África ofrece.

En un mundo globalizado, las fronteras deben convertirse en puntos de encuentro que favorezcan la seguridad y el progresomutuos. Con este propósito, España debe hacer valer su privilegiada situación geoestratégica, sus consolidadas y excelentes relaciones con países como Argelia y Marruecos; o el contrastable prestigio que, en apenas unos meses, se han ganado los efectivos españoles entre las poblaciones de Mali y República Centroafricana, donde despliegan dentro de las misiones de la Unión Europea. Por todo ello, el importante potencial de España en África debe convertirse en un puente de férrea estructura entre las dos orillas del Mediterráneo.

Hoy, la interdependencia entre la Unión Europea y África es indiscutible, pero esta aún no despierta el interés que merece entre los dirigentes políticos, y menos aún en la opinión pública europea, que sigue asentada en una percepción errónea sobre la situación en el Sur. Hasta ahora, y más allá de las voluntaristas ayudas económicas al desarrollo africano, la

Unión Europea ha desplegado un contrastable esfuerzo civil y militar en África, pero el escenario de conflictividad actual exige redoblar los esfuerzos de cooperación. Todo ello desde el convencimiento de que un horizonte en el que prevalezcan la seguridad y el progreso es, ahora más que nunca, común e ineludible para ambos continentes.

NOTA: Para más información sobre la política de cooperación de la Unión Europea y África, las amenazas y las misiones europeas desplegadas en el continente africano, ver el análisis del mismo autor *África: avances, desafíos y su alianza estratégica con la Unión Europea* en el número 4 de esta **Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)**. Editorial Dykinson, fecha de publicación: 20/03/2014.

“MIRABILIA”

ESPAÑA A DEBATE: ÉTICA, CORRUPCIÓN Y CONCIENCIA SOCIAL

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

España está viviendo en los últimos tiempos una etapa de desconfianza social, ante los criticables acontecimientos de corrupción y “degeneración ética” que contamina la política española.

Se habla con razón de una urgente necesidad de regeneración, porque como explicaba Ortega y Gasset una sociedad desmoralizada es aquella que le falta el ánimo, el tono vital necesario para enfrentarse con gallardía a los retos que se presentan...

El ciudadano como Diógenes con el “candil”, ya no sabe si confiar en la búsqueda de un hombre justo... esa desconfianza, justificada (la generalización sería injusta) hacia la “res pública” viene motivada por esa nula sensibilidad de gestores de la clase política (insisto, generalizar sería injusto) que anteponen su interés personal al social, siguiendo las consignas del “despotismo ilustrado” (algunos ni lo localizarían históricamente...). Todo por el pueblo, pero sin el pueblo.

Es cierto que el ciudadano en una democracia como la que vivimos, y a pesar de todos los avatares, desconfianzas y crisis de valores, no debe desconfiar que a pesar de todo es el mejor sistema, en donde el ciudadano disfruta de unos insoslayables derechos fundamentales, que no sólo se le reconocen formalmente, sino también sustancial y de forma material. Así en el art. 23.1 CE reconoce el derecho de los ciudadanos a conocer los asuntos públicos, también el art. 103 CE establece que la administración “sirva con objetividad” los intereses generales. Y también el art. 105 CE nos describe el “derecho a la información”. Derecho de los ciudadanos a conocer la gestión pública.

Estas digresiones nos recuerdan las reflexiones de ARISTOTELES en el libro tercero de la política (del Estado y del ciudadano teoría de los gobiernos y de la soberanía). Cuando concluye que ¡Solo es plenamente ciudadano el que tiene participación en los poderes públicos! La verdad es que son palabras, que parecen de un contenido y aplicación intemporal, fácilmente traspolables al entorno actual. Máxime, cuando se afirma que en “las democracias en las que la ley gobierna, no hay demagogos, éstos aparecen donde la ley ha perdido su soberanía...” “Los demagogos para sustituir la soberanía de los derechos populares a la de las leyes, someten todos los negocios al pueblo porque su propio poder no puede menos que sacar provecho de la soberanía del pueblo de quien ellos soberanamente disponen...”

En fin, trasladando estas reflexiones al momento actual, nuestra política española nos lleva a la necesaria conclusión que la administración no tiene que ser “opaca”. Hay que deslindar como explicaba la profesora MANGAS MARTÍN (en un excelente artículo escrito hace varios años, y que no ha perdido vigencia ¿Es sostenible este Estado?) las funciones de naturaleza pública o de imperio (*iure imperii*) que deben ser desempeñadas de forma imparcial (judicatura, cuerpos de inspección, Diplomacia, etc) del resto de ámbitos que requieren “competencia profesional-actividades *iure gestionis*” como las sanitarias, docentes, etc. Y así las administraciones públicas deben ser transparentes y rendir cuentas a los ciudadanos día a día... Evitar dispendios, y un ejercicio honesto de “racionalización” que evite que las

distintas Administraciones, ofrezcan los mismos servicios a los ciudadanos. No olvidemos que el coste del Estado, las CCAA, y Ayuntamientos supera los 300.000 millones de euros al año...

Es por ello, que a pesar del descreimiento generalizado en todos los ámbitos sociales y/o profesionales, hacia la gestión pública, no sería inteligente, ni práctico adoptar actitudes radicales. Ni caer, en el caldo de cultivo de fáciles populismos. El ciudadano (todos) estamos en nuestro legítimo derecho de instar el correcto funcionamiento de los “mecanismos de control” que una democracia como “España” tiene competentemente instaurados, pero se les demanda un funcionamiento ejemplar.

Quizá el problema sea la nula exigencia de responsabilidad a quien debe velar para que los organismos rectores funcionen con credibilidad y sean capaces de generar confianza real en el ciudadano. Precisamente, este “ciudadano”, observa desmotivado que ciertos mecanismos de control, diluyen su actuación tutelar con una pasividad muy criticable. La confianza en el correcto funcionamiento de estos mecanismos de control suponen un “reto”, que el ciudadano demanda con razón a la clase política, un transparente control de la gestión pública.

Hace poco TOMÉ MUGURUZA (Miembro del Tribunal de Cuentas Europeo e Inspector de Finanzas del Estado), ponía el dedo en la llaga. En tiempo de crisis, es cuando con más razón, debe funcionar un control eficaz de los fondos públicos, se hace necesario un control del “gasto público”. Que todos los gastos y todos los ingresos del sector público se “ajusten a Derecho” de una manera eficaz y eficiente. Valores, que cada vez son más desconsiderados y sustituidos por otros más banales y crematísticos. Es descorazonador observar por el ciudadano cómo se instalan como “normales” unos principios de actuación contrarios a la ética del esfuerzo y al reconocimiento del trabajo bien ejecutado, y por el contrario prima la “ignorancia ilustrada...” y una mediocridad incorregible.

Todo es “caos y tiberio” en una sociedad, donde el fabulador, el demagogo o el delincuente, es arropado a la consideración de personaje notorio, y en algunos casos, de “héroe social”, ocupando la atención de medios de comunicación que, en ocasiones, les dispensan un trato, como si hubiesen recibido algún premio o reconocimiento social, por sus enormes méritos... (contraídos con la Hacienda Pública, y no con la sociedad...)

¡No es esto, no es esto! Como diría el gran pensador Ortega y Gasset. En mi opinión, siguiendo las reflexiones de GIOVANNI SARTORI, el sentido cínico (de muchos gestores públicos) se impone al sentido cívico que debe presidir, el orden de la convivencia en el interés social.

En esta línea de pensamiento, RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ nos recordaba hace poco que estamos viviendo una crisis de colosales “proporciones morales”. Una crisis en la que todos tenemos mucho que ver. Los ciudadanos porque hemos vivido, en términos generales, bajo la seducción del “consumismo insolidario”, y nos hemos olvidado de nuestra responsabilidad cívica, delegando todo asunto de interés general en dirigentes públicos, que a veces (desgraciadamente con reiteración) no han sabido estar a la altura de lo que se les demandaba, atender al interés común, no a su propio beneficio y conveniencia propia.

Del mismo modo ha ocurrido con los responsables económicos y financieros que han cedido en muchos casos, a la tentación utilitarista del beneficio y lucro personal olvidándose de la responsabilidad social corporativa. Y todo ello en congruencia con esa huérfana ausencia de valores y principios éticos que les han hecho actuar como verdaderos “estafadores sociales”, sin ninguna consideración de pudor y vergüenza con un entorno social envuelto en una severa y demoledora crisis económica.

Así por ejemplo basta que recurramos a una explicación didáctica, examinado el ingente número de empresas públicas, que suponen un verdadero dispendio al erario público, y ello sucede porque (volvemos a insistir una vez más los mecanismos de control no han funcionado); y en la mayoría de las veces el ciudadano ha contemplado tanto el factor inoperante de aquellos organismos sin control, como el refugio injustificado de colocación “nepotista”, de sujetos sin ninguna preparación o cualificación. Así en los últimos años, ha crecido exponencialmente el número de empresas públicas y su deuda superaba más del 5% de PIB.

Como muy bien nos explica el profesor MUÑOZ MACHADO SANTIAGO, en un libro muy recomendable: “Informe sobre España”. Repensar el Estado o destruirlo. Cuando se habla de la enormidad de los costes de nuestro sistema administrativo, no se pone el dedo en la llaga, que está en la falta de un diseño adecuado del conjunto, en la ausencia de un programa organizativo completo, reconocible y apoyado en la Constitución. En la ausencia de estos criterios no es posible acometer reformas estructurales serias, sino parchear los peores defectos de la situación, sin tener ninguna garantía de que no se volverá a las andadas, tan pronto como la crisis ceda.

La austeridad y la ética en la forma de ejercer el poder deben aliarse contra el despilfarro público. El ciudadano quiere una administración racional y eficiente y también unos dirigentes políticos, profesionales competentes y con un irreprochable ejercicio de dignidad en la gestión pública.

Coincidimos plenamente con CARLOS SEBASTIÁN (quien hace poco, en un excelente artículo sobre la corrupción -El Notario del Siglo XXI-) argüía con razón en línea de razonamiento, con lo que venimos exponiendo, que las “acciones corruptas se producen en situaciones en las que los gestores públicos, toman decisiones con repercusiones económicas relevantes (adjudicaciones de contratos, concesión de licencias, calificación urbanística y demás...). A ello, se une que en España la intervención administrativa es alta y pesada, y representa una carga importante para la actividad económica”.

Antes hablábamos, del perverso olvido, de valores tan necesarios, como la eficacia y la eficiencia, pero ambos quedarían desdibujados, sino vinieran arropados por el valor de la “transparencia” en la gestión pública. Y de ahí, volvemos a reiterar la exigencia en el funcionamiento correcto de los “mecanismos de control”. Explica en este sentido (el autor últimamente citado), que la relajación de aquellos, en lugar de su necesario reforzamiento por el crecimiento de las actividades públicas o reguladas, es una consecuencia del “deterioro del Estado de Derecho”. Y así se recalca el olvido de los “contrapesos”, que el poder ejecutivo debe tener, precisamente en un Estado de Derecho eficiente y social.

Asimismo, asistimos a veces impotentes ante la levedad, y laxitud en el control de instituciones “clave” en la administración del Estado, y por ende también en las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales (sobre todo, en el ámbito urbanístico).

Hemos hablado, con anterioridad de la crisis de valores, de la ausencia de la Ética en la gestión y control público; pero no debemos olvidar el padecimiento que ha provocado la crisis financiera, que ha azotado desde el escándalo del fraude de las hipotecas “subprime” en EEUU a los países de UE. Y que como explica OROZCO BARQUIN CONSUELO, fue el desencadenante de la “quiebra en cascada” del sector de la Banca a nivel internacional, que requería la intervención de los Estados, para evitar el colapso...

España no podía ser ajena a esta “vorágine contaminante”, y sobre todo el “talón de Aquiles” negativo, y que todavía estamos pagando sus nefastas consecuencias, ha sido la gestión política de las Cajas de Ahorro, que ha provocado pérdidas millonarias para el erario público (peor, desgraciadamente para todos los ciudadanos), y ha ocasionado una severa

política bancaria en las ejecuciones de procesos hipotecarios, que ha llevado el drama y la desesperación a un segmento muy sensible de nuestra sociedad, por la escasez de recursos económicos. Así, se han demandado medidas para proteger a estos deudores hipotecarios en el umbral de la “vulnerabilidad” y que han sido devorados (como en el cuento mitológico de Teseo y el laberinto del minotauro), por una situación generada por la crisis económica y social de consecuencias inasumibles para un Estado que ha hipotecado su compromiso con el bienestar y conciencia ciudadana.

Además, al hilo de la citada crisis económica otro ámbito que ha soliviantado (y con razón) al ciudadano, ha sido la comercialización (en muchos casos leonina) de productos financieros complejos, como los conocidos casos de las preferentes y/o aportaciones subordinadas, que han arruinado la economía de un ingente número de familias españolas que han padecido las actuaciones “torticeras y dolosas” (en muchos casos de la venta de productos financieros alejados de todas las recomendaciones y Directivas europeas), de forma injusta e ilícita por entidades financieras en desprecio del inversor, en muchos casos depositando los ahorros de toda una vida de esfuerzo y trabajo.

En fin, es una “miscelánea” de problemas que han puesto al descubierto las carencias éticas (en todo caso), económicas, y de políticas sociales que han enfadado al ciudadano, y le han hecho adoptar una posición activa y efectiva, en sus acciones de repulsa.

Hace muy poco el Presidente del Banco Central Europeo (BCE) Mario Draghi, hablaba de la necesidad del “recorte de impuestos”, ya que los europeos cargan actualmente con el mayor peso de impuestos del “mundo”... No hace falta ser un “taumaturgo o mago”, para convencernos que la competitividad (no ya la competencia y/o excelencia) es imposible para la recuperación del “pulso económico” a Europa, invadida de esas políticas culteranas y afines a esas tradiciones calvinistas del ahorro... y de la austeridad que nos ha conducido a una crisis no sólo económica sino social, todavía mayor creciendo los “insostenibles niveles de pobreza” para unas capas de la población que no entienden de políticas macroeconómicas, y por el contrario en su “microcosmos” todo es desesperación e impotencia, ya que al final los más perjudicados, son los más vulnerables socialmente.

Las políticas europeas han fracasado, y el ciudadano asiste nuevamente a una crisis sobreenvenida, que los “tecnócratas” no han sabido reconducir. Así, contemplamos un “euro” que cada vez vale menos, lo que supone una debilidad económica inasumible para los hogares que no entienden de “deflaciones” y sí sólo de penurias y terminan siendo espectadores pasivos de enriquecimientos pasivos indebidos.

Nos parece fundamental para acabar y no cansar al lector traer a colación unas palabras de BERNALDO DE QUIRÓS LORENZO, quien dice textualmente “*que la democracia española es imperfecta...*”. “No es el mejor de todos los mundos políticos imaginables, pero sí de los experimentados en la España de los dos últimos siglos. Por consiguiente, los españoles no tienen ninguna razón para avergonzarse del sistema en el que viven. Habrá que mejorarlo, modificar lo que está mal, y puede estar mejor, pero preservando lo mucho de bueno que tiene...”

En fin, regeneración “ética y política” deben ser los ejes de actuación en la vida pública y también los pilares de actuación social. Recuperar, principios y valores que devuelvan al ciudadano la confianza en el servicio público, reiterar la exigencia de “valores” tan dignos y necesarios como, el esfuerzo, el trabajo, el compromiso, la responsabilidad, el mérito, el reconocimiento, etc...

Aunque puede parecer innecesario en una época y momento histórico en donde el estudio y la reflexión, permanecen ajenos al reconocimiento y valoración, y en donde prima un

concepto utilitarista y macroeconómico de las cuestiones de interés social. Todos son estadísticas y sociologías numéricas...

No está de más (ya que citábamos antes a ARISTOTELES) recordar su “Ética a Nicómaco”. Donde nos recordaba que la ética debe estar unida a la política, y literalmente concluía “*Porqué es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada género de conocimientos, en la medida en que la admite la naturaleza del asunto...*” “*Puesto que la felicidad es una actividad del alma, según la virtud perfecta, hay que tratar la virtud, pues acaso así consideramos mejor lo referente a la felicidad. Y parece que es deberás político ocuparse sobre todo de ella...*” (Ética a Nicómaco, Libro I).

PROGRESO CON “RAÍCES”, CON “CARA Y OJOS”

JUAN JOSE IBARRETXE MARKUARTU

*Ex Lehendakari del Gobierno Vasco.
Ex Vicelehendakari y Ex Consejero de Hacienda y
Administraciones Públicas del Gobierno Vasco.*

Fecha de recepción: 9 de diciembre de 2014

Fecha de aceptación: 22 de diciembre de 2014

RESUMEN: *Vivimos en el seno de una sociedad cambiante y compleja, cuyos problemas no pueden tener una única respuesta, y como añadidura, nos vemos envueltos en una crisis global, que en nuestro caso se traduce en una profunda y prolongada crisis económica. Una situación global que requiere de respuestas y que no cesa de generar más incógnitas, que provocan que la toma de decisiones se torne cada vez más difícil. Esta globalización, también de los problemas, ha enfrentado la tímida respuesta de algunas sociedades que se han negado a aceptar pasivamente los cambios y transformaciones impuestos.*

ABSTRACT: *We are living in the heart of a complex and ever-changing society whose problems cannot be addressed with a one-way approach and, furthermore, we are involved in a global crisis that in our case translates into a profound and extended economic crisis. One global situation that demands answers but it still continues triggering more and more doubts, thus further complicating the decision-making process. This Globalisation, also of the problems, has faced the timid response of some societies which have passively refused the imposed changes and transformations.*

PALABRAS CLAVE: Globalización, crisis global, progreso, arraigo.

KEYWORDS: Globalisation, global crisis, progress, roots.

SUMARIO: *1. Introducción.- 2. El caso vasco.- 3. Identidad e innovación: raíces y alas.- 4. Conclusión: mirar al mundo sin olvidar las raíces.*

1. INTRODUCCIÓN

Nuestro mundo es un mundo complejo. Estamos ante problemas complejos, cambios profundos, transformaciones masivas. Y, por tanto, ante soluciones complejas. En palabras de Edgar Morin, es preciso “gérer la complexité”¹ Y por si esto fuera poco, vivimos una profun-

¹ E. MORIN, *El método: La naturaleza de la naturaleza*, Madrid, ed. Cátedra, 1981, p. 436, dice: “A partir de ahora estoy persuadido de que todo conocimiento simplificante y, por tanto, mutilado, es mutilante y se traduce en una manipulación, represión, devastación de lo real, desde el momento en el que se transforma en acción y singularmente en acción política. El pensamiento simplificado ha llegado a ser la barbarie de la ciencia. Es la barbarie específica de nuestra civilización. Es la barbarie que hoy se alía a todas las formas históricas y mitológicas de barbarie”. Un ejemplo particular de en qué consiste “gérer la complexité” en lo relativo al Derecho puede verse en: A.J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, París, ed. PUF, 1991, pp. 241 y siguientes.

da crisis planetaria de características diferentes a todas las crisis que hayamos vivido hasta ahora. Porque esta crisis que, se presenta con un formato poliédrico, esto es, como crisis de los sistemas jurídico, político, económico, sociológico, medioambiental, cultural... es, ante todo, axiológica.

Habrán pocas cosas que requieran una reflexión tan permanente, profunda y global como la actual situación de crisis global, de desastre ético, que atraviesa el mundo y, como una parte de él -aunque no es seguramente la consecuencia más importante por más que nos afecte a nosotros- la crisis económica prolongada instalada en regiones tan importantes como EEUU, Japón o, sobre todo, la Unión Europea. Y por si esto no fuera suficiente estamos ante la desaceleración económica de zonas de amplio crecimiento previo y fuerte demanda como Brasil o China. Los BRICS, a donde todos miramos, tampoco parecen pasar por sus mejores momentos.

Prácticamente todo es incertidumbre. No tenemos un diagnóstico claro, no sabemos lo que nos pasa y eso es lo que nos pasa que diría Ortega y Gasset. Y yo me pregunto: ¿Cómo acertaremos en la terapia sino tenemos un diagnóstico? Lo cierto es que prácticamente nada parece que vaya a ser mañana como lo es hoy. Los días transcurren sobre multitud de informaciones casi imposibles de digerir en su totalidad y amplitud, que ponen sobre la mesa nuevos problemas, nuevas incógnitas, cuando no reclaman decisiones difíciles de tomar porque las decisiones están rodeadas de más dudas que certezas. En estas coordenadas nada sería más negativo que querer retornar a “la situación anterior”, cuestión esta que tiene demasiados defensores en el mundo Occidental que añora con impaciencia “tiempos mejores”. Lo que ha de ser sucederá, pero será nuevo y diferente, y no será alumbrado por la nostalgia, sino por la tensión intelectual, la reflexión multidisciplinar -nada puede escapar al cuestionamiento racional- y la búsqueda de caminos, de espacios de encuentro, que permitan, porque ensanchan el conocimiento y la divulgación del pensamiento, ver que la luz que vemos a lo lejos es la salida del túnel y no un tren que viene de frente, tal y como decía nuestro genial vasco universal Jorge Oteiza.

En las tres últimas décadas del siglo XX, en la Sociedad Occidental, tomó carta de naturaleza la concepción neoliberal construida sobre los postulados de la Escuela de Chicago. Ahora, el neoliberalismo se encuentra en plena ofensiva planetaria. Se ha impuesto el mercado y, esto, en última instancia supone que, desplazado el individuo, cualquier justificación moral procede de una moral de medios, tiene un fundamento utilitarista y se identifica con el propio sistema del mercado². Frente a esta realidad, denunciando al “homo aeconomicus” es preciso hoy reivindicar aquella ética para la que el sujeto es un fin en si mismo³. Debemos

² F.A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, v. II, Madrid, Unión ed., 1988, p. 201, señala que: “La sugerencia de que (...) los lazos sociales correspondientes a la Gran Sociedad son de carácter “meramente económico” (o más exactamente, “cataléctico”) produce un vigoroso rechazo emocional. Y, sin embargo, se trata de algo que difícilmente puede ser negado, como tampoco cabe escapar a la conclusión de que, para una sociedad de las dimensiones y complejidad de las modernas, no existe solución social alternativa. Repugna a la mayor parte de nuestros congéneres todavía aceptar que el vínculo “pecuniario” sea el elemento capaz de aglutinar entre sí a los miembros de la Gran Sociedad; que, en último extremo, el grandioso ideal de la convergencia de todos los seres humanos deba basarse en relaciones establecidas entre personas motivadas por el deseo de alcanzar una más cumplida satisfacción de sus necesidades materiales”.

³ Esta preocupación queda bien reflejada en D.R. DUFOUR, “En tiempos del capitalismo total. La nueva servidumbre del hombre liberado”, *Le Monde Diplomatique*, edición española, Madrid, octubre 2003, p. 4, cuando señala que: “Vivimos un cambio capital, ya que si resulta afectada la forma del sujeto, no serán ya solo las instituciones que compartimos las que estarán en peligro, éste incluirá también, y sobre todo a “lo que nosotros somos”. Entonces, nada podrá ya frenar a un capitalismo total, en el que todo, sin excepción formará parte del universo mercantil: la naturaleza, el mundo vivo y el imaginario”.

retornar del mercado totalizador a las prácticas económicas de fundamentación ética, concedores como hoy somos que no hay proyecto económico sin proyecto de vida que tenga en cuenta lo humano en el sentido más amplio de la palabra. Y es hoy, como dice Eduardo Galeano, “el desarrollo es un viaje con más naufragos que navegantes”⁴. Es la primera enseñanza de este “nuevo tiempo”, “un mercado sin valores es un rastro”, o si se quiere de manera más cruda, utilizando las palabras recientes del Papa Francisco: “esa economía mata”⁵. Ha quedado, por tanto, en evidencia el concepto de la “autorregulación” de F. Hayek⁶. Esta es la primera evidencia, pero no es la única.

Hoy sabemos que la Cultura, entendida como conjunto de comprensiones compartidas, y la formación permanente son “puentes de plata” entre la política, la economía y la vida. A finales de los años noventa, Baudrillard constataba que “lo universal ha tenido su oportunidad histórica. Sin embargo, confrontados hoy en día a un orden mundial sin alternativa, a una mundialización inapelable por un lado, y, por el otro, a la deriva o a la insurrección tenaz de las singularidades, los conceptos libertad, democracia y Derechos Humanos tienen una extrema palidez que corresponde con su condición de fantasmas de un universal desaparecido. Y resulta difícil imaginar que puedan renacer de sus cenizas por el simple juego de lo político, ya que éste también es víctima de la misma desregulación y no tiene más fundamento que el poder moral o intelectual”. A partir de esta constatación abría una puerta a la esperanza señalando que “sin embargo, la suerte no está echada, aunque nada funcione ya para los valores universales. Las bazas se han potenciado, y la mundialización no ha ganado anticipadamente. Frente a su poder disolvente y homogeneizador vemos levantarse por todas partes fuerzas heterogéneas, no solamente diferentes, sino antagónicas e irreductibles”⁷. En los últimos tiempos estamos siendo testigos y protagonistas de un cambio de paradigma en un mundo globalizado que, de nuevo, en aras de la universalización ha pretendido la uniformización⁸.

Se ha invertido mucho tiempo y esfuerzo en hacernos ver los beneficios y valores de la globalización. Hoy tenemos también la evidencia de que esto ha tratado de uniformizar la economía, las reglas de funcionamiento de los mercados y, en definitiva, la propia sociedad. Todo ello en favor de una cultura global que derramaría beneficios y riqueza por doquier. Incluso sin reparo alguno se negaba - y se niega- el diálogo multicultural. Las consecuencias

⁴ E. GALEANO, *Las venas abiertas de América Latina*, Madrid, ed. Siglo XXI, 2005, pp. 224 y ss., así en p. 363, señala: “El subdesarrollo no es una etapa del desarrollo. Es su consecuencia”; en p. 323, “Dentro de cada país se reproduce el sistema internacional de dominio que cada país padece”; en p. 234, “El ingreso de América latina en la órbita británica, de la que sólo saldría para incorporarse a la órbita norteamericana, se dio en el marco de este cuadro general, y en él se consolidó la dependencia de los independientes países nuevos”, añadiendo en n. 23, citando a K. MARX, *Discurso sobre el nuevo cambio, en Miseria de la filosofía*, Moscú, s.f., “Nada extraño tiene que los librecambistas sean incapaces de comprender cómo un país puede enriquecerse a costa de otro, pues estos mismos señores tampoco quieren comprender cómo en el interior de un país una clase puede enriquecerse a costa de otra”.

⁵ SANTO PADRE FRANCISCO, *Evangelii Gaudium, Exhortación Apostólica*, Punto 53, Nov 2013, dice: “Así como el mandamiento de no matar pone un límite claro para asegurar el valor de la vida humana, hoy tenemos que decir no a una economía de la exclusión y la inequidad... Esa economía mata”.

⁶ Sobre la cuestión, véase F.A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, pp. 75 a 108.

⁷ J. BAUDRILLARD, *Pantalla total*, Barcelona, ed. Anagrama, 2000, p. 183.

⁸ J. BAUDRILLARD, “Del antiterrorismo a la guerra. La violencia de la globalización”, *Le Monde Diplomatique*, edición española, Madrid, noviembre 2002, p. 17, afirma que: “la misión de Occidente (o más bien del ex Occidente, puesto que desde hace mucho tiempo ya no tiene valores propios) es someter, por todos los medios, a las múltiples culturas a la ley feroz de la equivalencia. (...) La creación de un sistema mundial es el resultado de unos celos inmensos: los que siente una cultura indiferente y de baja definición de las culturas de alta definición -los que sienten los sistemas desencantados, faltos de intensidad de las culturas de alta intensidad-”.

de todo ello nos dejan igualmente evidencias: responsables de calificación que bendecían productos inseguros y con altos riesgos, gobiernos que miraban hacia otro lado, reguladores que no regulaban ni cumplían la labor para la que fueron elegidos... La quiebra de Lehman Brothers el 15 de septiembre del 2008, banco de inversión que sobrevivió a la Guerra Civil de EE. UU. y a la Gran Depresión de los años treinta, fue el comienzo más sonoro de todo lo que ha venido después. El virus de los mercados sin reglas y sin controles traspasaron el Atlántico y Europa se sumió en el periodo de recesión más prolongado de su historia, en el que aún estamos.

Al respecto resultan clarificadoras, a la par que gratificantes y reparadoras, las palabras pronunciadas el pasado noviembre de 2014 por el Papa Francisco ante los representantes del Parlamento Europeo: “El lema de la Unión Europea es Unidad en la diversidad, pero la unidad no significa uniformidad política, económica, cultural, o de pensamiento. En realidad, toda auténtica unidad vive de la riqueza de la diversidad que la compone... En este sentido, considero que Europa es una familia de pueblos, que podrán sentir cercanas las instituciones de la Unión si estas saben conjugar sabiamente el anhelado ideal de la unidad, con la diversidad propia de cada uno, valorando todas las tradiciones; tomando conciencia de su historia y de sus raíces”, para añadir dirigiéndose a los Europarlamentarios: “Queridos Eurodiputados, ha llegado la hora de construir juntos la Europa que no gire en torno a la economía, sino a la sacralidad de la persona humana, de los valores inalienables”⁹.

Afortunadamente hay sociedades y personas que no están dispuestas a aceptar de forma pasiva todos estos cambios y transformaciones, asumiendo que debemos renunciar a lo que somos en favor de lo que lo global resulta ser. Entiéndase como conjunto de reglas y valores que acaban por condicionar las acciones que llevamos a cabo como personas y actores en la sociedad actual. En contra de todo eso, hay que reivindicar que hoy es lo local lo que encarna la esperanza real de que otro mundo es posible.

Hoy, en la “sociedad global” es “lo local” lo que encarna la esperanza real de que otro mundo es posible. Hemos pasado del “viejo” paradigma de “lo global anula lo local”, al “actual” paradigma: “local moves the world”. Desde hace algún tiempo se ha comenzado a no aceptar los procesos de transformación y de cambio de manera pasiva, se interviene en ellos¹⁰. No se acepta pasivamente, con toda la razón, que “la modernidad lleve marca del otro”¹¹. Frente a la visión catastrofista de Immanuel Wallerstein acerca del individuo en la

⁹ SANTO PADRE FRANCISCO, Discurso al Parlamento Europeo, Estrasburgo, noviembre 2014.

¹⁰ D. OSBORNE, y T. GAEBLER, *La reinención del gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*, Barcelona, ed. Paidós, 1995, pp 62 a 66, se reflexiona sobre la cuestión “más pequeño, pero más fuerte”, señalando que: “las comunidades gozan de buena salud cuando sus familias, sus barrios, sus escuelas, sus organizaciones de voluntarios y sus empresas gozan de buena salud, y saben también que, para lograrlo, la función esencial del gobierno consiste en llevar el timón en estas instituciones (...) ser el catalizador que asiste a las comunidades en el fortalecimiento de su infraestructura civil. (...). Los gobiernos que se centran en llevar el timón dan forma a sus comunidades, Estados y naciones. Toman más decisiones políticas. Ponen en movimiento más instituciones sociales y económicas. Algunos incluso practican más regulación. (...) hay una mayor exigencia de *gestión de gobierno*, esto es, de ‘conducir’ la sociedad, de convencer a los diversos grupos de interés de que abracen metas y estrategias comunes”.

¹¹ A. MAALOUF, *Identidades asesinas*, Madrid, ed. Alianza, 1999, pp. 88 a 91, reflexiona acerca de que en cualquier lugar del mundo modernización significa occidentalización, y afirma: “Esta realidad no la viven del mismo modo quienes han nacido en el seno de la civilización dominante y quienes han nacido fuera de ella. Los primeros pueden transformarse, avanzar en la vida, adaptarse, sin dejar de ser ellos mismos (...). Para el resto del mundo (...) la modernización ha significado siempre abandonar una parte de sí mismos. Aun cuando en ocasiones ha provocado entusiasmos, el proceso no se ha desarrollado nunca sin una cierta amargura, sin un sentimiento de humillación y de negación.

búsqueda de la identidad, “identidad en cuanto incrustada en un concepto huidizo llamado ‘cultura’ o, para ser más exactos, “culturas”¹², hoy vivimos, como afirma F. J. Caballero Harriet, el “regreso a las culturas”¹³, no solo desde un punto de vista social y político, sino también desde un punto de vista económico. Esto es, “hacer lo que sabes hacer”, eso sí, incorporando nuevos conocimientos, nuevas tecnologías... empezando cada día, innovando, “innovando con valores”, “innovando con raíces”. Esta es, oponiendo noble resistencia al orden económico capitalista, al “cosmos capitalista” en Max Weber¹⁴, la nueva manera de entender el progreso¹⁵. El camino del futuro, por tanto, está en innovar con valores y sólo se puede innovar así manteniendo la ética de nuestras raíces. Es decir, saber llevar a cabo las cosas y cumplir nuestros compromisos desde los valores que nos aporta nuestra cultura propia.

Ahora también conocemos, mejor que nunca, en el escenario del entramado tejido multinacional empresarial, el valor estratégico que la industria “apegada al suelo”, la economía productiva autóctona, tienen para un país y para el bienestar futuro de sus gentes. Hoy hablamos de “mirar a la economía real” como la mejor receta para salir de la crisis y afrontar el futuro, cuando es evidente que los países de cultura “rentista”, no productiva, en los que se asentó la economía especulativa no pueden cambiar su estructura económica de la noche a la mañana. Existe una cultura económica, al igual que existe una cultura jurídica, resultado de concepciones compartidas acerca de la cuestión económica o jurídica en el marco más general de la cultura de un pueblo. Las personas, las empresas y los países, también, somos producto de la “acumulación” de formación, de decisiones, de adaptaciones realizadas a una realidad cultural siempre cambiante. Lo que seamos mañana estará en relación directa con nuestras decisiones, correctas o erróneas, que hayamos tomado hoy.

Sea como fuere, la crisis no sólo se ha cobrado su precio en un empobrecimiento general, en más paro, en ejecuciones hipotecarias sorprendentes, en cierre de empresas, en la caída de empresas de economía social, en rebajas de los salarios, en “aprovechamientos” salvajes de la coyuntura... Esta crisis ha puesto en entredicho nuestra forma de vivir y, lo que aún es más importante, ha puesto en entredicho la forma de pensar de cómo hemos de seguir viviendo. Las transformaciones son de tal magnitud y profundidad que los jóvenes que hoy están en los primeros ciclos de enseñanza desarrollarán su labor

Sin una dolorosa interrogación sobre los riesgos de la asimilación. Sin una profunda crisis de identidad. (...). Sí, en cada paso que dan en la vida chocan con una decepción, una desilusión, una humillación. ¿Cómo no van a tener la personalidad magullada? ¿Cómo no van a sentir que su identidad está magullada?”

¹² I. WALLERSTEIN, *El futuro de la civilización capitalista*, Barcelona, ed. Icaria, 1997, pp. 91 y 92, añade: “El nuevo tema geo-cultural ya ha sido proclamado: es el tema de la identidad. (...) podemos esperar explosiones en todas las direcciones”.

¹³ F.J. CABALLERO HARRIET, *Algunas claves para otra Mundialización*, Fundación Global, Democracia y Desarrollo (FUNGLODE), 2009, pp. 196 y 197, entiende que, “Es preciso aceptar que el regreso a las ‘culturas’ no supone un choque de civilizaciones (...), la vuelta a las “culturas” no puede entenderse como algo trágico e involutivo en el proceso de maduración y liberación del individuo a lo largo de la historia, sino como el regreso al depósito axiológico en el que puede encontrar de nuevo su identidad perdida tras la ilusión frustrada por la no consecución de la libertad individual absoluta en un mundo en el que los valores universales, al final, resultaron ser las cadenas del mercado”.

¹⁴ M. WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, ed. Península, 1989, p. 49, señala: “un cosmos extraordinario en el que el individuo nace y al que, al menos en cuanto individuo, le es dado un edificio prácticamente irreformable, en el que ha de vivir, y al que impone las normas de su comportamiento económico, en cuanto se halla implicado en la trama de la economía”.

¹⁵ Sobre la idea de progreso resulta de interés consultar R. NISBET, *History of the Idee of Progress*, London, ed. Einemann, 1980.

profesional en un puesto de trabajo que seguramente aún no existe y lo harán en una empresa que seguramente todavía no se ha creado. Necesitaremos ser más humildes, aprender del pasado para construir el futuro, pues casi nada volverá a ser igual y casi todo será distinto.

2. EL CASO VASCO

En el caso vasco, es la recuperación del autogobierno con la aprobación en referéndum del Estatuto de Autonomía de Gernika lo que permitió, a comienzos de los años 80, a aquel primer Gobierno Vasco presidido por el Lehendakari Garaikoetxea tomar la decisión estratégica de país de apostar, lejos de la economía especulativa, por la economía productiva. Decisión tomada, por las instituciones democráticas vascas, no sin dificultades, inspirada en la tradición productiva del pueblo vasco. No se debe olvidar que fue el empeño y la tenacidad de nuestra sociedad (elemento cultural) y de nuestros dirigentes (resolución política en sintonía con el primer elemento) lo que permitió realizar, entonces, una apuesta por el entramado industrial propio, por la “economía real”, cuyo acierto hoy podemos evidenciar. Apuesta por la economía real que en su día fue severamente criticada por agentes sociales, políticos y medios de comunicación fascinados, por aquel entonces, por aquellas teorías neoliberales que, a partir de la llamada “crisis del petróleo” de los años setenta se habían puesto en boga en toda la sociedad Occidental. En España y en Europa hacían las delicias de los neoconservadores que, al fin, veían disiparse los nubarrones “peligrosos” producidos por la deriva que habían tomado los enunciados de Keynes¹⁶ al poner alfombra de terciopelo al “Estado social” y, ahora, veían aparecer su gran oportunidad. Sin duda, el espíritu de esa oportunidad neoconservadora, podría sintetizarse en palabras del Ministro español de Industria de la época: “la mejor política industrial es la que no existe”¹⁷. Afortunadamente, el Pueblo Vasco no hizo lo mismo.

Construir la paz, profundizar en el autogobierno, en la personalidad como Pueblo, avanzar en la consecución del desarrollo humano sostenible, han sido los objetivos de la sociedad y de las instituciones democráticas vascas en este final-comienzo de siglo. Y estos esfuerzos, y también los logros obtenidos no han pasado desapercibidos, no solo para otros países, gobiernos y diferentes instituciones prestigiosas que ven en el “caso vasco” un modelo de referencia¹⁸, sino también para Universidades de diferentes partes del mundo.

Es desde la creación de nuevos modelos, propios, diferentes y originales en los ámbitos político, jurídico, social y económico, desde donde un País que anhela la paz, trata de hacer efectivo el derecho a decidir libremente su futuro y materializar el desarrollo humano sostenible, para sus hombres y mujeres.

¹⁶ Ver J.M. KEYNES, *General Theory of Employment Interest and Money*, 1936 (en inglés); A. FIORITO y G. MURGA, *Keynes y sus interpretaciones II*, Madrid, Ediciones cooperativas, 2006 (en castellano), en donde se encuentra la tesis fundamental de John Maynard Keynes que se sintetiza en el hecho de que los gobiernos no pueden confiar todo a las fuerzas del mercado.

¹⁷ C. SOLCHAGA, Ministro de Industria del Primer gobierno de Felipe González (diciembre 1982-julio 1985) Frase premonitoria que se adelantó, en varios años a lo que podríamos entender como la formulación “formal” del dogma neoliberal realizada por John Williamson en 1990 y que es comúnmente conocido como el Consenso de Washington.

¹⁸ J. LOPEZ-RODRIGUEZ, J.A. FAIÑA y P. MONTES SOLLA, “*Case Study Basque Country*” “*The Basque Country: Strategy for Economic Development*, Ed. Jean Monnet Group on Competition and Regional Development, Harvard, 2009.

En este sentido, desarrollamos el análisis del “caso vasco” en el marco temático de las sociedades plurinacionales del siglo XXI. Euskadi es una experiencia de desarrollo humano sostenible en una sociedad vasca abierta al mundo. Un País moderno que no olvida sus raíces. Un Pueblo que, a pesar de haber sufrido la inhumana violencia de ETA, ocupa uno de los primeros lugares en el mundo en el Índice de Desarrollo Humano (IDH) elaborado por Naciones Unidas¹⁹, como se observa en el cuadro a continuación.

Human Development Report 2007

1	Iceland	0.968	14	Spain	0.949
2	Norway	0.968	15	Denmark	0.949
3	Basque Country	0.964	16	Austria	0.948
4	Australia	0.962	17	United Kingdom	0.946
5	Canada	0.961	18	Belgium	0.946
6	Ireland	0.959	19	Luxembourg	0.944
7	Sweden	0.956	20	New Zealand	0.943
8	Switzerland	0.949	21	Italy	0.941
9	Japan	0.953	22	Hong Kong	0.937
10	Netherlands	0.953	23	Germany	0.935
11	France	0.952	24	Israel	0.932
12	Finland	0.952	25	Greece	0.926
13	United States	0.951			

Human Development Index = Life Expectancy Index + Education Index + GDP Index

Source: Eustat, HDR and UNDP – United Nations Development Programme. Human Development

El Pueblo Vasco -uno de los pueblos más antiguos de Europa- ha sido capaz de situarse, a pesar de las dificultades propias y ajenas, a la vanguardia del progreso en Europa. Un progreso entendido de una manera particular. Un progreso no solamente económico sino también social. Un progreso al servicio de sus gentes, de la comunidad²⁰, es decir del pueblo. Aspectos estos que se reflejan en los dos cuadros siguientes, referidos al PIB per capita en la UE y a la distribución de la renta.

¹⁹ NACIONES UNIDAS, *Índice de Desarrollo Humano, Informe 2007*. Presentado oficialmente por el PNUD en Bilbao, en el año 2008, sin que desde entonces, incomprensiblemente, se haya vuelto a realizar su medición.

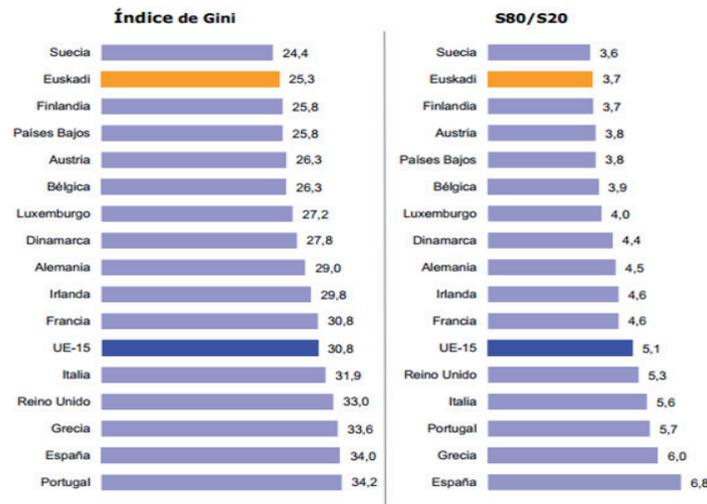
²⁰ Se trata de la idea del AUZOLAN: para aclarar este término vasco, podemos decir que AUZO significa barrio, unidad física y, sobre todo, social y comunitaria de personas. LAN es trabajo. Y AUZOLAN es trabajo común, entre todos, para el bien del barrio y en beneficio de toda la comunidad. Es la base de los trabajos comunales en los caseríos, aldeas, concejos, pueblos y comunidades vascas, y se ha considerado la base de esa forma original de entender el trabajo que constituyen las cooperativas vascas.

GPD per capita
PIB per cápita (PPC) por país y año (EU 28=100)

Europe top 10 ranking			
2001	2005	2008	2013
1 Luxemburgo 234	1 Luxemburgo 254	1 Luxemburgo 263	1 Luxemburgo 264
2 Países Bajos 134	2 Irlanda 144	2 Países Bajos 134	2 Austria 129
3 Irlanda 133	3 Países Bajos 131	3 C.A.de Euskadi 134	3 C.A.de Euskadi 129
4 Dinamarca 128	4 C.A.de Euskadi 129	4 Irlanda 131	4 Países Bajos 127
5 Austria 126	5 Austria 125	5 Austria 124	5 Suecia 127
6 Bélgica 124	6 Dinamarca 124	6 Dinamarca 124	6 Irlanda 126
7 Suecia 123	7 Reino Unido 124	7 Suecia 124	7 Dinamarca 125
8 Reino Unido 121	8 Suecia 122	8 Finlandia 119	8 Alemania 124
9 C.A.de Euskadi 120	9 Bélgica 120	9 Alemania 116	9 Bélgica 119
10 Italia 119	10 Alemania 116	10 Bélgica 116	10 Finlandia 112
...
14 España 98	14 España 102	14 España 104	14 España 95

Fuente: Eurostat (24/06/2014), Eustat (17/07/2014) y elaboración propia

Distribución de la renta 2011:
entre los países más igualitarios UE



* Los datos de Euskadi corresponden al año 2012.
Fuente: Eurostat - SILC y EPDS 2012.

El Pueblo Vasco, además, es un pueblo moderno que ha reivindicado históricamente su identidad nacional respecto al Estado español. Al margen de esta reivindicación histórica y democrática, lamentablemente la dictadura franquista generó nacimiento de ETA que, afortunadamente, según nuestros deseos y expectativas hoy está a punto de desaparecer. La violencia inhumana de ETA ha generado dolor y sufrimiento durante más de 50 años y ha provocado una demanda de Paz unánime en el País Vasco. Paz entendida no sólo en términos de ausencia de violencia, sino Paz construida sobre la justicia y la libertad²¹. Por

²¹ Presentación A. TRUYOL Y SERRA en I. KANT, *Sobre la paz perpetua*, Madrid, ed, Tecnos, 1998, pp. 15 y 16.

ello el futuro del Pueblo vasco debe edificarse sobre la cimentación del Principio Ético²², construyendo la Normalización Política²³, es decir, haciendo efectiva la democracia sobre el verdadero Principio Democrático.

El porqué de la reflexión en torno al caso vasco, por tanto, radica no en la emoción, ni en la mera intuición sino, en última instancia, en la importancia que el trabajo responsable, el rigor intelectual-científico tiene para buscar las soluciones a los grandes problemas a los que es preciso hacer frente en este siglo XXI. Los problemas de pobreza, salud, agua, energía, cambio climático, intolerancia, terrorismo, fundamentalismos, igualdad, identidad... no tendrán solución con menos ciencia, sino con más ciencia y con más educación²⁴.

La ciencia, dejando de lado los riesgos que su instrumentalización y manipulación encierran²⁵, hoy es una aventura humana, una aventura intelectual, una parte esencial del humanismo y de la cultura moderna que en estos últimos años ha cambiado la percepción del mundo y de nosotros mismos. La ciencia moderna, más allá de los desmanes en su nombre cometidos -resulta igualmente muy elocuente el testimonio de un hombre de ciencia, Jacob Bronowski, por su profundidad de pensamiento sobre lo acaecido en Auschwitz-²⁶, es la obra colectiva cultural más importante de la humanidad. Y la importancia de la investigación científica, técnica y social, no radica sólo en el aspecto económico, sino en su contribución a la formación de personas, a la generación de un clima de permanente búsqueda, de innovación, de creatividad, de exigencia, de rigor en el tratamiento de los problemas, que afecta,

²² KANT, I., *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, Barcelona, ed. Ariel, 1999, p. 199 cuando afirma que “en el reino de los fines, todo tiene o un precio o una dignidad. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser puesta otra cosa como equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una dignidad”. El concepto dignidad, por tanto, es un concepto absoluto que integra el Principio Ético.

²³ Se trata de implementar la autonomía política como consecuencia de la existencia de una autonomía individual. En este sentido, C. CASTORIADIS, “De la autonomía en política. El individuo privatizado”, *Le Monde Diplomatique*, edición española, febrero 1998, p. 27, señala que: “Hay, pues, una autonomía política; y esa autonomía política supone saber que los hombres crean sus propias instituciones. Eso exige que se intente plantear esas instituciones, con conocimiento de causa, con lucidez, después de una deliberación colectiva. Es lo que llamo la autonomía colectiva, que tiene como compañera ineliminable la autonomía individual”.

²⁴ P.M. ETXENIKE, “Comparecencia en el Senado Español para realizar una evaluación de la política científica del Estado y de la Unión Europea”, *Diario de Sesiones*, 18 de Junio de 2007, señala que “la riqueza de la naciones va a depender cada vez más de la riqueza de las nociones”.

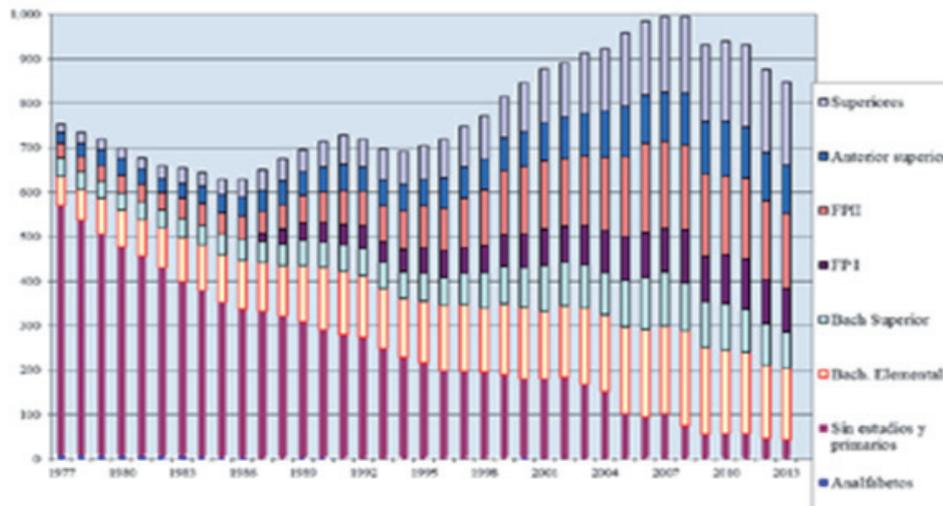
²⁵ A este respecto, son suficientemente ilustrativas las palabras de E.J. HOBSBAWM, *Entrevista sobre el siglo XXI*, p. 170, cuando a la pregunta: “¿No le asusta nunca el poder de la ciencia? ¿La posibilidad de clonar una persona, o la posibilidad de cruzar genes animales y vegetales en un tomate; o la posibilidad de matar en una guerra librada ante la pantalla de un ordenador?”, responde: “Desde luego que me espanta. No solo por la dimensión del poder que confiere, sino porque los aprendices de brujo no saben muchas veces cómo usarlo. Si existiera alguna garantía de que las personas que manejan el progreso saben qué hacer con él, cómo utilizarlo para el beneficio de las demás gentes, o cuándo no usarlo jamás, estaría menos asustado, pero tal garantía no existe. Se manipulan fuerzas naturales inmensas y no siempre bien conocidas, y no existen normas o instituciones que nos digan qué debemos o no debemos hacer. La única regla que existe en condiciones de mercado libre, la maximización del crecimiento económico y del beneficio, es casi seguro que producirá efectos negativos”.

²⁶ J. BRONOWSKI, *The Ascent of Man*, Boston, ed. Little, Brown and Co., 1973, p.374, señala que: “It is said that science will dehumanize people and turn them into numbers. That is false, tragically false. This is a concentration camp and crematorium at Auschwitz. This is where people were turned into numbers. Into this pond were flushed the ashes of some four million people. And that was not done by gas. It was done by arrogance. It was done by dogma. It was done by ignorance. (...). We have to cure ourselves of the itch for absolute knowledge and power”.

como por osmosis, como si de un “efecto dominó” se tratase, al resto de las actividades de una sociedad.

En este sentido se haría imposible de entender el proceso de transformación política, social y económica de la sociedad vasca desde la década de los 80, sino tuviéramos en cuenta el gran esfuerzo realizado en estos años por el país para para impulsar el capital humano y aumentar el número de personas que superan los estudios secundarios y superiores (en los tres cuadros a continuación).

***Cualificación de la fuerza de trabajo: un gran impulso al capital humano
Formación de los ocupados en la economía vasca 1977-2013***



Fuente: *Fundación Bancaja, Ivie (Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas), Capital Humano en España y su distribución, Enero 2014*

Población (20-24 años) que ha superado al menos los estudios secundarios

País	2001	2003	2005	2007	2009	2011
C.A. de Euskadi	82,1	81,0	87,8	85,3	79,8	82,6
España	65,0	62,2	61,8	61,1	59,9	61,7
EU - 27	76,6	77,1	77,5	78,1	78,6	79,5

Fuente: Eurostat, Eustat y elaboración propia, 2 de octubre de 2012

Nivel de educación superior (30-34 años)

País	2000	2004	2008	2013
EU 27	22,4	26,9	31,0	36,8
Alemania	25,7	26,8	27,7	33,1
Austria	.	21,0	22,2	27,3
Bélgica	35,2	39,9	42,9	42,7
Bulgaria	19,5	25,2	27,1	29,4
Chipre	31,1	41,0	47,1	47,8
Dinamarca	32,1	41,4	39,2	43,4
Eslovaquia	10,6	12,9	15,8	26,9
Eslovenia	18,5	25,1	30,9	40,1
España	29,2	35,9	39,8	40,7
Estonia	30,8	27,4	34,1	43,7
Finlandia	40,3	43,4	45,7	45,1
Francia	27,4	35,7	41,2	44,0
Grecia	25,4	24,9	25,6	34,6
Hungría	14,8	18,5	22,4	31,9
Irlanda	27,5	38,6	46,1	52,6
Italia	11,6	15,6	19,2	22,4
Letonia	18,6	18,5	27,0	40,7
Lituania	42,6	31,1	39,9	51,3
Luxemburgo	21,2	31,4	39,8	52,5
Malta	7,4	17,6	21,1	26,0
Países Bajos	26,5	33,6	40,2	43,1
Polonia	12,5	20,4	29,7	40,5
Portugal	11,3	16,5	21,6	29,2
Reino Unido	29,0	33,6	39,7	47,6
R. Checa	13,7	12,7	15,4	26,7
Rumania	8,9	10,3	16,0	22,8
Suecia	31,8	33,9	42,0	48,3
C.A. de Euskadi	30,5	33,5	38,4	44,1

Fuente: EUROSTAT (13-06-2014), y Eustat (28-07-2014) Y elaboración propia.

Y es que, en la actualidad existe un amplio consenso, al menos en el discurso público, sobre la importancia de la ciencia y la tecnología, de la innovación social y tecnológica, para nuestro desarrollo. Es el avance propiciado por el conocimiento científico y social lo que explica que aún perduremos como especie humana, y lo que garantizará nuestra pervivencia en el futuro.

La importancia del análisis del caso vasco estriba en que, partiendo de la conciencia de la existencia de un problema, trata de rescatar actitudes, hábitos y comportamientos, valores de la ciencia, que son útiles y, estimamos que necesarios, en estos tiempos. El primero, el optimismo, la fe, el convencimiento de que los problemas tienen solución. El segundo, pensar a largo plazo, pensar que todos somos eslabones de una cadena, por eso, cada pequeña aportación que hacemos es importante²⁷. Y el tercero, complejidad y cooperación, evitar la simplificación de los problemas²⁸. Hoy, más que nunca, necesitamos avanzar en la solución de los problemas de los ciudadanos y ciudadanas de cualquier Comunidad con nuevos estilos de gobernanza. El caso vasco nos enseña que es necesario abordar la solución de los problemas económicos, políticos, sociales e incluso de violencia, con iniciativas jurídico-políticas que atiendan a los hechos y a la complejidad de la realidad, y no simplificaciones unidimensionales impulsadas por la ideología o por intereses de coyuntura.

²⁷ En este sentido, con el fin de ilustrar, nos resulta útil lo que, R. MONDOLFO, *Problemas y métodos de investigación en la Historia de la Filosofía*, p. 71 dice refiriéndose a la comprensión e interpretación de los filósofos en la Historia de la Filosofía: “siempre debemos tener en cuenta esta doble exigencia, de reconocer en ellos una dependencia, por un lado, y una independencia por el otro. La dependencia está representada por sus relaciones con el pensamiento anterior, y la independencia, por su pensamiento nuevo que se insinúa en la misma adhesión a la autoridad de un sistema antecedente”.

²⁸ Como señala E. MORIN, *El Método. La naturaleza de la naturaleza*, p. 434, “La primera base positiva del método está en la primera afirmación universal de la complejidad. El problema está, en lo sucesivo, en transformar el descubrimiento de la complejidad, en método de la complejidad”.

Desde este punto de vista esta reflexión sobre el caso vasco cobra mayor interés, si cabe, pues en los últimos años del pasado siglo XX y el inicio del presente siglo XXI se han producido en Euskadi importantes cambios a la hora de abordar la construcción de los principios ético, democrático y del desarrollo humano sostenible. El desarrollo de los tres principios de manera inseparable, como un todo que ha impregnado el conjunto de iniciativas que se han llevado a cabo desde la recuperación del autogobierno con el Estatuto de Gernika, es lo que ha convertido al “caso vasco”, además, en un modelo integral de actuación social, política, y económica. Y en este carácter integral, que ha conjugado racionalidad, convicción y capacidad de autogobierno, ha residido su principal fortaleza, para ofrecer al mundo, a diferencia de lo preconizado por el pensamiento socio-político-económico neoliberal imperante en nuestros días, algo propio y diferenciado de su entorno, desde lo social, lo político y lo económico, reivindicando la persona, el Pueblo y la competitividad en solidaridad.

3. IDENTIDAD E INNOVACIÓN: RAÍCES Y ALAS

Un país en el que el humanismo y la innovación social, científica y técnica se incorporan a su propia identidad abierta al mundo, es poseedor de una poderosa palanca de transformación social, política y económica.

El Pueblo Vasco -Euskadi o Euskal Herria-, la Cultura vasca, la lengua vasca -el euskera-, han de tener su lugar propio en Europa y en el mundo. Y la defensa de la identidad vasca, no de espaldas ni en contraposición con las demás identidades sino en convivencia con ellas, estará necesariamente detrás de un modelo de desarrollo económico, social y político sano.

Hay que competir con raíces. Hay que innovar con raíces. En los últimos 30 años, el Caso Vasco ha demostrado que autogobierno, esto es, capacidad de ordenación política y social propia, es sinónimo de bienestar, y así queda constatado en el cuadro siguiente que analiza la evolución de la Comunidad Vasca desde el comienzo del autogobierno en 1980 hasta 2008.

Evolution of the Autonomous Community of Euskadi From starting autonomy until year 2008

Indicators	Start Autonomy 1980	Entry into Europe 1986	1998	2008
1. GDP per capita (euros, current prices, base year 2005)	3,132	6,132	17,108	31,712
2. Convergence in income with Europe (EU=100)	89	90	108.9	134.0
3. Labour market				
Active population	803,100	805,000	928,300	1,063,900
Employment	702,400	607,200	771.400	995,400
Unemployment				
Number of people	100,700	197,800	156,900	68,600
Rate	12.54	24.57	16.9	6.4
4. Investment in R&D by GDP	0.07	0.5	1.11	1.96
5. Quality certificates	---	468 (1996)	2,142 (2000)	4,915 (2007)
6. Access to the Internet	---	---	2.5% (1997)	55.6%

Fuente: Eurostat, Eustat y elaboración propia

En definitiva, profundizar en nuestra identidad como Pueblo ha estado ligado ayer, lo está hoy y lo estará aún más mañana a la consecución, mediante el ejercicio del autogobierno, del desarrollo humano sostenible. De hecho las evidencias empíricas nos muestran que, desde la aprobación de Estatuto de Gernika, más autogobierno ha supuesto más bienestar para la sociedad vasca. Y evidencias empíricas son las que nos muestran, también, que ha sido el autogobierno fundamentalmente lo que ha permitido desarrollar en la Comunidad Autónoma de Euskadi un modelo de desarrollo humano sostenible, que ha hecho posible el progreso económico y socialmente comprometido y equilibrado de sus gentes, como se refleja en los cuadros siguientes de evolución de la renta y el riesgo de pobreza.

GDP per capita
PIB per cápita (PPC) por país y año

Country	1998	2008	Variation	2013	Variation
Basque Country	108	134	26	129	-5
Luxembourg	217	263	46	264	1
Ireland	122	131	9	126	-5
Spain	95	103	8	95	-8
Sweden	123	124	1	127	3
Holland	128	134	6	127	-7
United Kingdom	117	114	-3	106	-8
France	115	107	-8	108	1
Germany	122	116	-6	124	8
Italy	120	104	-16	98	-6
United States	160	151	-9	155	4
Japan	123	109	-14	105	-4

Fuente: Eurostat (24/06/2014), Eustat (17/07/2014) y elaboración propia.

***Población en riesgo de pobreza
(% sobre el total de la población)***

País	2005	2008	2012
EU 27	25,7	23,7	24,7
Alemania	18,4	20,1	19,6
Austria	16,8	18,6	18,5
Bélgica	22,6	20,8	21,6
Bulgaria	:	44,8	49,3
Chipre	25,3	23,3	27,1
Dinamarca	17,2	16,3	19,0
Eslovaquia	32,0	20,6	20,5
Eslovenia	18,5	18,5	19,6
España	24,3	24,5	28,2
Estonia	25,9	21,8	23,4
Finlandia	17,2	17,4	17,2
Francia	18,9	18,5	19,1
Grecia	29,4	28,1	34,6
Hungría	32,1	28,2	32,4
Irlanda	25,0	23,7	:
Italia	25,0	25,3	29,9
Letonia	46,3	34,2	36,2
Lituania	41,0	27,6	32,5
Luxemburgo	17,3	15,5	18,4
Malta	20,5	20,1	23,1
Países Bajos	16,7	14,9	15,0
Polonia	45,3	30,5	26,7
Portugal	26,1	26,0	25,3
Reino Unido	24,8	23,2	24,1
R. Checa	19,6	15,3	15,4
Rumania	:	44,2	41,7
Suecia	14,4	14,9	15,6
C.A. de Euskadi	(1) 19,6	17,9	19,9

Fuente: Encuesta de Pobreza y Desigualdades Sociales
(Dpto. de Empleo y Políticas Sociales del Gobierno Vasco),
Eustat (26 de mayo de 2014),
EUROSTAT (21-05-2014).
(1) Año 2004

Por último, interesa destacar que el eje sobre el que pivota el Caso Vasco es la persona. La persona entendida en su acepción kantiana que se desarrolla en un espacio socio-cultural concreto y que se entiende como fin en sí mismo. De ahí que el autogobierno deba estar orientado primero y principalmente al logro del progreso integral de sus hombres y mujeres, es decir del Pueblo Vasco. Y el cuadro a continuación, que muestra la evolución en el siglo XXI del gasto en protección social en la UE -además de desenmascarar el argumento neoliberal de que el Estado Social lesiona el comportamiento económico: si esto fuera así debería tener menos Estado Social Alemania que Grecia y son, curiosamente, los países con menos Estado Social los que han debido ser rescatados-, apunta el esfuerzo realizado y el camino a realizar en el futuro.

Gasto en protección social per cápita(€)

	<u>2002</u>	<u>2005</u>	<u>2010</u>
Eu 27	--	6.088	6.782
Finlandia	7.140	8.011	9.196
Francia	8.080	8.597	9.366
Alemania	8.216	8.116	8.804
Grecia	3.601	4.325	4.980
Italia	6.193	6.443	7.001
Holanda	8.378	8.764	10.690
Portugal	3.335	3.598	4.069
España	3.900	4.285	5.198
Suecia	9.552	10.288	10.640
Euskadi	4.110	5.101	7.209

Fuente: Eurostat (13-06-2014), Eustat (28 -07-2014) y elaboración propia

Así, en paralelo al desarrollo del concepto de nueva gobernanza europea, la nueva gobernanza vasca implica una reflexión estratégica sobre cómo se ejercitan los poderes que la ciudadanía vasca confiere a las instituciones. Si la gobernanza europea es un intento para rescatar el proyecto europeo, haciéndolo más democrático, del mismo modo la gobernanza vasca implica el renacimiento del marco de autogobierno vasco. Un nuevo marco de autogobierno dotado de más fuerza, cercanía y participación. Un autogobierno vasco que, para responder a los nuevos desafíos, debe contener más poder político, social y económico.

El resultado del análisis del caso vasco, hemos visto, nos muestra que defender y profundizar en el autogobierno vasco, en la defensa de la identidad política, cultural, económica vasca, ha estado detrás -como atributo inseparable- del desarrollo de un modelo de competitividad en solidaridad, propio y diferenciado en relación con su entorno.

El Caso Vasco ha sido posible porque ha existido una concepción de País que ha dado sentido al autogobierno económico, político y social. Sin una concepción de País, es imposible el liderazgo compartido público-privado-sociedad. No resulta posible desarrollar un modelo propio y diferenciado, una estrategia de país compartida con la iniciativa social y de clara implicación pública, capaz de generar progreso ético para las personas. Sin visión -concepción de País- el pueblo perece.

Concepción de país, autogobierno y liderazgo compartido construyen así “el proyecto de País” desde la proximidad, desde la cercanía y desde la comprensión de los problemas para ser resueltos.

4. CONCLUSIÓN: MIRAR AL MUNDO SIN OLVIDAR LAS RAÍCES

Cuando uno no sabe muy bien a dónde ir es bueno pararse un momento a observar de dónde viene. De hecho el que no sabe de dónde viene difícilmente sabe a dónde va. El liberalismo económico de comienzos del siglo XX se transformó en un neoliberalismo intenso. La Escuela de Chicago le dio una vestimenta intelectual. En las décadas finales del pasado si-

glo los neoliberales llevaron a cabo una ofensiva planetaria del neoliberalismo. Su bandera: lo que se impone es el mercado. Todo lo que le estorbe queda relegado. La consecuencia es el desplazamiento de los individuos y de los pueblos de la órbita social.

Todo para las personas y los pueblos, pero sin las personas y los pueblos parece ser el lema de esta “ideológica globalización”. Así lo evidencian, de forma cada vez más amarga, los datos de los que disponemos. Los informes y declaraciones de expertos de Naciones Unidas que denuncian que “cada cinco segundos, un niño muere en el mundo por causas evitables”²⁹ debiera ser motivo de sonrojo para todos nosotros. Al tiempo estudios como los del acreditado lingüista norteamericano Merritt Ruhlen³⁰ que alertan sobre que de las algo más de 5000 lenguas que hoy se hablan en el mundo, apenas quedarán 500 vivas para finales de este siglo -por cierto añadiendo que una de ellas será la lengua vasca-, explican bien a las claras la estrategia de destrucción de las culturas y los pueblos sobre la que se construye “esta globalización”.

Se puede decir por tanto que esta “aldea global” no es tan bonita. Es “fea” porque abandona a sus hijos e hijas a su suerte. Es cada vez más desigual y deja, en un alarde de inhumanidad, a sus miembros socialmente desprotegidos. Recientemente, en informe de este mismo año 2014, la ONG Oxfam Intermón reflejaba que “la desigualdad económica crece rápidamente en la mayoría de los países. La riqueza mundial está dividida en dos: casi la mitad está en manos del 1% más rico de la población, y la otra mitad se reparte entre el 99% restante”, añadiendo “y los gobiernos sirven abrumadoramente a las elites económicas en detrimento de la ciudadanía de a pie”³¹. Y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), acaba de publicar en informe reciente que “el 73% de la población mundial no tiene política de protección social”³². No es de extrañar que el descontento y los movimientos sociales de “indignación” sean cada vez mayores y ganen la calle de los 5 continentes.

La lucha contra la desigualdad, en favor de personas y pueblos, es la revolución del siglo XXI. La revolución por la “dignidad humana”. No es crisis, es que “ya no te quiero” rezaba una reciente pancarta reivindicativa. De hecho instituciones como el Foro Económico Mundial reconocen que “la desigualdad está afectando a la estabilidad social en el seno de los países y supone una amenaza para la seguridad en el ámbito mundial”³³. Hoy, incluso, el Fondo Monetario Internacional (FMI) -aquél que practicó el que importa que a las personas les vaya mal, si la economía va bien- reconoce “que reducir la desigualdad ayuda a conseguir un crecimiento más rápido y duradero”³⁴.

Recientemente afirmaba el Papa Francisco que: “Una globalización que enriquezca es como un poliedro. Todos unidos, pero cada cual conservando su particularidad, su riqueza, su identidad” y añadía que: “La globalización mal entendida -la actual- es como una esfera: todos los puntos son iguales, todos equidistantes del centro”³⁵. Estoy de acuerdo, este es el dilema radical de nuestros días: ser esfera o poliedro. Yo no tengo ninguna duda: poliedro.

²⁹ J. CARDONA, Experto de Naciones Unidas, octubre 2014.

³⁰ M. RUHLEN, Department of Anthropological Sciences, Stanford University, Origen de las lenguas, entrevista a Merritt Ruhlen, mayo 2009.

³¹ OXFAM INTERMÓN, *Gobernar para las élites, Secuestro democrático y desigualdad económica*, 2014.

³² OIT, *Informe Mundial sobre Protección Social 2014-2015*, junio 2014.

³³ FONDO ECONÓMICO MUNDIAL, *Perspectivas de la Agenda Mundial 2014*, noviembre 2013.

³⁴ INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Redistribution, Inequality, and Growth* (Jonathan D. Ostry, Andrew Berg, Charalambos G. Tsangarides), March 4, 2014.

³⁵ SANTO PADRE FRANCISCO, Entrevista concedida al periodista Henrique Cymerman, 13 de junio 2014.

En la Sociedad Global necesitamos más que nunca de la Respuesta Local, que es propia y diferenciada. Las raíces, nuestra cultura, nuestra forma de aprender, de formarnos, de encarar los problemas, de ser serios a la hora de resolverlos, de no hipotecar el futuro de las generaciones venideras, y un largo etcétera son el factor diferencial que tenemos en un mundo en el que los capitales, las materias primas, la tecnología y los nuevos inventos y dispositivos se expanden con una rapidez que no deja de causar asombro. Hay que competir con raíces. Hay que innovar con raíces... Y para ello hemos de tener la necesaria y suficiente capacidad de autogobierno para tomar decisiones que más nos convienen.

Esto significa, simple y llanamente, que Euskadi como País, con el mismo nivel *independencia-dependencia* que tienen otros países miembros de la Unión Europea, resultaría no solamente altamente viable sino, en mi opinión, muy recomendable. Sabemos lo que somos pero no lo que pudiéramos ser, reflexionaba Shakespeare. Así el principal problema para Euskadi en su relación con España no es el del pretendido debate mediático sobre una *independencia* que desconocemos, sino el debate de fondo sobre una *dependencia obligada* que si conocemos y sufrimos en campos como las políticas monetarias, fiscales, judiciales, educativas, sanitarias, de empleo, seguridad social, etc. Necesitamos más que nunca un proyecto propio y diferenciado, solidario con España, con Francia, con Europa... pero propio y diferenciado, tan comprometido y diferenciado como pueda serlo el de cualquier otro País de la Unión Europea. Cuerpos diferentes, tratamientos distintos.

Los últimos 30 años nos han enseñado que autogobierno está ligado a bienestar. Y, hablando claro, defender la identidad vasca dentro del nuevo entramado europeo y mundial, no sólo es defender un legítimo proyecto de nación en un mundo globalizado, sino que defender la identidad vasca es defender también nuestra economía, el bienestar de nuestros hijos e hijas. En definitiva, defender la identidad vasca es indispensable para avanzar en el objetivo del “Desarrollo Humano Sostenible” para el pueblo vasco.

El “Caso Vasco” es un ejemplo humilde de que la calificada por algunos como “utopía” del desarrollo humano sostenible es una “utopía realizable”. La idea de que ¡se puede! Que se puede mirar a los ojos al mercado, sin tener que dejar de mirar a los ojos a las personas. Frente a la actitud resignada ante afirmaciones de que el neoliberalismo es la “naturaleza de las cosas” o de que supone la “lectura científica de la realidad”, el “Caso Vasco” representa una experiencia eficaz, que evidencia la parcialidad de dichos argumentos. Una experiencia que lejos de invitar a la resignación, supone una manifestación elocuente de que existen alternativas al modelo neoliberal, ¡Que se puede! Que si queremos, podemos. No olvidemos nunca que la tenacidad forma parte del ADN del Pueblo Vasco: *Ezina ekinez egina*.

EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO Y LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR.

Ex Ministro de Justicia

Catedrático de Derecho Constitucional

Catedrático Jean Monnet de Derecho europeo y Eurodiputado.

Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2014

Fecha de aceptación: 22 de diciembre de 2014

SUMARIO: *A lo largo de estas líneas, me propongo delinear algunas reflexiones críticas acerca de las conexiones entre constitucionalismo e integración europea. Procede repasar, primero, la aplicabilidad y relativa adecuación de las nociones y conceptos básicos del constitucionalismo -en cuanto movimiento histórico orientado a sujetar el poder político a Derecho- y la construcción europea. A continuación, someteré a crítica el actual estado de la integración europea, desde la paradoja impuesta por la exacta coincidencia de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (en adelante TL), en vigor desde diciembre de 2009, con la inmersión de la Unión Europea (en adelante UE) en la que ha resultado ser la crisis más profunda de su historia.*

ABSTRACT: *In the following lines, I will try to outline some critical reflexions about connections between constitutionalism and Europe integration. First, I will revise the applicability and the relative adequacy of the basic concepts and terms of constitutionalism -historic movement aimed at subjecting politic power to law and European construction. After that, I will subject to critic the current state of European integration, starting from the imposed paradox due to the exact coincidence of the coming into force of the Treaty of Lisbon (in advance, LT), in force since December 2009, with the immersion of the European Union (in advance, EU) in what ended up in the most profound crisis of its history.*

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo, integración europea, Tratado de Lisboa.

KEYWORDS: Constitutionalism, Europe integration, Treaty of Lisbon.

SUMARIO: *1. El constitucionalismo europeo y la teoría constitucional de la integración europea.- 2. Europa: crisis constitucional, en la primera crisis de la globalización.- 3. ¿Quo vadis europa? El constitucionalismo secuestrado, El debate presupuestario y las reformas económicas en la UE.- 4. En el manejo de la crisis, los estados no sufren por las imposiciones de Europa: es al revés.- 5. Reflexiones conclusivas. 6. Nota bibliográfica.*

1. EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO Y LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA.

Es claro, para empezar, que transportar las categorías dogmáticas de la Constitución al Derecho europeo suscita perplejidades.

Pero también que el vocablo *constitucionalismo* no alude sólo a la teoría adecuada a la interpretación de cada Constitución nacional, sino a un proceso histórico orientado a fundar, estructurar y limitar el poder político en Derecho.

Esta segunda acepción resulta mucho más útil y productiva a la hora de explicar la construcción europea.

Es por ello que el proceso histórico de configuración de la UE ha venido acompañado de una doctrina extensa que proyecta sobre aquellas categorías constitucionales: en la literatura anglosajona, Th. Hartley; en la francesa, J.V. Louis o V. Constantinescu; en la alemana, J. Habermas, P. Häberle o I. Pernice; en la italiana, A. La Pergola o L. Pegoraro; en la española, F. Rubio, R. Alonso García, J.M. de Areilza, A. López Castillo, L.M. Díez-Picazo...

Esta aproximación *constitucionalista* a la UE se ha intensificado, lógicamente, acompañando el ciclo constituyente europeo que consumió la primera década de este siglo.

Este ciclo arrancó de la insatisfacción respecto del Tratado de Niza (2001) y se prolongó a través de la “no-nata” Constitución Europea (la Convención constituyente, 2001-2003), el fallido Tratado Constitucional de 2004 (encallado en los sucesivos referéndums francés y holandés) y, finalmente, su desembocadura, tras dos años de bloqueo, en el TL.

No se pierda de vista que el TL no sólo refunde la maraña legislativa de los Tratados anteriores, sino también refuerza el estatuto de la ciudadanía europea, el Parlamento Europeo (en adelante PE) como legislador (única institución directamente electiva, legitimada en el sufragio universal de la ciudadanía europea) y, sobre todo, a proclamar la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (¡por fin un *Bill of Rights* europeo!) con el mismo valor jurídico que el Tratado.

Ciertamente, desde entonces, la idea constitucional de la UE tiene más fuerza que nunca.

Desde el TL, la UE es, con más fuerza que nunca, algo más que una mera “organización internacional” sujeta a los patrones clásicos del Derecho internacional público que rige las relaciones interestatales y las organizaciones internacionales.

Para corroborarlo, baste pensar en que no existe ninguna genuina organización de Derecho Internacional que cuente con un Parlamento multinacional directamente electivo ni que proteja a sus ciudadanos con una Carta de Derechos supranacional y vinculante; ni que garantice a sus ciudadanos un acceso directo -a través de recurso de anulación u omisión- o un recurso indirecto -la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (TJ) que actúa como garante de los principios constitutivos de primacía, eficacia directa y aplicación uniforme del Derecho de la Unión (sentencias del TJ desde *Van Gend&Loos* de 1963 y *Costa/Enel* de 1964)-.

Sí, efectivamente, desde el TL el Derecho Europeo es más *constitucional*.

Pero lo es, para serlo, de un nuevo constitucionalismo que debería cualificarse como “Derecho pos-nacional” (en la medida en que supera la tradicional identificación entre la Constitución y el Estado nación), “Derecho pos-estatal” (que expresa la superación de esa identificación del Derecho constitucional con respecto del Estado como forma política, puesto que el carácter supranacional consiste en la primacía del Derecho europeo, que desplaza al estatal por consentimiento expreso o implícito de los Estados miembros, en adelante EE.MM), y “Derecho pos-soberano” (dando asimismo por superada la tradicional acepción de la “soberanía” vinculada al poder “originario” e ilimitado del absolutismo).

A partir de esas coordenadas, varias escuelas de pensamiento compiten por dar cuenta de los rasgos definitorios del fenómeno del constitucionalismo europeo de la “integración”, de los “Estados integrados” de la UE.

Repasando sus acepciones más significativas, podemos distinguir tres líneas:

- a) La tesis de la “*soberanía compartida*” (Neil McCormick, entre otros), caracterizada por una comprensión pragmática de la “relativa incertidumbre” de la tradicional soberanía estatal en el contexto jurídico y políticode la integración europea.
- b) La tesis del “*contractualismo federativo*” (Joseph H. Weyler, entre otros), que propone la superación de la idea de Constitución como un documento escrito o formal (un enfoque éste también de matriz anglosajona), al servicio de una comprensión “federativa” a Europa. En ésta, funcionaría una jerarquía formal de la norma europea (unión “por arriba”: el Derecho) junto a una jerarquía material a los Estados (principio de “tolerancia constitucional” en la cesión y/o atribución de “competencias de soberanía”; unión “desde abajo”: el Estado).
- c) Corolario del carácter complementario de las anteriores (y otras) construcciones técnicas en presencia, destaca la fuerza emergente dela llamada teoría del “*pluralismo jurídico*” que subyace a la doctrina (cada vez más frecuentada) del “*constitucionalismo multinivel*”. Ingolf Pernice, Albrecht Weber o Yves Mény serían, entre otros muchos autores, exponentes de esta aproximación al carácter dialogal, abierto y complementario de un constitucionalismo europeo que conjuga el Derecho constitucional europeo y el Derecho constitucional de los EE.MM.

Ello comporta el diálogo del TJUE con los Tratados Constitucionales de los EE.MM. Este diálogo puede conocer momentos de tensión: así, en Italia (caso *Granital* de 1984), en Alemania (casos *Solange I* de 1974, *Solange II* de 1986, *Maastricht* de 1993, *TL* de 2009...), en Francia (Decisión del Consejo Constitucional francés sobre el TL en 2004) y últimamente en España (Decisión constitucional sobre el TLen 2004). Y, en la jurisprudencia del TJ sobre casos de especial relieve y conflictividad: Eurorden, juicios en contumacia (rebeldía) en 2013; desahucios en 2014, asunto éste que el TJUE ha enfocado con un ángulo europeo que ha marcado la diferencia respecto de la respuesta que habían recibido antes en los tribunales internos, TC español incluido.

De este diálogo interordinamental y jurisprudencial resultan dos consecuencias relevantes para una “teoría constitucionalmente adecuada” (K. Stern, K. Hesse, P. Häberle...) del Derecho constitucional europeo: a) de un lado, la superación de los últimos vestigios del viejo monismo jurídico (el ordenamiento interno acoge por una “compuerta” o “escotilla de respiración” las normas internacionales y decide incorporar, a partir de ese momento, su también “Derecho interno”) a favor del pluralismo jurídico (que reconoce la existencia de ordenamientos autónomos con principios relacionados basados en los criterios de eficacia y aplicabilidad, y no en las categorías dogmáticas de la jerarquía normativa); b) de otro, la conceptualización de la idea de la “primacía” del Derecho europeo (Dec. 17 anexa al TL, sentencias del TJ desde *Van Gend&Loos* de 1963 y *Costa/Enel* de 1964) como una noción diferenciada de la “supremacía” de la Constitución nacional (y en este sentido se explica la Declaración del TC de 2004 sobre el TL).

Visto todo lo anterior, habría que recordar ahora que un análisis acerca del constitucionalismo europeo requiere prestar atención no sólo a sus principios formales sino también a sus contenidos potenciales *materiales*.

Desde este punto de vista, habría que reconocer de entrada que no parece verosímil una reforma próxima del TL, dado que todavía requiere la regla de la unanimidad de los 28 EE.MM y un laberíntico *iter* de ratificaciones nacionales sujetas al Derecho interno de los 28 EE.MM (Art. 48 TL: ¡reformar este artículo debería ser en sí la primera prioridad de reforma de los Tratados!).

Pero aun así, en caso de abrirse paso, una eventual reforma de los Tratados orientada a reforzar sus componentes constitucionales debería asimismo contemplar contenidos materiales. Una aproximación somera, no exhaustiva, a esos aspectos materiales debería, a mi juicio, reformular los siguientes elementos:

- a) Reforma del Ejecutivo comunitario. Se trataría de instituir una Presidencia unitaria del Consejo y de la Comisión, actuales expresiones de un Ejecutivo bicéfalo en la UE, para unir así en una única figura la Presidencia del Ejecutivo europeo.
- b) Reforma y refuerzo del PE, entre otros objetivos, para entender de una vez el reconocimiento de una genuina iniciativa legislativa parlamentaria. Actualmente, esta iniciativa se contrae al “informe de propia iniciativa” para el que el PE insta a la Comisión que adopte iniciativas legislativas. El “déficit” a este respecto es más bien simbólico: no se olvide que también en los EE.MM la iniciativa legislativa la monopolizan los gobiernos. Así sucede en España, donde transcurren legislaturas enteras sin que se produzca ninguna iniciativa legislativa parlamentaria por la vía de la Proposición de Ley. Hace mucho que, en España, toda la legislación adoptada por las Cortes Generales procede en efecto de la iniciativa del Gobierno (por vía del Proyecto de ley), y, de un tiempo a esta parte, casi exclusivamente por la vía del Decreto Ley. En la actual legislatura, la mayoría absoluta del PP sólo ha interpuesto en cuatro años una iniciativa legislativa. Y ha sido -la verdad sea dicha- una falsa iniciativa, obedeciendo en realidad las instrucciones del Gobierno: se concentró, recuérdese, en la restricción de la jurisdicción universal en la Audiencia Nacional en el delito de genocidio y de lesa humanidad.
- c) Además, se precisa acompasar el ciclo del Marco Financiero Plurianual (MFP) a la legislatura europea (5 años). Así, los electores podrían decidir con su voto la orientación de las prioridades del Gobierno y la equidad de los ingresos tributarios (lo que exige una reforma fiscal, recursos propios, combate al *dumping fiscal*, al fraude, a la evasión, a la elusión y a los paraísos fiscales).
- d) En cuanto a otros objetivos, debería acabarse de una vez con la doble sede en los Tratados: Bruselas y Estrasburgo.
- e) Banco Central Europeo: reformando su configuración (sujetando a este órgano tecnocrático a controles democráticos) y su mandato (vinculándolo al crecimiento y al empleo), autorizándolo a defender el euro, corrigiendo así los “defectos congénitos” con que nació la moneda única.
- f) Institucionalización y refuerzo de los partidos políticos y del espacio público europeo.

En conclusión, parece preciso acometer un nuevo ciclo constitucional que generaría con el tiempo una teoría constitucional adecuada a esa nueva arquitectura de la complejidad.

Y es imperativo, a mi juicio, cometerlo orientado a un impulso federal. Federalismo y constitucionalismo van unidos en la historia. Federar es pactar, unir -no desunir- y *federar* es pactar haciéndolo en la Constitución: esa maduración y profundización del constitucionalismo europeo contribuiría sin duda a reforzar la seguridad jurídica y el imperio de la Ley en

la UE, superando así el actualmente llamado “*Dilema de Copenhague*” por el que la UE verifica los “requisitos de acceso” antes de la adhesión, pero no tras la adhesión) y clarificando las reglas para una eventual “secesión” (UK, puerta de salida; *brexit*: reglas de juego para la “salida del club”, sabiendo todos los actores -EE.MM y UE- a qué atenerse y cómo hacerlo).

2. EUROPA: CRISIS CONSTITUCIONAL, EN LA PRIMERA CRISIS DE LA GLOBALIZACIÓN.

Desarrollaremos ahora algunas otras ideas, clarificando y concretando las anteriores premisas.

La UE es una genuina experiencia de integración supranacional regida por el Derecho. De hecho, es el más exitoso experimento hasta la fecha de democracia supranacional, que, no por casualidad, ha tenido lugar a escala continental europea.

La UE es un producto del Derecho, del artefacto jurídico como técnica de pacificación de conflictos, lo que es decir lo mismo que la UE no es una unidad identitaria o nacional, ni étnica, ni lingüística, ni tampoco religiosa.

No, la UE no responde al patrón de identidades nacionales; su unidad sólo tiene sentido si es Unión en el Derecho. Del Derecho como técnica de pacificación de conflictos europeos, entre europeos e intraeuropeos, históricamente arrastrados, y en los que el continente se enfangó en guerras más devastadoras.

Y la UE es fruto del Derecho, también, en cuanto herramienta de civilización, garantía de libertades y limitación del poder. Porque el Derecho en la UE sólo resulta concebible en el marco del modelo social europeo, capaz de conjugar con éxito derechos y libertades, imperio de la ley democráticamente legitimada y democracia representativa (art.2 TUE).

Sobre las bases de esta cultura jurídica -las “tradiciones constitucionales comunes”, que actúan como principios generales del Derecho de la UE- se ha construido el proceso de integración supranacional de escala continental, con específicas técnicas de relación con los ordenamientos de los EE.MM (los “Estados integrados”).

La Unión no ha disuelto los Estados: no ha extinguido sus ordenamientos internos, ni ha disuelto en la ciudadanía europea la ciudadanía de que disfrutaban los ciudadanos de los EE.MM. La ciudadanía nacional de los EE.MM es el título desde el que acceden a esa ciudadanía europea en una progresiva experiencia de *multilayered governance*.

Desde un punto de vista político, la UE puede ser descrita como una genuina construcción de *gobierno multinivel* sobre una comunidad política todavía en construcción. Esta estructura incluye los escalones local, subestatal, estatal y supranacional, todos y cada uno dotados de sus procesos políticos e instituciones propias de representación (Título I TUE).

Desde el punto de vista jurídico, ya para asegurar el objeto de su interrelación con los ordenamientos de los EE.MM, la UE ha configurado los principios vertebrales de su ordenamiento jurídico: principios de primacía, eficacia directa, aplicación uniforme y atribución de competencias en el marco del cumplimiento de los objetivos y fines asignados a la Unión.

La configuración de esos principios vertebrales lo debe todo a la obra jurisprudencial del TJ. Es este el genuino embrión de un poder judicial distintivo de la UE, en diálogo permanente con los poderes judiciales de los EE.MM (coronados, en su caso, por las diferentes Cortes Constitucionales y Tribunales Supremos, llámense como se llamen).

Por eso la historia de la UE está jalonada con referencias señeras a la doctrina del TJ, correspondiendo cada una a la afirmación de principio vertebral en su sistema o en su interrelación con los ordenamientos de los EE.MM (casos *Van Geen&Loos* 1963, *Costa* 1964, *Simmenthal* 1969, *Internationale Handelsgesellschaft* 1970, *Nold* 1974, *Les Vets* 1986, *Factortame* 1990, *Marleasing* 1990, *Zückerfabrik* 1991, *Francovic y Bonifaci* 1991, *Alemania v. PE y Consejo* 1997, *Pupino* 2003...y así hasta hoy).

Sin embargo, la naturaleza del ordenamiento propio de la UE es *autónoma* respecto de los de los EE.MM (procede de fuentes propias). Además, es intensamente *pretoriana* - de factura judicial-, a la luz de su configuración jurisprudencial por el TJUE.

Así se ve en su sistema de recursos ante el TJ -cuestiones prejudiciales de interpretación y validez, recursos de anulación y por omisión, incumplimiento o responsabilidad extracontractual, además del control previo de los acuerdos internacionales y la adopción de medidas cautelares, como es su propia estructura.

Esta configuración jurisprudencial, a golpe de decisiones históricas del TJ, es una encrucijada de referencias comparadas. Con notables influencias del modelo francés, y un prototipo federal: exhibe concomitancias claras con la conformación evolutiva del Tribunal Supremo de EEUU.

3. ¿QUO VADIS EUROPA? EL CONSTITUCIONALISMO SECUESTRADO, EL DEBATE PRESUPUESTARIO Y LAS REFORMAS ECONÓMICAS EN LA UE

Desde el año 2008, la UE se muestra sumida en una espiral recesiva y destructora de empleo, alternada con periodos de crecimiento raquítico y paro masivo. Su impacto social percute en una profundización de brechas de desigualdades sin precedentes. Y su efecto político redonda en un deterioro del proyecto de integración continental, en su disgregación en una diáspora de intereses nacionales confrontados entre sí, y en una desafección proporcionada al “desgobierno” en que se visualiza el manejo de la crisis.

La *Gran Recesión europea* -suma de las embestidas recesivas desatadas en la UE a partir de la caída de *LehmanBrothers*, en septiembre de 2008, hasta este nuevo bache de la *DoubleDipRecession*, de 2011- ha dado lugar a una ingente bibliografía crítica. Una primera observación es que tan desastroso manejo no obedece a la ausencia de hipótesis alternativas de trabajo o de respuesta; ni menos aún a la ausencia de elementos suficientes de juicio que hicieran posible predecir las negativas consecuencias de las decisiones que -siempre insuficientes, tardías y mal explicadas (*too little, too late*)- acabaron imponiéndose desde el Consejo Europeo, ante la inacción, la omisión o la complicidad de la Comisión.

La trágica cadena de errores que nos ha traído hasta este punto no es consecuencia de falta de lucidez analítica ni de opciones disponibles. No. Obedecen, en su versión más corta, a dos tipos de factores que han sido mil veces expuestos tanto a la crítica razonada como a su contraste empírico.

De un lado, es el resultado de los defectos congénitos de una Unión Monetaria “no óptima”; carente de un BCE a la altura del envite, de un Tesoro Europeo que avale deuda europea y de una Unión Presupuestaria, Fiscal y Bancaria que incluya criterios comunes de supervisión, garantía de depósitos y resolución de crisis sin riesgos de “choques asimétricos”.

De otro lado, tan catastrófico antimodelo de gestión de crisis no ha sido en ningún caso el efecto no previsto de un error bien intencionado de cálculo, sino un daño infligido y asumido como consecuencia de la correlación de fuerzas actualmente dominantes contra el denominado *modelo social europeo*. Es la consecuencia de una hegemonía conservadora en la UE, desvinculada de aquellos pactos sociales, económicos (de rentas) e intergeneracionales que se construyeron sobre los escombros y cenizas de la II Guerra Mundial. Desoyendo las lecciones que entonces fueron esculpidas como “imperecederas” con la participación decisiva de los cristianodemócratas (después familia *popular*) y socialistas europeos (después, familia socialdemócrata).

La política del euro se edificó en los años 90 y primeros años de este siglo. Y se hizo desde la preponderancia de una Unión Monetaria (UME) carente de una verdadera *política* de liquidez y de cambios. Se abandonó la UME a un organismo independiente desvinculado de cualquier legitimación democrática, y por lo tanto ajeno al control y a la responsabilidad que deriva de las urnas: el BCE. Se hacía así del *mix Bruselas/Frankfurt* una nueva “constitución material” enajenada en su diseño a las demandas democráticas, y encastillada extramuros frente a los estados de ánimo de la ciudadanía.

Estos años de manejo de la crisis no han sido, sin embargo, estériles. Se han producido avances en los denominados “Paquetes de Supervisión” y de “Gobernanza económica”: el *Six Pack*, y su corolario o complemento, el *Two Pack*. Se abrieron paso también el *Pacto del Euro Plus*, el llamado *Fiscal Compact* (tratado internacional ajeno al Derecho europeo) y la incipiente Unión Presupuestaria (escorada sobre el control externo de la elaboración de los presupuestos nacionales, en el llamado “Semestre Europeo”). En su conjunto, se trata de una secuencia sesgada por su enfoque correctivo y punitivo, y siempre de espaldas a los postergados estímulos al crecimiento y a la generación de empleo. En los últimos episodios de la crisis, la alegada “Unión Bancaria” ha sido epitomizada incluso como tránsito crucial a la “federalización” de las economías de los EE.MM.

En todos estos capítulos, ha venido acentuándose el carácter insuficiente, reduccionista y sesgado de la respuesta hasta ahora articulada. Se la ha condenado, por lo mismo, a la anticipación de su fracaso. En realidad, testifican la *regubernamentalización* de Europa (alejándose cada vez más del método comunitario) y la *renacionalización* de la política europea. Acentúan el deterioro del *modelo social* europeo, por consunción, por incomparecencia, o por la inexistencia de una *Agenda Social* paralela a la del euro.

En consecuencia, todos estos eslabones han espoleado el debate sobre el *déficit democrático* de la UE. Se ha apostado por decisiones no sólo carentes de expreso apoyo ciudadano sino cada vez más confrontadas con las corrientes de opinión y las percepciones mayoritarias de la ciudadanía. La desafección, la exasperación antipolítica y el populismo extremista han sacudido a toda Europa. Esta imagen de la UE se ha transmutado, a la postre, en una locomotora de eurofobia, abocada a la reacción cada vez más antieuropea de las opiniones públicas de los EE.MM.

En el punto de partida, constatamos en origen un fallo general de diagnóstico. Se pretendió que la deuda soberana nació en el “derroche fiscal”. No era verdad: el problema lo originó el sobreendeudamiento privado de las instituciones financieras. Pero ese error determinó una disparatada estrategia y tratamiento terapéutico: la receta de la “austeridad recesiva”. Se condujo a “recortes”/ “ajustes” de los servicios públicos que realizan los derechos prestaciones que la ciudadanía daba por adquiridos. De ahí se sigue un irracional doctrinarismo fiscal (con presupuestos contractivos y procíclicos) que ha renunciado por completo a contemplar la variable de la suficiencia y la equidad de los ingresos tributarios (los impuestos y su progresividad), en lugar de bascular solamente sobre el gasto. Así se resume el desolador

panorama que ahora campa sobre Europa. Es el paisaje de una batalla en apariencia incruenta, pero extremadamente sañuda con el empobrecimiento de las clases medias y la creciente exclusión de capas trabajadoras, desempleados, “clases pasivas” y jóvenes instigados a la desesperanza, la emigración, el paro cronificado o el infraempleo, *semiesclavo*, de muy baja calidad (trabajo extenuante y sin derechos).

¿Qué hacer? ¿Cómo rectificar esta hoja de ruta suicida en el debate económico y presupuestario de la UE? Tal y como hemos sostenido, es urgente acordar cambios de profundo calado, por ello mismo improbables sin modificar primero la correlación de fuerzas que nos han hundido en la miseria:

- 1) Un nuevo calendario para el manejo de los tiempos y la reconducción de las magnitudes maltrechas.
- 2) Un nuevo papel para el BCE, garante de liquidez y prestamista de último recurso, completado por un embrión de Tesoro Europeo (el MEDE) hacia una mutualización racionalizada de deuda (eurobonos).
- 3) Recuperación del método comunitario *-reeuropeizar* Europa-, con una nueva Comisión al frente del impulso político a una nueva agenda europea.
- 4) Un nuevo Presupuesto Europeo, expansivo; y un MFP proactivo, anticíclico, inversor y promotor de un genuino *valor añadido* europeo; esto resulta estratégico para la recuperación del crecimiento, dotando estímulos selectivos al cambio de orientación de la economía europea (innovación/educación/ reindustrialización) y la generación de empleo (garantía juvenil y oportunidades para los buscadores de empleo).
- 5) Agenda de inclusión social (Diálogo Social/Acuerdo Social/ y de nuevo, reconocimiento de los agentes sociales, especialmente, sindicatos).
- 6) Más y mejor democracia, refuerzo del PE, participación; transparencia, medios de comunicación europeos y sistema electoral europeo; partidos europeos y candidaturas diferenciadas a las elecciones europeas; con un candidato a Presidente de la Comisión surgido de listas europeas al PE. Y todo ello contando con un discurso consensuado entre los progresistas, socialdemócratas, socialistas y gente de izquierda en toda Europa.

Además, hay que sincronizar de una vez el tiempo político del PE (cinco años) con el de la Comisión Europea y con el de la adopción del MFP. Ello no sólo comportaría un incentivo a la participación electoral de los 500 millones de ciudadanos europeos. Con esa medida, los ciudadanos podrán saber que, al votar, deciden la correlación de fuerzas que determinarán la asignación de recursos y la equidad de la carga, lo que es el primer eslabón parlamentarismo y del constitucionalismo democrático europeo. Además redundaría en una mejor decisión de cuenta y responsabilidad de la arquitectura institucional y de la gobernanza económica europea.

Todo esto sería, finalmente, un eficaz acicate para movilizar a la ciudadanía. El espacio público europeo y la construcción de un genuino proyecto federal europeo es una de las claves del cambio en la correlación de fuerzas que nos ha sumergido en el desastre, en buena medida responsable del hundimiento del *Titanic europeo* frente al iceberg de *la crisis* de la *Gran recesión*; derrotar la tentación de la autodestrucción, y a los conductores suicidas; plantar cara a los nacionalismos, a la pulsión *populista* (el nuevo revestimiento de la derecha extrema y de la demagogia de la simplificación y la *crispación antipolítica* de la exasperación de la *políticadel odio*); y sortear el pesimismo y la desesperanza con que el relato ideológico ha acompañado a la crisis con su semántica conservadora, haciéndola pasar por carente de “opciones” y alternativas factibles.

4. EN EL MANEJO DE LA CRISIS, LOS ESTADOS NO SUFREN POR LAS IMPOSICIONES DE EUROPA: ES AL REVÉS.

Nunca como en esta crisis se había visto un contraste tan perdurable y profundo entre la abundante lucidez de los análisis que nos dicen lo que hay que hacer para salir de este bache y la falta de voluntad y liderazgo para hacerlo. La contundencia y consistencia de los comentaristas que afirman que no saldremos de esta con una estrategia equivocada (la anorexia fiscal) sólo resulta emparejada por la impotencia de los gobiernos a la hora de intentar ninguna otra cosa.

Buena parte del meollo de esta discusión orbita en torno a las dificultades impuestas por Alemania -es decir, por los sucesivos gobiernos liderados por la cancillera federal Angela Merkel, a su vez acuciada por las inestabilidades de su propia coalición y por la creciente hostilidad antieuropea de buena parte de los medios y la opinión pública alemana- a la hora de cambiar la marcha y la dirección, no ya digamos a la hora de abrir paso a un tesoro europeo y una eventual agencia europea de deuda capaz de emitir eurobonos.

Y, sí, resulta imposible negar que el papel (y la responsabilidad) de Alemania es ciertamente determinante en la explicación de este *impasse*. No sólo porque no resulta pensable que una decisión europea de cierto alcance sea decidida sin Alemania, no ya digamos contra Alemania. No sólo porque Alemania ha conseguido situarse con ventaja, prácticamente desde el primer estadio, ante esta larga *crisis*, manteniendo sus exportaciones y manteniendo alentadores diferenciales de crecimiento y empleo, en un contexto en que casi todos los demás socios de la zona euro se despeñaban pasando las de Caín.

Por su peso específico, y por su gobierno. Merkel es presentada a menudo en las prensas nacionales (sobre todo en los países periféricos) como una gobernanta fuerte, a la que los demás seguirían dócilmente: emperrada en imponer penitencias de austeridad a los países pecadores de despilfarros, y beneficiaria del galope a lomos de un gigante industrial cuyas exportaciones impulsan su crecimiento, sin apenas despeinarse por la sobrevaluación del euro.

Las dificultades de conjugación de la posición alemana con la del resto de la UE crecen cuando incorporamos la decisiva participación de su Tribunal Constitucional (TCF) en cada paso en que Alemania se compromete en la dirección europea (complicación que crece a la luz de las especificidades del amplio acceso a la jurisdicción constitucional alemana). Hace tiempo -prácticamente desde la histórica sentencia del TCF sobre Maastricht en 1992- que el Derecho constitucional comparado ha aprendido que la Constitución alemana -aun cuando varias veces reformada, en oleadas sucesivas, formateada por ello para acompasar los avances de la construcción europea- reserva para el *Bundestag* como representación de la soberanía alemana una última palabra respecto de cada cesión de esa soberanía a la Unión supranacional.

Más desmoralizadoras resultan las controversias cruzadas acerca de quién ha ganado y perdido más con esa moneda única, el euro, de la que el gran exportador europeo (la industrial Alemania) se ha beneficiado tanto. A la vista está que el euro no ha resultado una mala inversión para una Alemania en que se invoca a cada tanto la nostalgia de su viejo *Deutsche Mark*.

Pero a la vista está también que los análisis cruzados en torno a los réditos del euro en términos de coste y beneficio desde las contrapuestas ópticas nacionales (trufadas cor-toplacismo, miopía, regresiones y otras formas de distorsiones cognitivas) no sólo resultan estériles (*no exit, no turning back* después de la entrada del euro) sino contraproducentes

(estimulan los resentimientos de unos contra otros, en lugar de ayudarnos a comprender que estamos juntos en esto, y sólo juntos saldremos de ésta, y sólo a condición de que lo hagamos conjuntamente, de manera sostenida y coherente, y de que hagamos lo correcto, y no los errores ya ensayados).

Pero, a lo que vamos, el enfoque que describe nuestra pauta de respuesta ante la crisis desde Europa (ya que no, en puridad, de nuestra respuesta europea) sigue siendo un enfoque equivocado: hasta ahora, *grosso modo*, los EE.MM han competido entre sí en la imputación de las causas (las culpas) de la marejada de fondo -una crisis no prevista ni prevenida, a pesar del desarrollo de instrumentos analíticos y de prognosis experta, acompañada de un inmenso malestar social-; se cruzan reproches (insensibilidad, despilfarro, indulgencia manirrota; haber consentido *free riders* de un endeudamiento tendencialmente insostenible). En efecto, los EE.MM estimulan desde sus gobiernos a sus opiniones públicas en un cóctel explosivo de ansiedad y de miedo al populismo (pero sin renunciar a capturar sus banderas), cuando no a la tentación de buena parte de los medios a la incitación a una estampida de pánico en desbandada. El resultado es un mapa de opiniones o segmentos de opinión que se duelen como cuerpos estirados desde caballos que empujan en direcciones distintas.

De modo que la Europa resultante se encuentra expuesta a un tenso juego suma cero, en oposición a toda hipótesis de *win-winsituation*. Contrariamente, Europa debería ser leída desde el entendimiento de cuánta unión nos queda todavía por delante, de cuánta más nos hace falta, más exigente, más sólida, “más perfecta” (*A more perfect Union*) si es que queremos adquirir de una vez la óptica y enfoque adecuado para acometer los retos con posibilidades de sobrevivirlos con éxito.

De hecho, en este contexto teñido de confusión e inevitables dosis de sufrimiento, es cada día más frecuente una cierta perplejidad: parece impactante, en efecto, que, a pesar de que la alternativa progresista a la hegemonía conservadora viene preconizando insistentemente, desde hace ya tres años, una panoplia de medidas frente a la estrategia equivocada que no nos está sacando de la crisis (la de la denominada *austeridad a todo coste*), esas propuestas y mensajes (crecimiento, empleo, eurobonos, agencias europeas de deuda y calificación, nuevo pacto fiscal y nuevo pacto social...) sólo resulten *audibles* cuando vienen verbalizados por las antiguas figuras de esa ahora *idealizada etapa anterior* de la construcción europea (Delors, Kohl, González, Blair, Schröder...).

Es difícil imaginar un ejemplo más gráfico del déficit de visibilidad de la actual política europea -y muy específicamente del PE, donde venimos resaltando esos mismos postulados día sí y día también-, precisamente en el momento de mayor potencia, relieve y alcance de la dimensión política de la UE: la que señala la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que hace del PE no sólo el más poderoso de toda la historia de la UE sino también, en realidad, el Parlamento más poderoso de toda la UE.

Afirmada esta contradicción, el examen conducente a la descomposición factorial de los actuales retos para proveer a Europa de una capacidad política de obrar pareja a sus exigencias sistémicas, nos señala claramente dos prioridades vinculadas.

Por un primer lado, se trata de embridar a los mercados para relanzar el empleo. Ello quiere decir, para empezar, que no vamos a ninguna parte primando a todo coste los intereses de la deuda artificialmente inflados por esos “mercados” sin freno, aunque ello implique posponer las inversiones productivas que puedan invertir la tendencia y promover el empleo. Y debemos hacerlo además pensando sobre todo en los jóvenes (la desesperación de la *generación Erasmus*, jóvenes con alta cualificación pero sin perspectivas profesionales, es simplemente inasumible).

En segundo lugar, debemos recuperar la política, superando un *déficit de crédito* que no es sólo financiero puesto que afecta directamente a la razón de ser de los gobiernos, de la democracia y del voto. Y no hay nada más urgente para ello que relanzar al Parlamento. En el escalón europeo, ello quiere decir reclamar para el PE el peso que le da el Tratado de Lisboa, como único órgano directamente representativo y legitimado por su elección por la ciudadanía.

Desde la entrada en vigor del TL, que tanto apostó por reforzar al PE en la UE, es más insoportable que nunca la visión de un directorio asimétrico (Alemania es visualizado como el motor y el freno) del que todos los demás gobiernos serían subalternos, vicarios, correa de arrastre o puro lastre. La imagen que se infiere de esa secuencia de arreglos sincopados es la de un directorio que impone sus propias tácticas al conjunto de la zona euro (tácticas una y otra vez tardías en su *tempo* y fallidas en sus resultados, por lo que se ha visto hasta ahora). El resto de la eurozona aparecería siguiendo al tándem, acompañada luego por un heteróclito conjunto de terceros miembros que no forman parte del euro, entre los que sobresale por su lógica específica el Reino Unido.

Porque lo que subyace a esta imagen es un corolario de primacía de los Estados (y, en estos, de los gobiernos), sin atenuamiento al vínculo de legitimación democrática que confiere la elección, a escala europea. Y por ello, de algún modo, de sesgo contraeuropeo. Consiguientemente, esto conduce a la *desparlamentarización* de la política en Europa, esto es, la disolución del vínculo democrático y representativo entre quienes deciden -los menos- y quienes soportan los efectos de la decisión -los más-.

Añadiré ahora mi conclusión: No es verdad que la política en los EE.MM sufra “por causa de Europa”: la proposición correcta es más bien la contraria: la política europea (la que aun brilla por su escasez o por su ausencia, la que nos hace falta y empero echamos de menos) sufre más bien por causa de los EE.MM. No es que los Estados no ganen para los disgustos que les repercute Europa, sino que Europa no gana para los disgustos que le causan los Estados.

Por increíble que parezca, teniendo en cuenta las enseñanzas de la globalización, esta es la hora en que pareciera que no haya todavía *intereses europeos*, sino *intereses nacionales*, domésticos, locales.

No hay una “conciencia” de ser “en sí y para sí” de la europeidad del sujeto y del objeto en cada uno de los retos y escalas de definición de los problemas que enfrentamos. En su gestión, más que las instituciones comunes (notablemente, la Comisión, cada vez más subordinada y carente de bitácora propia), los actores decisivos son, siguen siendo, los Estados. Buena parte de sus gobiernos continúa sin asumir con coherencia y a fondo que no tienen nada que hacer sin continuar braceando con manotazos de ahogado los unos contra los otros, en lugar de reforzar la senda común de la integración económica, fiscal, presupuestaria, jurídica, civil, ciudadana y democrática que deberá hacer de la UE un actor globalmente relevante.

Y ello resulta incomprensible no solo en la contradicción de nuestras necesidades sistémicas en la gobernanza económica de la globalización y, particularmente, en la defensa del euro, la moneda común que nos hemos dado. No. Resulta aún más chocante en la contemplación de nuestra actitud ante la inmigración e incluso ante el papel de las migraciones en la globalización, lastrados por visiones negativas, cuando no por los prejuicios y la estigmatización, en contradicción con las perspectivas demográficas que amenazan con el confinamiento de Europa en un declive inexorable.

Y resulta también enormemente inquietante ante el frustrante balance que hasta la fecha arroja una dimensión exterior que haga honor a su tamaño en la mancomunidad de sus esfuerzos y recursos diplomáticos, de seguridad y de cooperación.

A estas alturas, es abrumadora la evidencia empírica disponible de cuánto podríamos ganar si acertáramos a poner nuestros activos diplomáticos (embajadas de los 28EE.MM a lo largo y ancho del mundo, y personal desplegado), securitarios (fuerzas armadas en el territorio nacional respectivo, y efectivos militares y tropas desplegadas en operaciones exteriores y participación en acciones decididas por organismos internacionales) y de cooperación (ayuda humanitaria y cooperación internacional al desarrollo).

Ganaríamos en economía de escala, en réditos de situación, en optimización de recursos, y sobre todo ganaríamos en efectividad, en eficacia en la defensa y promoción de nuestros propios intereses. Combatiríamos despilfarro y conseguiríamos más y mejores resultados. Tan si sólo si fuésemos capaces de actuar racionalmente ajustando nuestros actos a nuestra conveniencia, a nuestros intereses...Y, sobre todo, si fuéramos y nos mostráramos capaces de quererlo lo bastante y de ajustar y adecuar las decisiones al discurso proclamado.

5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El dilema crucial al que se enfrenta el avance y profundización del constitucionalismo en Europa reside en la afirmación de la voluntad política dimanante de las urnas sobre los poderes fácticos que escapan a todas las formas de legitimación y control de responsabilidad que hacen reconocible el principio democrático tanto a escala nacional (en el Estado miembro) como supranacional (en la integración europeo).

La única forma razonable y verosímil de romper el maleficio que el “miedo” y el “nerviosismo” de los mercados imponen a la capacidad de financiación a corto plazo de los Estados del euro es simplemente actuar juntos.

No individualizadamente, lo que extrema las debilidades y las vulnerabilidades de cada uno de los miembros de la eurozona, sino ejecutando un plan común de defensa mutua y refuerzo compartido de la confianza del conjunto en la moneda que comparten.

Una vez más, el BCE debería actuar como garante de liquidez y prestamista de último recurso, a los Estados y no sólo a los Bancos que se enriquecen comprando la deuda soberana de los Estados que se han empobrecido y endeudado rescatando previamente a esos mismos Bancos.

Deberemos conformar, además, un Tesoro Europeo, con un responsable europeo de finanzas europeas (un ministro europeo de finanzas).

Y disponer en el menor plazo posible de una Agencia Europea de Deuda, capaz de emitir eurobonos que den lugar a una mutualización racional y convenida de hasta un cierto porcentaje de la deuda de los Estados (hasta un 60%) en modo que podamos conseguir entre todos tipos de interés asumibles en plazos manejables, aligerando así la carga del servicio financiero sobre los presupuestos.

Por su parte, el BEI debería aumentar también su hasta ahora raquítica “potencia de fuego” inversora, pasando de sus actuales reservas (alrededor de 80.000 millones de euros) al entorno de los 400.000 millones de euros: el objetivo es emitir *Project Bonds* de orientación finalista para financiar redes transeuropeas en infraestructuras, transportes, energías

renovables y comunicaciones, todas ellas orientadas a la generación de empleo y, en especial, de empleo joven.

Pero lo más importante es que la Comisión y el Consejo acierten a formular, de una vez, y en serio, un plan sostenido a medio y largo plazo de crecimiento y empleo, con inversiones selectivas en formación, innovación, investigación, diseño, biotecnologías. Crecimiento sostenible, verde, solidario, no basado en el consumo destructivo ni en el endeudamiento insostenible.

Es claro que para ello hacen falta recursos, europeos y nacionales. Y ello comporta hablar de un nuevo *Pacto Fiscal*. Y esto no consiste sólo en velar por la reducción (y “disciplina”) del gasto, sino por la aseguración los ingresos proporcionados a la necesidad imperiosa de preservar el modelo social y la capacidad cohesiva e integradora -territorial, social e intergeneracional- del propio proyecto europeo, tal y como quedó establecido en el Tratado de Lisboa.

Este horizonte, a su vez, exige la determinación de combatir las insostenibles inequidades fiscales *entre* los EE.MM (armonización fiscal, luchando contra el *dumping* fiscal).

Pero exigirá también remover las injusticias en el reparto de las cargas tributarias *en el interior de los EE.MM*: mientras las rentas del trabajo están por lo general saturadas, las rentas de capital, los beneficios empresariales y las grandes fortunas navegan libres en el éter de la desfiscalización, a través de todo tipo de figuras interpuestas al servicio de los menos, que son los más poderosos, los mejor asesorados para eludir no ya sólo su cuota de solidaridad en la salida de la crisis sino sus responsabilidades cívicas más elementales.

Es imprescindible apostar también por unos presupuestos de la UE al alza, presupuestos, crecientes, no a la baja: la UE no padece ni déficit ni deuda pública acumulada. En consecuencia, el MFP debe ser proporcionado a las ambiciones que La UE dice proclamar.

Habrà de contarse para ello con los llamados recursos propios de la UE: lo que incluye la definitiva adopción y entrada en vigor de la FFT (tasa/impuesto sobre las transacciones financieras), junto con impuestos prohibitivos contra la especulación *intradie*, impuestos ecológicos (*carbontaxes*).

Complementariamente, debe ser acometida una lucha frontal, paneuropea, contra el fraude, la evasión fiscal, y por la erradicación de los paraísos fiscales.

Se suma al cuadro de objetivos la incorporación de una Agencia Europea de Calificación.

Sólo ese *mix* puede darnos la medida de un *Pacto Fiscal* merecedor de ese nombre. No ese constructor ideológicamente sesgado y políticamente contraproducente que ha dado en llamarse *Fiscal Compact*.

Si acertamos a hacer esto, estaremos no sólo oponiendo un nuevo guión alternativo a la salida de la crisis. Estaremos además relanzando el proyecto europeo en su conjunto. Inyectando savia nueva en la fuerza de persuasión, en la autoridad y hasta en la sugestión emocional de la dimensión supranacional de nuestra identidad ciudadana.

De forma muy especial, debemos vincularlo al esfuerzo de relanzamiento de la dimensión política y la ambición constitucional de la UE. Los derechos fundamentales, la democracia representativa, el Estado de Derecho, las tradiciones constitucionales comunes consagradas como principios jurídicos del Derecho de la UE.

El espacio de libertad, justicia y seguridad, la cooperación judicial fundada en los vectores del reconocimiento y la confianza mutua, la aproximación normativa, la convergencia, la

armonización, el refuerzo de la cooperación activa y la formación europea de los operadores jurídicos, con particular atención a la de abogados, fiscales (el ministerio público) y jueces y magistrados.

Al final del camino, lo más importante, ahora, sigue siendo a fin de cuentas asegurar la capacidad de la UE de enganchar a una nueva generación de ciudadanos europeos.

6. NOTA BIBLIOGRÁFICA

- E. SIEYÉS, *Escritos y discursos de la Revolución*, CEC, Madrid, 1990.
- L. BRYCE, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, IEP, Madrid, 1963.
- G. F.JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1991.
- C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982.
- M. GARCIA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1950.
- C. MORTATI, “Concetto, limiti e procedimento della revisione della Costituzione”, *Riv. Diritto Pubblico*, 1952.
- K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1983.
- S. BARILE, “Potere costituente”, AA. VV.: *Novissimo Digesto*, vol. XVIII, Torino, 1966.
- K. HESSE, *Escritos de Derecho constitucional*, comp.y trad. De P. Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1983.
- G. DE VERGOTTINI, *Derecho constitucional comparado*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983.
- P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale comparato*, Giuffrè, Milán, 1984.
- V. BOGDANOR(ed.), *Constitutions in Democratic Politics*, Gower, 1988.
- M. CONTRERAS, “La reforma de la Constitución”, AA. VV.: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Ed. de M. Ramírez, Zaragoza, 1979.
- J. JIMÉNEZ CAMPO, “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, *RDP*, núm. 7, UNED, 1980.
- J. PÉREZ-ROYO, “Algunas reflexiones sobre el Título X de la Constitución”, *Rev. Política Comparada*, UIMP, Madrid, 1984.
- P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, T-Clave, Tecnos, Madrid, 1985.
- J. PÉREZ-ROYO, *La reforma de la Constitución*, CD, Madrid, 1987.
- J. DE MIGUEL ZARAGOZA, “Problemas constitucionales en la recepción del Derecho comunitario”, *BIMJ*, núm. 1.184, 1979.
- A. MANGAS, “La recepción en el Derecho español de los actos normativos de las instituciones comunitarias”, AA. VV.: *Constitución, CC. AA. y Derecho Internacional*, Madrid, 1982, y *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1989.
- M. MEDINA, “Problemas constitucionales en la adhesión de España a la CEE”, M. DIEZDE VELASCO (comp.), *El Derecho de la CEE*, Madrid, 1982.
- G. GARZÓN y otros, “La aplicación del Derecho comunitario en España y las competencias de las CC. AA.”, AA. VV.: *La aplicación del Derecho de la CE por los organismos subestatales*, Barcelona, 1980.

- F. RUBIO, (“El bloque de constitucionalidad”), L. PAREJO (“Constitución y valores del ordenamiento”), L. I. SÁNCHEZ-RODRIGUEZ (“El artículo 93 y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas”) y J. A. CARRILLO (“Funciones del Derecho internacional contemporáneo: garantía de la independencia de los Estados e instrumento para la cooperación entre los Estados”), en AA. VV.: *Estudios sobre la Constitución española de 1978 en Hom. al Prof. E. García de Enterría*, t. I, Civitas, Madrid, 1991.
- J.L. REQUFJO, “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”, núm. 34 de la *Revista Española de Derecho Constitucional* (págs. 41 y sigs.).
- R. ALONSO GARCIA, *Derecho comunitario, derecho nacionales y derecho común europeo*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1989.
- J. de M. BARCENA, “Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 9, enero junio 2008.
- J.L. CASCAJO CASTRO, “Integración europea y constituciones nacionales”, en *Revista d’estudis autonòmics federals*, Núm. 13, 2005.
- F. DIEZ-MORENO, *Manual de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1996.
- M.L. DUARTE, “Portugal”, en *Justicia constitucional y Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 259-286.
- F. MAYER, “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system”, *Harvard Jean Monnet Chair Working Papers*, n° 9, 2003, <http://www.jeanmonnetprogram.org>.
- I. PERNICE y F.C. MAYER, “La costituzione integrata. dell’Europa”, Walter Hallstein Institut Paper, 7/03, 2003, <http://www.whi-berlin.de>
- I. PERNICE, “Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitutionmaking revisited?” *Common Market Law Review*, vol. 36, n° 4, 1999.
- C. PIZZOLO, *Derecho e integración regional*, Buenos Aires, Ediar, 2010.
- C. PIZZOLO, *Globalización e integración. Ensayo de una Teoría General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.
- M. POIARES MADURO, “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 119, 2003.
- G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, “Tribunales constitucionales y derecho comunitario”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez De Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993.
- J.H.H. WEILER, “Federalismo y constitucionalismo: el Sonderweg de Europa”, *Revista de Occidente*, n° 249, 2002.
- J.H.H. WEILER, *Europa, fin de siglo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995

LA LETRA PEQUEÑA DE LA PONDERACIÓN: LIBERTAD SINDICAL VS. DERECHO AL HONOR

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ

Ex Ministro de Justicia

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia

Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2014

Fecha de aceptación: 22 de diciembre de 2014

RESUMEN: *La normalidad de los derechos fundamentales hoy día en nuestras relaciones jurídicas, ha provocado proyecciones y elasticidad de los mismos. Aunque dicha expansión pueda tener una apariencia benévola, lo cierto es que la difusión de los límites entre lo legal y lo constitucional supone una excesiva simplificación de las normas. Algo que en un sistema legal como el nuestro dificulta las instituciones de jerarquía y competencia. Aplicando esta idea al caso concreto del derecho al honor y a la libertad sindical, la necesidad de hallar matices y límites se hace más patente si cabe.*

ABSTRACT: *The current normality of fundamental rights in our legal relationships, has led to projections and the elasticity of those. Although such expansion could seem benevolent, actually, the diffusion between the limits of the legal and the constitutional accounts for an excessive simplification of the regulations. This fact, in a legal system like ours, complicates both the hierarchy and competence institutions. Applying this idea to the particular case of right to honour and union freedom, the need to seek nuances and limits is even more evident.*

PALABRAS CLAVE: Elasticidad de las normas, límites de la ley, libertad sindical, derecho al honor.

KEYWORDS: Regulation's elasticity, limits of the law, union freedom, right to honour.

SUMARIO: *1. La importancia de las pequeñas cosas.- 2. El honor y sus intensidades.- 3. La libertad sindical y la constitucionalización de la Ley.- 4. La sentencia del Tribunal Supremo (sala primera) 350/2011, de 1 de junio.- 5. Bibliografía citada.*

1. LA IMPORTANCIA DE LAS PEQUEÑAS COSAS

Hace tiempo que en nuestro país los derechos fundamentales transitan con normalidad por el entramado diario de las relaciones jurídicas. La fuerza irradiante de estos derechos es muestra de la vitalidad, en este punto, de la constitución que los acoge. También de la creatividad de sus intérpretes: se nace y derechos que hasta hace poco pertenecían al ámbito de la legislación reguladora del Registro Civil (derecho a la identidad y al nombre) adquieren hoy sustancia constitucional; se muere y el derecho sucesorio, situado tradicionalmente en el territorio de la autonomía de la voluntad y el código civil, encuentra nuevas condiciones de ejercicio en mandatos constitucionales como el de no discriminación, a veces apurado hasta extremos difícilmente justificables (por todas, vid. SSTC 9/2010 o la STC 93/2013). Y, entre uno y otro momento, en todas nuestras relaciones jurídicas, bien directamente o bien como condiciones de ejercicio, se aprecian particulares proyecciones de algún derecho fundamental.

La elasticidad de los derechos fundamentales parece no tener un punto de ruptura: todo lo alcanzan y todo lo absorben. Una expansión que difumina los límites entre lo legal y lo constitucional hasta confundirlos de forma inquietante, lo que conduce a una excesiva reducción/simplificación de los matices normativos sin cuyo existir resulta muy difícil gestionar la diversidad de los supuestos de hecho y la casuística que siempre acompaña a la aplicación de la ley.

Este efecto expansivo, poco conveniente en un sistema que, como el legal, está informado, entre otros, por los principios de jerarquía y competencia, despliega, asimismo, otras consecuencias no deseadas desde la óptica de la concreción de los contenidos ciertos o, si se prefiere, efectivamente protegidos por un derecho fundamental.

Es conocida la dificultad que existe a la hora de diferenciar entre el contenido esencial y el no esencial de un derecho fundamental, al que obliga el art. 53.1 de nuestra Constitución. También lo es, por artificiosa y alambicada, la construcción hermenéutica que ha permitido al Tribunal Constitucional fundamentar la existencia de un “contenido adicional” al contenido esencial de determinados derechos fundamentales de singular aplicación en el ámbito de las relaciones laborales. Reducciones y ampliaciones interpretativas del contenido cierto de un derecho fundamental que ofrece inevitables zonas de incertidumbre en su deslinde con el legislador y que suscita no pocos problemas cuando dos o más derechos fundamentales entran en conflicto.

He elegido uno de esos conflictos para advertir sobre la importancia de los matices o, si se prefiere, de las precisiones jurídicas de contexto, cuando se trata de ponderar y concretar el alcance material de derechos fundamentales que colisionan entre sí. Para ello he seleccionado dos derechos que, por separado, son un claro ejemplo de esa apertura o expansión de contenidos. Me refiero, por un lado, al derecho al honor (art. 18 CE) y, por otro, a la libertad sindical (art. 28 CE).

A tal fin, recordaré, en primer lugar, la caracterización de cada uno de esos derechos llevada a cabo por la jurisprudencia constitucional. En segundo lugar, examinaré las soluciones generales que se han dado cuando ambos derechos han entrado en conflicto. Y, por último, analizaré alguna hipótesis en la que, en mi opinión, resulta del todo relevante la “precisión jurídica de contexto” para resolver con acierto la controversia planteada.

Los grandes titulares de la doctrina general de los derechos fundamentales, a menudo no nos dejan ver, como escribió Ignacio de Otto (1988, p.146), que “la sanción de un eventual incendio neroniano no es una limitación del arte, sino sanción de un incendio”.

2. EL HONOR Y SUS INTENSIDADES

“Cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos”. “Gloria o buena reputación, que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas...”. (DRAE). Aunque esta caracterización del “honor” apunta claramente al concepto de dignidad inherente al ser humano, no podemos desconocer que, en su significación jurídica, ya en el último tercio del pasado siglo, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo consideraba que las personas jurídicas, incluidas las privadas y las de naturaleza mercantil, podían ser titulares del derecho al honor. La diferencia entre el honor como cualidad vinculada a la persona humana y los conceptos próximos de “crédito”, “prestigio”, “reputación comercial” o “marca” aplicables a organizaciones, entidades o empresas, parecía haberse difuminado. Sin embargo, la aprobación de la Constitución de 1978 reabrió el debate.

El reconocimiento del honor como derecho fundamental y la inexistencia de un precepto que, al estilo del art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, autorizase expresamente su extensión a las personas jurídicas cuando “por la propia naturaleza” le fuese aplicable, abrió las puertas a un proceso de revisión. Que el Estado y sus instituciones pudiesen ser titulares de derechos fundamentales distintos al de acceso a la jurisdicción, o que una sociedad mercantil, además, de su fama, marca o prestigio en el mercado, ya protegidos por las leyes, tuviese reconocido un derecho fundamental al honor idéntico al de la ciudadanía, eran razones más que suficientes para cuestionarse el acierto en aquella equiparación inicial. Así lo hizo el Tribunal Constitucional quien durante un tiempo sostuvo que “el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas” (STC107/1988, FJ 2.) En puridad, como ha señalado M. Aragón (2001), el alto tribunal nunca llegó a declarar de manera expresa e inequívoca que las personas jurídicas no pudiesen ser titulares del derecho al honor, aunque resultaba evidente que su doctrina tomaba esa dirección. Con todo, esa visión “personalista” del honor fue definitivamente abandonada en la famosa sentencia sobre la discoteca Luxory (STC 139/1995). Desde entonces, el reconocimiento a las personas jurídicas de la titularidad del derecho al honor *ex art. 18.1CE* ha sido indiscutible.

En suma, la expansión del derecho al honor fue más de sujetos que de contenidos, aun cuando no pueda desconocerse que lo primero afecta también a lo segundo, pues la proyección del honor sobre la diversa naturaleza de las personas jurídicas (públicas, privadas, con o sin ánimo de lucro...) introduce inevitables variaciones sobre un mismo concepto. En efecto, la materialización del honor, como bien constitucionalmente protegido, no se produce de modo exactamente igual para todos sus titulares y es, precisamente, en ese ejercicio de individualización el lugar en el que, por así decir, el derecho al honor se la juega en su confrontación con otro derecho fundamental, especialmente con las libertades de expresión e información del art. 20 CE.

En esta rivalidad posicional entre derechos podemos decir que el honor ha llevado todas las de perder: “este Tribunal ha resaltado en abundante jurisprudencia cómo la fuerza expansiva de la libertad de expresión e información obliga a una interpretación restrictiva de sus límites y, entre ellos, del derecho al honor” (por todas SSTC 51/1985 y 190/1992). El honor puede ser despiezado y mancillado en la arena pública siempre que el autor de las manifestaciones no llegue al insulto o que el responsable de la noticia “mienta con diligencia”. La información falsa profesionalmente difundida (que no debe confundirse con la verdad intentada aunque no lograda a que se refería la ahora diluida doctrina de la STC 6/1988) y las descalificaciones infundadas, “molestas” o “desabridas” que no sean “absolutamente vejatorias, es decir, (...) ofensivas o ultrajantes” (SSTC 105/1990, 232/2002, 77/2009...) no vulneran, salvo en muy contadas excepciones, el derecho al honor. Un derecho de titularidad amplia y contenido anémico.

3. LA LIBERTAD SINDICAL Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LEY

Espectacular. Ese pudiera ser el calificativo con el que significar el crecimiento que la libertad sindical ha experimentado en nuestro país como derecho fundamental en acción. La generosidad interpretativa de la jurisprudencia constitucional permite hablar, sin incurrir en la exageración, de una suerte de “fundamentalización” de la práctica totalidad de los derechos previstos en la legislación sindical. Hasta podría pensarse que el Tribunal Constitucional más que interpretar la ley desde la óptica de la constitución operó herme-

néuticamente en dirección inversa. La idea de que el “derecho de libre sindicación, que consagra el artículo 28, es un derecho que se concreta en la posibilidad de fundar organizaciones sindicales, en un derecho de afiliarse a los Sindicatos ya creados y es (...) un derecho a llevar a cabo una libre acción sindical y, por consiguiente, el conjunto de actos que dentro de dicha expresión pueden encuadrarse...” (STC 51/1984, FJ3) se ha quedado muy pequeña. No es de extrañar, en consecuencia, que los especialistas en la materia acuñasen el concepto de “derechos fundamentales inespecíficos” (Blasco Peñicer, Goñi Seín y otros, 2014), ya que, de hecho, toda la construcción jurisprudencial del llamado “contenido adicional” al “esencial” del derecho obedece a esa amplificación material del art. 28.1 CE a partir de los contenidos previamente introducidos por el legislador (por todas, SSTC 39/1986, 51/1988, 61/1989). La libertad sindical no sólo se reconoció a los trabajadores, a sus representantes y organizaciones sino que se ha expandido sobre todo el conjunto de relaciones y prácticas que expresan su posición en el seno de la empresa y su capacidad para la defensa de sus intereses.

Por si no fuera suficiente, en algunas de sus manifestaciones, la libertad sindical se ha visto reforzada por la concurrencia de otro derecho fundamental. Lejos de trazarse el correspondiente deslinde entre uno y otro derecho, cuando la libertad sindical converge con otro derecho en una misma dirección, se produce una especie de suma de esfuerzos de la que siempre sale fortalecida. El Tribunal Constitucional en su STC 281/2005, fj 3, lo explica en los siguientes términos:

“Aun cuando del tenor literal del art. 28.1 CE pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, este Tribunal ha declarado reiteradamente, en virtud de una interpretación sistemática de los arts. 7 y 28 CE, efectuada según el canon hermenéutico del art. 10.2 CE que llama a los textos internacionales ratificados por España (...), que la enumeración de derechos efectuada en el primeramente referido precepto constitucional no se realiza con el carácter de *numerus clausus*, sino que en el contenido de dicho precepto se integra también la vertiente funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores (...)

Así, el derecho a la intimidad (18.4 CE) ha servido para potenciar la libertad sindical, en su vertiente de reserva de acceso a la afiliación, frente al intento de descontar automáticamente del salario la cuota sindical o de descontar los días de huelga a todos los trabajadores de la empresa pertenecientes a la organización sindical convocante (SSTC 11/1998 y 94/1998). Del mismo modo, la libertad ideológica (art. 16.1 CE) se ha unido a la sindical para justificar la negativa de entregar a la empresa, por un delegado sindical, la lista de afiliados, pues, no le es exigible “una conducta lesiva del derecho de libertad ideológica de los trabajadores afiliados al sindicato” (SSTC 293/1993 y 145/1999).

Guiados por esta ganancia de contenidos justificada por su concurrencia con otros derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, se ha llegado a decir que las libertades de expresión e información son inherentes a la acción sindical y a las facultades de representación de los trabajadores en el seno de la empresa. En consecuencia, cuando “la lesión que se estima producida no es la de los genéricos derechos a la libertad de expresión e información de los que son titulares todos los ciudadanos, sino la de los relativos a la información y expresión sobre materias de interés laboral y sindical (...) La invocación del art. 20.1.a) y d) CE carece (...) de sustantividad propia y no es escindible de la que se efectúa del derecho a la libertad sindical (STC 198/2004, fj. 4.; en igual sentido vid. SSTC 94/1995 y 213/2002).

Con todo, el Tribunal Constitucional ha establecido ciertos límites externos a esta libertad sindical reforzada. Para evitar un uso desproporcionado o abusivo de la misma, el

Tribunal ha declarado que debe observarse si dicha libertad “se ejerció dentro de su ámbito legítimo, constitucionalmente protegido frente al poder disciplinario empresarial, o si por el contrario la conducta excede de los límites constitucionalmente admisibles, lo que permite determinar, a la luz de las concretas circunstancias del caso, si la reacción empresarial es legítima o, por el contrario, constituye la reprobación del lícito ejercicio de los derechos fundamentales del recurrente” (STC 213/2002). En el examen de esas “concretas circunstancias” se atenderán “los límites adicionales derivados del vínculo contractual que une a trabajador y empresario” (SSTC 106/1996 y 213/2002) siempre que tales límites resulten imprescindibles para el desarrollo de la actividad (STC 90/1999 y 213/2002), así como la buena fe y la ausencia de abuso de confianza (SSTC 120/1983 y 126/2003); la existencia o no de un contexto de conflictividad laboral y el contenido de las concretas acciones sindicales objeto de ponderación que deben revestir un estricto interés laboral y sindical (STC 198/2004).

Ahora bien, si no existe una especial obligación de sigilo o lealtad derivada del contrato de trabajo o se pertenece a un colectivo con una libertad sindical constitucionalmente atenuada (caso de los funcionarios de policía, vid. Las SSTC 273/1994, 85/1995 y 127/1995) la constatación objetiva de la producción de un daño infundado a la imagen, honor o prestigio de la empresa no es por sí suficiente para reputar ilícita la conducta de un trabajador cuando invoca su libertad de expresión e información como parte de su derecho a la libertad sindical. He ahí el efecto “reforzado” de la adición de derechos frente a otros derechos fundamentales del empleador sobre cuyos inconvenientes ya se ha advertido en el seno del propio Tribunal (vid. votos particulares a las SSTC 4/1996 y 213/2003, entre otros). Del mismo modo, el empleo de expresiones que en otro contexto se calificarían de injuriosas para la empresa son comprendidas y aceptadas si se vierten en una situación de conflictividad laboral (SSTS, 18 julio 2007 y 31 de marzo 2011).

La libertad de expresión, cuando es instrumento de la acción sindical, experimenta una atenuación de los límites que condicionan su uso legítimo. Se diluye en el interior de la libertad sindical del art. 28 CE y esa “confusión” aminora el canon de exigencia ponderativa que se aplicaría a cada una de esas libertades por separado en la hipótesis de colisionar con otro derecho fundamental.

No puede desconocerse que esa ampliación por “confusión” de la libertad sindical operada por la jurisprudencia constitucional obedece a la necesidad final de defender la inferior posición del trabajador en las relaciones de trabajo. Una loable finalidad, coherente con el espíritu de la Constitución y los tratados y convenios internacionales suscritos en este ámbito por España. Sin embargo, es imprescindible que esa doctrina de la libertad sindical reforzada por absorción de otro derecho o libertad fundamental, se aplique a partir de un examen muy detenido de la realidad del caso concreto, pues una aplicación mecánica y cuasi industrializada de la misma por los órganos integrantes de la jurisdicción social puede conducir al vaciado, en la práctica, de los derechos, también fundamentales, que corresponden al empleador (libertad de expresión, libertad de empresa, derecho al honor...) y a un injustificado desequilibrio ponderativo entre los derechos objeto de controversia.

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA) 350/2011, DE 1 DE JUNIO

Una muestra de cuanto se acaba de decir puede encontrarse en el pronunciamiento del Tribunal Supremo que encabeza este apartado. La sentencia resuelve un recurso de casa-

ción en el que se planteaba un conflicto entre el derecho al honor y la libertad sindical. El pleito tiene su origen en la demanda que por el cauce de la L.O. 1/1982 planteó un juez que había sido denunciado ante el CGPJ por acoso laboral y sexual a una funcionaria del juzgado, abriéndose diligencias informativas. Antes de resolverse este trámite -que culminaría con el archivo-, la demandada, Presidenta de la Junta de Personal de Funcionarios de la Administración de Justicia en la provincia de Toledo, cargo al que había accedido por su incorporación al sindicato CCOO (también codemandado), remitió a diversos medios de comunicación una nota de prensa en la que se informaba de la apertura de dichas diligencias y de la condena por falta leve del demandante, lo que no era cierto.

El juez demandante también presentó diversas demandas civiles por vulneración de su derecho al honor contra aquellos medios de comunicación que se habían hecho eco de la citada nota de prensa y que, por tanto, habían difundido la noticia falsa sin que, a su juicio, concurriese la mínima diligencia exigible. Todas estas demandas fueron acumuladas en un mismo proceso judicial.

El juzgado de primera instancia, tras reconocer que la información no se ajustaba a la realidad, absolvió a la demandada y al sindicato CCOO por estimar que la nota emitida era resultado de una acción realizada en su condición de representantes de los trabajadores y, por tanto, protegida por la libertad sindical. Utilizó, pues, la doctrina de la “ampliación por confusión”: aunque existió error en la información, la nota se había confeccionado con la debida diligencia, que se considera acredita por cuanto los demandados habrían actuado exclusivamente movidos por su condición de representante de los trabajadores. Con la misma lógica el juez de instancia condenó a los medios de comunicación que difundieron la noticia, pues ellos no estaban amparados por la libertad sindical y tenía la obligación -ahora sí- de comprobar mínimamente la certeza de la información, lo que no hicieron, actuando de este modo fuera del ámbito constitucionalmente protegido por el art. 20.1 c) CE y conculcando el derecho al honor del demandante.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial revocó la dictada en la instancia, absolviendo, además, a los medios de comunicación a los que no podía hacerse responsables de un error ajeno (reportaje neutral). A mayor abundamiento, y siguiendo el alegato del Ministerio Fiscal, la Sala estimó que el recurrente pudo haber hecho uso de su derecho de rectificación sin haberlo intentado en momento alguno.

Recurrida esta sentencia en casación, la Sala Primera del Tribunal Supremo examinó las dos cuestiones que vertebraban la controversia. Por un lado, la colisión entre la libertad sindical, la libertad de información y el derecho al honor. Por otro, la proyección de la doctrina del reportaje neutral al asunto enjuiciado.

En lo que ahora nos interesa, importa analizar la primera de las cuestiones planteadas y determinar si el Tribunal Supremo también procedió a una aplicación mecanicista de la “ampliación por confusión” de la libertad sindical, cuyo efecto en el caso se extendió indirectamente a otros actores ajenos a las relaciones de trabajo (medios de comunicación), con el rechazo, finalmente, de la totalidad de la pretensión actora o, si por el contrario, resituó a cada derecho en su lugar, extrayendo, a partir de ese examen, las conclusiones jurídicas pertinentes. He aquí la secuencia argumentativa de su sentencia:

“La recurrida, al conocer los hechos relativos a un posible acoso sexual y un acoso laboral, actuó correctamente en condición de presidenta de la Junta de Personal poniéndolo en conocimiento del Servicio de inspección del Consejo General del Poder Judicial, la Dirección provincial de Trabajo, el Ministerio de Justicia y la Presidente del Tribunal Superior de Castilla La Mancha, porque esta actuación estaba de acuerdo con su cargo

sindical. Sin embargo, no entraba dentro de sus funciones la nota de prensa que se envió a los medios de comunicación (...). En ella se decía que se había comunicado la conducta del ahora recurrente a los organismos antes mencionados y el ejercicio de la libertad sindical no puede legitimar una denuncia a los medios de comunicación de una conducta que está aún pendiente de ser enjuiciada. (...). En esta nota se estaban imputando al juez una serie de comportamientos que todavía no habían sido objeto de enjuiciamiento, porque solo se habían abierto diligencias preliminares para tratar de enjuiciar la cuestión denunciada.

Por tanto, resulta falso que deba ponderarse a libertad sindical y la protección del derecho al honor del afectado, ya que: a) la libertad de que es titular (la presidenta de la Junta de Personal) se ejerció cuando presentó las denuncias en los diversos organismos públicos una vez conoció las acusaciones de las funcionarias presuntamente afectadas y nadie ha pretendido que esto constituya una lesión del honor del ahora recurrente; b) no entra dentro del ejercicio de la libertad sindical la comunicación de estos hechos a los medios de comunicación; c) la libertad de información que podría estar también implicada, tiene como finalidad básica la búsqueda de la verdad, pero, además, esta libertad opera frente a los poderes públicos, pero éstos no gozan de libertad de expresión e información, porque tienen un deber de neutralidad ideológica y ello les impide posicionarse sobre personas concretas, como ha ocurrido en este caso (SSTC 185/1989 y 69/2006 y la STC 101/2003 relativas a la libertad de expresión de los funcionarios), y d) si bien es cierto que la veracidad no se exige de las opiniones o juicios de valor, si es cierto que en el caso concreto y de las circunstancias concurrentes, se deduce que la información transmitida a los medios de comunicación produjo una intromisión ilegítima, porque estos hechos no se hallaban acreditados y el contenido de la citada nota de prensa, si bien tenía una relevancia noticiable, insinuaba la certeza de los hechos denunciados, de una forma sutil, perfectamente comprensible para un lector normal, faltando a la verdad” (FJ 4).

A partir de este razonamiento y de lo que se consideró como una falta de diligencia de los medios a la hora de contrastar la información que originó la noticia, la Sala estimó parcialmente el recurso dictando sentencia en la que no solo se condenó a los medios de comunicación demandados sino también a la presidenta de la Junta de Personal y a la sección sindical de CCOO también demandada, como autores de la nota de prensa difundida.

Es cierto que hablamos del honor de un juez y no del de una empresa. Y siempre habrá quien pueda cuestionar la *ratio decidendi* de esta sentencia acudiendo a la afirmación, absolutamente excéntrica al derecho, de que, en último término, se trata de “jueces” defendiendo el honor de un juez. Incluso, se podrá sostener con argumentos estrictamente jurídicos que el sentido del fallo viene forzado por un entendimiento inadecuado -por excesivamente exigente- del requisito de la veracidad de la información, ya que el Tribunal Supremo requiere en el caso un nivel de diligencia a los informadores claramente superior al que normalmente se establece como canon en la jurisprudencia constitucional, lo que conduce a una más que discutible condena de los medios de comunicación.

Ahora bien, creo que la sentencia acierta plenamente a la hora de determinar el alcance o ámbito de cobertura de la libertad sindical del art. 28 CE y que, por ello mismo, deslinda con precisión inusual su radio de acción evitando la “confusión” con la libertad de expresión o de información- en su confrontación con el derecho al honor invocado por la recurrente.

En efecto, que un representante de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones pueda ver reforzada su libertad de expresión o de información por integrarse y ser parte de su libertad sindical propia y de la de sus representados es algo constitucionalmente razonable. Como también lo es que un abogado tenga reforzada su libertad de expresión como parte del derecho de defensa (propio y de su representado). Sin embargo, tan importante como ese razonable “reforzamiento” del contenido de derecho es que su aplicación se circunscriba con

rigor a los contextos fácticos que lo justifican (acción sindical/defensa en juicio), evitándose toda proyección a informaciones, declaraciones o manifestaciones que extralimiten el presupuesto constitucional que habilita esa interpretación, pues, si tal proceder se consiente, se sacrifica en virtud de una ponderación inadecuada el contenido cierto de otro derecho fundamental.

Cuando, desde esta perspectiva, se contempla la jurisprudencia recaída en asuntos en los que entran en colisión la libertad sindical y el derecho al honor del empresario o la empresa, se comprueba que, por regla general, se aplican los grandes titulares de la doctrina sin hacer un necesario y obligado esfuerzo de contextualización de las condiciones de ejercicio de los derechos en lid, de suerte que la amplificación de la libertad sindical por confusión con la libertad de expresión o información, conduce, en no pocas ocasiones, a que se estimen como legítimas manifestaciones o informaciones realizadas fuera de lo que razonablemente se puede concebir como “acción o actividad sindical”, en perjuicio y desamparo del derecho al honor. Un derecho fundamental débil cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales y que exige, para subsistir, ponderaciones equilibradas y una atenta lectura de la letra pequeña.

Una nota de prensa por el hecho de haberla elaborado un representante de los trabajadores no se convierte en “información sindical” ni, necesariamente, en un acto integrante de la libertad sindical. Más bien, por tratarse de una acción externa a las relaciones de trabajo, ha de pensarse en lo contrario y, por tanto, a su autor corresponderá la carga de la prueba. De no acreditarse esa particular circunstancia, se ponderarán exclusivamente los derechos que, en puridad, pueden estar en conflicto: las libertades de expresión e información, por un lado, y el derecho al honor por otro. Si la empresa tiene honor en algún lugar ha de existir.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- M. ARAGÓN REYES, “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información”, *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid 2001.
- A. BLASCO PEÑICER, GOÑI SEIN y otros, AAVV, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, Madrid, 2014.
- I. DE OTTO y L. MARTIN RETORTILLO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

LA PROBLEMÁTICA DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS Y MORATORIOS EN LAS ESCRITURAS DE HIPOTECA

MARÍA JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN
Doctora en Derecho Procesal

Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2014
Fecha de aceptación: 10 de diciembre de 2014

RESUMEN: *En el presente artículo se realiza un estudio pormenorizado de las cláusulas relativas a intereses que figuran en las escrituras de hipoteca, analizando los supuestos en que se pueden considerar abusivas y los efectos de su declaración de nulidad conforme a los criterios, no siempre pacíficos, de nuestros tribunales.*

ABSTRACT: *The present article carries out a detailed study of the clauses regarding interests included in mortgage deeds, analyzing the situations in which they may be considered abusive, and the effects should they be declared void, in line with the criteria, not always unanimous, of our Courts of Justice.*

PALABRAS CLAVE: Hipoteca, intereses, abusivo

KEYWORDS: Mortgage, interests, abusive

SUMARIO: *1. La cobertura hipotecaria de los intereses.- 2. Intereses remuneratorios: 2.1. Reducido plazo de prescripción. 2.2. La problemática de apreciar abusivos los intereses remuneratorios: restricciones para la apreciación de su abusividad de oficio. 2.3. Cláusulas abusivas en relación a los intereses remuneratorios: A. Intereses usurarios: a. Aplicación de la Ley de la Usura y sus desafortunados efectos (nulidad total). b. Inexistencia de criterios objetivos para fijar si los intereses remuneratorios son excesivos. B. Abusividad del redondeo al alza del tipo de interés y permisibilidad de la cláusula que autoriza el redondeo al intervalo más próximo. C. Nulidad de la cláusula suelo sólo en el caso de falta de transparencia. 3. Intereses moratorios: 3.1. Problemática respecto de su plazo de prescripción. 3.2. Declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios: A. Tipo de interés que se debe considerar abusivo. B. La dudosa posibilidad de integrar la cláusula de intereses moratorios cuando los pactados se han declarado abusivos.*

1. LA COBERTURA HIPOTECARIA DE LOS INTERESES

El principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscribe (arts. 9.2.º de la LH y 51.6.º del RH), lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio, exige que, como regla general, se expresen las obligaciones garantizadas (cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc).

Los intereses remuneratorios responden a la productividad del dinero, en tanto retribución o contraprestación por la entrega del capital prestado; sin embargo, los intereses moratorios constituyen una sanción o indemnización por el retraso en el pago, anunciando un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto. Dada la distinta naturaleza,

régimen y origen de ambos tipos de intereses, por exigencias del principio de especialidad (art. 12 de la LH) es necesario que se precise claramente en qué medida están cubiertos por la garantía hipotecaria, no pudiéndose entender incluidos los intereses moratorios en la genérica cobertura real de intereses, sino que han de establecerse de forma diferenciada¹.

La admisibilidad de las hipotecas que garanticen intereses variables está subordinada a que estos puedan ser determinados por un factor objetivo y que se señale un límite máximo de la responsabilidad hipotecaria. Cuando no puede fijarse la suma concreta a que en cada período de devengo van a ascender los intereses, tan sólo cabe una hipoteca de máximo, en que por exigencia del principio de determinación registral (arts. 12 de la LH y 219 del RH), se requiere señalar el límite del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye, lo que opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen entre aquel y el tercer poseedor, o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada, adquiridos a título oneroso o gratuito².

La hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegura en perjuicio de tercero, y salvo pacto en contrario, más intereses que los de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, sin que en ningún caso pueda pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años (arts. 114 de la LH y 220 del RH). No obstante, conforme al apartado 6 de la Disposición Adicional Primera de la ley 41/2007 de 7 de diciembre, el límite de cinco años previsto en el art. 114.2 de la LH no opera respecto de las hipotecas inversas³.

Asimismo, el art. 146 de la LH dispone que el acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital, pero si hubiere un tercero interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la garantizada con arreglo al art. 114 de dicha ley.

No obstante, aunque la delimitación de la responsabilidad hipotecaria por intereses en perjuicio de terceros tiene el límite de cinco anualidades, dentro de este máximo la ley posibilita la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse bien fijando un número de años distinto, dentro del máximo de cinco, bien estableciendo simplemente una cantidad máxima que no habrá de exceder del resultado de aplicar el tipo máximo de interés establecido a un período de cinco años⁴.

En caso de préstamos hipotecarios constituidos sobre la vivienda habitual y destinados a financiar su adquisición, la Ley 1/2013, de 14 de mayo añadió un párrafo tercero al art. 114 de la LH fijando un nuevo límite legal a los intereses -haya o no terceros- de forma que no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago.

Unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, pero, respetada esta exigencia, no existe óbice para poder reclamar todos los intereses, sean remuneratorios o moratorios, realmente devengados y cubiertos por las respecti-

¹ RDGRN de 13 Abr. 2001. LA LEY 4099/2001.

² RDGRN de 25 Abr. 2014. LA LEY 69103/2014.

³ Según el apartado 6º de la D.A 1ª de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre: “Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria”.

⁴ RDGRN de 9 Oct. 1997. LA LEY 637/1998.

vas definiciones de su garantía hipotecaria, pudiéndose reclamar intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios también de este mismo periodo de tiempo, por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengan unos y otros⁵.

Cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, puede cobrar el acreedor dentro de la ejecución hipotecaria intereses superiores a los que garantiza la hipoteca, puesto que conforme al art. 692.1.II de la LEC si su cuantía excede del límite de la cobertura hipotecaria, una vez satisfechos, en su caso, los acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de concurso, lo obtenido en la enajenación forzosa se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución. Bien es cierto que podría ponerse en tela de juicio que siendo el deudor el dueño del bien en el momento de la subasta deba responder de lo que exceda de la cobertura hipotecaria, habida cuenta de que esta cantidad no se le ha reclamado en la demanda ejecutiva; pero dicha previsión normativa se debe considerar acertada en aras de evitar dilaciones e impedir que el acreedor deba acudir para cobrar dicho importe a otro proceso⁶.

Sin embargo, cuando el bien perteneciere en el momento de la enajenación forzosa a persona distinta al deudor (tercer poseedor o hipotecante no deudor) la cantidad percibida por el ejecutante no podrá exceder de la cobertura hipotecaria, por lo que si una vez pagados los acreedores posteriores todavía hubiere sobrante, este se devolverá al titular del bien en el momento de la subasta, lo que no siempre se puede considerar conveniente, pues si se devuelve el sobrante a un tercer poseedor que hubiere adquirido el bien después de que en el procedimiento hipotecario se hubiera expedido la certificación de cargas se puede franquear una puerta al fraude dado que el ejecutado podría transmitir la finca a otra persona fiduciariamente con el único objeto de poder recibir el sobrante a través de la persona interpuesta⁷.

En todo caso, la parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la acción real hipotecaria podrá reclamarla del obligado ejercitando una acción personal, siendo considerado respecto de ella, en caso de concurso, como acreedor escriturario, a menos que se haya pactado en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados (arts. 140 y 147 de la LH).

La declaración de concurso ocasiona la suspensión del devengo de los intereses, legales o convencionales conforme al art. 59 de la LC, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. En todo caso, la suspensión del devengo de intereses sólo afecta a créditos de la masa pasiva y no a los créditos contra la masa⁸.

De lege ferenda, sería oportuno que la ley dispusiera expresamente la paralización del devengo del interés de demora en los procesos de ejecución cuando sufrieran una dilación indebida no imputable al propio ejecutado⁹.

⁵ RRDGRN de 14 Mar. 2000; 18 Oct. 2001, LA LEY 911/2002; 25 Oct. 2001, LA LEY 910/2002; 13 Mar. 2002, LA LEY 7106/2002; 29 Nov. 2002, LA LEY 11021/2003.

⁶ Cfr. F. ADÁN DOMENECH, "La satisfacción completa del acreedor hipotecario en la ejecución hipotecaria", *Justicia*, Núm. 3-4, 2009, pp. 134 y ss.

⁷ Cfr. S. SASTRE PAPIOL, "Ejecución de bienes hipotecados", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Vol. III, Coordinador: J. ALONSO- CUEVILLAS SAYROL, Ed. Difusa, Barcelona, Pág. 449.

⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, 379/2013, de 4 de junio. Recurso 1060/2011.

⁹ Cfr. J. DÍAZ FRAILE, "Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica", *RCDI. Monográfico sobre la Dación en Pago*, Núm. 735, Enero-febrero, 2013, Pág. 161.

2. INTERESES REMUNERATORIOS

Los intereses remuneratorios responden a la productividad del dinero, en tanto retribución o contraprestación por la entrega del capital prestado, tienen un origen contractual en la medida que sólo se devengan si las partes así lo establecen, debiéndose estar al contenido pactado para determinar su cuantía, así como su vencimiento, que puede coincidir o no con el de la obligación principal. Las partes no tienen más limitaciones que las derivadas de la aplicación de los principios generales en materia de obligaciones (art. 1255 del CC) o aquellas que resultan de normas que puedan incidir en la validez de lo pactado (usura, condiciones generales de la contratación).

2.1. Reducido plazo de prescripción

La prescripción de la acción hipotecaria que señala el art. 1964 del CC, se refiere al capital y no a los intereses y así lo declaró la STS de 12 de marzo de 1985, seguida por otras como la de 5 de julio de 2001, puesto que el legislador distingue entre capital e intereses del crédito garantizado a los efectos de su cobertura por la hipoteca.

Los intereses remuneratorios prescriben a los cinco años (art. 1966.3 del CC), dado que siendo unos pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves, opera la prescripción quinquenal del art. 1966.3º del CC, aunque alguna resolución aislada, como la STS de 3 de febrero de 1994, consideró aplicable a dichos intereses la prescripción de quince años del art. 1964 del CC.

La prescripción corta del art. 1966.3º del CC (cuyos antecedentes históricos se remontan al art. 1971, 3 del Proyecto de Código Civil de 1851 y, el art. 2277 del Code napoleónico) fue establecida como medida protectora frente a los intereses de los préstamos en aras de evitar que se incrementara desorbitadamente la deuda por el abandono transitorio del acreedor en la reclamación de dichos intereses con el grave quebranto en la economía del deudor.

El TS ha considerado (STS de 23 Sep. 2010¹⁰) que si los intereses remuneratorios se capitalizan su plazo de prescripción debe ser el mismo que el del principal; si bien, dicha opinión se ha puesto en tela de juicio por parte de la doctrina¹¹ que defiende que las partidas devengadas en concepto de intereses no dejan de tener esa consideración aunque se unan al principal para devengar otros nuevos intereses o cuando se procede a la reclamación judicial del resto conforme al art. 579 de la LEC.

En el caso de que la ejecución resulte insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la ejecución, la imputación de cantidades se realiza en primer lugar para el abono de los intereses remuneratorios y seguidamente para el principal, intereses moratorios y costas según el párrafo tercero del art. 654 de la LEC.

¹⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 23 Sep. 2010, rec. 1657/2006. Nº de Sentencia: 578/2010. LA LEY 203287/2010.

¹¹ Cfr. J.M. RUIZ-RICO RUIZ y Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores*, Tecnos, Madrid, 2013, Pág. 84.

En contra:

H. DÍEZ GARCÍA, "Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor. Capitalización de intereses y prescripción. Imputación del producto del remate. Intereses moratorios abusivos", *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, Pág. 238.

2.2. La problemática de apreciar abusivos los intereses remuneratorios: restricciones para la apreciación de su abusividad de oficio.

Los intereses remuneratorios, a diferencia de los de demora, no se pueden someter a control judicial si han sido redactados de manera clara y transparente dado que forman parte del precio. El considerando 19 de la Directiva 93/13 señala que “la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación”. En parecidos términos, el art. 4.2 de la citada Directiva no permite la apreciación del carácter abusivo de cláusulas relativas a la definición del objeto principal del contrario ni a la adecuación entre precio y servicios, a menos que no se redacten de forma comprensible, por lo que el Juez tan sólo podría controlar el cumplimiento de la transparencia.

Bien es cierto que el art. 4.2 de la citada Directiva no ha sido incorporado a nuestro ordenamiento y que la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid C-484/08 declaró que “no (se) puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”, por lo que tácitamente en dicha resolución se podría estar autorizando un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y servicios aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible. En este sentido, nuestro TS en la Sentencia de 1 de julio de 2010¹² reconoció que una cuestión es que los Estados de la Unión no tengan obligación de control del carácter abusivo de las cláusulas claras y comprensibles, y otra muy diferente que ese control no sea posible en España, ya que los límites al control de abusividad impuestos por la Directiva son límites mínimos. De todos modos, y aunque nuestro Alto Tribunal se pronunció en similares términos en las sentencias de 4 noviembre de 2010¹³ y 2 de marzo de 2011¹⁴, posteriormente ha modificado su parecer (SSTS 406/2012, de 18 de junio; 241/2013, de 9 de mayo; 464/2014, de 8 de septiembre), manifestando que no cabe declarar abusiva una cláusula que se refiera a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y servicios, a menos que no estén redactadas de manera clara y comprensible¹⁵, postulados de los que se infiere que sólo es posible declarar abusivos los intereses remuneratorios cuando el deudor no recibió una adecuada y clara información.

2.3. Cláusulas abusivas en relación a los intereses remuneratorios

A. Intereses usurarios

a. Aplicación de la Ley de la Usura y sus desafortunados efectos (nulidad total)

A los intereses remuneratorios les es de aplicación la decimonónica *Ley de represión de la usura* de 23 de julio de 1908, la cual controla tanto el contenido del contrato, sobre la base

¹² N° de Sentencia: 401/2010. N° de Recurso: 1762/2006. LA LEY 199007/2010.

¹³ N° de Sentencia: 663/2010. N° de Recurso: 982/2007. LA LEY 203282/2010.

¹⁴ N° de Sentencia: 75/2011. N° de Recurso: 33/2003. LA LEY 5495/2011.

¹⁵ Cfr. C. SÁNCHEZ MARTÍN, “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria”, *Actualidad Civil*, 29 May. 2013, Editorial LA LEY, *Diario La Ley*, N° 8092, Sección Documento on-line, 28 May. 2013, Ref. D-199, Editorial LA LEY. *Diario La Ley*, N° 8112, Sección Tribuna, 25 Jun. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 3128/2013.

de la idea de lesión o de perjuicio económico injustificado, como la validez estructural del consentimiento prestado.

El problema de dicha Ley es que prevé una única sanción posible: la nulidad del contrato de préstamo que alcanza o comunica sus efectos a las garantías accesorias y a los negocios que traigan causa del mismo, con la correspondiente obligación restitutoria. Conforme al art. 3 de la Ley de la Usura declarada la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida, y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado. En consecuencia, la declaración de nulidad del contrato de préstamo usurario produce como efecto fundamental el que el prestatario está obligado a entregar tan solo lo recibido de tal modo que queda dispensado de pagar intereses, usurarios o legítimos¹⁶.

En un principio el TS mantuvo la validez de la hipoteca tras la declaración de nulidad del préstamo usurario que garantizaba¹⁷, pero ulteriormente cambió su criterio declarando la nulidad “dada su naturaleza accesoria y dependiente de la obligación principal”¹⁸.

Según la ley de la Usura, la nulidad de los intereses por usurarios comporta la nulidad del préstamo y, por ende, de la hipoteca, efectos que difieren de los previstos en la normativa de las condiciones generales de la contratación o de consumidores y usuarios en donde la invalidez de una cláusula no determina directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a los elementos esenciales del mismo (arts. 9 y 10 de la LCGC y 83 del TRLCU)¹⁹.

b. Inexistencia de criterios objetivos para fijar si los intereses remuneratorios son excesivos

La Ley de 23 de Julio de 1908 de represión de la usura exige para considerar los intereses usurarios que estos sean superiores al normal del dinero y manifiestamente desproporcionados con las circunstancias del caso, o en condiciones tales que resulten leoninos,

¹⁶ STS de 14 Jul. 2009, rec. 325/2005. N° de Sentencia: 539/2009. LA LEY 125064/2009.

¹⁷ STS de 14 junio 1984 (RJ 1994/3239).

¹⁸ STS de 20 de junio de 2001: “La sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1.984 mantuvo el criterio de la subsistencia de la hipoteca en un caso que puede considerarse igual al litigioso. Se razonaba en ella que el prestatario seguía siendo un deudor de restitución, si bien en la cantidad que resultase por la aplicación del art. 3 de la Ley de 1908; que lo que se producía en realidad era una reducción de la cantidad debida, no su desaparición; y que, en vista de ello, seguía existiendo la accesoriidad de la hipoteca en relación con un crédito al que garantizar. Sin embargo, esta Sala ha declarado que las obligaciones de restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad de un contrato no derivan del mismo sino de la Ley que las impone, son por tanto obligaciones legales y no contractuales (sentencias de 10 de junio de 1.952, 24 de febrero de 1.992 y 6 de octubre de 1.994). Por tanto, no se ve como pueda subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determinación, a fin de que garantice otra obligación principal distinta y por un tiempo que no se ha establecido obviamente, dado el origen no contractual de la hipoteca. La Ley de 1.908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriidad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción.”

En similares términos: SSTS de 7 de mayo de 2002, 14 de julio de 2009 y de 22 de febrero de 2013.

¹⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 406/2012 de 18 Jun. 2012, Rec. 46/2010. N° de Sentencia: 406/2012. LA LEY 144032/2012.

aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales.

No obstante, y a pesar de lo antedicho, no existe un criterio unánime acerca de qué porcentaje de intereses remuneratorios resulta abusivo. El art. 319 de la LEC establece que en materia de usura los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido como regla general respecto de la fuerza probatoria de los documentos públicos y en el mismo sentido, la STS 113/2013, de 22 de febrero²⁰ dispone que los diferentes criterios judiciales respecto de los intereses que pueden reputarse usurarios se explican porque los tribunales han de resolver en cada caso formando libremente su convicción, lo que significa que se impone la facultad discrecional del órgano judicial de instancia basándose en criterios más prácticos que jurídicos.

Lo antedicho conlleva que en supuestos muy similares nuestros tribunales deciden de manera distinta; ni siquiera el propio TS mantiene un criterio uniforme; así, en la sentencia de 18 de junio de 2012 -avalando los argumentos del tribunal de apelación²¹- mantuvo que el interés estipulado del 20,50% anual no podía considerarse desproporcionado, ya que, aunque era un préstamo garantizado con hipoteca, la mera alegación de que existían embargos anteriores sobre la vivienda no era causa suficiente para acreditar la situación angustiosa que pudiera haber determinado la aceptación de los prestatarios, sino que es necesario, en orden a apreciar el vicio del consentimiento, que se atienda además a las circunstancias que puedan tenerse como reveladoras de dicha situación de angustia. No obstante, en la sentencia 113/2013, de 22 de febrero²² este mismo Tribunal consideró usurario un préstamo con un interés remuneratorio del 10% semestral (20% anual).

B. Abusividad del redondeo al alza del tipo de interés y permisibilidad de la cláusula que autoriza el redondeo al intervalo más próximo

Las Sentencias del TS de 4 de noviembre, 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011²³ declararon abusivas las cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés utilizado para las revisiones anuales y cualquier otra análoga que tuviera el mismo efecto de redondear al alza el interés para las revisiones de los préstamos hipotecarios a tipo variable dado que no habiendo sido negociadas individualmente provocan un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes.

El desequilibrio de derechos y obligaciones a favor del banco y en perjuicio del cliente, no es imputable al redondeo en sí, sino al redondeo al alza, ya que la finalidad indirecta que con ello consigue la entidad bancaria, es el incremento del tipo de interés durante la vigencia del contrato en perjuicio del consumidor, reforzándose la posición del Banco mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, al tiempo que se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio, por lo que dicho desequilibrio, provocado por la entidad bancaria, se califica de contrario a la buena fe, vulnerándose lo dispuesto en el art. 87.5 del TRLCU según el cual resulta abusivo “*el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva*”.

Distinta consideración presenta el redondeo al intervalo más próximo (alza o baja), en tanto que puede favorecer o perjudicar indistintamente, y según las circunstancias, al clien-

²⁰ N° de Sentencia: 113/2013. N° de Recurso: 1759/2010. LA LEY 13583/2013.

²¹ SAP de Sevilla, Sección 5ª, de 26 de enero de 2009, rec. 4827/2008. LA LEY 33594/2009.

²² N° de Sentencia: 113/2013. N° de Recurso: 1759/2010. LA LEY 13583/2013.

²³ Véase: J. ALMAGRO NOSETE, “Acerca de la cláusula de “redondeo” y un “excursus” procesal”, *Diario la Ley*, Núm. 7648, 9 de junio de 2011, Ref D- 249, LA LEY 10490/2011.

te-consumidor o a la entidad bancaria. A estos efectos, la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre establece que en los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que se formalicen a tipo de interés variable, se puede acordar el redondeo del tipo de interés siempre que se efectúe al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que este pueda sobrepasar al octavo de punto.

C. Nulidad de la cláusula suelo sólo en el caso de falta de transparencia

Actualmente, no se puede asegurar a los consumidores que la cláusula suelo que figura en su escritura de hipoteca vaya a ser declarada nula dado que todo dependerá de que hayan recibido una adecuada información previa²⁴. Corresponde la prueba de que se ha facilitado una clara información a la parte predisponente y no al adherente; sin que el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un período de tiempo la convierta en transparente. La prueba de la negociación individual no puede quedar suplida por la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública del préstamo hipotecario, pues la realidad demuestra que los borradores de escrituras son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para firmar lo que ya está redactado de antemano, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar, las referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo²⁵.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013²⁶ (Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013, rec. 485/2012 y Auto desestimatorio de incidente de nulidad de 6 de noviembre de 2013) declaró que las cláusulas suelo deben considerarse abusivas únicamente en los casos en que no sean claras y transparentes con independencia de que exista desequilibrio o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo o incluso si no coexiste con cláusulas techo²⁷. Para considerar suficiente la información facilitada al adherente, este debe conocer la carga económica que dicha cláusula le puede reportar y que se trata de una estipulación que define el objeto principal del contrato, por lo que esta no debe recibir un tratamiento secundario ni encontrarse enmascarada por otras informaciones que dificulten la comprensión de lo que, considerado aisladamente, sería claro; así, resulta un factor de distorsión presentar una cláusula techo como contraprestación o factor de equilibrio del suelo, no informando al deudor del comportamiento previsible del índice de referencia, al menos a corto plazo, ni de la posibilidad de optar por otras modalidades de préstamo.

²⁴ Un sector de la doctrina ha considerado que la supresión de la cláusula suelo de los préstamos con garantía hipotecaria originaría consecuencias económicas negativas: Cfr. J.M. LÓPEZ JIMÉNEZ, “Diez Ideas Clave sobre la cláusula suelo”, *Diario La Ley*, N° 8273, Sección Documento on-line, 18 Mar. 2014, LA LEY 1386/2014. Este autor ha puesto de manifiesto que se produciría una mayor restricción del crédito hipotecario, en forma de menores importes financiados, mayores tipos de interés y menores plazos de amortización; así como la menor demanda de vivienda en España, en la modalidad de adquisición, y, previsiblemente, mayor demanda en la modalidad de alquiler. Respecto de las posibles consecuencias económicas sobre los prestamistas, encarecimiento del crédito para las entidades financieras en los mercados mayoristas internacionales y menor rentabilidad de las entidades financieras en la labor de intermediación en el crédito.

²⁵ SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, 57/2013, de 13 de febrero. Recurso 57/2013.

²⁶ N° de Sentencia: 241/2013. N° de Recurso: 485/2012. LA LEY 34973/2013.

²⁷ El TS llega a afirmar que “*son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho*”, por lo que con dichos postulados se aparta del criterio de algunas Audiencias que habían considerado que la inclusión en el contrato de préstamo hipotecario de una cláusula suelo, sin su correspondiente cláusula techo, producía un desequilibrio entre las partes, siendo la misma abusiva (SAP Alicante, Sec. 8.ª, 58/2012, de 10 de febrero. Recurso 780/2011).

La STS de 9 de mayo de 2013 plantea a nuestro modo de ver dos problemas importantes:

En primer lugar, no deja claro si el control de transparencia, tan solo se debe circunscribir al supuesto en que el deudor sea un consumidor o usuario²⁸ o también al caso en que sea un profesional. A favor de esta última tesis se podría alegar que el art. 5.5 de la LCGC establece que *“la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción o sencillez”* y dado que el fundamento del control de transparencia también se contiene en la LCGC su ámbito de aplicación podría ser el propio de dicha norma²⁹. No obstante, parte de la doctrina³⁰ se muestra en contra y en este mismo sentido se pronuncia alguna resolución como la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, 446/2013, de 29 de noviembre, recurso 517/2013³¹.

En segundo lugar, resulta reprochable que la STS de 9 de mayo de 2013, no otorgue carácter retroactivo a la declaración de nulidad en aplicación del art. 1303 del CC, lo que impide a los interesados afectados recuperar las cantidades pagadas en exceso en virtud de una cláusula nula³².

²⁸ Conforme al art. 3 del TRLCU (reformado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo): *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, 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”.

²⁹ En este sentido: cfr. J. PLAZA PENEDES, “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, N° 8112, Sección Doctrina, 25 Jun. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY, *Diario La Ley*, N° 8097, Sección Documento on-line, 4 Jun. 2013, Año XXXIV, Ref. D-209, Editorial LA LEY. LA LEY 3134/2013. Este autor considera que la STS de 9 de mayo de 2013 podía haber argumentado de forma idéntica, pero tomando como base el art. 5 de la LCGC.

³⁰ Cfr. C. SÁNCHEZ MARTÍN, “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria”, *Actualidad Civil*, 29 May. 2013, Editorial LA LEY, *Diario La Ley*, N° 8092, Sección Documento on-line, 28 May. 2013, Ref. D-199, Editorial LA LEY. *Diario La Ley*, N° 8112, Sección Tribuna, 25 Jun. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 3128/2013. Este autor se plantea si el control de transparencia tiene su verdadero fundamento en la LCGC, y, en consecuencia, su ámbito de aplicación se ampliaría al de la contratación bajo estas condiciones, con independencia de la condición de consumidor del adherente, o si, por el contrario, como parece deducirse de la Sentencia dictada por el Pleno del TS el 9 de mayo de 2013, se trataría de un control limitado a los contratos con consumidores.

En similares términos: A. COHÉN BENCHETRIT, “Cuestiones prácticas que se plantean ante los Juzgados de lo Mercantil en procedimientos en los que se pretende la declaración de nulidad de una condición general de la contratación: la cláusula suelo”, *Práctica de Tribunales*, Marzo. Abril, 2014, Pág. 76.

³¹ SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, 446/2013, de 29 de noviembre, recurso 517/2013: *“Nos parece incuestionable que la ratio decidendi de dicha resolución se sustenta, como se desprende con toda claridad de sus razonamientos, en la consideración del adherente como consumidor. La sentencia estimó el recurso de casación porque las cláusulas enjuiciadas no superaron el control de transparencia de las condiciones generales en contratos con consumidores. Otra cosa será que la sentencia, bien con el carácter de obiter dicta, bien como elementos explicativos o accesorios de los fundamentos de la decisión, contenga referencias generales al control de las condiciones generales de los contratos, al margen de la condición de los sujetos de la relación jurídica”.*

³² Bien es cierto que el TS ya había optado por declarar la irretroactividad de la nulidad en otras sentencias como la de 13 de marzo de 2012 rec. 675/2009, pero el supuesto enjuiciado en la misma era completamente distinto, pues en este caso (*relativo a contratos de suscripción celebrados por la entidad titular de una plataforma de televisión digital por vía satélite que ofertaba a sus abonados determinados canales o programas codificados por el sistema de pago por visión*), se declaró la nulidad de las cláusulas que supeditaban la contratación del servicio al arrendamiento de un instrumento accesorio no solicitado por los clientes (el descodificador), pero si no se consideró oportuno el reembolso de las cantidades pagadas por dicho arrendamiento fue porque constituían la adecuada contraprestación por el continuado uso del

La STS de 9 de mayo de 2013 sacrifica la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, en pro de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), considerando que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia en el orden público económico, decisión que aunque ha sido secundada por algunos órganos judiciales³³, no ha sido acogida por otros³⁴ que condenan a la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de dicha cláusula incrementadas con los intereses legales.

Por nuestra parte, no suscribimos los argumentos en que se basa el TS para fundamentar la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, habida cuenta de que, lejos de fundarlos en razones jurídicas, los basa en motivos económicos, olvidando que no es función de los tribunales velar por la economía sino impartir justicia. Si se considera un riesgo para la economía la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de la cláusula suelo por privar de liquidez a las entidades bancarias, por eadem ratio la no devolución de dichas cantidades a los numerosos afectados puede originar un efecto económico perturbador al repercutir en el consumo dado que los ciudadanos dispondrán de menos dinero para el gasto. Tampoco es convincente alegar la seguridad jurídica como principio moderador de la retroactividad dado que no se puede considerar que todas las partes en conflicto actúen de buena fe, cuando una de ellas (la entidad bancaria) no informa debidamente a sus clientes.

descodificador por las personas abonadas; lo que a nuestro juicio no encuentra parangón con la “cláusula suelo” que, lejos de ser un servicio que han disfrutado los consumidores, es una cláusula que ha modificado la cantidad que debían abonar los mismos en concepto de intereses remuneratorios.

También se pronunció en parecidos términos en la sentencia de 26 de febrero de 2009 en que se acuerda la irretroactividad de la declaración de nulidad de un contrato de abanderamiento; decisión que en nuestra opinión también resulta acertada dado que en otro caso se hubiera producido un enriquecimiento injusto para una de las partes puesto que la mercantil titular de la estación de servicio, había vendido a su vez el carburante a terceros lucrándose en la reventa.

³³ SSAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de mayo de 2013, rec. 731/2012. N.º de Sentencia: 259/2013. LA LEY 129153/2013; Cádiz, Sección 5.^a, de 17 de mayo de 2013; Cáceres, Sección 1.^a, de 22 de mayo de 2013; Cáceres, Sección 1.^a, de 3 de junio de 2013; Cáceres, Sección 1.^a, de 9 de junio de 2013; Córdoba, Sección 3.^a, de 18 de junio de 2013; Cáceres, Sección 1.^a, de 18 de junio de 2013; Cáceres, Sec. 1.^a, 168/2013, de 20 de junio, Recurso 223/2013; Alicante, Sec. 8.^a, 315/2013, de 12 de julio, Recurso 84/2013 (esta sentencia contiene un voto particular que discrepa de este posicionamiento), Ciudad Real, Sección 1.^a, de 11 de julio de 2013; Madrid, Sección 28.^a, de 23 de julio de 2013; Cáceres, Sección 1.^a, de 8 de noviembre de 2013, rec. 440/2013. N.º de Sentencia: 296/2013. LA LEY 195826/2013; Badajoz, Mérida, Sección 3.^a, 21/2014, de 7 de enero, recurso 412/2013; Zaragoza, Sección 5.^a, 1/2014, de 8 de enero, recurso 431/2013 (SP/SENT/748756); Badajoz, Mérida, Sección 3.^a, de 14 de enero de 2014, rec. 420/2013. N.º de Sentencia: 17/2014. LA LEY 2735/2014.; Vizcaya, Sección 4.^a, de 10 de febrero de 2014, rec. 549/2013. N.º de Sentencia: 83/2014. LA LEY 9674/2014; Cáceres, Sección 1.^a, de 24 de febrero de 2014, rec. 51/2014. N.º de Sentencia: 43/2014. N.º de Recurso: 51/2014. LA LEY 16039/2014.

Auto de la AP Burgos, Sec. 2.^a, 15/2014, de 28 de enero (recurso 328/2013)

³⁴ Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil Núm. 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013; Núm. 10 de Barcelona de 7 de junio de 2013; Núm. 5 de Barcelona de 17 de junio de 2013; Núm. 1 de Bilbao de 19 de junio de 2013. Núm. 1 de Santander, de 18 de octubre de 2013; Núm. 1 de Bilbao de 21 de octubre de 2013; Núm. 1 de Sevilla de 16 de enero de 2014 y Núm. 3 de Madrid de 27 de febrero de 2014.

Sentencias de los Juzgados de 1.^a Instancia Núm. 4 de Orense de 10, 13 de mayo y 21 de mayo de 2013; Núm. 1 de Barcelona, de 7 de junio de 2013; Núm. 1 de Barcelona de 17 de febrero de 2014.

Autos de los Juzgados de 1.^a Instancia de Gijón Núm. 7 de 30 de septiembre de 2013; Núm. 1 de Barcelona de 31 de mayo de 2013 y Núm. 38 de Barcelona de 1 de octubre de 2013.

SSAP de Vizcaya, Sección 1.^a de 9 de julio de 2013; Alicante, Sección 8.^a, de 23 de julio de 2013; Cuenca, Sección 1.^a de 30 de julio de 2013; Barcelona, Sección 15.^a, de 16 de diciembre de 2013, rec. 719/2012. N.º de Sentencia: 453/2013. LA LEY 213133/2013; Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014; Albacete, Sección 1.^a, de 17 de marzo de 2014; Asturias, Sección 5.^a, de 28 de marzo de 2014, rec. 88/2014. N.º de Sentencia: 87/2014. LA LEY 42623/2014.

Además, si no se devuelven las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de la cláusula suelo se está ocasionando un enriquecimiento injusto a favor de las entidades bancarias en detrimento del deudor al que se está impidiendo compensar con lo adeudado lo indebidamente abonado por la aplicación de una cláusula abusiva, lo que puede suscitar la tramitación de procedimientos hipotecarios por cantidad superior a la verdaderamente debida; piénsese en el supuesto de que se hubiera acordado el vencimiento anticipado de toda la obligación por impago de tres mensualidades, en cuyo caso, efectuada la compensación, pudiera resultar que el ejecutado adeudare una cantidad menor a tres meses y que el vencimiento anticipado debiera quedar sin efecto³⁵.

Asimismo, se opone a lo dispuesto en el art. 83 del TRLCU y a la jurisprudencia del TJUE³⁶ que un Juez pueda moderar los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula declarada abusiva, por lo que si se permite a las entidades bancarias confiar en que la nulidad de la cláusula suelo no va a suponer la obligación de devolver las cantidades recibidas indebidamente por su aplicación, ningún interés van a mostrar en eliminarla de sus escrituras de hipoteca conociendo que dicha nulidad no va a afectarles sino que, por el contrario, les habrá permitido embolsarse ciertas cantidades por su indebida aplicación.

Por lo demás, la alegación de un posible trastorno del orden socioeconómico como argumento en contra de la retroactividad de la declaración de nulidad resulta todavía menos convincente en los pleitos en que se ejercita una acción individual solicitando la declaración de nulidad de la cláusula suelo en vez de una acción de cesación, como la que se ejercitó en el supuesto resuelto por la sentencia de 9 de mayo de 2013. Un sector importante de Juzgados y Audiencias³⁷ han abogado por la retroactividad de la declaración de nulidad en estos casos, alegando que el trastorno grave del orden socioeconómico no puede invocarse cuando se ejerciten acciones individuales en que se pretenda la declaración de nulidad, ya que dicho trastorno no puede ser presumido por las eventuales acciones que pudieran emprender otros afectados. No obstante, en contra de tal argumentación se ha alegado que la sucesiva interposición de reclamaciones individuales también ocasionaría el perjuicio que nuestro Alto Tribunal quiere evitar³⁸ y que la limitación de los efectos de la nulidad no viene determinada por el tipo de acción que se ejercite (individual o colectiva), sino por la necesidad de

³⁵ En este sentido, el Auto del Juzgado de Primera Instancia Núm. 1 de Barcelona, de 31 de mayo de 2013 (dictado en la ejecución hipotecaria Núm. 418/2012) condena a la devolución al deudor de todas las cantidades cobradas en exceso en aplicación de la cláusula suelo declarada nula, acordando, además, que incidiendo dicha nulidad en la cláusula de vencimiento anticipado, se compense el importe de los impagos liquidados con las cantidades indebidamente cobradas aplicando la cláusula suelo, para poder ponderar si los impagos del deudor resultan de al menos tres mensualidades a los efectos de lo dispuesto en el art. 693 de la LEC, requiriéndose a la entidad ejecutante para que presente una nueva liquidación computando las deducciones oportunas en concepto de cobros excesivos.

³⁶ SSTJUE de 14 de junio de 2012, C-618/2010 y de 21 de febrero de 2013.

³⁷ SSAP de Murcia, Sección 4ª, de 13 de marzo de 2014, rec. 736/2013. Nº de Sentencia: 162/2014. LA LEY 29094/2014; de Málaga, Sección 6ª, de 12 de marzo de 2014.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Sevilla de 16 de enero de 2014:

La SAP de Álava, Sección 1ª, de 9 de julio de 2013 pone de manifiesto el distinto régimen jurídico de las acciones contempladas en la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, las cuales dan lugar a regímenes jurídicos diversos, pues la acción de cesación, presenta una legitimación activa restringida (art. 16 de la LCGC), con carácter general es imprescriptible (art. 19 de la LCGC) y sus efectos sólo son hacia el futuro, dado que su finalidad es que cese la eficacia jurídica de una relación contractual, ya que según el art. 12 de la LCGC la cesación pretende la condena a que deje de surtir efecto “*en lo sucesivo*”; sin embargo, la acción individual de nulidad la puede ejercitar cualquier afectado y su eficacia es *ex tunc* según los arts. 8 y 9 de la LCGC.

³⁸ SAP de Ourense, Sección 1ª, 108/2014, de 31 de marzo, recurso 344/2013.

garantizar la seguridad jurídica³⁹. Incluso se ha llegado a defender que el éxito de la pretensión accesorias de devolución de la suma abonada en concepto de interés acumulada a la acción individual de nulidad sería una llamada a la formulación de reclamaciones por parte de todos los consumidores suscriptores de préstamos que contuvieran una estipulación semejante⁴⁰. De todos modos, no es una solución convincente mantener la irretroactividad sólo de las acciones colectivas y no de las individuales, ya que se puede vulnerar el principio de igualdad al ocasionar un agravio comparativo a aquellos consumidores que en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia decidieran hacerlo mediante una acción colectiva como instrumento que el ordenamiento jurídico pone a su disposición⁴¹. Por lo demás, el TS en la reciente sentencia de 8 de septiembre de 2014 no se ha pronunciado a favor de la retroactividad de la declaración de nulidad en un supuesto en que se habían acumulado ocho acciones individuales, pero al no entrar en dicha cuestión, por haberse aquietado la parte demandante con la irretroactividad declarada en primera instancia⁴², no se puede considerar que nuestro Alto Tribunal pretenda cambiar el criterio que mantuvo en la sentencia de 9 de mayo de 2013 en que, por cierto, tampoco se había acumulado a la acción de cesación la pretensión de restitución de las cantidades que se hubiesen percibido indebidamente ex art. 12.2 de la LCGC y, sin embargo, el TS se pronunció al respecto.

Por nuestra parte no compartimos dichos postulados; de hecho, la injusticia de declarar la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo se refleja en que algunos órganos judiciales están adoptando como medida cautelar la suspensión de su aplicación durante la tramitación del procedimiento⁴³. Para fundamentar su decisión esgrimen que según la LEC son medidas cautelares no sólo aquellas que por su contenido y finalidad sirven para el aseguramiento de una eventual ejecución forzosa, sino cualquier tipo de medida que haga posible la efectividad de la tutela declarativa y, que asegure la efectividad de los pronuncia-

³⁹ AAP de Burgos, Sección 2.ª, 15/2014, de 28 de enero, recurso 328/2013 (SP/AUTRJ/748648).

⁴⁰ SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 10 de febrero de 2014, rec. 549/2013. Nº de Sentencia: 83/2014. LA LEY 9674/2014.

⁴¹ Cfr. A. AGÜERO ORTIZ, "Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos", *Centro de Estudios de Consumo*. www.uelm.es/centro/cesco.

⁴² Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 464/2014 de 8 Sep. 2014, Rec. 1217/2013. Nº de Sentencia: 464/2014. LA LEY 143790/2014: "Por otra parte, también conviene indicar que esta Sala no ha podido entrar en la incidencia de la declaración de abusividad y el régimen jurídico aplicable a la relación contractual, particularmente a los efectos sobre el contrato a raíz de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva, dado que la parte demandante se aquietó en este extremo con el pronunciamiento de la sentencia de Primera Instancia, (bajo el imperio del principio dispositivo), quedando, por tanto, firme".

⁴³ Son diversos los Juzgados que han acordado una medida cautelar de este tipo: Autos de los Juzgados de lo Mercantil Núm. 1 bis de Málaga 115/2014, de 28 de enero, recurso 97001/2013; Núm. 1 de Sevilla, 567/2013, de 28 de octubre, Núm. 1 de Cádiz, de 24 y de 26 de febrero de 2014.

Se deniega la adopción de dicha medida cautelar en la SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, 452/2013, de 4 de diciembre, Recurso 540/2013: "en el caso contemplado, en el que por la entidad peticionaria de la medida cautelar se indica que su propósito es interponer demanda contra el Banco prestamista en pretensión de la anulación de la "cláusula suelo" contenida en el contrato de préstamo hipotecario, la solicitud de suspensión de la aplicación de la cláusula suelo en la liquidación de los intereses del préstamo se ofrece mayormente como una anticipación de las consecuencias resultantes de una decisión estimatoria de la demanda del pleito principal que no como una garantía de la efectividad del fallo, en atención, por lo demás, a la cuestionada solvencia de la entidad bancaria. En consecuencia, cabe ratificar el criterio de la falta de concurrencia del requisito del "periculum in mora" de la resolución impugnada, aún cuando no se comparta el argumento de la pretensión de la alteración de la situación de hecho consentida por la solicitante durante largo tiempo (consistente en la tolerancia en la aplicación de la cláusula suelo por el Banco), por cuanto ha sido tras las recientes resoluciones judiciales sobre la declaración de nulidad, por abusiva, de dicha cláusula y su repercusión mediática cuando se ha planteado la solicitud de las medidas cautelares".

mientos meramente declarativos o constitutivos, así como las medidas que no son de mero aseguramiento sino anticipatorias del contenido de lo que se pretenda en el proceso⁴⁴. De todos modos, también se ha dicho que en estos casos no se cumplen los presupuestos para adoptar una medida cautelar dado que no concurre su finalidad principal, cual es evitar que si la parte demandada resulta condenada no pueda sustraerse al cumplimiento de la eventual condena dado que, si se secunda el criterio de la STS de 9 de mayo de 2013, ni siquiera se le va a condenar a devolver cantidad alguna cuyo pago se deba asegurar⁴⁵.

3. INTERESES MORATORIOS

3.1. Problemática respecto de su plazo de prescripción

El plazo de prescripción de los intereses moratorios mantiene dividida a la jurisprudencia menor y a la doctrina, sin que tampoco el TS haya mostrado una posición clara:

Algunas resoluciones⁴⁶ y parte de la doctrina⁴⁷ consideran que el plazo de prescripción de los intereses moratorios debe ser el mismo que el de los remuneratorios, dado que no cabe realizar distinción entre estos dos tipos de intereses, pues los moratorios también son compensatorios, puesto que compensan al acreedor del uso del dinero entregado y, en puridad, la única diferencia es que exigen la constitución en mora del deudor, por lo que no es tanto el origen de la deuda de intereses, su función económica o la naturaleza retributiva, rentual o indemnizatoria por retraso en el cumplimiento de la obligación la que debe tomarse en consideración a los efectos de la prescripción, como la naturaleza accesoria de la deuda de intereses y su periodicidad en el pago (notas que se estiman concurrentes en los retributivos y de demora), de modo que el plazo de prescripción debe ser el mismo para los intereses remuneratorios y moratorios. Por el contrario, un sector mayoritario de resoluciones⁴⁸ considera que los intereses moratorios prescriben a los quince años conforme al art. 1964 del CC, atendida su distinta naturaleza y función económica, pues mientras que los intereses remuneratorios se devengan como retribución o rendimiento del dinero, configurándose, por tanto, como pagos periódicos, los intereses moratorios suponen una indemnización por el retraso (mora) en el cumplimiento de una obligación de pago de una cantidad de dinero, anunciando un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto.

⁴⁴ Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Sevilla, 567/2013, de 28 de octubre,

⁴⁵ Cfr. D. GIMÉNEZ GLUCK, “La suspensión cautelar de la clausula suelo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 880/2014, BIB 2014/592.

⁴⁶ SSAP de Madrid, Sección 14ª, de 17 Abr. 2001, rec. 1609/1998; Madrid, Sección 14ª, de 31 Oct. 2006, rec. 253/2006. N° de Sentencia: 665/2006; AAP de Madrid, Sección 14ª, de 16 Ene. 2008, rec. 488/2007. N° de Auto: 7/2008.

⁴⁷ Cfr. J.M. RUIZ-RICO RUIZ y Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores... cit.*, pp. 83 y ss. H. DÍEZ GARCÍA, “Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor. Capitalización de intereses y prescripción. Imputación del producto del remate. Intereses moratorios abusivos” ... *cit.* pp. 233 y 246.

⁴⁸ SSAP de Valencia, Sección 7ª, de 12 Abr. 2006, rec. 100/2006. N° de Sentencia: 234/2006; Huelva, Sección 2ª, de 20 Mar. 2012, rec. 278/2011. N° de Sentencia: 51/2012; Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, de 14 Sep. 2012, rec. 430/2012. N° de Sentencia: 423/2012; Madrid, Sección 25ª, de 10 Sep. 2013, rec. 999/2012. N° de Sentencia: 362/2013.

El Tribunal Supremo ha venido secundando este último criterio desde antiguo⁴⁹; el problema es que en la sentencia de 23 de septiembre de 2010 (recurso Núm. 578/2010), parece cambiar de opinión considerando que la prescripción de los intereses moratorios a los quince años, “no deja de ser harto discutible”. De todos modos, no se puede obviar que dicha declaración presenta carácter de obiter dicta y tampoco nuestro Alto Tribunal llega a afirmar que prescriban a los cinco años.

La prescripción corta del art. 1966.3º del CC fue establecida como medida protectora frente al deudor, por lo que a nuestro juicio no puede extenderse a otros intereses como los moratorios que se devengan en situaciones de incumplimiento y que obedecen a una conducta del deudor jurídicamente censurable. Tampoco se puede aceptar el argumento de que no hay apenas diferencias entre estos dos tipos de intereses, ya que estas son muy numerosas, pues los intereses moratorios ni siquiera ostentan la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como sanción o pena cuya finalidad es indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el incumplimiento de sus obligaciones; por lo que permitiéndose que su tipo sea mucho más elevado que el de los intereses remuneratorios, resulta lógico en nuestra opinión que dicho régimen más severo también se refleje en que su plazo de prescripción sea más largo (15 años) dado que atienden al concepto de daño causado al acreedor.

No obstante, y sin perjuicio de lo antedicho, la prescripción de los intereses remuneratorios influye en los moratorios, pues conforme al principio general “accessorium secuitur principale”, estando prescrita la obligación de pagar intereses remuneratorios, estos no pueden dar lugar a intereses moratorios por su impago, cuando así procediera, o cuando entre las partes hubiera mediado un pacto de anatocismo⁵⁰; tampoco estando prescrito el principal pueden devengarse intereses por tener estos carácter accesorio.

3.2. Declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios

A. Tipo de interes que se debe considerar abusivo

Dado el carácter sancionador de los intereses de demora se considera que no se puede analizar si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos o usurarios, ni encuadrarlos en la Ley de la Usura de 23 de julio de 1908⁵¹, aunque alguna resolución la ha considerado de aplicación⁵² y parte de la doctrina se muestra a favor⁵³.

De todos modos, lo antedicho no supone que los intereses moratorios no se puedan declarar abusivos y a este respecto el art. 85.6 del TRLCU califica como abusivas las cláusulas que impo-

⁴⁹ SSTS de 24 de mayo de 1918; 20 de febrero de 1925; 3 de junio de 1932, 14 de marzo de 1964; 17 de marzo de 1994, recurso Núm. 1346/1991; 17 de marzo de 1998, recurso Núm. 89/1994; 30 de enero de 2007, recurso Núm. 1416/00; 23 de septiembre de 2008 y de 26 de enero de 2009.

⁵⁰ STS de 26 Ene. 2009, rec. 1721/2004. N.º de Sentencia: 35/2009.

⁵¹ SSTS de 2 de octubre de 2001 y de 4 de junio de 2009, N.º de Sentencia: 430/2009. N.º de Recurso: 2586/2004. LA LEY 104370/2009.

SSAP de Alicante, Sec. 7.ª, 207/2006, de 26 de abril, recurso 311/2005; Granada, Sec. 4.ª, 372/2013, de 8 de noviembre, recurso 325/2013.

⁵² STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 May. 2002, rec. 3708/1996. N.º de Sentencia: 422/2002, LA LEY 4875/2002: «... ha de advertirse que por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código Civil no escapan a la aplicación de la Ley de 23 Jul. 1908, que se refiere en el art. 1.º a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza».

⁵³ Cfr. J.M. RUIZ-RICO RUIZ y Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores ... cit.* Pág. 80.

nen una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no cumple sus obligaciones. El problema es que no existe un criterio uniforme en nuestros tribunales acerca del porcentaje de interés de demora que se puede considerar desproporcionado en los préstamos con garantía hipotecaria⁵⁴.

En la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona celebrada en fecha 4 de abril de 2013 se acordó que en los préstamos y créditos hipotecarios se puede considerar abusivo el interés de mora cuando sea superior a 2,5 veces el interés legal del dinero vigente a la fecha de contratación, salvo si el interés remuneratorio es superior a dicho límite, en cuyo caso se estimará abusivo el interés de mora que supere en dos puntos el remuneratorio, sin perjuicio de la potestad jurisdiccional de cada Juez para estimar otros límites.

La Junta de Secciones Civiles de la AP de Madrid de 4 de octubre de 2013 acordó por mayoría que en los contratos con consumidores se pueden considerar abusivos los intereses de demora que excedan en más de tres veces el interés legal del dinero, sin perjuicio de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerar todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa⁵⁵.

Respecto de las hipotecas para la adquisición de vivienda habitual que recaigan sobre la misma vivienda, el art. 114.3 de la LH (reformado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo) previene que los intereses de demora *no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y que sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. El problema que suscita el art. 114.3 es que acota su ámbito de aplicación a los préstamos y créditos de adquisición de la propia vivienda habitual con garantía hipotecaria, pues aunque bien es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 y la Disposición Transitoria 2ª se refieren genéricamente a las hipotecas en garantía de operaciones sobre vivienda habitual, sin especificar si se circunscriben a operaciones para su adquisición, ello no puede enmendar el claro y determinante mandato contenido en el párrafo tercero del art.114 de la LH que por su carácter concreto y específico debe prevalecer según las reglas de la recta interpretación, debiendo considerarse que lo preceptuado en dicho precepto no*

⁵⁴ Los pronunciamientos de nuestros tribunales son dispares, así mientras que en la Sentencia de la AP de Valencia, Sec. 11.ª, 780/2012, de 27 de diciembre, recurso 519/2012, no se considera abusivo un interés de demora de un préstamo de un 25%, la Sentencia de la AP de Castellón, Sec. 3.ª, 633/2012, de 28 de diciembre, recurso 594/2012, considera abusivo el interés de demora del 24,60 euros TAE anual fijado en un contrato de crédito al consumo. En la SAP de Barcelona, Sec. 17.ª, 209/2009, de 30 de marzo, recurso 210/2008, se considera cláusula abusiva la de un préstamo bancario con unos intereses de demora de un 29%. La SAP de A Coruña, Sec. 4.ª, 359/2009, de 21 de julio, recurso 672/2008, determina como abusivo el interés de demora del 24% anual establecido en un contrato de tarjeta de crédito. En la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 4.ª, 400/2012, de 11 de octubre, recurso 405/2012, se consideran abusivos los intereses de demora estipulados en un contrato de préstamo de un 18,5% anual; no obstante, la SAP de Madrid, Sec. 10.ª, 259/2010, de 12 de mayo, recurso 187/2010, concluye que el interés de demora pactado de 18,75% no es calificable de desproporcionado por elevado, pues pueden existir razones que lo justifiquen como los particulares riesgos asumidos por el acreedor en el caso de que se produzca un retraso en el pago; sin embargo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Núm. 3 de Barcelona de 2 de mayo de 2013, recurso 13/2011, estima que el interés de demora pactado en un préstamo hipotecario de un 18,75% debe considerarse abusivo y la SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 26 Jul. 2013, rec. 161/2012. N.º de Sentencia: 242/2013. LA LEY 135133/2013 considera abusivo un interés de demora del 19%. En la AP Alicante, Elche, Sec. 9.ª, 50/2014, de 5 de febrero. Recurso 664/2013 se considera que el interés moratorio de 14,40 anual no es abusivo ni desproporcionado.

⁵⁵ En similares términos: SAP de Ciudad Real, Sección 1ª, de 13 Jun. 2013, rec. 549/2012. N.º de Sentencia: 182/2013 “Esta Audiencia Provincial, en pleno no jurisdiccional entendió que se consideraba abusivo el interés de demora superior al 20%, criterio que lógicamente ha de adaptarse la nueva normativa y con ello acudir al establecido en la misma en el sentido de que no sea superior al triple del interés legal del dinero”.

*puede se aplicado a supuestos no contemplados en la norma ni ser objeto de una interpretación que desborde los términos en que está formulado*⁵⁶.

Por lo demás, según el art. 4 del Real Decreto-Ley de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2% sobre el capital pendiente del préstamo.

B. La dudosa posibilidad de integrar la cláusula de intereses moratorios cuando los pactados se han declarado abusivos

El mayor problema que plantean los intereses de demora es que, declarada su abusividad, no queda claro si pudiera ser posible aplicar algún tipo de interés por este concepto, habida cuenta de que el TJUE no permite integrar o modificar las cláusulas declaradas abusivas. En este sentido, la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/2010) declaró la incompatibilidad del entonces vigente art. 83 del TRLCU -que permitía dicha integración- con el art. 6.1 de la Directiva 93/13⁵⁷, dado que si el juez nacional tuviera la posibilidad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, puesto que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario. El acatamiento de dicha doctrina originó la reforma del mentado art. 83 del TRLCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo que actualmente reza en los siguientes términos: «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*».

Con base en dichas consideraciones, son muchos los órganos judiciales que cuando declaran nula la cláusula de intereses de demora la excluyen sin más del contrato considerando inaplicable cualquier otro tipo de interés⁵⁸.

⁵⁶ RRDGRN de 25 de abril de 2014 LA LEY 69103/2014; 26 Nov. 2013 LA LEY 203411/2013.

⁵⁷ El art. 83 del TRLCU, en su redacción anterior a la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en su primer apartado establecía: «*la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva*». Asimismo, en el segundo apartado del mismo precepto predicaba que «*el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato*».

⁵⁸ AAP de Castellón, Sec. 3.^a, 290/2013, de 18 de diciembre. Recurso 455/2013: «*... El criterio de esta Sala es que frente a la norma invocada, Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2003 de 14 de mayo, debe prevalecer el contenido de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores, en el sentido que ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de forma que en cuanto a los intereses de demora, si la cláusula que los impone es declarada abusiva, no cabe aplicar un intereses inferior al pactado, siendo la consecuencia su no aplicación, por lo que no cabe su moderación, que es definitiva lo que supondría la aplicación de la norma citada*».

No obstante, esta solución se ha puesto en entredicho⁵⁹, pues si se lleva hasta el extremo de entender que no se debe abonar interés alguno se está favoreciendo el incumplimiento de la obligación. En este sentido, se ha propuesto que sería más conveniente adoptar una solución similar a la contemplada en el art. 815.3 de la LEC, en sede de juicio monitorio, de manera que el Juez rebajara la cantidad prevista para dicho concepto, concediendo al acreedor un plazo de diez días para que manifestare si acepta la rebaja⁶⁰. Asimismo, *se alega que la cláusula contractual relativa a los intereses moratorios, cuando se aplican al total del préstamo vencido, reviste naturaleza de cláusula penal y, por tanto, es susceptible de ser moderada judicialmente de conformidad con el art. 1154 del CC*⁶¹.

También se defiende que pudiere ser oportuno rebajar los intereses hasta los límites que prevé el art. 114 de la LH (en la redacción dada por la Ley 1/2013) que dispone que en los préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero⁶². En pro de esta interpretación se alega lo dispuesto en la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013 que prevé que en los procedimientos de ejecución o de venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de dicha ley en que se hubiera fijado ya la cantidad por la que se despacha ejecución o por la que se procede a la venta extrajudicial, el Secretario Judicial o el Notario habrán de conferir traslado al ejecutante por plazo de diez días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el art. 114 de la LH. El problema de esta Disposición Transitoria es que el legislador no está contemplando propiamente los casos en que haya existido una declaración de nulidad de la cláusula sino los supuestos en que se hu-

AAP de Barcelona, Sec. 14.ª, 561/2013, de 29 de noviembre. Recurso 731/2012: *«En el presente caso, se trata de un préstamo al consumo en el que se fijó un interés de demora del 2% mensual, es decir un 24% anual. Por tanto la cláusula de interés de demora ha de ser considerada abusiva y por ello nula, en aplicación del art. 83.1 del repetido texto refundido. La consecuencia ha de ser la supresión pura y simple del interés de demora, sin que proceda la fijación de otro interés de demora alternativo, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentada en su sentencia de 14/06/2012»*.

En el mismo sentido:

SSAP de Alicante, Sección 9ª, de 9 Jul. 2012, rec. 841/2011. N° de Sentencia: 440/2012. LA LEY 138716/2012; Valencia, Sección 11ª, Sentencia de 30 Sep. 2013, rec. 700/2012. N° de Sentencia: 445/2013. LA LEY 173451/2013.

J.M. RUIZ-RICO RUIZ y Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores ... cit.*, Pág. 232. En opinión de estos autores, excluida la cláusula de intereses moratorios del contrato, el acreedor siempre podrá acudir a un juicio declarativo para su integración.

⁵⁹ Véase en este sentido: «Jornada sobre repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria con especial referencia al régimen transitorio», celebrada en Madrid el 8 de mayo de 2013 y dirigida por el Presidente de la Sala de lo Civil del TS.

⁶⁰ Cfr. V. GIMENO SENDRA, "Las cláusulas abusivas", *Diario La Ley*, N.º 8116, Sección Doctrina, 1 Jul. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 3286/2013

⁶¹ EL TS en la Sentencia núm. 578/2010 de 23 septiembre, declaró abusiva la cláusula que imponía un interés moratorio del 29% anual, minorándolo mediante la aplicación de un interés moratorio, anual, equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero.

En similares términos: Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 2 de Marchena, de 16 agosto 2013, proc. 126/2013. LA LEY 126880/2013: *«De ahí, que es discutible que tal cláusula contractual relativa a los intereses moratorios, cuando se aplican al total del préstamo vencido, no revista naturaleza de cláusula penal y por tanto susceptible de ser moderada judicialmente de conformidad con el art. 1154 del CC, debiéndose tener en cuenta específicamente para reputar o no proporcional un tipo de interés de demora, la consabida improbabilidad de que el consumidor pueda devolver de inmediato toda la cantidad prestada y en origen aplazada, y que esta obligación de restitución está a merced de la facultad del acreedor de dar por vencido anticipadamente el préstamo»*.

⁶² Véase Junta de Jueces de 1.ª Instancia de Murcia de 12 de abril de 2013 en que se propugna la aplicación del tipo reducido del art. 114 LH.

biere fijado ya la cantidad por la que se solicita el despacho de ejecución o la venta extrajudicial del bien hipotecado, por lo que algunos órganos judiciales⁶³ se pronuncian en el sentido de considerar que el efecto de la nulidad de los intereses de demora no puede ser el traslado al acreedor para un nuevo cálculo de los intereses en los términos que prevé la D.T. 2.^a sino que las cantidades reclamadas por dicho concepto deberán sin más excluirse y en estos mismos términos se pronuncia parte de la doctrina⁶⁴ que considera que a raíz de la reforma del art. 83 del TRLCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, el texto de la D. T. 2.^a de la Ley 1/2013 no puede interpretarse como permisivo de la reducción de los intereses moratorios.

De todos modos, en sentido contrario está adquiriendo fuerza la tesis que considera que cuando se declaran nulos los intereses moratorios lo oportuno es aplicar el interés legal que prevé el art. 1108 del CC, según el cual *«si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y a falta de convenio el interés legal»*. En pro de esta tesis se alega que dicho precepto no sólo se debe considerar aplicable a todas las obligaciones de entrega de capital en que no haya interés pactado, sino también a los casos en que este se hubiera declarado abusivo, lo que se funda en la confusa distinción histórica de las figuras de la inexistencia y la nulidad, considerando que el precepto carecería de sentido si sólo estuviera previsto para supuestos de inexistencia⁶⁵. En este sentido, en el Pleno de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de junio de 2013 con el fin de unificar criterios se consideró que *«en los supuestos en que se proceda, por considerar la cláusula de interés de demora abusiva, a la exclusión de la aplicación de dicha cláusula al consumidor, y sin que ello signifique integración o moderación alguna, se aplicará la norma que nuestro ordenamiento prevé en defecto de pacto, el art. 1108 CC, de forma que el capital prestado devengará solamente el interés legal del dinero»*⁶⁶ y en similares términos la AP de Girona, Sec. 1.^a, 396/2013, de 23 de octubre, recurso 434/2013 considera que: *«En definitiva, el precitado art. 83 LGDCU deberá interpretarse, como correctamente se hace en la instancia, en el sentido que las facultades de integración que en el mismo se contienen tan solo pueden ejercerse en favor del consumidor, pero no en favor de la entidad de crédito y, consecuentemente, una vez declarada nula, deberá tenerse por no puesta, resultando de aplicación las previsiones contenidas en los arts. 1100 y 1108 CC»*. Asimismo, en el Auto de la Sección 1.^a de la AP de Cáceres de 22 de octubre de 2014 aunque se considera apropiada la aplicación del art. 1108 del CC en caso de que los intereses de demora se declaren abusivos, se estima que para ello es precisa una expresa petición de la parte ejecutante.

Por lo demás, merece especial mención otro Auto de la Sección 1.^a de la AP de Cáceres de fecha 16 de octubre de 2014, en el cual, aun partiendo de la base de que no pueden ser moderadas las cláusulas de intereses moratorios, considera procedente la admisión de una demanda ejecu-

⁶³ SAP Girona, Sección 1.^a, 111/2013, de 19 de marzo, recurso 13/2013, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Barcelona, Núm. 3, de 2 de mayo de 2013 (recurso 13/2011); Auto del Juzgado de Primera Instancia Núm. 1 de Barcelona de 31 de mayo de 2013 (dictado en la ejecución hipotecaria 418/2012).

⁶⁴ Cfr. C. BALLUGERA GÓMEZ, "Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general", *Diario La Ley*, N.º 8330, Sección Doctrina, 11 de junio de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY, LA LEY 3414/2014.

⁶⁵ Cfr. G. SOLER SOLÉ, A. SERRA RODRÍGUEZ, P. IZQUIERDO BLANCO y I. FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014, Pág. 154.

⁶⁶ SAP Pontevedra, Vigo, Sec. 6.^a, 859/2013, de 30 de diciembre, recurso 686/2012.

También se pronuncia en este sentido: GONZÁLEZ CARRASCO, C. «STS 9 de mayo de 2013: requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de su nulidad». *Centro de Estudios de Consumo*. www.uelm.es/centro/cesco. Pág. 8. En opinión de esta autora *«dicha nulidad del pacto de intereses podría encontrar respuesta en el art. 1108 del CC (aplicación del interés legal) puesto que su aplicación no supone un mecanismo de integración (prohibido por el Derecho Comunitario) sino norma de derecho dispositivo aplicable a la laguna contractual»*.

tiva en que la entidad ejecutante renuncia a aplicar el interés moratorio pactado del 23% y, conforme a lo previsto en el art. 114.3 de la LH, efectúa la liquidación de los intereses moratorios al 12%, estimando que no se trata de una moderación del tipo de interés fijado en el título por parte del tribunal al haber sido el propio ejecutante quien, en su demanda ejecutiva ha renunciado a reclamar el interés de demora fijado en el título del 23%, por otro acomodado a las prescripciones establecidas por la Ley de 14 de mayo de 2013.

La cuestión se revela tan problemática que varios Juzgados ya han planteado cuestiones prejudiciales al TJUE:

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 2 de Marchena, por Auto de 16 agosto de 2013 (proc. 126/2013)⁶⁷ ha preguntado a la Corte de Luxemburgo si un Juez Nacional que aprecie la existencia de una cláusula abusiva relativa a interés moratorio en préstamos hipotecarios puede proceder a declarar la nulidad de dicha cláusula o, por el contrario, debe moderar la misma dando traslado al ejecutante o prestamista para que recalcule los intereses. En dicha cuestión prejudicial también se plantea si la mentada D.T.2.^a de la Ley 1/2013, al imponer de forma implícita al órgano jurisdiccional la obligación de moderación de una cláusula de interés moratorio, contraviene el art. 6.1 de la Directiva 93/13.

En parecidos términos, se han interpuesto cuestiones prejudiciales por el Juez de Primera Instancia Núm. 2 de Santander en Auto de fecha 13 de noviembre de 2013⁶⁸ y por el titular del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción de Miranda de Ebro en Auto de fecha 17 de febrero de 2014⁶⁹.

⁶⁷ LA LEY 126880/2013.

⁶⁸ El Juzgado de Primera Instancia Núm. 2 de Santander plantea ante el TJUE las siguientes cuestiones: 1) cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio ¿debe extraer cómo consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional?; y 2) cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado ¿debe deducir tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo para instar la ejecución previsto en la norma nacional?

⁶⁹ El titular del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción n.º 1 de Miranda de Ebro ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE sobre las siguientes cuestiones:

¿Los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se oponen a una norma, como la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013, que prevé, en todo caso, una reducción del tipo de interés de demora, con independencia de que la cláusula de intereses moratorios fuera inicialmente nula por abusiva?

¿Los arts. 3.1, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se oponen a una norma nacional, como el 114 LH, que solo permite al Juez nacional, para valorar el carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses de demora, comprobar si el tipo de interés pactado supera tres veces el tipo de interés legal y no otras circunstancias?

¿Los arts. 3.1, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se oponen a una norma nacional, como el 693 LEC, que permite reclamar de forma anticipada la totalidad del préstamo por incumplimiento de tres cuotas mensuales, sin tener en cuenta otros factores como la duración o la cuantía del préstamo o cualesquiera otras causas concurrentes relevantes y que, además, condiciona la posibilidad de evitar los efectos de dicho vencimiento anticipado a la voluntad del acreedor, salvo en los casos de hipoteca que grave la vivienda habitual de éste?

PRIVACIDAD EN SERVICIOS TURISTICOS BASADOS EN GEOLOCALIZACIÓN

MARIA MAGDALENA PAYERAS CAPELLÀ
Doctora en Ingeniería

ANTONIA PANIZA FULLANA
Doctora en Derecho

MACIÀ MUT PUIGSERVER
Doctora en Ingeniería

ANDREU PERE ISERN DEYÀ
Doctor en Ingeniería

Fecha de recepción: 14 de diciembre de 2014

Fecha de aceptación: 29 de diciembre de 2014

RESUMEN: Los servicios basados en geolocalización (*Location-Based Services, LBS*) son servicios que ofrecen a los usuarios información acerca del entorno en el que están situados, como restaurantes cercanos, cines, puntos de interés turístico, etc. Existen multitud de aplicaciones relacionadas con el comercio electrónico que incorporan servicios LBS. También se han publicado recientemente numerosas aplicaciones relacionadas con el sector turístico que utilizan servicios LBS: turistas y ciudadanos demandan información relacionada con su posición en sus viajes o tránsitos.

El uso de estos servicios presenta diversos retos de privacidad ya que los proveedores hacen uso de información acerca de la ubicación del usuario, dato exclusivamente de carácter personal. Además, la ubicación del usuario a menudo es registrada sin su consentimiento y, consecuentemente, no es informado del uso que se le va a dar. Parece razonable exigir que estos proveedores informen a los consumidores acerca de esta eventualidad. En otras ocasiones, la aplicación avisa de la recogida de la información de localización, pero la notificación proporcionada no se realiza de forma adecuada o clara. En este artículo se estudia el marco legal aplicable a este tipo de servicios acerca del uso de datos personales y de las notificaciones a los usuarios. Paralelamente, mostraremos cómo tres aplicaciones móviles gestionan los datos de la ubicación de los usuarios y otros datos de configuración del servicio, analizando su comportamiento acerca de la privacidad en la gestión de los datos personales.

ABSTRACT: *Location-Based Services (LBS)* offer the users information about their environment, such as nearby restaurant, cinemas, tourist interest points, etc. There are multiple applications related to electronic commerce which embed LBS services. Recently there have been published numerous applications aimed at touristic sector which make use of LBS: Both tourists and citizens demand information related to their position in their trips and commutes.

The use of these services present several challenges to privacy as providers use information about the location of the user, information that is deemed as personal data. Moreover, the location of a user is frequently collected without his/her consent and, consequently the user is not informed about the uses for this data. It seems reasonable that these providers provide with this information to the consumers. In other occasions, the application warns the user about the gathering of this location information, however, the warning is not necessarily provided to the user in a clear manner. In

this article, we study the legal frame applicable to this kind of services in regards to the collection and notification of this Personal data. In parallel, we will show how three different mobile applications manage the location of users and other configuration data for the service, analysing how they behave in terms of user's privacy.

PALABRAS CLAVE: Servicios basados en geolocalización, Turismo, Privacidad, Legislación, Seguridad, Datos personales.

KEYWORDS: Location-Based services, Turism, Privacy, Legislation, Security, Personal Data.

SUMARIO: 1. Introducción a los servicios turísticos basados en geolocalización.- 2. Registro de datos personales en servicios basados en localización.- 3. Privacidad y servicios basados en localización: aspectos jurídicos y normativa aplicable.- 4. Análisis de tres servicios basados en localización y sus aplicaciones móviles: 4.1. Checkmytrip. 4.2. Yelp. 4.3. Tripit. 5. Datos de localización: puntos clave para la protección de la privacidad del usuario.- 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN A LOS SERVICIOS TURÍSTICOS BASADOS EN GEOLOCALIZACIÓN

Los teléfonos inteligentes, las tabletas y otros dispositivos móviles similares tienen acceso a redes de datos y también son capaces de ejecutar aplicaciones complejas. Además, estos dispositivos implementan sistemas de localización como el GPS o basados en otras técnicas de localización como GSM o Wi-Fi. La combinación de ambas capacidades puede ser útil para construir nuevas aplicaciones basadas en la ubicación del usuario. Estas aplicaciones proporcionan a los clientes del servicio valiosa información relacionada con su ubicación.

Los servicios basados en localización (LBS) son un tipo de servicio ofrecido a los usuarios de dispositivos móviles que proporciona un valor añadido relacionado con el contexto en el que se encuentran los usuarios. Los servicios LBS incluyen diferentes tipos de aplicaciones de comercio electrónico, publicidad, redes sociales generales como Twitter, redes sociales móviles como Foursquare o aplicaciones diversas de Google. Pero el área que puede verse más beneficiada por el uso de LBS es el turismo, debido a sus características especiales. Los turistas suelen exigir los servicios porque no son conscientes de la información relacionada con su entorno, por lo que son un objetivo importante para los LBS.

Las aplicaciones turísticas basadas en localización proporcionan a los viajeros el acceso a la información turística durante sus viajes. Los servicios turísticos que se pueden mejorar mediante el uso de la ubicación del usuario se pueden clasificar en cuatro grupos¹ dependiendo del tipo de servicio:

- Localización de personas y lugares.
- Enrutamiento.
- Búsqueda específica en los alrededores.

¹ S. BERGER, H. LEHMANN, F. LEHNER, "Location-based services in the tourist industry", *Journal of Information Technology & Tourism*, Vol 5, Num. 4, 2003, pp. 243-256.

- Información sobre las condiciones del viaje.

También pueden ser clasificados de acuerdo a la fase del viaje en la que se utilizan:

- Planificación / Reserva.
- Transporte.
- Alojamiento
- Información / Apoyo en el destino.

Estas aplicaciones recogen información personal del usuario con el fin de ofrecerle el servicio. Esta información podría ser utilizada para generar un perfil de ubicación del usuario con el fin de conocer sus movimientos habituales. Con el objetivo de utilizar adecuadamente esta información sensible, las solicitudes deben incluir herramientas de configuración, incluyendo la cuestión de solicitar al usuario si permite el uso por parte de la aplicación de sus datos de localización. Es necesario incluir en los LBS los mecanismos que permitan la protección de la privacidad del usuario sin limitar el uso de las aplicaciones.

Estas aplicaciones pueden utilizar tanto la ubicación actual del usuario como el rastro o itinerario de todas sus ubicaciones. Las aplicaciones que utilizan el rastro de los usuarios tienen más requisitos de privacidad.

Este artículo está organizado de la siguiente manera: en la sección 2, se analizan los servicios basados en localización en función de los requisitos de anonimato del usuario y los datos personales recogidos por el proveedor de servicios; la sección 3 abarca la legislación específica para los servicios basados en localización; en la Sección 4 se estudian algunos servicios turísticos representativos del uso de datos de geolocalización, con especial atención a la utilización de los datos personales y la ubicación; en la sección 5 se reanuda la exposición de las preocupaciones relacionadas con la privacidad y la seguridad de los LBS, teniendo en cuenta la legislación descrita anteriormente; por último, la sección 6 presenta las conclusiones.

2. REGISTRO DE DATOS PERSONALES EN SERVICIOS BASADOS EN LOCALIZACIÓN

Un LBS está personalizado cuando el servicio proporcionado tiene en consideración los intereses personales de los usuarios (por ejemplo, información sobre lugares de interés turístico, información detallada de mapas, información de transportes, direcciones o fotos). Es decir, la información geográfica facilitada en un servicio LBS viene condicionada por la voluntad del usuario. Este aspecto constituye una característica fundamental de estos servicios. La información de localización irá acompañada de una información asociada que dependerá de la configuración del usuario. Por ejemplo, podrá incorporar los últimos detalles sobre tráfico, clima, sitios de interés, disponibilidad de ciertos servicios dentro de la ciudad, ayuda a la navegación o con antecedentes históricos y económicos, etc.

Además, algunas aplicaciones turísticas pueden ser vistas como sistemas de información ubicuos adaptativos que tienen acceso a la información pública y personal. Asimismo, pueden adaptar estas informaciones y servicios a cada usuario según su contexto y ubicación actual. En la mayoría de los casos, el modelo de adquisición de datos del usuario se realiza a través del seguimiento de sus actividades y su movilidad geográfica (evaluación del usuario) o por un análisis de las características de su conexión y del dispositivo usado (evaluación del

uso). No obstante, estos procedimientos de recopilación de información pueden afectar de forma dramática a la privacidad de sus usuarios.

En Europa se han puesto en marcha varias experiencias que guardan relación con servicios LBS para proyectos turísticos. Se trata de proyectos como mToGuide (mobileTourism Guide), CRUMPET (CREationofUser-friendly Mobile services PErsonalised for Tourism), PALIO (Personalised Access to Local Information and servicesforTourists), proyecto GUIDE, LoL@ (Local LocationAssistant), TourServ, I-TOUR (i-TOUR: intelligentTransportsystemforOptimizedURbantrips)². El caso del proyecto “CRUMPET” se centra en la investigación de servicios móviles personalizados para el turismo. Este proyecto utiliza las nuevas tecnologías como los agentes de software inteligentes y técnicas de modelado de usuario para crear perfiles de usuario. Por lo tanto, hay un servicio y una adaptación de contenidos en función de los intereses individuales de los usuarios por medio del modelado de usuario (utilizando técnicas para la elaboración de perfiles dinámicos de los intereses personales de los mismos). Por lo tanto, para proteger su privacidad es esencial conseguir un diseño equilibrado entre lo que la tecnología puede ofrecer y lo que los usuarios están dispuestos a aceptar. Se trata de evitar que la población tenga malas experiencias al darse cuenta de cómo sus datos que, en principio debieran de mantenerse en privado, de hecho, pueden tener otros usos.

Obviamente, para que cualquier servicio basado en la localización funcione, será necesario que el proveedor de servicios conozca la ubicación del usuario. La precisión dependerá de cada servicio en concreto y del método para obtener la ubicación (es decir, GPS, torres y antenas para redes celulares, puntos de acceso Wi-Fi o dirección IP). No obstante, los usuarios necesitan cierta orientación para determinar si el servicio es aceptable o no desde el punto de vista de la privacidad de los datos recabados. Sólo si se proporciona información adecuada al usuario acerca de los datos de localización recopilados, su almacenado y posterior uso, el usuario puede tomar una decisión razonada de cómo y cuándo utilizar el servicio.

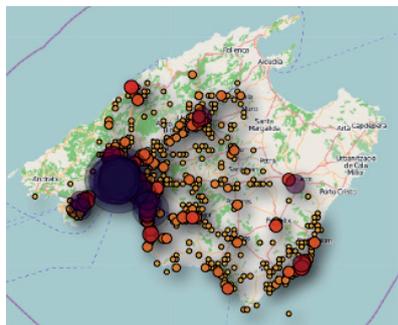
Por ejemplo, los dispositivos de Google y Apple utilizan diversas formas para comunicar la localización del usuario. Respecto a Google, el dispositivo solicita el permiso explícito del usuario cuando éste elige la opción de utilizar Wi-Fi como método de localización. El dispositivo de Google también almacena los datos de localización del usuario por un período limitado y estos datos son encriptados. Sin embargo, los dispositivos Apple tradicionalmente no han pedido explícitamente el permiso para guardar estos datos. Se descubrió que estos dispositivos almacenaban los datos de localización sin cifrar y durante un período largo de tiempo. Se generaba entonces un problema inmediato: los datos se almacenaban de una forma fácilmente legible en la máquina del usuario (es decir, los datos de localización se almacenaban en el ordenador del usuario cuando se sincronizaba con el dispositivo). Los usuarios de iPhone pueden emplear iPhone-Tracker³ una aplicación de código abierto que lee los mapas con la información que el iPhone ha grabado sobre los movimientos del usuario (Figura 1). Sin embargo, y hasta este momento, no ha habido ninguna evidencia de que estos datos de localización se hayan transmitido más allá del dispositivo del usuario y de los ordenadores utilizados para la sincronización con el móvil.

² Información sobre detalles de estos proyectos se pueden consultar en URLs:

- http://cordis.europa.eu/result/rcn/29781_en.html
- http://cordis.europa.eu/result/rcn/141312_en.html
- <http://www.2020-horizon.com/CRUMPET-Creation-of-user-friendly-mobile-services-personalised-for-tourism%28CRUMPET%29-s47011.html>

³ <http://petewarden.github.io/iPhoneTracker/>

Figura 1. Captura de pantalla de la aplicación iPhone Tracker: mapa de los movimientos registrados por un iPhone



Podemos analizar la forma diferente de interactuar con el usuario entre los dispositivos de Google y Apple al descargar cualquier aplicación desde la tienda de aplicaciones de cada proveedor. En Android la aplicación tiene la autorización para utilizar estos datos para cualquier fin, siempre y cuando el proveedor de la aplicación pida permiso y los usuarios finales den su aprobación. En los dispositivos de Apple, en cambio, el proveedor de la aplicación tiene que declarar explícitamente con qué finalidad la aplicación necesita saber la ubicación del dispositivo, dejando claro que las aplicaciones no pueden usar esta información de localización con un único fin publicitario. Además, el usuario puede entrar en la ventana de configuración del sistema y comprobar las aplicaciones que actualmente tienen permiso para leer los datos de localización y las aplicaciones que están utilizando el servicio. El enfoque de Android ha llevado a algunas experiencias inapropiadas. Por ejemplo, en el mercado hindú de telecomunicaciones las aplicaciones Android han utilizado explícitamente los datos de ubicación con el único fin de introducir publicidad en la pantalla de cada dispositivo.

Otro caso de controversia en el uso de los datos de localización proviene del mayor fabricante europeo de aparatos de navegación vía satélite para automóviles, la compañía TomTom. El navegador vía satélite del coche de los conductores holandeses que eran dueños de un dispositivo TomTom estaba grabando su datos de localización y los datos agregados a ella, como la velocidad de los coches. Al parecer, esta información era transmitida y supuestamente vendida a la policía holandesa. A continuación, la policía la utilizaba para ajustar los controles de velocidad en las carreteras del país. Al hacerse pública esta conducta, la empresa se vio obligada a disculparse.⁴

La Privacidad de Datos es la adaptación a la sociedad de la información del derecho fundamental a la intimidad y la vida privada. Según varias encuestas llevadas a cabo por Harris Interactive en nombre de TRUSTe⁵, la principal preocupación para el 38% de los usuarios de los teléfonos inteligentes es la privacidad. Esta preocupación es mayor entre los usuarios de más edad en comparación con los más jóvenes. La encuesta también muestra que sólo el 25% de los usuarios creen que su tienda de aplicaciones móviles ofrece aplicaciones que protegen su privacidad y sólo el 38% de los usuarios confía en que las aplicaciones, *per se*, ya protegen la privacidad de los usuarios. La mayoría de los consumidores no quieren compartir su ubicación con los proveedores de aplicaciones o sus desarrolladores (77% usuarios dijeron que prefieren no compartir su ubicación con nadie, y sólo el 2% de los encuestados está de acuerdo en compartir sus datos de localización con las compañías desarrolladoras de apps o a terceros).

⁴ https://www.youtube.com/watch?v=Zc_cGepf1qg

⁵ <http://www.truste.com/consumer-privacy/personal-privacy-tips/>

En esta encuesta se confirma que la seguridad es una preocupación creciente entre los usuarios de aplicaciones para móviles (por ejemplo, sólo alrededor de un tercio los usuarios sienten que tienen el control de su dispositivo y un 74% de ellos se sienten incómodos con la idea del seguimiento de sus datos para publicidad dirigida). Sólo una minoría de los consumidores piensa que tienen el control sobre la recogida y uso de su información de localización a través de aplicaciones móviles. Así, los consumidores que reciben alertas referentes a “compartir la ubicación” con la compañía desarrolladora de la app son más propensos a permitirlo. En otras palabras, cuando una aplicación requiere tener acceso a los datos basados en la localización, un simple mensaje emergente de petición genera algún tipo de confianza en el usuario que permite el intercambio estos datos. Esta confianza ayudará a difundir el uso de este tipo de aplicaciones, sin embargo, debe de tenerse en cuenta que la confianza en sí misma no es una garantía de privacidad.

3. PRIVACIDAD Y SERVICIOS BASADOS EN LOCALIZACIÓN: ASPECTOS JURÍDICOS Y NORMATIVA APLICABLE

Del análisis que se realiza en este artículo queda patente el uso de datos de localización en diferentes aplicaciones que permiten a los viajeros acceder a información turística durante sus viajes, según su localización: permiten localizar personas y lugares; buscar localizaciones, información sobre las condiciones de viaje, etc. Todo ello partiendo de la localización del usuario y también el itinerario de sus localizaciones. Se trata además de técnicas cada vez más utilizadas por los interesantes resultados que se consiguen.

Sin embargo, la problemática sobre la privacidad de los usuarios salta a primer plano en el campo de los datos basados en localización. Los usuarios deberían saber si sus teléfonos móviles están transmitiendo datos sobre su localización. A partir de aquí se plantean muchas cuestiones, entre ellas: ¿Quién conoce la localización de un determinado usuario? ¿Está informado de forma clara y comprensible del uso de sus datos de localización? ¿Cómo y cuándo debe informarse a los usuarios sobre el uso de sus datos de localización?⁶

El marco normativo, a nivel europeo, se concreta en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009. A nivel nacional, la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPDP) así como la Ley General de Telecomunicaciones.

Según el artículo 3 de la LOPDP se considera dato de carácter personal cualquier información referente a una persona física o jurídica identificada o identificable. El Informe 13/2011 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 así lo corrobora⁷. La Directiva 2002/58/CE del Parlamento

⁶ Vid. A. PANIZA FULLANA, “La publicidad basada en buscadores y “adwords”, la reputación on line y el uso de datos de geolocalización”, A. PANIZA FULLANA (Coordinación), *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad*, Granada, 2013, pp. 90 a 93.

⁷ Según este Informe y haciendo referencia al n° 4/2007, sobre el concepto de dato de carácter personal, afirma que: “*Smart mobile devices are inextricably linked to natural persons. There is usually direct and indirect identifyability.*”

Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 define en su artículo 2 los “datos de localización” como *“cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público”*. En consecuencia, tendrá que encontrarse necesariamente un equilibrio entre estas técnicas y la privacidad del usuario.

La problemática que genera la cuestión ya queda reflejada en el considerando 35 de la Directiva sobre Privacidad y Comunicaciones Electrónicas. Lo hace en estos términos: *“En las redes móviles digitales se tratan los datos sobre localización que proporcionan la posición geográfica del equipo terminal del usuario móvil para hacer posible la transmisión de las comunicaciones. Tales datos constituyen datos sobre tráfico a los que es aplicable el artículo 6 de la presente Directiva. Sin embargo, además, las redes móviles digitales pueden tener la capacidad de tratar datos sobre localización más precisos de lo necesario para la transmisión de comunicaciones y que se utilizan para la prestación de servicios de valor añadido tales como los servicios que facilitan información sobre tráfico y orientaciones individualizadas a los conductores. El tratamiento de tales datos para la prestación de servicios de valor añadido sólo debe permitirse cuando los abonados hayan dado su consentimiento. Incluso en los casos en que los abonados hayan dado su consentimiento, éstos deben contar con un procedimiento sencillo y gratuito de impedir temporalmente el tratamiento de los datos sobre localización”*.

Tanto el artículo 9 de la Directiva sobre Privacidad y Comunicaciones Electrónicas como el artículo 48.2 de la Ley General de Telecomunicaciones establecen el régimen aplicable al uso de datos de localización. Según estas normas, se podrá proceder al uso de datos de localización relativos a los usuarios o abonados de redes públicas de comunicaciones o de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público cuando:

- Los datos de localización se hayan hecho anónimos o previo consentimiento informado del usuario (según el artículo 9 de la Directiva sobre Privacidad y Comunicaciones Electrónicas el proveedor del servicio deberá informar a los usuarios o abonados, antes de obtener su consentimiento, del tipo de datos de localización distintos de los datos de tráfico que serán tratados, de la finalidad y duración del tratamiento y de si los datos se transmitirán a un tercero a efectos de la prestación del servicio con valor añadido).
- Únicamente podrán usarse en la medida y por el tiempo necesario para la prestación de servicios de valor añadido.

First of all, the telecom operator providing GSM and mobile internet access usually has a register with the name, address and banking details of every customer, in combination with several unique numbers of the device, such as IMEI and IMSI.

Secondly, the purchase of extra software for the device (applications or apps) usually requires a credit card number and thereby enriches the combination of the unique number(s) and the location data with directly identifying data.

Indirect identifyability can be achieved through the combination of the unique number(s) of the device, in combination with one or more calculated locations.

Every smart mobile device has at least one unique identifier, the MAC address. The device may have other unique identification numbers, added by the developer of the operating system. These identifiers may be transmitted and further processed in the context of geolocation services. It is a fact that the location of a particular device can be calculated in a very precise way, especially when the different geolocation infrastructures are combined. Such a location can point to a house or an employer. Especially with repeated observations, it is possible to identify the owner of the device”.

- Además, el usuario debe tener conocimiento inequívoco de los datos que vayan a ser sometidos a tratamiento, la finalidad y duración del mismo y el servicio de valor añadido que vaya a ser prestado⁸.
- Los usuarios deben tener la posibilidad de revocar su consentimiento otorgado para el tratamiento de los datos de localización distintos de los de tráfico en cualquier momento.
- Cuando se haya obtenido el consentimiento de un usuario o abonado para el tratamiento de datos de localización distintos de los datos de tráfico, el usuario o abonado deberá seguir contando con la posibilidad, por un procedimiento sencillo y gratuito, de rechazar temporalmente el tratamiento de tales datos para cada conexión a la red o para cada transmisión de una comunicación.
- En relación al encargado del tratamiento, sólo podrán encargarse del tratamiento de datos de localización distintos de los datos de tráfico, personas que actúen bajo la autoridad del proveedor de las redes públicas de comunicaciones o de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o del tercero que preste el servicio con valor añadido, y dicho tratamiento deberá limitarse a lo necesario a efectos de la prestación del servicio con valor añadido.

Sin embargo, el uso de estos datos pueden plantear nuevos riesgos cuando se combinan con el uso de las redes sociales o se usan para fines comerciales⁹. En el caso de la interacción con las redes sociales se plantean nuevos problemas cómo el de saber quién tiene acceso a esta información.

4. ANÁLISIS DE TRES SERVICIOS BASADOS EN LOCALIZACIÓN Y SUS APLICACIONES MÓVILES

En esta sección vamos a investigar las funcionalidades que proporcionan tres aplicaciones móviles Android basadas en localización y relacionadas con el sector turístico. Se analizará cómo estas aplicaciones realizan el tratamiento de los datos de los usuarios y de qué forma este tratamiento puede afectar a la privacidad de los mismos. Para conocer de cada una de las aplicaciones seleccionadas los permisos que el usuario debe de otorgar, instala-

⁸ También se pueden encontrar Guías de Buenas Prácticas en la prestación de servicios basados en datos de localización. Es el caso de la guía “Best Practices and Guide lines for Location-Based Services” de la Wireless Association (<http://www.ctia.org/policy-initiatives/voluntary-guidelines/best-practices-and-guidelines-for-location-based-services>). En ella encontramos algunas recomendaciones como las siguientes:

“LBS providers must inform users about how their location data will be used, disclosed and protected so that a user can make an informed decision whether or not to use the LBS or authorize disclosure. Once a user has chosen to use a LBS, or authorized the disclosure of location information, he should be able to choose when or whether location information can be disclosed to third parties and should have the ability to revoke such authorization. LBS providers must inform users about how their location data will be used, disclosed and protected. LBS Providers may use written, electronic or oral notice so long as LBS users have an opportunity to be fully informed of the LBS Provider’s information practices. Any notice must be provided in plain language and be understandable. It must not be misleading, and if combined with other terms or conditions, the LBS portion must be conspicuous”.

⁹ En el caso de “Yelp”: “When the user is connected, can share his current location, and Yelp responds with a list of near points of interest with comments and evaluations of each local business registered on: search for businesses near you; links to find nearby bars, restaurants, cafes,...; browse reviews to read what’s great (and not so great); check-in and share on Facebook and Twitter”.

Y en el caso de “Tripit”: “You can easily share trip plans with family or colleagues directly, or let Facebook and LinkedIn contacts know when and where you’re headed”.

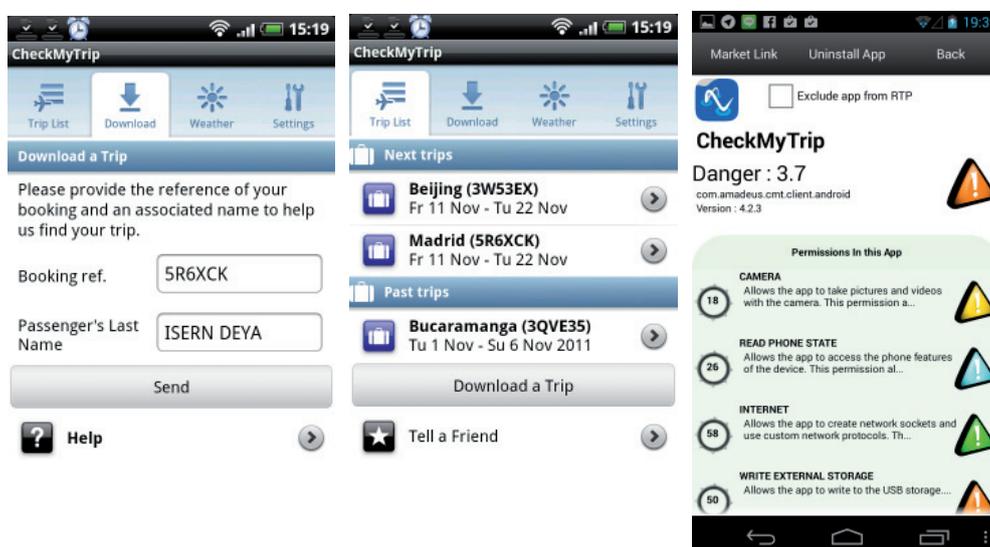
mos una aplicación llamada PermissionDog¹⁰, que determina cuáles son los permisos que requiere una cierta aplicación Android.

4.1. CheckMyTrip

La primera aplicación seleccionada es CheckMyTrip, cuyo desarrollador es Amadeus IP Group S.A., empresa líder en los sistemas de distribución global (GDS, Global Distribution System) y el mayor tramitador de reservas para la industria de los viajes y el turismo. Cuando un cliente compra un billete de avión, la aerolínea tramita su reserva y como parte del proceso, Amadeus bloquea la plaza en sus sistemas centralizados. Por tanto, además de la aerolínea interesada, el registro de la compra del billete se almacena también en Amadeus. A partir de esta información, cualquier cliente que haya comprado un billete en una aerolínea asociada con Amadeus, puede acceder al itinerario completo mediante la aplicación CheckMyTrip.

La aplicación móvil requiere solamente que el usuario introduzca el número de reserva y sus propios apellidos para descargar el itinerario (Figura 2). El número de reserva normalmente se envía a través de correo electrónico a la dirección que el cliente proporcionó en el momento de la compra del billete. Cuando el cliente introduce estos dos campos, los datos del itinerario se descargan desde los sistemas de Amadeus y se almacenan en el dispositivo. Los datos descargados son los siguientes (Figura 2): el nombre completo de los viajeros; la agencia o el sitio web dónde se compraron los billetes; las fechas y horas del viaje; el número de reserva; el origen y el destino; los asientos asignados para cada viajero; la duración del viaje; etc.

Figura 2. Ventanas de la aplicación CheckMyTrip y permisos que requiere CheckMyTrip.



La aplicación Android requiere de relativamente pocos permisos para funcionar (Figura 2), de entre los cuales cabe destacar tres permisos con peligro moderado para la privacidad del usuario:

¹⁰ PermissionDog application, available at URL: <https://market.android.com/details?id=com.PermissionDog>

- El acceso a la localización fina (proporcionada por el dispositivo GPS incorporado), usada para proporcionar a los usuarios información sobre su localización en el aeropuerto.
- La lectura de los contactos almacenados en el dispositivo móvil.
- La lectura de eventos de calendario guardados en el dispositivo móvil, incluyendo tanto los eventos propios como los de los amigos.

Por tanto, de acuerdo con PermissionDog, la aplicación Android de CheckMyTrip presenta un riesgo bajo o moderado de acceso a datos de carácter personal, con una puntuación de 3.7 puntos sobre 5.

4.2. Yelp

Yelp es una empresa dedicada a publicar opiniones y críticas de negocios locales hechas por los mismos usuarios del servicio. Cuando el usuario visita Yelp, puede buscar restaurantes, cines, dónde comprar, divertirse, etc., y recibir recomendaciones, comentarios y evaluaciones de negocios cercanos, basando la información proporcionada en la localización del usuario.

La aplicación Android de Yelp requiere de once permisos sobre el sistema y los datos del usuario (Figura 3). Por ejemplo, si evaluamos los permisos más sensibles, cabe destacar los siguientes:

- Acceso a la localización aproximada (basada en el uso de la localización a través de la red móvil) y a la localización exacta (usando el GPS).
- Acceso de escritura en la unidad de almacenamiento externa.
- Lectura de todos los contactos almacenados en el dispositivo móvil.

Por tanto, la aplicación presenta un nivel moderado de peligrosidad en la manipulación de datos privados, con una puntuación de 3.4 sobre 5, según la aplicación PermissionDog.

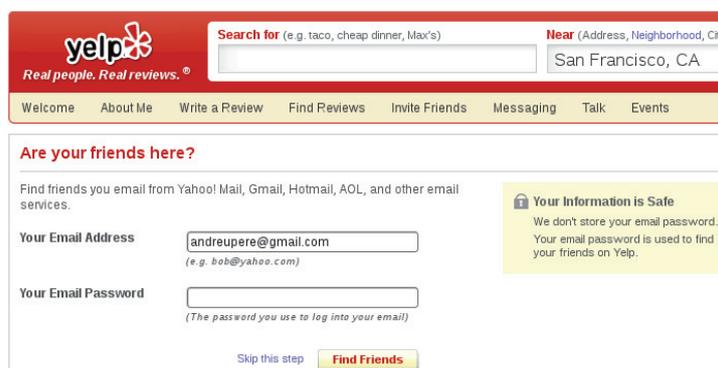
Figura 3. Lista de permisos requeridos por la aplicación Android de Yelp y redirección a Facebook desde la misma aplicación para la aceptación de los permisos de acceso al perfil del usuario en Facebook



Yelp, como tantos otros servicios en Internet, permite enlazar el perfil propio de Facebook con la cuenta en el servicio a través de la aplicación móvil. Yelp redirige al usuario a su perfil de Facebook, a través del cual se presenta la lista de permisos solicitados por el servicio para acceder a las funcionalidades y datos almacenados en Facebook. Entonces, el usuario tiene que aceptarlos todos si quiere terminar con el proceso de unión de perfiles. Yelp pide el acceso a la información básica del perfil (nombre completo, foto, sexo, redes, lista de amigos y otra información publicada por el usuario); a la capacidad de enviar correos electrónicos al usuario; la opción publicar en su nombre (enviar mensajes, notas, fotos y vídeos como si fuera el usuario); el acceso a todos estos datos en cualquier instante (incluso si el usuario no está usando Yelp); y el acceso a los lugares que ha publicado en Facebook (dónde el usuario y sus amigos han estado y Yelp puede publicar dónde está el usuario en su nombre).

A parte de la aplicación Android, Yelp permite a los usuarios encontrar a los amigos que ya están registrados en el servicio. Hace unos años, esta funcionalidad requería que los usuarios proporcionasen al servicio su dirección de correo electrónico (como por ejemplo Gmail, Yahoo, Hotmail y otros) juntamente con la correspondiente contraseña, para descargar la lista de contactos almacenados (Figura 4). Por tanto, Yelp pedía información privada con la única promesa que no guardaría la contraseña proporcionada por el usuario. Desde el punto de vista legal, en este caso el usuario tenía que proporcionar información privada a terceras partes.

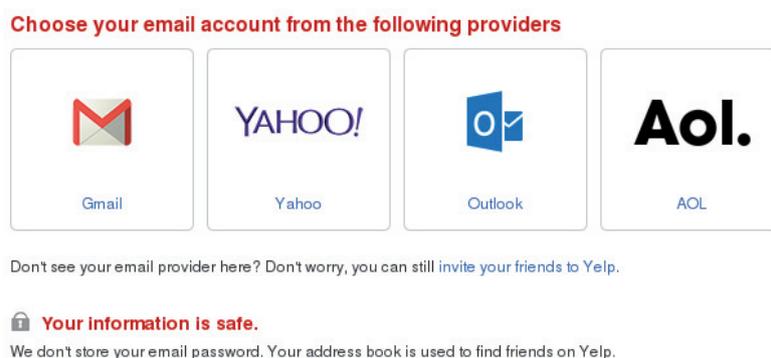
Figura 4. En el pasado, Yelp pedía la contraseña del correo electrónico del usuario para acceder a sus contactos



The screenshot shows the Yelp website interface for finding friends. At the top, there is a search bar with the text "Search for (e.g. taco, cheap dinner, Max's)" and a "Near" dropdown menu set to "San Francisco, CA". Below the search bar is a navigation menu with links: "Welcome", "About Me", "Write a Review", "Find Reviews", "Invite Friends", "Messaging", "Talk", and "Events". The main content area is titled "Are your friends here?" and contains the following text: "Find friends you email from Yahoo! Mail, Gmail, Hotmail, AOL, and other email services." Below this text are two input fields: "Your Email Address" with the value "andreupere@gmail.com" and a note "(e.g. bob@yahoo.com)", and "Your Email Password" with a note "(The password you use to log into your email)". To the right of these fields is a yellow box with a lock icon and the text "Your Information is Safe" followed by "We don't store your email password. Your email password is used to find your friends on Yelp." At the bottom of the form are two buttons: "Skip this step" and "Find Friends".

Actualmente, Yelp ha mejorado la privacidad de este proceso, de modo que el servicio ya no pide la contraseña de la cuenta de correo electrónico del usuario, sino que redirige al proveedor de correo correspondiente (Figura 5). Es éste proveedor quién proporciona los datos a Yelp, después de presentar al usuario una pantalla de aceptación dónde le informa que Yelp ha solicitado permiso para acceder a su cuenta y con qué propósitos lo va a hacer.

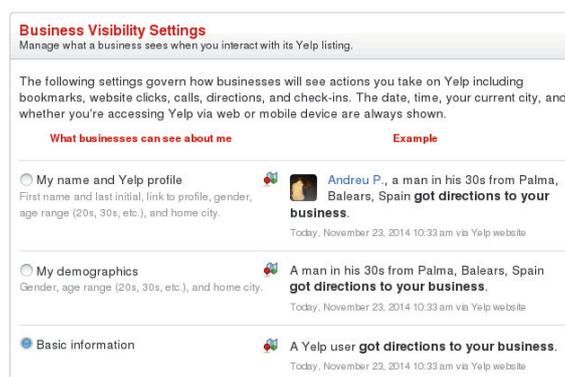
Figura 5. Actualmente, este proceso de búsqueda de contactos ha mejorado y la privacidad de los usuarios se ve más protegida



A parte del aumento de la privacidad que acabamos de comentar, Yelp también ha mejorado la personalización de los datos del usuario que se muestran públicamente en el perfil del servicio. Así pues, actualmente el servicio da la posibilidad al usuario de elegir entre tres niveles de divulgación de datos (Figura 6):

- En la primera opción, la información publicada es el perfil completo.
- En la segunda opción, ya no aparece el nombre del usuario ni la fotografía de perfil, por tanto, la información pública se ha transformado en parcialmente anónima.
- En la última opción, el perfil solo muestra información básica sin datos personales concretos que puedan ser usados para la identificación del usuario.

Figura 6. Opciones de privacidad en Yelp acerca de cómo presentar el perfil público del usuario



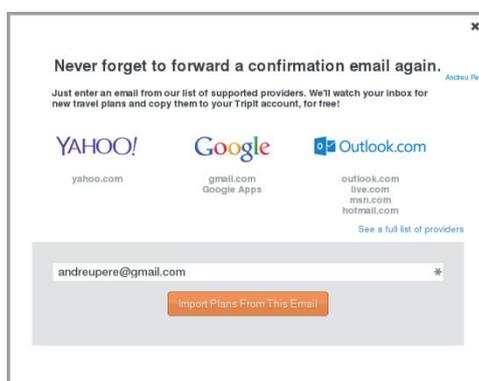
4.3. TripIt

TripIt es un servicio que automáticamente captura todos los detalles de los viajes a partir de los correos electrónicos de confirmación que remiten las compañías al usuario y crea el itinerario detallado de cuándo y a dónde viaja el usuario.

TripIt proporciona dos métodos de importación de correos de confirmación. La primera opción es manual, en la que el usuario reenvía el correo de confirmación a una dirección de

correo electrónico de TripIt. Entonces, a su recepción, el servicio crea automáticamente el itinerario y lo añade al perfil del usuario. La segunda opción disponible para importar los itinerarios no requiere de ningún tipo de intervención por parte del usuario. TripIt analiza todos los correos contenidos en una cuenta de correo electrónico del usuario (por ejemplo, de Gmail) buscando correos que contengan datos de confirmaciones de viajes y reservas. Para conseguir acceder a la cuenta de correo electrónico, TripIt pide a los usuarios permiso para importar planes de viaje desde su cuenta, así como acceder a la lista de contactos almacenada en cada proveedor (Figura 6). Por tanto, está claro que para importar datos, TripIt debe leer todo el correo del usuario para determinar cuáles se corresponden con planes de viajes, pudiendo esta funcionalidad ocasionar un grave problema de privacidad para el usuario.

Figura 7. Pantalla en TripIt requiriendo el acceso a los correos del usuario en Gmail



TripIt también permite enlazar cuentas de usuario con el correspondiente perfil de Facebook de forma similar al procedimiento explicado anteriormente en el caso de Yelp (Figura 8). Si el usuario decide aceptar todos los permisos requeridos, entonces TripIt puede empezar a extraer información de Facebook o leer los contactos, e incluso notificarles sobre nuestros planes de viaje. Los permisos solicitados para acceder a la información del perfil de Facebook son los siguientes: enviar correos electrónicos directamente desde su correo electrónico; enviar mensajes de estado, fotos y vídeos al perfil de Facebook como si fuera el usuario y sin su intervención; acceso a sus datos en cualquier momento aunque el usuario no utilice la aplicación; y acceso a la información de su perfil, como eventos y lugar de residencia.

Figura 8. Permisos requeridos por TripIt en Facebook y permisos otorgados a la aplicación Android



Finalmente, en los términos y condiciones, TripIt indica que todos los datos recopilados sobre planes de viaje pueden ser usados para propósitos comerciales, como pueden ser recomendaciones y anuncios relacionados con el viaje. Por tanto, esto significa que TripIt puede enviar algunos datos a terceras partes, como anunciantes, al tiempo que el servicio puede conseguir interesantes ingresos a cambio de estos datos.

En relación a los permisos requeridos por la aplicación Android, se puede observar que de las tres aplicaciones y servicios analizados, TripIt es la aplicación que presenta un riesgo más alto, con una puntuación de 4.9 sobre 5 según el análisis de PermissionDog (Figura 8). En total, requiere la aceptación de hasta 25 permisos, de los cuáles un buen número pueden ser considerados peligrosos:

- Acceso a la localización aproximada y completa del usuario.
- Acceso de lectura y escritura a la agenda propia y de los contactos.
- Acceso de lectura y escritura a la lista de contactos.
- Capacidad de realizar llamadas telefónicas sin la intervención del usuario.
- Acceso de lectura y escritura a todos los dispositivos de almacenamiento.

Todo lo comentado plantea una serie de cuestiones importantes desde el punto de vista legal. El uso de los datos personales, tales como datos de localización o datos contenidos en correos electrónicos y en el mismo dispositivo, requieren el cumplimiento de la Ley de Protección de Datos: consentimiento del usuario, información previa sobre el uso de los datos, etc. En este caso, TripIt puede acceder al contenido de los correos electrónicos del usuario, así como a su lista de contactos, hecho que puede afectar seriamente a la privacidad del usuario. Por otro lado, en el caso del envío de datos a terceras partes, el objetivo de tal envío debe de estar directamente relacionado con el consentimiento dado por el usuario y atendiendo a las finalidades del mismo. De otro modo, no puede obtenerse el consentimiento del usuario solo aceptando los términos general y las condiciones del servicio electrónico de comunicaciones ofrecido.

A raíz del análisis presentado, se puede comprobar como hay aplicaciones que requieren la aceptación por parte del usuario de unos permisos que a veces no tienen relación con el servicio que se va a prestar. Este hecho puede deberse a diferentes motivos: a la programa-

ción de la misma aplicación (interesada o no) o al encadenamiento de permisos que fuerza el sistema operativo, ya que existen permisos que requieren implícitamente el cumplimiento de otros. En relación a los permisos requeridos por una aplicación, cabe reclamar la necesidad de permitir al usuario de una aplicación la capacidad de elegir qué permisos quiere otorgar y qué otros no. Así pues, el usuario tiene que aceptar todos los permisos si quiere usar una aplicación, y no tiene la posibilidad de elegir una aceptación parcial de los permisos. Por tanto, sería muy interesante llegar a la situación en la que la negación a un permiso únicamente impidiera la ejecución de una función específica que requiere de ese permiso en particular.

5. DATOS DE LOCALIZACIÓN: PUNTOS CLAVE PARA LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD DEL USUARIO

De la normativa aplicable a los datos de localización así como los informes del Grupo de Trabajo del artículo 29¹¹ se puede extraer que:

- Es necesario obtener el consentimiento del usuario para el uso de datos de localización para ofrecer servicios de valor añadido. Este consentimiento tiene que ser previamente informado y específico para los usos o finalidades para los que se van a utilizar los datos de localización.
- Los proveedores de servicios de valor añadido deben adoptar las medidas necesarias para obtener el consentimiento de los usuarios en los términos establecidos en las normas; evitándose usos fraudulentos.
- Tal como se ha establecido en el documento del Grupo de trabajo del artículo 29: *Opinion 13/2011 on geolocation services on Smart mobile devices*, el consentimiento para el uso de datos de geolocalización no puede obtenerse a través de la aceptación de un clausulado de condiciones generales.
- Los documentos del Grupo de Trabajo del artículo 29 se decantan por el sistema *opt in* para obtener el consentimiento del usuario para utilizar los datos de geolocalización. Por otra parte es el que ya se impuso para el envío de comunicaciones comerciales.

6. CONCLUSIONES

Los servicios basados en localización serán cruciales en el desarrollo de aplicaciones turísticas. Esta tecnología es capaz de añadir información valiosa relacionada con el entorno en el que los usuarios están situados. Sin embargo, el servicio puede vulnerar la privacidad de los usuarios. Es necesario, por tanto, que las nuevas aplicaciones tengan en consideración el marco legal aplicable a los servicios basados en localización. En este artículo hemos analizado la forma que tienen algunas aplicaciones de manejar los datos de localización. A

¹¹ Vid. S. CAVANILLAS MÚGICA, “Nuevas formas de promoción y contratación de servicios turísticos en Internet”, A. PANIZA FULLANA (Coordinación), *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad*, Granada, 2013, página 20.

partir de aquí, identificamos la necesidad de desarrollar aplicaciones que proporcionen la información de una forma satisfactoria al usuario en base a los datos de localización que van a ser tratados, almacenados y usados, así como las finalidades y los usos concretos de estos datos. En caso contrario, los servicios turísticos basados en localización podrían no cumplir con lo establecido en el marco normativo existente.

A FRAMEWORK TO ANALYZE ENVIRONMENTAL CONDITIONS AFFECTING CORPORATE ENTREPRENEURSHIP

JOKIN CEARRA MENDIALDUA

*Profesor de dirección financiera y creación de empresas (EUCCB)
Licenciado en empresariales (UPV/EHU) y MBA (IESE)*

MARÍA SAIZ SANTOS

*Profesora de emprendimiento y creación de empresas (UPV/EHU)
Doctora en CC Económicas y Empresariales (UPV/EHU)
Investigadora del proyecto internacional GEM (Global Entrepreneurship Monitor)*

Fecha de recepción: 9 de diciembre 2014

Fecha de aceptación: 19 de diciembre de 2014

RESUMEN: Proponemos un marco conceptual para analizar como afecta el entorno al intraemprendimiento o emprendimiento corporativo, nos basamos para ello en la Teoría Económica Institucional bajo el enfoque de Douglass North. La interacción entre la estructura institucional (las reglas del juego) y las empresas (los jugadores) es muy importante para el desarrollo económico a largo plazo de los países. Las instituciones crean incentivos y oportunidades que determinan el tipo de conocimiento y habilidades en los que tenderán a invertir las empresas para tener éxito. Y las empresas, a su vez, alteran la estructura institucional y provocan el cambio al tratar de alcanzar sus objetivos. El modelo conceptual del proyecto Global Entrepreneurship Monitor refleja la influencia del fenómeno del intraemprendimiento en aquellas regiones en las que recoge datos, por lo que será una fuente de información muy importante en futuras investigaciones sobre este asunto. Proporcionamos un somero análisis de los datos de 2013 y las cuestiones y futuras líneas de investigación que surgen del mismo.

ABSTRACT: In this paper we propose a conceptual framework based on Douglass North's approach to Economic Institutional Theory to analyze how intrapreneurship or corporate entrepreneurship is affected by environment. The interaction between institutional structure (the rules of the game) and companies (the players) is very important for long-term economic development of countries. Institutions create incentives and opportunities determining what kind of knowledge and skills must companies tend to invest in to be successful. And companies, in the pursuit of their objectives, alter the institutional structure and provoke change. The conceptual model of Global Entrepreneurship Monitor project reflects the influence of the phenomenon of intrapreneurship in those regions where it collects data, so it will be a very important source of information for future research on this issue. We provide a brief analysis of data of 2013 and questions and future lines of research that arise from it.

JEL: L26 - Entrepreneurship; M13 - New Firms; Startups; O17 Formal and Informal Sectors; Shadow Economy; Institutional Arrangements

PALABRAS CLAVE: Intraemprendimiento, emprendimiento corporativo, entorno, Teoría Institucional.

KEYWORDS: Intrapreneurship, corporate entrepreneurship, environment, Institutional Theory.

SUMMARY: *1. Introduction.- 2. Intrapreneurship and environmental conditions.- 3. Global entrepreneurship monitor.- 4. Conclusions.- 5. Limitations and future lines of research.- 6. References.*

1. INTRODUCTION

The aim of the study is to deepen in the understanding of the environmental factors affecting intrapreneurship or corporate entrepreneurship, what it can be understood as entrepreneurship in an existing organization.

The environment conditions in a global market make that settled organizations adopt entrepreneur strategies as a way to success (McGrath and MacMillan, 2000); (Morris, Kuratko and Covin, 2008).

It has been verified (Schwab et al., 2010) that countries and regions go through different phases in their development. In the beginning, there are economies based in the traditional production factors, in which the extraction processes of raw materials are the main source of exports and wealth generation. In a next stage, there are economies based on the efficiency of the production factors, because the intensiveness of production is the main element of exports and wealth generation, and it is based, for example, in acquiring economies of scale. And in the most developed stage, there are economies driven by innovation, in which the main factor to generate wealth and exports is the production of new products and services, created by big innovations and that many times are pioneers in the market.

As the country goes through these different stages of development, and the factors that hold its economy change, it is verified how the environment factors that boost the entrepreneur activity also change.

So, in the first stage, the main requirements are the basic conditions such as health care. In the second one, the objective is to push the activity of those entrepreneurs driven because they detect an opportunity more than those others which are driven because they need an income source, so the objective is to promote the efficiency in the production factors. And in the last one, as the developed economies already have the basic requirements and the efficiency ones, what they try to push is the innovative character and the orientation to growth of the new projects.

As we will see, the Economic Institutional Theory, with the approach proposed by Douglass North (1990), gives a theoretical framework to analyse how environmental factors affect intrapreneurship. Its approach allows to understand the different kinds of human interaction in the general frame of established rules of the game (property rights, commercial law, incorporation procedures, cultural beliefs, ideas, attitudes, etc.) that influence favourably or unfavourably in economic development, and as a result of it, in business creation (North, 1990).

We also review the state of the art of research on intrapreneurship, and we extract some information from Global Entrepreneurship Monitor survey, which will serve as data source for the empirical contrast.

In this sense, it is important to note that this is the first of what it is expected to be a deeper and more extensive research.

This issue is relevant both at theoretical and practical level. In fact, it is relevant under three points of view, different between them but complementary: academic, business and policy.

- a) From the academic point of view: although it has been studied the effect of institutional environmental factors (formal and informal) on entrepreneurship, the analysis whether there are differences when it comes to business arising from already existing businesses it is not enough.
- b) From the business point of view: the study can serve as guidance to companies in the intrapreneurial process, which may have beneficial effects on the growth of the company and its profitability, measured both in absolute and relative terms.
- c) From the point of view of economic policy: the study can be used to adjust the supply of supportive measures to the needs of companies. Increasingly, economic growth, new jobs generation and business innovation concern society and various governments and public administrations. And the creation of new firms affects simultaneously in the solution of the three mentioned problems.

2. INTRAPRENEURSHIP AND ENVIRONMENTAL CONDITIONS

As we said above, the aim of the work is to study how the environmental factors affect intrapreneurship, for what we will use the conceptual framework of Economic Institutional Theory as explained below.

In this way, authors as Urbano, DíazCasero y Hernández Mogollón (2007) proposed to use the principles of Institutional Theory to analyse the impact of environmental factors over the entrepreneurship phenomenon.

Tolbert et al. (2011) note that to date there have been few published analysis of entrepreneurship using the Institutional Theory focus. One reason may be the different background of the academics of each discipline, as there are mainly sociologists in one side and business school economists in the other. In the last two decades there have been one or two articles using this focus in the main magazines of entrepreneurship, although in 2008 there was a rise to eight papers.

Historically, the Resource Based Vision (Barney, 1991) had been one of the main theories to analyse entrepreneurship as the access to resources is crucial to start a business (Bhide, 2000).

But, although the resources are important, it is increasingly clear that issues as culture, legal environment, tradition, economic incentives and others can affect to a sector, and therefore, to entrepreneurial success (Baumol, Litan and Schramm, 2009). Institutional Theory facilitates the approach to identify and address these issues because these authors state that the entrepreneurial level of a society is directly related with the society regulations and the policies controlling the incentives fixing.

2.1. Institutional theory: Douglass north's approach

North develops a complete theory about institutional change to understand the different performances of economies over the time, giving significant importance to the culture and history of different countries and regions.

The Institutional Economic Theory is adequate to analyse how environmental factors affect the creation of companies (Veciana, 1999) since goes further than pure

economic matters to study how political and socio-cultural factors affect the behaviour of individuals (Urbano, 2006).

We will use the conceptual framework proposed by Douglass North in his work *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (1990). North bases himself on the neoclassical theory and assumes the scarcity hypothesis and analysis tools of classical microeconomic theory, but he refuses and modifies the instrumental rationality hypothesis considering that the information is incomplete and that a subjective model of reality exists. He adds that institutions do not fit the assumption of instrumental rationality and takes into account the temporal dimension which is ignored by the neoclassical analysis.

North says that institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the standards developed by society to govern relations between people. And in his book, he analyses institutions, changes occurring to them and their effects on economic performance over time.

This involves using the concept “institution” very broadly, as institutions would be restrictive standards and rules that govern society, conditioning the framework of relations that occur to them. And institutions affect economic performance since the actions of the various actors in society are conditioned by the existing institutional framework by the structure of incentives and opportunities.

The process of cumulative learning in human beings develops over time and is transmitted from generation to generation by their cultural beliefs and, in this manner the institutions are developed. Therefore, time is the dimension in which collective learning processes are shaping the institutional evolution through continuous elections (North, 1994).

North distinguishes between institutions, that as it said above, are the rules, regulations or public policies; and organizations, that would be the players, groups of individuals with common goals and interests. And in the end, the interactions between players and the rules can shape or change institutions. Interactions are basically elections. The players are making choices based on the cost of their actions and the benefit they expect to achieve, but these choices are often based on subjective perceptions, as they are often based on imperfect information. So sometimes their decisions and the changes they cause are not optimum for improving the welfare of organizations.

North, also distinguishes between formal (rules, laws, policies and agencies) and informal (culture, beliefs, values, ideas, habits and attitudes of society) factors.

Formal factors refer to a set of formal written rules, while informal ones refer to unwritten codes of behaviour. And both of them compound an institutional matrix that shapes the relationships of all kinds produced in the society.

Therefore, restrictions imposed by the institutional framework determine the opportunities for the birth of the organizations, as well as the type of organization that is created.

For North, organizations tend to achieve their goals (win elections in the case of a political party or maximize profit in the case of a company) and reinforce themselves acquiring skills and knowledge to ensure their survival.

If the institutional framework encourages piracy, then pirate organizations that invest in skills and knowledge that make them the best pirates will arise, and if the rewards are better for businesses if they increase their productivity, then they will invest in skills and knowledge that will allow them to increase productivity (North, 1991).

This theory states that humans are limited in their cognitive and information processing skills and, although they may be goal-oriented and full of purpose, they use shortcuts and

mental models to make decisions as a result of their cognitive limits and, therefore, according to North (1990), decision-makers are influenced by formal incentives and governance systems.

In this way, means that modern societies are complex, and that the decisions of the individuals composing them are not made under conditions of perfect information, but under uncertainty, and therefore the institutional framework conditions such decisions.

North presents a cognitive scientific approach to human learning, to explain how the mind processes information. The mind seems to arrange and rearrange the mental models we construct to explain and interpret the surrounding environment, making them evolve into more abstract models to be used to process other information, going from the particular to the general. This capability is the source of creative thinking, ideologies and belief systems that underlie the decisions taken by humans.

The common cultural heritage, result of cultural learning of societies, reduces the diversity of mental models of subjects that compound the society, and serves as a mean to transmit across generations these unifying perceptions through a belief structure that is a fundamental part of society. Beliefs are transformed into social and economic structures through the institutions, both corresponding to the formal rules and the informal ones.

This way, institutions are impositions devised by human beings that structure and limit their interactions (North, 1994). Institutions reduce uncertainty because they establish a structure in which perform human interaction in daily life, determining and constraining the set of actions of individuals.

Those institutions create expectations that determine appropriate actions for organizations (Meyer and Rowan, 1991), and also create the logic by which the laws, rules and preconceived behaviors seem natural (Zucker, 1977). Institutions determine what is appropriate from an objective point of view and, therefore, also what is not acceptable or not even worth to consider (DiMaggio and Powell, 1991).

Scott (2007) summarizes in his formulations three pillars or categories of institutional forces:

- The regulatory pillar, containing government legislation and industry standards and agreements, marking lines of action and provides a way forward for new business organizations.
- The legal foundation, representing models of individual and collective behaviour, based on that institutions, by mean of values and norms, define what is expected or appropriate in various social and business situations.
- The cognitive pillar, representing individual behaviour models that are based on rules and subjective meanings that are created, and limit the appropriate beliefs and actions.

The third pillar increasingly affects the social consideration at entrepreneurs and how to in still societal values (Bosma, Stam and Wennekers, 2010).

All social systems and, therefore, all organizations exist in a social environment that defines and limits their social reality. Thus, the environment generates limitations, restrictions and inflexibilities to actions taken by organizations. In this context, Institutional Theory is useful to explain how institutions affect entrepreneurial decisions (Tolbert, David and Sine, 2011), because if it allows to study organizations, it allows also to understand entrepreneurial processes.

2.2. Intrapreneurship

Intrapreneurship, known as well as corporate entrepreneurship or corporate venturing (Burgelman, 1983; Mac Millan, Block and Subbanarasimha, 1986), is the practice of developing a new business within an existing organization to exploit a new opportunity and create economic value (Pinchot, 1985).

Or as it is defined by Bieto (2008), “intrapreneurship is the set of strategies and practices that the company conducts to promote, cultivate and manage the entrepreneurial skills of the organization, and create the framework conditions to make viable the development of new ideas and business projects or the renewal of the key ideas over which the company had been created”.

There is evidence of how intrapreneurship helps managers to renew and revitalize their businesses to innovate and improve the performance of the company as a whole (Kuratko, Montagno and Hornsby, 1990; Antoncic and Hisrich, 2001; Ireland, Covin and Kuratko, 2009). Intrapreneurship is important for organizational survival, growth and profitability (Zahra, 1995), especially in large organizations. Moreover, Antoncic and Hisrich (2001) show how intrapreneurship is an important predictor of business performance both in absolute terms of growth (number of employees and total sales) and in relative ones (market share compared with competitors).

It is relevant, therefore, to investigate how environmental factors affect the creation of new businesses within existing organizations.

Intrapreneurship can take different forms, Sharma and Chrisman (1999) distinguish between:

- **External intrapreneurship:** refers to corporate entrepreneurship activities that result in the creation of autonomous or semiautonomous organizational entities that exist outside the existing organizational domain. Some examples are joint ventures, spin offs and venture capital initiatives.
- **Internal intrapreneurship:** refers to corporate entrepreneurship activities that result in the creation of organizational entities that exist inside the existing organizational domain, although they are treated as new businesses. For this particular case, these authors propose the four dimensions that should be considered when analyzing concrete examples: a) structural autonomy, b) relationship with existing businesses, c) degree of innovation and d) type of sponsorship.

But these authors consider that there are other activities to be included within corporate entrepreneurship such as:

- **Strategic renewal;** involving changes in the strategy or in the structure of the existing organization, which would be both the instigator and the recipient of the change.
- **Innovation:** any introduction of a new release to market with potential to transform the competitive environment and organization. Normally, it occurs with intrapreneurship or strategic renewal. Then, innovation, in broad sense, is a common underlying theme in all forms of intrapreneurship. Covin and Miles (1999) suggest that the use of innovation, either as a mean to redefine or rejuvenate the organization, its position in the market and sectors, or the competitive environment in which the company operates, seems to be a key element of intrapreneurship.

These definitions are very broad and there may be concrete events that fit in more than one of them.

The emergence of these new activities may depend on many factors that can promote them, or barriers that may slow them.

Intrapreneurship literature has identified two main groups regarding to its background: one based on the external environment of the company, and another, on organizational characteristics.

With regard to environmental factors, some are seen as favourable to intrapreneurship (dynamism, technological opportunities, industry growth and demand for new products), while others are seen as hostile (unfavourable change and competitive rivalry).

In more detail, it is considered that:

- Dynamism, meaning the continuous change in the sectors in which a company operates, is favourable for corporate entrepreneurship because it tends to create opportunities in the markets in which it operates (Zahra, 1991). Dynamic or high-tech environments tend to take the company toward intrapreneurship (Guth and Ginsberg, 1990).
- Perceived growth may stimulate intrapreneurship, especially when a sector is perceived as declining as this is a major boost for the company to renew its activities (Zahra, 1995), and when there are sectors perceived as growing that offer opportunities for entrepreneurship.
- Demand for new products also boosts intrapreneurship, as a form of response to this demand (Zahra, 1993).
- Hostility of the environment may also foster intrapreneurial activities, to the extent that it creates threats to the organization that stimulate corporate entrepreneurship (Zahra, 1991) and the adoption of an entrepreneurial approach (Covin and Slevin, 1989; 1991). For example, two hostile environmental conditions could be, to perceive it as unfavourable to the goal and objectives of the company, and that there is competitive rivalry, so the intensity of competition is high (Zahra, 1993).

With regard to organizational or internal factors that stimulate or inhibit intrapreneurship, previous investigations have identified the following organizational characteristics: openness in communication, control mechanisms, the intensity of environmental scanning, management support and company values.

Developing them more:

- Openness in communication (the quantity and quality of communication) is expected to be positively related, as it may be essential for success, especially to begin implementing intrapreneurship (Zahra, 1991) and, also, open communication, understood as sharing information and training is a critical element for innovation (Pinchot, 1985).
- Formal controls to monitorize intrapreneurship can be positive stimuli. While excessive use of formal methods of control can restrain it (MacMillan et al., 1986; Zahra, 1991), control and evaluation are important for intrapreneurship (Kuratko et al., 1993).
- Environmental scanning is important, as Khandwalla (1977) suggested, because it allows awareness of industry trends and changes, and opportunities and threats of

environment, which is necessary for intrapreneurial activities such as innovation and the commitment to new business (Zahra,1991) and, to that end, to collect feedback from both customers and employees is essential(Wei, Choi and Yeow, 2006).

- Support of the organization is considered an important antecedent of intrapreneurship (Antoncic and Hisrich,2001; 2004). Based on previous research, key content and features that can framed within this section are: management commitment (Merrifield, 1993), support of top management, style and how to allocate resources and reward initiatives (MacMillan, 1986), training and trusting individuals within the organization to identify opportunities (Stevenson and Jarillo, 1990), allowing organizing work, rewards, time availability, support of management (Hornsby et al., 1990).
- Organizational values are considered to be an important part of culture in an innovative organization where individuals are encouraged to continually generate new ideas, knowledge and solutions (Wong, 2005). Related drivers of intrapreneurship would be: characteristics, values, beliefs and vision of strategic leaders (Guth and Ginsberg, 1990), and the attitude within the company (Stevenson and Jarillo, 1990).

Furthermore, both antecedents of intrapreneurship (environmental and organizational), tend to be related (Antoncic and Hisrich, 2000). Environmental play an important role in the selection and adaptation of companies (population ecology theory, (Hannan and Freeman, 1977)), and tend to influence organizations to become more isomorphic (institutional theory, (Di Maggio and Powell, 1983)).

2.3. Application of institutional theory to intrapreneurship. Conceptual framework derived

Following the reasoning of Diaz, Urbano and Hernandez (2005) that raise the same question applied to entrepreneurship, it is interesting to apply the theoretical institutional framework proposed by Douglass North to analyse the environment and its effect on intrapreneurshipbecause it is very pertinent.

Further developing this statement, the highlights are, as seen before, that institutions are the rules of the game of a society, i.e., the restrictions designed and imposed by humans to facilitate the interaction between them, and, on the other hand, organizations are the players, which are engaged in various useful activities.

Businesses are an important part of the economic activity, and the institutional framework determines which companies are born and how they evolve. And, in turn, these companies will influence how the institutional framework evolves.

Companies and, in general, organizations are created with a specific purpose and as a result of existing opportunities. And the opportunities that exist in a society and, therefore, the type of companies created to take advantage of those opportunities are determined by the institutions, trough formal and informal constraints, together with the structure of ownership of the community.

Organizations or businesses will acquire, based on their objectives, skills and knowledge to strengthen their chances of survival.

The incentives of the institutional matrix determine the type of knowledge and attitudes that will be required by companies and organizations, and in which they will be willing to invest.

There, the institutional framework guides how the knowledge of a society evolves through its system of incentives, and this plays a role in how people interpret the world around them.

So, the institutional framework shapes the direction of knowledge acquisition, and this direction will be the decisive factor in the long-term development of that society (North, 1993).

In the same way, in the business world, the approach companies take in the long term in the direction of their knowledge can be a decisive long term development factor because knowledge represents a competitive advantage for them.

Companies or organizations, in the pursuit of their objectives, alter the institutional structure and provoke change. And this institutional change, along with technological change, is the basis of social and economic development.

The long-term economic change is the cumulative result of many short-term decisions of (economic and politic) entrepreneurs that directly or indirectly shape the economic performance at a given society. And these decisions reflect their subjective mental models.

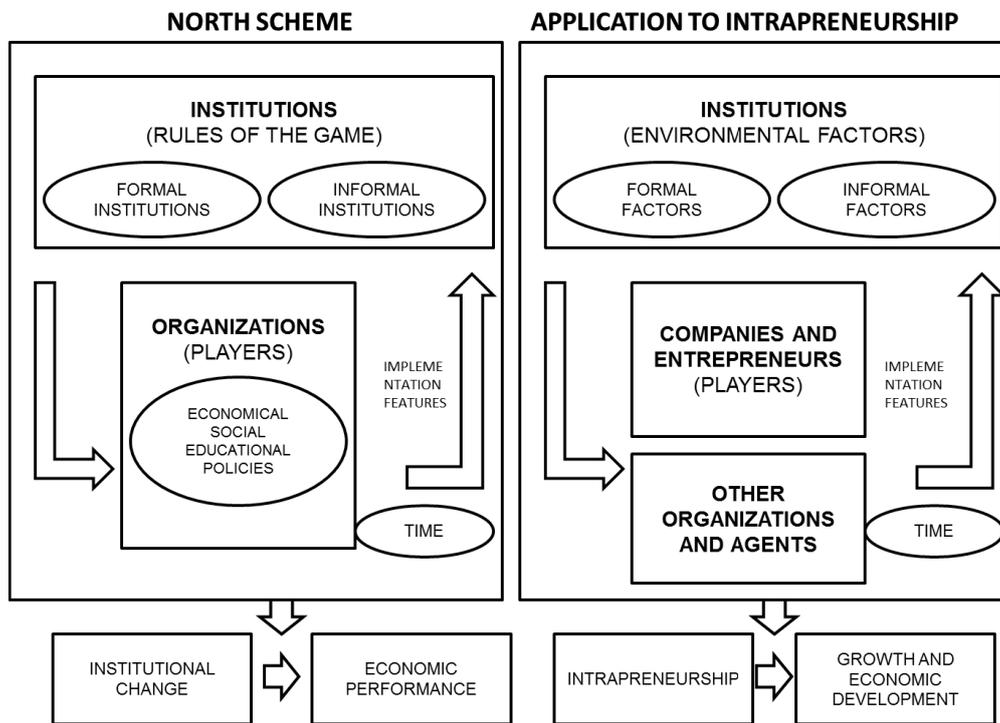
Therefore, if the agent of change is the entrepreneur, sources of change are determined by the incentives and opportunities created by the institutional structure, which determine the skills and knowledge that employers invest in. And institutional change occurs as a result of the demands of employers as they assess the gains from renegotiating their contracts or change institutional framework, being their perceptions the origins of actions for this change.

So, it can be considered that the role of institutions and organizations, companies and entrepreneurs, as catalysts is very important for long-term economic development.

For all these reasons, the economic institutional theory, from the perspective of Douglass North, is a valid reference framework to study environmental factors affecting intrapreneurship.

In the figure below is displayed a representation of the application of North's conceptual framework to the investigation of entrepreneurship and, within it, as we have explained, to the creation of companies that emerge from existing companies, that is, to intrapreneurship.

Figure 1: Conceptual model to study the effect of environmental factors on intrapreneurship



Source: Urbano et al. (2007)

Specifically, the formal factors taken into account will be: the economic and social policy, measures and support organizations, the law on business development and its characteristics.

And making reference to informal factors, culture understood in the broad sense.

3. GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR (GEM) PROJECT

Global Entrepreneurship Monitor (GEM) is a world level investigation that analyzes entrepreneurial activity on a yearly basis.

The starting assumption of the GEM model is that business creation is crucial for regional growth, due to the innovation and competitiveness developed by new competitors.

For that reason, the GEM conceptual model considers the contribution to economy of all kinds of companies, big, medium and small (Reynolds, Bosma and Autio, 2005).

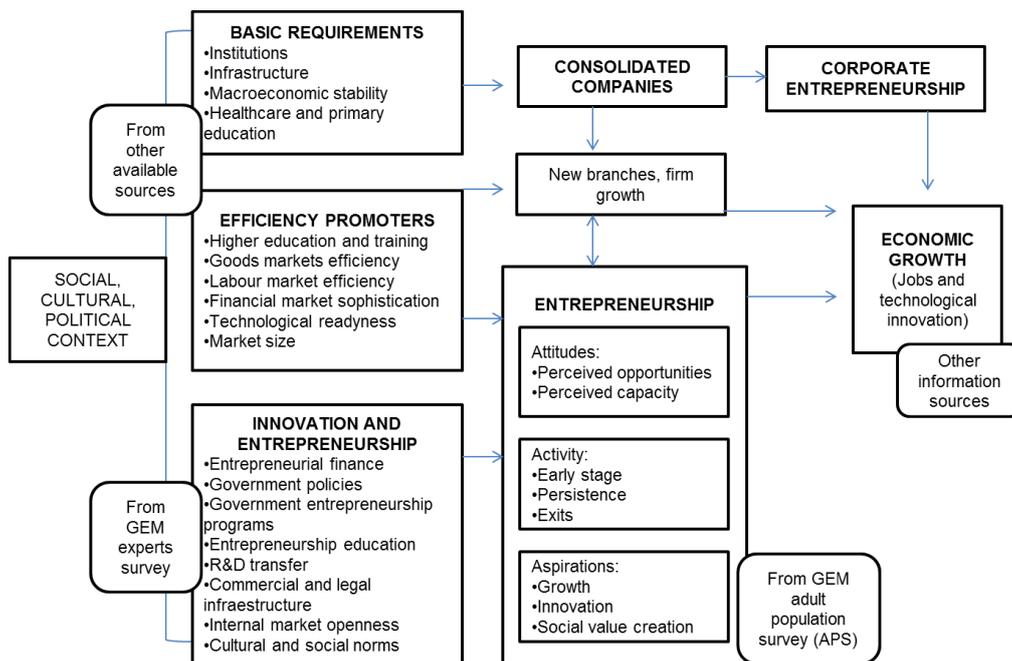
Progress in investigating the entrepreneurial phenomenon every year brings details to be incorporated into the scheme. Thus, having found that the development of entrepreneurial characteristics are related to the stage of development and competitiveness of countries, it was considered essential to capture this in the model by adding to it three subindexes of competitiveness -factor driven, efficiency driven and innovation driven. The degree of

development of countries, and the status of their environmental conditions to undertake, influences the values, perceptions, skills and entrepreneurial attitudes of the population.

After the measurement in 2011 of the rate of intrapreneurship or entrepreneurship by employees of companies and government agencies, it has been considered relevant to specify the existence of this contribution to the model, so that its contribution is reflected in its upper right side.

The conceptual model is shown in the next picture:

Figure2. GEM Project conceptual model



Source: GEM Global Report (Kelley, Bosma and Amoros, 2011)

According to the model, it is considered that economic growth comes from the interplay between established businesses (in the upper part of figure) and potential businesses (in the bottom).

3.1. Intrapreneurial environment

The table below shows the comparative assessment of environmental conditions in the opinion of the the 36 experts interviewed during the 2004- 2013 period in GEM National Expert Survey (NES) in Spain and Basque Country. Conditions are divided in 9 main areas, and 4 experts gave their opinion for each area by means of a questionnaire with 5-point Likert scale (being 1 = completely false and 5 = completely true). The ratings that exceed the average of three points can be considered favourable while those that do not exceed have to be considered as unfavourable.

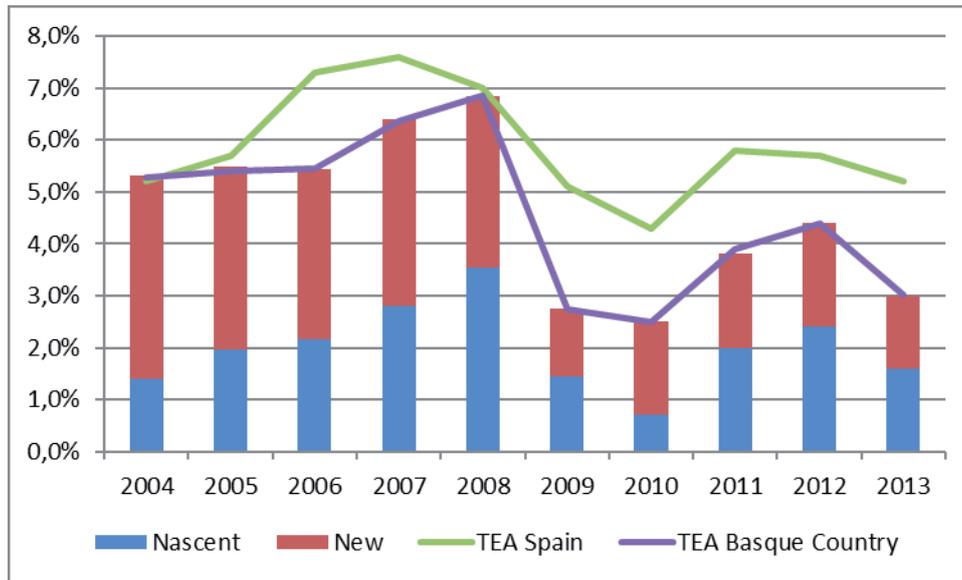
Table 1: Assessment of conditions to undertake in Spain and in the Basque Country during 2004-2013 period

Type	Environmental condition	BASQUE COUNTRY										SPAIN														
		2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Avera	ss	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Avera	ss	
FC	Physical infraestructure												4,00													3,67
FC	Government programs												3,27													2,96
IC	Assesment of innovation: consumer												3,37													3,52
IC	Assesment of innovation: business												3,30													2,82
FC	Support to women entrepreneurship												3,17													3,10
FC	Support to high growth potential												3,33													2,91
FC	Commerc. and profess. infraestructure												3,15													2,99
FC	Government policies: priority and support												2,88													2,62
FC	Government policies: bureaucracy												2,88													2,52
FC	Intellectual property valuation												2,88													2,75
IC	Social and cultural norms												2,67													2,51
FC	Education and training (post-school stage)												2,66													2,58
FC	Domestic market: barriers												2,60													2,57
FC	Transfer of R & D												2,60													2,40
FC	Funding for entrepreneurs												2,56													2,30
FC	Domestic market: dynamic												2,31													2,38
FC	Education and training (school stage)												1,80													1,74
	Average												2,89													2,73

Source: GEM Basque Country Report (Peña et al., 2014)

As we can see above in table 1, the Basque Country has better environmental conditions for entrepreneurship than Spain, but we can see in figure 3 that during the same period it has less nascent entrepreneurs than Spain, which means it has lower level of early stage entrepreneurial activity.

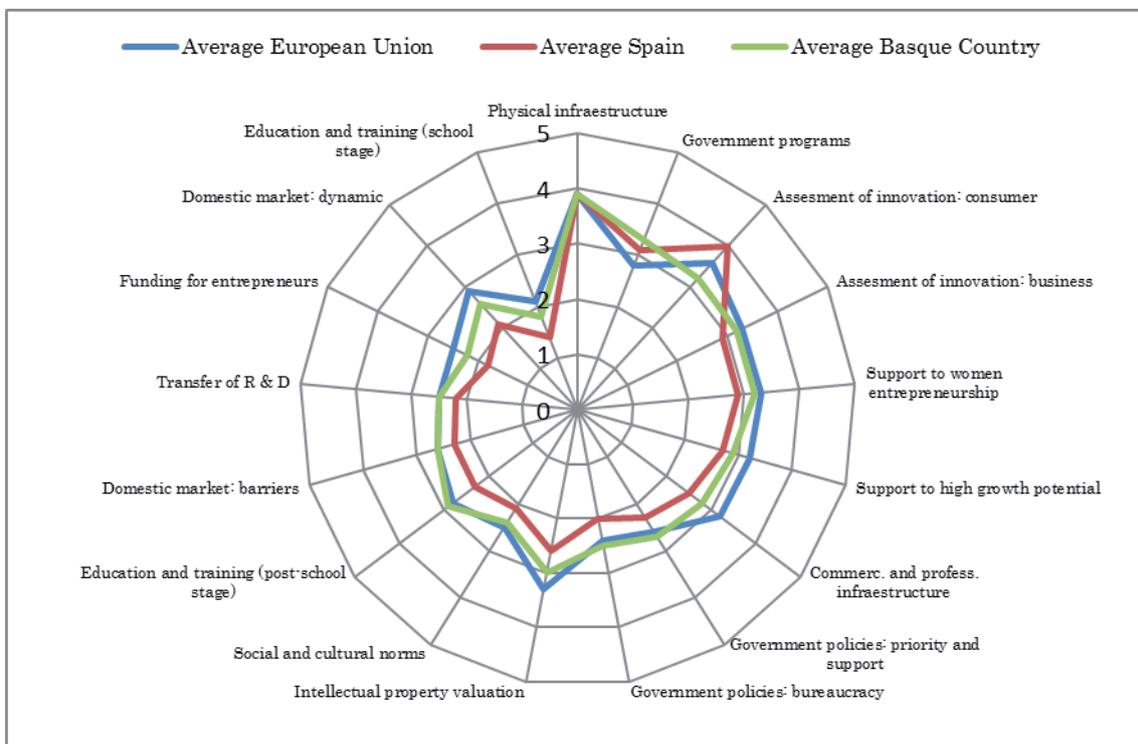
Figure 3: Entrepreneurs in starting phase (TEA: Total Entrepreneurial Activity).



Source: *GEM Basque Country Report (Peña et al., 2014).*

In the figure below we can see more graphically the differences in environmental conditions in the expert’s perception in the survey of year 2013 in three different geographical levels: regional, national and supranational.

Figure 4: Average rating of experts on environmental conditions to undertake in Basque Country, Spain and European Union, year 2013



Source: *Own figure based on data from GEM Basque Country Report (2013)*

We can see that nearly all environmental conditions in Spain are below the average rating of the European countries involved in the survey to experts, while the Basque Country is close to the average and in the case of the one referred to government programs, above it. And this is a continuous trend as is shown in table 1.

Market dynamics and financing for entrepreneurs stand out as the two worst conditions in both Spain and the Basque Country.

In general, at European level only nine environmental conditions have obtained favourable rating (at or above 3), while Spain only features such assessments in four conditions and the Basque Country in six.

4. CONCLUSIONS

This work is the first stage of what is expected to be further research on the effect of environmental factors on corporate entrepreneurship.

But at this point we can draw a number of conclusions which are listed below.

First, we can appreciate how different regions are affected by the environmental factor in a different way. We should note at this point that although North based his research at country level, there may be differences at regional level as we can see in figure 3.

As we mentioned in the previous section having better conditions does not mean necessarily to have higher entrepreneurial activity. A question that arises from this fact is what the quality of entrepreneurship in each area is. That is, if there are differences in the kind of companies created.

Second, from the analysis of NES Basque Country survey of 2013 report it is noted that, paradoxically, economic crisis is seen by experts as the greatest environmental “support” to entrepreneurial activity.

Third, on the other side, financial support is seen as the main barrier. The lack of capital for new investments may be a consequence of the crisis. So there are emerging new sources of funding, and analyzing data more thoroughly we see that entrepreneurs who already have an established company act as informal investors in other starting businesses.

Fourth, government policies are seen as barrier, opportunity and recommendation, what demonstrates its importance.

And fifth, experts recommend paying attention to aspects of intangible nature that allow reveal learning and evolution towards a more entrepreneurial economy.

In next stages of this research we will test if there are differences in results when referred to intrapreneurship or corporate entrepreneurship.

5. LIMITATIONS AND FUTURE LINES OF RESEARCH

Comparing several countries presents complications, that we should take into account, such as aspects of equivalence, not only to define the data and collect them, but also in the different periods of time considered (Wood, 2009).

In addition, in terms of methodology to better understand the phenomenon of intrapreneurship, it would be interesting to use versatile research approaches and on an ongoing basis to analyse longitudinally the intrapreneurial movement within the organization.

Especially, since it is unlikely that environmental factors affect instantly the intrapreneurial behaviour of the firm, nor intrapreneurship improves the results in the very short term (Zahra, Jennings and Kuratko, 1999). Intrapreneurship involves long-term by definition, which requires studies of longitudinal nature.

6. REFERENCES

- B. ANTONCIC and R. HISRIC, "Corporate entrepreneurship contingencies and organizational wealth creation", *The Journal of Management Development*, 23 (5-6), 2004, pp. 518-550.
- B. ANTONCIC and R. HISRIC, "Intrapreneurship modeling in transition economies: a comparison of Slovenia and the United States", *Journal of Developmental Entrepreneurship*, Vol. 5 No.1, 2002, pp. 21-40.
- B. ANTONCIC and R. HISRIC, "Intrapreneurship: Construct Refinement and Cross-cultural Validation", *Journal of Business Venturing*, 16, 2001, pp. 495-527.
- J. BARNEY, "Firm resources and sustained competitive advantage", *Journal of Management*, 17, 1991, pp. 99-120.
- W.J. BAUMOL, R.E. LITAN and C.J. SCHRAMM, *Good capitalism, bad capitalism, and the economics of growth and prosperity*, New haven, CT: Yale University Press, 2009.
- A. BHIDE, *The origin and evolution of new businesses*, New York: Oxford University Press, 2000.
- E. BIETO, *Aproximación al Corporate Entrepreneurship en España. Tipologías y relación con los resultados empresariales*, Barcelona: Tesis Doctoral, ESADE - Escuela Superior de Administración y Dirección de Empresas, Universitat Ramon Llull, 2008.
- N. BOSMA, E. Stam and S. Wennekers, *Intrapreneurship: an international study*, Scales, 2010.
- R. BURGELMAN, "Corporate Entrepreneurship and Strategic Management: Insights from a process study", *Management Science* 29(12), 1983, pp. 1349-1363.
- J.G. COVIN and M.P. MILES, "Corporate Entrepreneurship and the Pursuit of Competitive Advantage", *Entrepreneurship Theory and Practice*, Spring, 1999, 47-63.
- J.G. COVIN and D.P. SLEVIN, "Strategic management of small firms in hostile and benign environments", *Strategic Management Journal*, Vol. 10 No.1, 1989, pp. 75-87.
- J.G. COVIN and D.P. SLEVIN, "A conceptual model of entrepreneurship as firm behaviour", *Entrepreneurship Theory and Practice*, Vol. 16 No.1, 1991, pp. 7-24.
- P.J. DI MAGGIO and W.W. POWELL, "The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields", *American Sociological Review*, Vol. 48, 1983, pp. 147-60.
- J.C. DÍAZ, D. URBANO and R. HERNÁNDEZ, "Teoría Económica Institucional y Creación de Empresas" *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa* Vol. 11 N°3, 2005, pp. 209-230.
- P.J. DI MAGGIO and W.W. POWELL, Introduction, P. & DiMaggio, *The new institutionalism in organizational analysis* (págs. 1-38), Chicago: University of Chicago Press, 1991.

- W.D. GUTH, y A. GINSBERG, "Guest Editors' Introduction: Corporate Entrepreneurship", *Strategic Management Journal*, Vol, 11, Summer Special Issue, 1990, pp. 5-15.
- M.T. HANNAN and J. FREEMAN, "The population ecology of organizations", *American Journal of Sociology*, Vol. 82 No. 5, 1997, pp. 929-64.
- J.S. HORNSBY, D.W. NAFFZIGER, D.F. KURATKO and R.V. MONTAGNO, "Developing an intrapreneurial assesment instrument for an effective corporate entrepreneurial environment", *Strategic Management Journal*, Vol. 11, 1990, pp. 49-58.
- R.D. IRELAND, J.G. COVIN, and D.F. KURATKO, "Coceptualizing Corporate Entrepreneurship Strategy", *Entrepreneurship, Theory and Practice* 33(1), 2009, pp. 19-46.
- D.J. KELLEY, N. BOSMA and J.E. AMOROS, *Global Entrepreneurship Monitor (GEM) Executive Report*, Global Entrepreneurship Research Association, 2011.
- P. KHANDWALLA, *The Design of Organizations*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1977.
- D. KURATKO, J. HORNSBY, D. NAFFZIGER, R. MONTAGNO, "Implementing entrepreneurial thinking in established organizations", *Adv. Mananagement Journal* 58 (1), 1993, pp. 28-33.
- D. KURATKO, R. MONTAGNO and J. HORNSBY, "Developing an intrapreneurial assessment instrument for an effective corporate entrepreneurial environment", *Strategic Management Journal*, 11, 1990, pp. 49-95.
- I.C. MAC MILLAN, Z. BLOCK and P.N. SUBBANARASIMHA, "Corporate venturing: alternatives, obstacles encountered and experience effects", *Journal of Business Venturing* 1(2), 1986, pp. 177-192.
- I. MACMILLAN, "Progress in research on corporate venturing", D. S. SEXTON, *The Art and Science of Entrepreneurship* (págs. 241-63), Cambridge, MA: Ballinger Publishing Company, 1986.
- R.G. MCGRATH and I.C. MACMILLAN, *The entrepreneThe entrepreneurial mindset: Strategies for continuously creating opportunity in an age of uncertainty*, Boston: Harvard Business School Press, 2000.
- D. MERRIFIELD, "Intrapreneurial corporate renewal", *Journal of Business Venturing*, Vol.8 No.5, 1993, pp. 383-9.
- J.W. MEYER and B. ROWAN, "Institutionalized organizations: Formal structure as myth and ceremony", W. P. (Eds.), *The new institutionalism in organizational analysis* (págs. 41-62), Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- M.H. MORRIS, D.F. KURATKO and J.G. COVIN, *Corporate entrepreneurship and innovation*, Cincinnati: Thomson/ SouthWestern Publishers, 2008.
- D. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, New York: Cambridge University Press, 1990.
- D. NORTH, "Towards a Theory of Institutional Change", *Quaterly Review of Economics and Business Performance through Time*, Vol.31, No.4, Winter, 1991, pp. 3-11.

- D. NORTH, *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*, México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- D. NORTH, "Economic Performance Through Time", *The American Economic Review*, Vol. 84, No. 3, 1994, pp. 359-368.
- I. PEÑA, M. GUERRERO, J.L. GONZÁLEZ-PERNÍA, N. GONZÁLEZ, A. BLANCO, J. HOYOS, M. SAIZ, D. URBANO y E. ALRUMAITHI, *Global Entrepreneurship Monitor. Comunidad Autónoma del País Vasco. Informe Ejecutivo 2013*, Donostia- San Sebastián: Publicaciones Deusto - Instituto Vasco de Competitividad- Fundación Deusto, 2014.
- G.I. PINCHOT, *Intrapreneuring. Why you don't have to leave the corporation to become an entrepreneur*, New York: Harper&Row, 1985.
- P. REYNOLDS, N. BOSMA and E. AUTIO, *Global Entrepreneurship Monitor: Data Collection Design and Implementation 1998-2003*. in press: Small Business Economics, 2005.
- K. SCHWAB et al., *The global competitiveness report 2010-2011*, Geneva, Switzerland: World Economic Forum, 2010.
- W. SCOTT, *Institutions and organizations: Ideas and interests*, Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2007.
- P. SHARMA and J.J. CHRISMAN, "Toward a reconziliation of the definitional issues in the field of corporate entrepreneurship", *Entrepreneurship, Theory and Practice*, 23 (3), 1999, pp. 11-27.
- H.H. STEVENSON and J.C. JARILLO, "A paradigm of entrepreneurship: entrepreneurial management", *Strategic Management Journal*, Vol. 11, 1990, pp. 17-27.
- P.S. TOLBERT, R.J. DAVID and W.D. SINE, "Studying Choice and Change: The Intersection of Institutional Theory and Entrepreneurship Research", *Org. Sci.* 22(5), 2011, pp. 1332-344.
- D. URBANO, *La creación de empresas en Catalunya. Organismos de apoyo y actitudes hacia la creación de empresas*, Colección de estudios CIDEM, Generalitat de Catalunya, 2006.
- D. URBANO, J.C. DÍAZ and R. HERNÁNDEZ, "Evolución y principios de la teoría económica institucional. Una propuesta de aplicación para el análisis de los factores condicionantes de la creación de empresas", *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa Vol. 13 no. 3*, 2007, pp. 183-198.
- J. VECIANA, "Creación de empresas como programa de investigación científica", *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 8, n° 3, 1999, pp. 11-36.
- C.C. WEI, C.S. CHOI and P.H.P. YEOW, "KM implementation in Malaysian telecommunication industry: an empirical analysis", *Industrial Management & Data Systems*, Vol. 106 No. 8, 2006, pp. 1112-32.
- K. WONG, "Critical Success factors for implementing knowledge management in small and medium enterprises", *Industrial Management & Data Systems*, Vol. 105 No. 3, 2005, pp. 261-79.

- G. WOOD, *The purpose of the past*, New York: Penguin Books, 2009.
- S. ZAHRA, "Predictors and financial outcomes of corporate entrepreneurship: an exploratory study", *Journal of Business Venturing*, Vol. 6 No. 4, 1991, pp. 259-85.
- S. ZAHRA, "Environment, corporate entrepreneurship, and financial performance: a taxonomic approach", *Journal of Business Venturing*, Vol. 8 No.4, 1993, pp. 319-40.
- S. ZAHRA, "Corporate Entrepreneurship and Financial Performance: the Case of Management Leveraged Buyouts", *Journal of Business Venturing*, Vol. 10, No.3, 1995, pp. 225-247.
- S. ZAHRA, D.F. JENNINGS and D.F. KURATKO, "The Antecedents and Consequences of Firm-Level Entrepreneurship. The State of the Field", *Entrepreneurship Theory and Practice*, Winter, 1999, pp. 45-65.
- L. ZUCKER, "The role of institutionalization in cultural persistence", *American Sociological Review*, 42, 1977, pp. 726-743.

VIVIENDAS SOLIDARIAS Y DISCAPACIDAD: PARTICULARIDADES Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS SOBRE LA CESIÓN DE LA VIVIENDA PROTEGIDA

DANIEL MONTERO FERREIRA

*Doctorando en Derecho Civil (UNED)**

Abogado de la EMVS

Fecha de recepción: 28 de abril de 2014

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2014

RESUMEN: *Tras la explosión de la burbuja inmobiliaria y en un escenario de crisis económica, la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., con una vocación marcadamente social desde sus orígenes, pone en marcha dos proyectos de viviendas destinados a los sectores más desfavorecidos: Red de Viviendas Solidarias y programas de viviendas para discapacitados (en colaboración con la Fundación ONCE). La conveniencia y necesidad de la mercantil municipal de no perder el control y supervisión de dichos programas, plantea un estudio jurídico en torno a la novación subjetiva en la relación locativa de las viviendas protegidas.*

ABSTRACT: *After the bursting of the housing bubble and a scenario of economic crisis, Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. with a social vocation markedly from its origins, launches two housing projects targeting the most disadvantaged sectors: Housing network of solidarity and housing programs for disabled (in collaboration with Fundación ONCE). The convenience and necessity of the municipal corporation of not losing control and monitoring of these programs poses a legal study around the novation subjective in the locative relationship protected housing.*

PALABRAS CLAVE: Arrendamientos urbanos, cesión, subarriendo, vivienda protegida, sociedad mercantil local, discapacidad.

KEYWORDS: Urban leasing, assignment, sublease, protected housing, Local Corporation, disability.

SUMARIO: *1. Cuestiones preliminares: Empresa Municipal de la Vivienda y burbuja inmobiliaria.- 2. La antigua doctrina del Tribunal Supremo sobre subarrendos y cesiones.- 3. Las denominadas “viviendas solidarias”: su regulación y ordenación: 3.1. Programas afines. 3.2. Programa de viviendas solidarias en la ciudad de Madrid. 3.3. Particularidades: duración arrendaticia según los logros de la intervención social.- 4. Personas con discapacidad y vivienda: 4.1. Ideas previas. 4.2. Convenio del Ayuntamiento con la Fundación ONCE.- 5. Cesión, subarriendo y responsabilidad de los programas: 5.1. Nociones doctrinales previas: la subrogación como acto y la cesión como contrato. 5.2. Cesión versus subarriendo: consentimiento expreso o tácito por el arrendador. 5.3. Responsabilidad patrimonial de la administración local por los programas sociales.- 6. Aspectos procesales: comodato y legitimación pasiva del subarrendatario.- 7. Reflexiones conclusivas.- 8. Bibliografía y fuentes.- 9. Índice de resoluciones citadas.*

* Agradezco al Departamento de Derecho civil de la UNED todas las facilidades y apoyo que me han prestado y, en especial, a su Director el Catedrático de Derecho civil, Prof. Carlos LASARTE ÁLVAREZ, así como a sus discípulas las Profesoras M^a Fernanda Moretón Sanz y Araceli Donado Vara, Directoras de mi tesis doctoral, por el apoyo, revisiones y observaciones hechas en esta investigación.

1. CUESTIONES PRELIMINARES: EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVENDA Y BURBUJA INMOBILIARIA

Tras la explosión de la burbuja inmobiliaria y en un escenario de crisis económica, la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A.¹ con una vocación marcadamente social desde sus orígenes, pone en marcha dos proyectos de viviendas destinados a los sectores más desfavorecidos. Se trata de la Red de Viviendas Solidarias y programas de viviendas para personas con discapacidad (en colaboración con la Fundación ONCE). En este sentido, la conveniencia y necesidad de la mercantil municipal de controlar y supervisar los programas en cuestión, deriva en la conveniencia de un estudio jurídico en torno a la novación subjetiva en la relación locativa de las viviendas protegidas².

Como es sabido, la EMVS³ es una sociedad anónima con capital cien por cien municipal que desarrolla la política de vivienda del Ayuntamiento de Madrid desde hace más de treinta años. No solo facilita su acceso a los sectores con mayores dificultades, sino que cumple otras directrices de la política de vivienda, estando presente en todas ellas un marcado carácter social⁴. Piénsese que en la inclusión o, con más precisión, en la normalización social de la persona y la familia, la vivienda presenta un protagonismo básico para el desarrollo de un proyecto vital, con independencia del empleo.

La anunciada explosión de la burbuja inmobiliaria de los últimos años en España, ha producido una pluralidad de consecuencias. Una de ellas, colateral si se quiere, es el aumento de las novaciones subjetivas en los arrendamientos de viviendas protegidas, sin duda más sensibles a los efectos de la crisis económica.

Sobre el último extremo, el economista BERGES⁵ analiza con detalle la noción de “burbuja”, aplicándola posteriormente al mercado inmobiliario, para detectar su existencia y, en tal caso, su magnitud.

En un proceso de crecimiento de precios provocado por situaciones sostenidas de exceso de demanda, la “burbuja” se desencadena al activarse procesos “autoalimentadores” con el alza de los mencionados costos. En definitiva, al generalizarse un componente de demanda que responde a la expectativa del potencial encarecimiento económico.

¹ En adelante EMVS.

² Utilizo indistintamente el adjetivo de protegidas o públicas en las viviendas, para referirme genéricamente a la categoría, sin rigor, téngase en cuenta que la protección oficial, estatal -según haya sido denominada-, a la vivienda, o más acertadamente, la promoción y acceso a la vivienda, tiene su antecedente legislativo más inmediato en la Ley de 11 de junio de 1911, sobre habitaciones Baratas, hasta la actualidad de forma ininterrumpida. Las denominadas como Viviendas de protección Oficial son, en puridad, las viviendas promovidas al amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial. A partir del Reglamento que lo desarrolla, se dictan normas estatales para el fomento de las VPO, a través de planes trienales o cuatrienales, aprobados por decretos. Todos los planes anteriores al vigente en cada momento se derogan, sin perjuicio de las situaciones creadas a su amparo. Mediante el Decreto 74/2009, de 30 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, se regula el concepto y régimen jurídico de la denominada Vivienda con Protección Pública. Así queda desvinculado del sistema de financiación cualificada de la misma, que pueda establecerse en el marco de cada Plan de vivienda de la Comunidad de Madrid o en cada Plan estatal de vivienda y suelo, que podrá variar, sin afectar a dicho régimen jurídico.

³ Fuente: www.emvs.es/ Empresa/Paginas/Inicio.aspx. Fecha de consulta: 28/01/2014.

⁴ Muy recientemente ha sido resulta la suspensión de promoción de vivienda. En particular, las medidas incluidas en el Plan de Viabilidad 2013-2018 de la EMVS, conllevan la reorientación de su objetivo y, por tanto, a sus trabajadores, sustituyendo la construcción de nuevas viviendas por la rehabilitación, el alquiler o la gestión del patrimonio municipal.

⁵ A. BERGES LOBERA, “Condicionantes e implicaciones del sector inmobiliario español”, *Extra-Economistas*, 100, marzo 2004, pp. 164-171 (con David Martínez Turégano).

Una situación de esta naturaleza es especialmente activa ante bienes que, además de su valor de uso, tiene el de inversión o “almacén de valor” contra la erosión inflacionista. En el caso de la vivienda, los anteriores presupuestos se cumplen en su totalidad, de modo que este elemento resulta ser un factor explicativo del crecimiento de precios.

Siguiendo con el mencionado autor, en este escenario concurre una reducida porción de la demanda que compra para beneficiarse de los próximos incrementos en los precios finales. De modo que, para el desenvolvimiento futuro del mercado financiero incluso sin burbuja o ante una de escasa magnitud, la acumulación de varios factores pone en riesgo su propia estabilidad.

Uno de estos factores, es la evolución de los tipos de interés, cuya tendencia bajista en la última década resulta ser el principal elemento explicativo de los precios de la vivienda.

Este riesgo del incremento de los tipos de interés en el área Euro, es especialmente importante si tenemos en cuenta que buena parte de las hipotecas suscritas en España utilizan un tipo de interés variable, de forma más intensa que en otros países de nuestro entorno.

Otro factor está asociado a la desaceleración del empleo y sus implicaciones sobre la renta disponible de las familias. El riesgo es mayor en la economía española, en tanto en cuanto el alta tasa de crecimiento económico y de empleo de las últimas décadas se ha basado, en buena parte, en la expansión de la construcción, principalmente de la edificación. Un período de recesión en el mercado de vivienda producido por cualquiera de los componentes señalados, podría producir un cambio drástico en el proceso de generación de empleo que a su vez, contraería aún más la demanda de viviendas, y así sucesivamente.

De cualquier forma, este fenómeno no es exclusivo de nuestro país, ya que desde 1997, la tendencia alcista de los precios de la vivienda se ha producido, incluso con más intensidad en otras economías (Irlanda, Reino Unido, Holanda, Estados Unidos, etc.).

2. LA ANTIGUA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE SUBARRIENDOS Y CESIONES

Como con tanto acierto destaca el Prof. CASTÁN TOBEÑAS, la antigua doctrina del Tribunal Supremo⁶, sentaba lo siguiente:

“a) Los Códigos modernos y la jurisprudencia responden unánimemente a la exigencia de crear los nuevos contratos que las mayores necesidades modernas demandan, así como a la de ramificar y dar flexibilidad a los antiguos, y entre éstos puede decirse que no hay ninguno tan discutido, tan modificado en la época actual como el contrato de arrendamiento, y así vemos que un contrato y como tal de naturaleza personal consensual en el Derecho romano, donde todo era formulismo, en la época actual se va convirtiendo en real con la inscripción arrendaticia, en unos países con carácter voluntario, en otros con carácter forzoso [...]; y de aquí también las figuras de los subarriendos, de las cesiones, de los traspasos, que han de merecer consideración especial del juzgador para defender los derechos de los contratantes y de los terceros.

b) Conforme a las anteriores doctrinas, los códigos no entienden que el derecho de goce y uso del contrato de arrendamiento se considere como inherente a la persona del arrendatario e inseparable de él por su propia naturaleza, y de aquí el que pueda traspasarlo a otra tercera persona, lo cual se puede llevar a cabo por dos medios, por el subarriendo y por

⁶ J. CASTÁN TOBEÑAS, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1927”, *Revista de Derecho Privado*, XV, 1928, pp.161-162.

la cesión, que no es posible confundir, porque el subarriendo implica un nuevo contrato de arrendamiento y las relaciones que este acto jurídico integran son las propias del contrato de arrendamiento, mientras que la cesión significa el traspaso que hace de sus derechos y obligaciones a un tercero con todas las acciones que le son anejas en los distintos casos y momentos de su ejercicio. Y de aquí que se haya dicho que la cesión del arrendamiento es un derecho de simple tracto, mientras que el subarriendo es un derecho de tracto sucesivo.

c) En la cesión, el cedente no goza por razón del precio de la cesión de la preferencia establecida en el número 7º del artículo 1.922 del C. c.; mientras que el cesionario no sólo no puede pretender que la cosa le sea entregada en buen estado, sino que está obligado a recibirla en el estado en que se encontraba en el momento de la cesión, y se elimina por completo la personalidad del arrendatario una vez que la adopte el arrendador en forma expresa o en forma tácita por los actos que éste ejecute; en cambio, en el subarriendo, el subarrendador goza por el precio del subarriendo de la preferencia establecida en el artículo antes citado y el subarrendatario puede exigir que la cosa le sea entregada en buen estado; no desapareciendo personalidad alguna, hay dos arriendos y dos relaciones jurídicas diferentes, aunque íntimamente ligadas y relacionadas la una con la otra.

d) Conforme a estas doctrinas jurídicas, el Tribunal tiene que resolver la naturaleza de los contratos, atento, más que nada, a los actos posteriores del arrendador.

e) El Tribunal sentenciador interpretó erróneamente el contrato de autos al no reconocer su naturaleza de cesión de arrendamiento, acreditada por estas circunstancias: 1º el objeto de la cesión; 2º fijarse un precio único por la cesión o el traspaso, independiente de todos los demás derechos y obligaciones; 3º ordenarse que el cesionario cumpla directamente todas las obligaciones con la entidad propietaria; 4º renunciar el arrendatario a todos sus derechos con dicha entidad; y 5º eliminarse éste último voluntariamente del contrato cediendo toda las obligaciones y todas los derechos al cesionario.

f) El citado contrato de cesión de arrendamiento si se hubiese opuesto al mismo, porque la sola notificación, que es el único requisito que exige el Código civil, lo hubiera tenido que interpretar el tribunal en sentido restrictivo cuando se trata de una cesión de arrendamiento, para evitar confabulaciones entre arrendatarios y subarrendatarios, pero en el caso de autos la entidad propietaria aprobó la cesión expresa y tácitamente, como lo demuestra: 1º el que aceptó la notificación hecha por el cesionario; 2º el haber hecho reconocer la legitimidad de la firma del cedente; 3º haber aceptado la subrogación del cesionario; y 4º haber admitido de éste la fianza que el arrendatario debía entregar, según una de las estipulaciones del contrato.

Acostumbrados como estamos a que la jurisprudencia siga tantas veces en sus argumentaciones la vía del menor esfuerzo doctrinal y técnico, no hemos de regatear nuestro aplauso a este fallo que intenta hacerse intérprete de las orientaciones modernas en orden al derecho de la contratación, y que aborda con valentía el difícil problema de la distinción entre el subarriendo y cesión de arrendamiento, sobre el cual se han emitido opiniones tan diversas y contradictorias, dentro y fuera de España. Claro es que, como sucede con harta frecuencia en las controversias jurídicas, la divergencia es, en gran parte, más aparente que real. Los autores que tanto discuten la posibilidad o no posibilidad de la cesión del arrendamiento en aquellas legislaciones, como la nuestra, que sólo regulan expresamente el subarriendo, debían empezar por ponerse de acuerdo acerca de lo que deba entenderse por cesión de aquel derecho. Y así se da el caso de que estemos conformes con las conclusiones prácticas a que llega el Supremo en la presente sentencia, y, sin embargo, no podamos aceptar las premisas de que parte, explícita o implícitamente.

La posición de nuestro primer Tribunal creemos que puede ser concreta en estas tres afirmaciones: 1ª Que es admisible la cesión del arrendamiento. 2ª Que esa cesión puede no ser obligatoria para el propietario si se opone a la misma. 3ª Que, por el contrario, le será obligatoria cuando de los actos de dicho propietario pueda deducirse que ha aprobado o convalidado la cesión. Las dos últimas proposiciones no parecen indudables.

El arrendamiento es un contrato bilateral, que impone al arrendatario no sólo derechos, sino también obligaciones, y, en consecuencia, no ha de poder el arrendatario

desligarse de esas obligaciones sin el consentimiento del arrendador. Pero si esto es así, ¿puede hablarse de verdadera cesión de arrendamiento? Esta, en realidad, no cabe más que bajo la forma de novación, y la novación no es una cesión propia”.

Pues bien, en los programas de vivienda protegida arrendada que nos ocupa, habida cuenta que la propietaria de las viviendas (EMVS) no gestiona ni desarrolla tales programas, se verifican dos situaciones contractuales:

- 1º) Que la vivienda protegida sea arrendada a una entidad social para establecer en la misma un “piso tutelado” colectivo, generándose un pretendido subarriendo, al arrendar, a su vez, dicha vivienda a varias personas o familias. Parece implicar un supuesto de novación subjetiva en la relación contractual locativa, que más adelante analizaremos.
- 2º) Que la mercantil municipal arriende la vivienda protegida a una entidad social, que a su vez y con un doble vínculo contractual, arrienda a la persona o familia necesitada, con una pretendida inmutabilidad de la locación. Lo que genera un claro caso de novación subjetiva, que simple y llanamente constituye una cesión del arrendamiento en toda regla.

Teniendo en cuenta el indudable interés de la mercantil municipal de mantener el control y supervisión de tales programas, para la consecución de los objetivos y preservar sus propios intereses, la dicotomía de la meritada novación subjetiva, sea cesión arrendaticia o subarriendo, es uno de los puntos que centra este estudio.

La vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos⁷, se refiere a la cesión del contrato y subarriendo en los artículos 8 y 27.2 apartado c), como causa de incumplimiento de obligaciones cuando son in consentidos, ambos incluidos en el Título II sobre los arrendamientos de vivienda.

Por su parte, el Título III de la Ley, sobre los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, recoge en el artículo 32 la cesión del contrato y subarriendo, expresando que tanto la cesión como el subarriendo deberán notificarse de forma fehaciente al arrendador.

En este sentido, la profesora MORENO-TORRES⁸ aprecia que cesión y subarriendo de vivienda eran figuras extensa y complejamente reguladas en la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos (TR/1964), y que en la actualidad la doctrina las aborda, a su juicio, desde la óptica de la derogada normativa.

3. LAS DENOMINADAS “VIVIENDAS SOLIDARIAS”: SU REGULACIÓN Y ORDENACIÓN

3.1. Programas afines

El Ayuntamiento de Madrid se adhirió al Convenio para colaborar con el Fondo Social de Viviendas⁹; en este caso, los Servicios Sociales de Atención Primaria de la Ciudad facili-

⁷ En adelante LAU 1994, Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en su última actualización y redacción dada por Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (B.O.E. 5 junio), con vigencia desde el 6 junio de 2013.

⁸ M.L. MORENO-TORRES HERRERA, “Cesión de contrato y subarriendo de vivienda”, *RDP*, 7, 2001-2, pág. 21.

⁹ En adelante FSV.

tarán los informes de las familias solicitantes y además asesorarán a su ciudadanía sobre el procedimiento de solicitud¹⁰.

Por su parte, el FSV fue constituido en virtud del Convenio suscrito el 17 de enero de 2013 por los ministerios de Economía y Competitividad, Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Fomento, Banco de España, la Federación Española de Municipios y Provincias, la Plataforma del Tercer Sector (Organizaciones no Gubernamentales), las patronales bancarias y treinta y tres entidades de crédito. Dicho FSV da cumplimiento a la encomienda al Gobierno prevista en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

En particular, cada entidad de crédito participante constituirá su propio fondo con un número inicial de viviendas, si bien podrán, en su caso, ampliarlo. El FSV nace con 5.891 viviendas aportadas por las treinta y tres entidades financieras firmantes del convenio. Las entidades de crédito pondrán a disposición de las posibles personas beneficiarias, de los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales colaboradoras, de las ONG que desarrollen y ejecuten proyectos de inclusión social y de la Comisión de Coordinación y Seguimiento del FSV, información relativa a estas viviendas, características básicas, distribución por municipios y comunidades autónomas, requisitos para acceder al arrendamiento y sus términos básicos. Dicha información estará presente, de forma adicional, en las sucursales de las entidades de crédito y sus páginas electrónicas.

Las familias en situación de especial vulnerabilidad que hayan sido desalojadas de sus viviendas después de 1 de enero de 2008 por el impago de un préstamo hipotecario, podrán solicitar los inmuebles a partir de la puesta en marcha del citado convenio; el alquiler de estas viviendas tendrá una duración de dos años y las rentas oscilarán entre los 150 € y 400 € mensuales, con un límite máximo del treinta por ciento de los ingresos netos totales de la unidad familiar¹¹.

Con todo, es esencial subrayar que la condición de arrendadoras la ostentan las propias entidades, habida cuenta de que los fondos del FSV carecen de personalidad jurídica y, a mayor abundamiento, las viviendas son de titularidad real de las entidades de crédito, directamente, o a través de sociedades participadas por ellas. Por tanto, el desenvolvimiento del Convenio no genera por sí novaciones subjetivas en la relación arrendaticia.

En materia de novaciones subjetivas de la relación arrendaticia subyacente, resulta un elemento de especial interés, el Convenio de colaboración de 15 de diciembre de 2005 suscrito entre el Ayuntamiento de Madrid y la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., para la cooperación en la gestión del Proyecto de Alojamiento Individual para personas sin hogar en Madrid.

Este Convenio establece que la EMVS prestará su colaboración a la puesta en marcha por el Área de Gobierno de Empleo y Servicios a la Ciudadanía del “Proyecto de Alojamientos Normalizados con Acompañamiento Social para Personas Sin Hogar”. En particular, podrá ceder de forma temporal mediante el procedimiento legalmente establecido, el uso de determinadas viviendas de edificios de su propiedad que cumplen los requisitos para atender a los fines indicados. Por tanto, estas viviendas serán asignadas a aquellas personas con acompañamiento social y necesitadas de un lugar adecuado a sus necesidades psico-sociales.

¹⁰ Fuente: www.emvs.es/Comunicacion/Notas/2013/FondoVivienda0214/Paginas/inicio.aspx. Fecha de consulta: 28/01/2014.

¹¹ Fuente: www.imserso.es/imserso_01/fsva/index.htm. Fecha de consulta: 31/01/2014

Supone, fundamentalmente y salvo casos de emergencia social, que la vivienda protegida sea arrendada como “piso tutelado” colectivo a una entidad social, pretendidamente subarrendando¹² o alojando ésta, a su vez, en dicha vivienda a varias personas o familias, lo que genera un primer caso de novación subjetiva en la relación contractual locativa.

Por último, otro antecedente destacable del programa de “Red de Viviendas Solidarias”, fuera del ámbito territorial de Madrid, es el Convenio aragonés de colaboración, fechado el 8 de julio de 2008. Tiene por objeto la puesta a disposición de cinco viviendas de promoción pública en régimen de alquiler dependientes del Gobierno de Aragón, cuya gestión está encomendada a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación y a la Red Aragonesa de Entidades Sociales para la Inclusión que, a su vez, asignará a diferentes entidades sociales dichos inmuebles para que sean ocupadas por personas en riesgo de exclusión social¹³.

3.2. Programa de viviendas solidarias en la ciudad de Madrid

El Ayuntamiento de Madrid y la EMVS suscribieron el 11 de julio de 2012, un Convenio para la gestión del “Programa de Viviendas Solidarias en la Ciudad de Madrid, 2012-2015”¹⁴, dirigido a las personas y familias que a consecuencia de la crisis económica, hayan perdido su vivienda y estén en riesgo de exclusión social.

El programa pone a disposición de entidades y organizaciones sociales, entre cuyos fines figure la lucha contra la exclusión social y residencial, un número aproximado de doscientas viviendas propiedad de la EMVS, hasta mayo de 2015, en régimen de arrendamiento con un precio inferior al de mercado. Su finalidad es cederlas temporalmente a las personas o familias que cumplan los requisitos del programa.

La Red de Viviendas Solidarias madrileña, surge para dar soluciones urgentes a la pérdida de vivienda derivada de ejecuciones hipotecarias o de desahucios por impago de alquiler. De forma preferente, serán alojadas familias con menores o con todos sus miembros en situación de desempleo. Podrán ser beneficiarias del programa, personas y familias que acepten incorporarse a un proceso de intervención social y dispongan de ingresos estables para afrontar los gastos generados por el uso de la vivienda¹⁵.

¹² En la medida de los escasos recursos económicos de las personas o familias necesitadas de hogar.

¹³ Es importante destacar los compromisos que las partes contratantes adquieren en virtud del meritado convenio: Por la Red Aragonesa de Entidades Sociales para la Inclusión. -Comunicar a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación la identidad de los ocupantes de las viviendas. -Realizar actuaciones de seguimiento por personal idóneo determinado por la Red en dichos inmuebles, al objeto de observar un adecuado uso de los mismos y evitar posibles conflictos en las relaciones vecinales. -Verificar el cumplimiento del pago de los recibos correspondientes a los gastos generales de las viviendas tales como: suministros de agua, gas y electricidad, comunidad de propietarios, así como los pagos relativos a desperfectos que se pudiesen ocasionar en los inmuebles, que deberán ser satisfechos por cada una de las Entidades Sociales a las que se asigne vivienda. -Verificar las tareas de conservación a realizar por cada entidad responsable y que se considere adecuada para la vivienda. -No se podrán realizar obras que modifiquen la configuración de la vivienda sin el consentimiento expreso de la Diputación General de Aragón. Por la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación -Poner a disposición de la Red Aragonesa de Entidades Sociales para la Inclusión las siguientes viviendas de promoción pública, en alquiler, sitas en la ciudad de Zaragoza, que serán gestionadas por las entidades que se detallan y cuyos colectivos de atención atienden a diferentes problemáticas sociales.

¹⁴ Fuente: www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Novedades/Programa-de-Viviendas-Solidarias-en-la-Ciudad-de-Madrid. Fecha de consulta: 31/01/14

¹⁵ Actualmente, una renta a razón de 2 € por metro cuadrado y mes, hasta un máximo de 200 euros.

3.3. Particularidades: duración arrendaticia según los logros de la intervención social

Una particularidad de los contratos locativos formalizados entre la EMVS y las entidades sociales participantes, es su duración, imbuida por los objetivos de la intervención realizada con cada familia o personas alojadas.

La permanencia en el Programa estará determinada en función de la intervención realizada con cada unidad familiar. Está estimada en un año, prorrogable por anualidades, si se mantienen las condiciones de acceso.

En este sentido, debe tenerse presente que el Programa Viviendas Solidarias es una intervención de acompañamiento socio-residencial que facilita la estancia temporal en viviendas gestionadas por entidades de iniciativa social, en definitiva, para favorecer procesos de inclusión.

En el caso de las viviendas para personas con discapacidad, en su modalidad de integración laboral y formación, hace que la consecución de esta doble finalidad supedita la duración de los contratos.

Otra particularidad destacable es el consentimiento para la efectividad de la novación subjetiva del lado del arrendatario. Desemboca, a la postre, en una cesión arrendaticia, se produce *ex ante* y de forma indirecta, al reflejarse en los convenios de los programas de viviendas públicas solidarias y para personas con discapacidad. Buena prueba de ello, es el propio objetivo de marcado carácter social de los citados convenios.

Finalmente cabe reseñar la asequible renta de alquiler, limitada a dos euros por metro cuadrado y mes, como apoyo fundamental de estos programas sociales de vivienda en arrendamiento.

4. PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y VIVIENDA

4.1. Ideas previas

La protección de la persona es uno de los elementos inspiradores de nuestra Constitución¹⁶. En particular, las políticas de las últimas legislaturas dirigidas a la protección y tutela de personas especialmente desprotegidas, han diseñado una pluralidad de procedimientos, calificaciones y derechos subjetivos destinados al sujeto en función de la discapacidad certificada (en grado y porcentaje), dependencia reconocida (en niveles) e, incluso, incapacidad declarada judicialmente. Dicha pluralidad de situaciones es la que, a su vez, determina el ámbito subjetivo de aplicación de ciertas medidas tutelares, sin que exista una norma estatal que equipare y correlacione la dependencia, discapacidad e incapacitación entre los distintos órdenes¹⁷.

Como es sabido, la incapacitación se ventila en un proceso judicial al que se pone fin mediante sentencia cuyos efectos tienen consecuencias sobre el estado civil de la persona, inscribiéndose en el Registro Civil la alteración producida sobre la capacidad de obrar, de conformidad a lo prescrito por el artículo 1 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de

¹⁶ M^a.F. MORETÓN SANZ, "De la Minusvalía a la Discapacidad y Dependencia: Pasarelas y Asimilaciones Legales", *RUCT*, 8, pág. 89.

¹⁷ Op. cit., pág. 88.

1957¹⁸. Esta resolución judicial es graduable, es decir, puede privar de forma total o parcial la capacidad de obrar de quien se vea sometido a este proceso.

Y ello frente al derecho subjetivo de ciudadanía en materia de dependencia y la noción técnica de discapacidad, exentas ambas de consecuencias sobre el estado civil de quien ostente su acreditación¹⁹.

La situación de dependencia debe entenderse como la falta de autonomía que, en ocasiones, no procede tanto de la imposibilidad material de ejecutar alguna de las actividades básicas de la vida diaria cuanto de la falta de iniciativa del sujeto consecuencia de ciertos desórdenes²⁰.

Conviene tener presente, por ello, que la dependencia, en primer lugar, es una noción distinta de la discapacidad: difiere en su realidad práctica, ya que muchas personas con discapacidad reconocida no sufren merma en su autonomía personal y, por tanto, no están en situación de ser calificadas como personas con dependencia²¹.

A los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el artículo 58.6 declaraba que “tendrán la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por cien”²².

Por último cabe cuestionar si una familia con un menor con discapacidad puede beneficiarse de una vivienda pública o protegida circunscrita al Convenio del Ayuntamiento de Madrid con la Fundación ONCE.

Al respecto, mi maestra la Profesora MORETÓN SANZ²³ apunta que como es sabido y no es necesario reiterar, el núcleo básico del Derecho civil está constituido por la persona sea en su esfera personal o patrimonial²⁴. El ejercicio de los derechos fundamentales y los de la personalidad, cuando el protagonista sea un menor, dependerá de su madurez específica habiendo convenido la doctrina que por debajo de la frontera de los doce años, en principio, carecerá de condiciones suficientes como para materializar por sí los derechos de los que es titular.

Aunque nada obsta a que contratando sus progenitores o representantes legales pueda ser el menor beneficiario del mencionado programa para personas con discapacidad, al menos en lo que al acceso a una vivienda pública se refiere.

¹⁸ Vid., en esta materia al profesor C. LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 1, Parte General y Derecho de la persona, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 321 y ss...; vid., también, el estudio de Santos Morón (2004), sobre la incapacitación como proceso limitador de los derechos fundamentales en “La situación de los discapacitados psíquicos”, *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Campoy Cervera (ed.), Dykinson-Carlos III, Madrid, pp. 167-185 y el exhaustivo trabajo de R. AMUNATEGUI, “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *RDP*, enero-febrero, 2006, pp. 9-67; también CORDERO CUTILLAS: “La discapacidad e incapacitación judicial”, *AC*, 10, 2006.

¹⁹ Vid. MORETÓN Op. cit., pág. 97.

²⁰ Vid. MORETÓN Op. cit., pág. 100.

²¹ Vid. MORETÓN Op. cit., pág. 106

²² Vid. MORETÓN Op. cit., pág. 105.

²³ M^a.F. MORETÓN SANZ, “El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: Análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 1, 57-71, Septiembre 2011.

²⁴ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, 1, caps. 1, 9 y 10, *Parte General y Derecho de la Persona*, 2010 Marcial Pons, Madrid, 2007 y 2010.

4.2. *Convenio del ayuntamiento con la Fundación ONCE*

El Ayuntamiento de Madrid, a través de la EMVS, y la Fundación ONCE han firmado, el 20 de enero de 2014, un convenio dirigido a facilitar el acceso de personas con discapacidad a la vivienda pública, gracias a la puesta en marcha de tres programas que les facilitan pisos protegidos totalmente adaptados y alojamiento temporal para su integración laboral y su formación profesional²⁵.

El primer programa que contempla el texto fomenta la vida independiente. Se ofrece una vivienda protegida municipal adaptada. Agrupa paquetes de entre cuatro y seis viviendas dentro de la misma promoción, con el fin de que los beneficiarios puedan compartir determinados servicios indispensables, como personal de asistencia o transporte con sus vecinos. El régimen de acceso a estas viviendas será de venta, alquiler o alquiler con opción a compra.

Viviendas de alojamiento temporal para integración y formación profesional, son los otros programas que facilitan la integración laboral de las personas con discapacidad que, sin vivir en Madrid, reciben formación para acceder a un trabajo. Contempla viviendas de uso individual o colectivo, respectivamente. El régimen de acceso a estas viviendas es de alquiler, bien directamente con el usuario en el caso de las individuales, o con la Fundación ONCE en el caso de las colectivas.

La renta del alquiler resulta un 15 por ciento más económica que la determinada por módulo de vivienda con protección pública²⁶ y, en el caso de las viviendas dedicadas a facilitar la formación profesional, el convenio prevé un importe máximo de 200 euros al mes.

Actualmente hay unas noventa viviendas protegidas municipales ubicadas en distintos distritos. Son pisos en la planta baja, y sus adaptaciones han sido supervisadas y validadas por la Fundación ONCE. Todas cumplen con la normativa de accesibilidad y barreras arquitectónicas²⁷.

²⁵ Fuente: www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Ayuntamiento/Urbanismo-e-Infraestructuras/Comunicacion/Alojamientos-adaptados-temporales-para-integrar. Fecha consulta: 07/02/14.

²⁶ Vid. el artículo 13 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, relativo a la renta de las viviendas con protección pública que recoge: "1. La renta máxima inicial anual por metro cuadrado de superficie útil de las Viviendas con Protección Pública para arrendamiento o arrendamiento con derecho de opción compra será un 5,5 por 100 del precio máximo de venta de dichas viviendas vigente a la fecha de celebración del contrato de arrendamiento, cuando se trate de Viviendas con Protección Pública para arrendamiento, o del que figure en la calificación definitiva cuando se trate de Viviendas con Protección Pública para arrendamiento con opción de compra. En el supuesto de que dichas viviendas hubiesen obtenido financiación con cargo a un Plan Estatal de Vivienda será la establecida por la norma reguladora del mismo. 2. En el supuesto que la vivienda se arrendase amueblada, de ello no podrá derivarse un desembolso para el inquilino superior a la renta máxima permitida con arreglo a lo dispuesto en el apartado anterior. 3. La renta inicial podrá actualizarse anualmente de conformidad con la evolución que experimente el Índice General Nacional del Sistema de Índices de Precios al Consumo, publicado por el Instituto Nacional de Estadística. 4. El arrendador podrá percibir, además de la renta inicial o revisada que corresponda, el coste real de los servicios de que disfrute el inquilino y se satisfagan por el arrendador, así como las demás repercusiones autorizadas por la legislación aplicable".

²⁷ Las normas estatales de referencia que deberán ser tenidas en cuenta en la concesión del Símbolo Internacional de Accesibilidad (SIA), por su carácter de regulación estatal de las condiciones básicas de los derechos y deberes de todos los ciudadanos, son las siguientes: en primer lugar, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que integra a la recientemente derogada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y en segundo lugar, los desarrollos reglamentarios siguientes: el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad

5. CESIÓN, SUBARRIENDO Y RESPONSABILIDAD DE LOS PROGRAMAS

5.1. Nociones doctrinales previas: la subrogación como acto y la cesión como contrato

A juicio del Profesor LACRUZ BERDEJO²⁸ la “cesión del contrato” alude al traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la íntegra posición que ocupa en el contrato. En el mismo sentido y con la jurisprudencia, el Maestro Carlos LASARTE ÁLVAREZ²⁹ aclara que existirá la cesión de contrato si se dan los siguientes presupuestos:

- a) Debe darse el acuerdo unánime del cedente, cesionario y parte cedida, entendiendo este acuerdo como un consentimiento de las partes que intervienen en dicha cesión.
- b) Que se trate de un contrato bilateral³⁰.
- c) Que las prestaciones y obligaciones contenidas en ese contrato sinalagmático no hayan sido totalmente ejecutadas. Este presupuesto tiene su fundamento en que si el contrato se ha cumplido no tendrá sentido cederlo, puesto que no quedarían prestaciones pendientes de cumplir.

La cesión de contrato presenta ciertas especialidades jurisprudenciales que, si en sus inicios era concebida como negocio atomizado entre la transmisión del activo y la sucesión pasiva, ha evolucionado hasta su actual tratamiento como acuerdo sustitutivo *uno actu* del contratante cedente por el cesionario con autorización, siempre, del cedido³¹.

Dada la riqueza de matices que ha aportado la evolución práctica y la respuesta judicial sobre la cesión de la íntegra posición contractual en la que, en resumidas cuentas, se ceden tanto derechos como obligaciones, conviene examinar de forma comparada esta institución, tanto por su valor propio como por la clarificadora tarea hecha en favor del mecanismo expromisorio³².

La cesión del contrato, según la doctrina del profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, compartida por su discípula la profesora MORETÓN SANZ, es un acuerdo de naturaleza atípica

y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones; el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad; el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad; la Orden VIV/984/2009, de 15 de abril, por la que se modifican determinados documentos básicos del Código Técnico de la Edificación aprobados por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, y el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre; y por último, la Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados. Igualmente se introduce una previsión sobre la dotación mínima de los espacios públicos dedicados a cursos de formación, donde deberá garantizarse una dotación del diez por ciento en el mobiliario y equipamiento de las instalaciones adaptadas para personas con discapacidad, y en todo caso, que exista por lo menos una plaza destinada a estas personas en cualquier espacio edificatorio de concurrencia o de uso público para estos fines.

²⁸ J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 1, Madrid, 2000, pág. 531.

²⁹ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 3- *Contratos*, Madrid, 2011, pág. 133.

³⁰ Por su parte, CASTAN TOBEÑAS define al contrato bilateral o sinalagmático como aquel que crea obligaciones recíprocas para ambas partes (vid. J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo II - Obligaciones y Contratos, Reus*, Madrid, 1925, pág. 96).

³¹ M^a. F. MORETÓN SANZ, “La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 713, pp. 1.184 y sigs.

³² Op. cit., pág. 1.198.

que, basado en la autonomía de la voluntad privada³³, presenta un ineludible carácter trilateral para que se desplieguen rectamente todos los efectos a que está dirigido.

Por tanto, mediante la cesión del contrato se cede íntegra la posición contractual en el negocio que pervive idéntico, sin otra modificación que la que se refiere a la sustitución de una de las partes en el conjunto de derechos y obligaciones que ostentaba el contratante cedente.

Nos concreta MORENO-TORRES³⁴ los conceptos referidos al contrato de arrendamiento expresando que, por la cesión del arrendamiento, el arrendatario transmite a tercero su posición jurídica, pero si es la ley la que ordena y permite la sustitución, se habla de subrogación.

Adicionalmente, el debate entre subrogación y cesión pretende aclarar las similitudes y diferencias de estas dos figuras³⁵. Comparto la opinión de mis maestros citados, de preferir el entendimiento de la subrogación como acto y la cesión como contrato³⁶.

Empero, ya en el año 1928 FONCILLAS³⁷, nos advertía que se habla de subarriendo y de cesión del arrendamiento, y esos dos vocablos, confundidos corrientemente en el lenguaje vulgar y hasta en el jurídico, han hecho que al tomarlos extensivamente por aquello de que la palabra hace a la cosa, nos han dado dos categorías de conceptos aceptados como axiomáticos por la mayoría de los juristas, y ante los que se impone una revisión histórica y técnica.

La cesión del arrendamiento es aquel contrato mediante el cual el inquilino de una vivienda (cedente) transmite a un tercero (cesionario) los derechos y obligaciones que le corresponden como inquilino en virtud del contrato de arrendamiento pactado con el propietario. Consecuencia de la cesión, el inquilino o cedente queda desligado del contrato de arrendamiento, pasando el cesionario a ocupar su misma posición en el contrato frente al propietario.

Según el artículo 8 de la LAU 1994, el inquilino no puede ceder el contrato de arrendamiento a un tercero a menos que medie el consentimiento expreso y por escrito del propietario.

Si se produce la cesión del arrendamiento con el consentimiento del propietario, el cesionario queda subrogado en la posición contractual del inquilino (cedente) frente al propietario. Ello significa que el contrato de arrendamiento no se modifica, salvo en el hecho de que el inquilino queda sustituido por otra persona, que tendrá en todo caso los mismos derechos y obligaciones que tenía en inquilino.

Como expresa DE CASTRO³⁸, el cesionario no podrá alterar el uso o goce de la cosa, sino que tendrá que usarla solo en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario.

Sin embargo, el subarriendo de una vivienda es un contrato en cuya virtud el inquilino o cedente de una vivienda cede a un tercero (subarrendatario) el uso como inquilino de toda o parte de la vivienda que tiene arrendada.

³³ Vid. C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 2, pág. 196, y *Principios de Derecho Civil*, 3, y *Contratos*, Madrid, 2008, 11.ª ed., pp. 121 y sigs.

³⁴ Op. cit., pág. 22. Por ejemplo, en el caso de sustitución subjetiva del arrendatario en la relación locativa *mortis causa*.

³⁵ Vid. NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Granada, 1988 (2.ª ed., Córdoba, 1998), pág. 50.

³⁶ Vid. M.ª F. MORETÓN SANZ, "La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato". *cit.*, pág. 1.202.

³⁷ J.M. FONCILLAS, "La Cesión del arrendamiento y el problema de su realidad", *RCDI*, 45, 1928, pág. 671.

³⁸ F. DE CASTRO Y BRAVO, "Cesión de arrendamiento y subarriendo", *RGLJ*, LXXIX, 156-II, 1930, pág. 153.

A diferencia de la cesión, el subarriendo no extingue la relación contractual entre el propietario y el inquilino, que sigue subsistente en los mismos términos pactados entre ambos. El subarriendo implica el nacimiento de una nueva relación contractual entre el inquilino y el subarrendatario.

Según el artículo 8 LAU 1994, la vivienda arrendada solo se puede subarrendar en parte, no en su totalidad. Por otro lado, para que sea válido el subarriendo requiere el consentimiento expreso y por escrito del propietario.

El contrato de subarriendo de vivienda se regirá por las mismas normas que el arrendamiento de vivienda. Quedará extinguido cuando se extinga el propio contrato de arrendamiento y la renta que pague el subarrendatario no podrá ser superior a la renta que pague el inquilino al propietario³⁹.

No en vano, para DE CASTRO⁴⁰ la relación jurídica de subarriendo supone un arrendamiento suscrito sobre un arrendamiento, no un simple arrendamiento hecho por un arrendatario, pues nace de un contrato de arrendamiento, idéntico al otro contrato de arrendamiento, produce todos sus naturales efectos, solo en la relación de arrendador y arrendatario y en la de arrendatario (subarrendatario) y tercero.

O como lo define MORENO-TORRES⁴¹, el subarriendo es un nuevo contrato de arrendamiento celebrado por el arrendatario (subarrendador) con un tercero (subarrendatario), pero sin que aquél abandone la relación contractual.

5.2. Cesión versus subarriendo: consentimiento expreso o tácito por el arrendador

El profesor DE CASTRO⁴² afirmaba que la cesión de arrendamiento y el subarriendo tienen un elemento común único, el referirse a un arrendamiento anterior que les sirve de base y el producir una relación nueva, de posesión.

La relación jurídica en la cesión arrendaticia no puede confundirse con la del subarriendo. Ya que la primera, en el ámbito de los arrendamientos urbanos, implica la transferencia por el arrendatario a un tercero del uso de la cosa, operándose una novación subjetiva en el titular del derecho. Y es así puesto que desaparece el cedente de la relación contractual y es sustituido en ella por el cesionario, estableciéndose así un enlace directo con el arrendador en todos los derechos y obligaciones dimanante del contrato. Por la segunda, esta relación arrendaticia no desaparece, sino que se mantiene, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que respectivamente se le reconocen y se le imponen al arrendador, siempre y cuando ese contrato de subarrendamiento haya sido consentido expresamente⁴³.

Para VÁZQUEZ BARROS⁴⁴, el meritado artículo 8 LAU 1994 regula dos cuestiones de suma importancia sobre los arrendamientos de finca urbana, como son: la cesión y el subarriendo. En tal sentido y como apunte previo, conviene recordar (nos dice el autor) que la cesión se diferencia del subarriendo en que en aquella, un tercero entra en la relación arren-

³⁹ Fuente: http://www.spaviv.es/portal/informacion/faq_lau_propietario.php. Fecha consulta: 4/02/2014.

⁴⁰ F. DE CASTRO Y BRAVO, "Cesión de arrendamiento y subarriendo", *RGLJ*, LXXIX, 156-II, 1930, págs. 133-135.

⁴¹ Op. cit., pág. 22.

⁴² F. DE CASTRO Y BRAVO, "Cesión de arrendamiento y subarriendo", *cit.*, pág. 152.

⁴³ S. VÁZQUEZ BARROS, *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012 pp. 85-97.

⁴⁴ *Ibídem*.

daticia con consentimiento del arrendador, subrogándose en todos los derechos y obligaciones del arrendatario, desapareciendo éste de toda vinculación con el arrendador; mientras que en el subarriendo, entra un tercero en la ocupación de parte del inmueble arrendado, vinculándole derecho y obligaciones con el arrendatario, y siendo ajeno a la relación que éste guarda con el arrendador; tanto es así, que su cualidad de subarrendatario no podrá extenderse más allá que la que tiene el arrendatario con el arrendador. O dicho con otras palabras, en la cesión el tercero que entra en la relación arrendaticia lo hace en virtud de una subrogación completa en virtud de un acto inter vivos; es decir, que el arrendatario originario sale de esa relación y el tercero ocupa su lugar con todos los derechos y obligaciones que lo son inherentes al contrato el cual mantiene su plena vigencia. Por otro lado, resulta evidente que, en ambas figuras jurídicas (cesión y subarriendo), se produce una novación subjetiva respecto del contrato de arrendamiento y, por consiguiente, esta novación en sí misma considerada, nunca podrá presumirse, ni tampoco podrá inferirse derivadas de deducciones o conjeturas, sino que por el contrario esta novación ha de resultar de una declaración de voluntad clara, expresa e inequívoca, la cual podrá venir manifestada en razón a actos que nos lleven a una conclusión definitiva, sino que la voluntad de novación debe resultar de una declaración expresa, formal e inequívoca; bien porque se manifieste con claridad de forma expresa; bien por inducirse de actos de concluyente significación, pero que de ningún modo resultará suficiente el simple conocimiento de la sustitución.

No comparto la opinión del autor respecto que ambas figuras, cesión y subarriendo, producen, en puridad, una novación subjetiva en el contrato de arrendamiento, en cuanto al arrendatario originario se refiere. Si resulta incuestionable para el caso de la cesión, no es tan diáfano en el subarriendo, al conservar derechos y obligaciones el arrendatario originario en la locación, aunque ésta se amplíe para dar cabida al subarrendatario con una relación jurídica engarzada *ex novo* en dicho arrendamiento. En apoyo de mi opción personal, DE CASTRO⁴⁵ aseveraba que habrá, en cambio, una verdadera cesión de arrendamiento (en derecho español novación del contrato) y no un subarriendo, en el caso en que sea sustituido el arrendatario por otro nuevo, de conformidad con el arrendador, quedando el antiguo arrendatario como fiador del nuevo.

Estima MORENO-TORRES⁴⁶ que, sencillamente, la LAU 1994 ha decidido considerar la cesión parcial como subarriendo y el subarriendo total como cesión. El legislador para calificar el vínculo existente entre el arrendatario y el tercero prescinde de la voluntad de los contratantes, conceptuándolo como cesión de contrato y atribuyéndole sus efectos cuando el primero transfiere al segundo el disfrute de una vivienda sin permanecer él en la misma, y como subarriendo en el caso contrario. En suma, el subarriendo total no está prohibido por ley y caso de pactarse no es, por tanto, nulo, pero es una cesión de la vivienda arrendada que, si se consiente por escrito por el arrendador, determina la subrogación del cesionario “en la posición del cedente frente al arrendador” (art. 8.1) y si no es consentida por éste de ninguna forma es causa de resolución (art. 27.2 ap. c).

Siguiendo a VÁZQUEZ BARROS y en lo que atañe al apartado primero del artículo que comentamos, dispone expresamente la necesidad de que el arrendador tenga conocimiento de esta novación por escrito. De ello se infiere la insuficiencia de la comunicación verbal, aunque resulte probada; así las cosas, y a fin de evitar de que comunicación insuficiente o inexistente pueda traer causa de la resolución contractual del arrendamiento según el artículo 27.2.c LAU 1994, resulta aconsejable que el arrendatario tome las precauciones debidas

⁴⁵ F. DE CASTRO Y BRAVO, “Cesión de arrendamiento y subarriendo”, *cit.*, pág. 140.

⁴⁶ Op. cit., págs. 28-30.

a la hora de proceder a la novación subjetiva del contrato en virtud de una cesión, comunicando formal y fehacientemente al arrendador (o sus representantes legales) su intención.

El Tribunal Supremo dictamina⁴⁷ que no debe olvidarse que será esencial para la apreciación del subarriendo o cesión ilegal, la transferencia del *iusutendi* de la cosa arrendada. No habrá tal subarriendo o cesión si, como había reiterado el Alto Tribunal cuando su competencia alcanzaba a estos asuntos, no hay transmisión real y efectiva del goce de la cosa arrendada en perjuicio del arrendador.

Al respecto entiende MORENO-TORRES⁴⁸ que, en rigor, lo que constituye causa de resolución del arrendamiento no es la cesión incontestada del contrato, sino la cesión incontestada del uso de la cosa arrendada. En apoyo de la interpretación de la profesora, valga mi humilde opinión, que la comparte y la STS de 20 de marzo de 2013, que en un trasunto de esto, así resuelve y además en contra del severo criterio de la Audiencia provincial⁴⁹.

En la práctica forense, dado un contrato de arrendamiento la circunstancia de que el arrendador acepte que una compañía adquiera la condición de arrendataria, no autoriza por sí afirmar que, quienes eran arrendatarios desde un principio dejarán de serlo, salvo prueba concreta e indubitada. Por consiguiente, la compañía adquirió la condición de arrendataria del inmueble, pero no en sustitución de anteriores arrendatarios, sino juntamente con éstos.

Tampoco comparto la interpretación VÁZQUEZ BARROS respecto a la imperiosa necesidad de la formalidad escrita en la comunicación de la cesión o subarriendo, pues la realidad nos demuestra que los actos propios del propietario y/o arrendador son reveladores muchas veces de un incuestionable conocimiento de dicha circunstancia. Es innegable la conveniencia de dicha comunicación de manera escrita, pero los términos absolutos en derecho no son buenos y se arbitran con el remedio de la interpretación y de la valoración de la prueba por los jueces y tribunales.

Para DE CASTRO⁵⁰, al requerirse la aprobación de la cesión por el arrendador, lo que se hace es exigir la conformidad del acreedor para el cambio de deudor, que siempre, en nuestro derecho, significa novación.

Pues, *mutatis mutandis*, se suele dar con frecuencia la presentación sucesiva de recibos mensuales correspondientes al pago de la renta por persona distinta de la del arrendatario, extremo éste que constituye elemento demostrativo del consentimiento tácito del arrendador en cuanto a la cesión de la finca objeto del contrato. Sin embargo, en cualquier caso y en prevención de futuros contenciosos, es conveniente la comunicación escrita al que se ha hecho referencia, a fin de evitar una resolución contractual. Con todo, el supuesto indicado,

⁴⁷ STS 662/2013 de 5 de febrero de 2013 (Antecedente de Hecho Segundo).

⁴⁸ Op. cit., pág. 23.

⁴⁹ El TS aplica la doctrina jurisprudencial que establece, que para que se aprecie la causa de resolución del arrendamiento por cesión incontestada, no basta con la designación en la vivienda objeto de arrendamiento de un domicilio social, sino que es preciso que por parte del cesionario, sociedad mercantil, se ocupe tal vivienda desarrollando en la misma las actividades propias de su objeto social, lo que comporta que se desplace al ámbito probatorio la existencia o no, en cada caso concreto, según la prueba practicada al efecto, de la real ocupación y, por tanto, disfrute de la vivienda arrendada por parte del cesionario. Pues bien, la Audiencia Provincial en la sentencia objeto de impugnación mantiene un criterio contrario a la doctrina jurisprudencial existente en materia de cesión incontestada, ya que entiende que la introducción de una persona jurídica, aunque se pretenda que lo es solo formalmente, no deja de ser la introducción de un tercero en el uso de la cosa arrendada, con lo cual se realiza un acto de disposición que sobrepasa las facultades de uso y disfrute que tiene el arrendatario. Dicho criterio resulta claramente contrario a la actual doctrina jurisprudencial (Vid. STS 1830/2013 de 20 de marzo de 2013, Fundamento de Derecho Cuarto).

⁵⁰ F. DE CASTRO Y BRAVO, "Cesión de arrendamiento y subarriendo", *cit.*, pág. 151.

carece de relevancia cuando los recibos son satisfechos por uno de los co-arrendatarios y, en atención a que el pago de los recibos de la renta no son decisivos en la demostración de la ocupación de la finca arrendada (más teniendo en cuenta que cabe perfectamente el pago por tercero), el pago podrá ser realizado por cualquiera de los co-arrendatarios, lo que solo producirá efectos y consecuencias en la relación *ad intra*.

Adicionalmente, debemos tener en cuenta que, en lo que a la duración del contrato se refiere, la novación subjetiva habida como consecuencia de ello, no afecta en ningún sentido a las restantes condiciones contractuales recogidas en el propio contrato de locación. De modo que, produciéndose una cesión, el plazo de duración del contrato será el ya fijado originariamente y, por tanto, al cesionario le quedará el resto del tiempo pactado y transcurrido; todo ello sin perjuicio de que el arrendador puede conceder un mayor plazo de duración a este nuevo ocupante, si bien en ningún caso esta novación subjetiva podrá perjudicar al cesionario como consecuencia de su entrada en esta relación arrendaticia.

Empero advierte MORENO-TORRES⁵¹, conforme a la jurisprudencia de las audiencias provinciales, que no cualquier cesión del uso requiere el consentimiento del arrendador, so pena de resolución, pues solo un uso reiterado, permanente y estable podrá producir tal efecto. Además, no es imprescindible el consentimiento expreso, admitiéndose también en forma tácita, pese a que la ley exige, por el contrario, que el consentimiento del arrendador sea escrito. Recoge la autora las conclusiones de la jurisprudencia -a las que ya me he referido- relativas a que el consentimiento escrito del arrendador es requisito necesario para que la cesión (entendida como efecto) se produzca, mientras que la cesión incontestada del uso de la cosa arrendada es, sin más, causa de resolución. Si ese consentimiento resulta probado por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, no podrá declararse la resolución del vínculo contractual. Pero incluso probado el consentimiento, la falta de forma escrita imposibilita la modificación subjetiva prevista por el inciso final del artículo 8.1. Se trataría, simplemente, de una cesión eficaz *inter partes*, pero inidónea para resolver.

Así las cosas, VÁZQUEZ BARROS, establece las ideas primarias para definir la cesión de vivienda afirmando que: consiste en un negocio jurídico en virtud del cual el arrendador transmite el complejo de derechos y obligaciones que integran la relación contractual arrendaticia a un tercero que se subroga a efectos legales en la situación jurídica que el primero ocupa en el contrato inicial, operándose una novación subjetiva, con desaparición del cedente de la relación contractual.

En suma y al margen los supuestos de subarriendo, toda sustitución definitiva del arrendatario de una finca urbana con paralela ocupación de otra persona en virtud de acuerdo exclusivo entre ambos, debe reputarse como cesión de vivienda, siempre que exista una cierta estabilidad en la situación. No incluimos en este supuesto los casos de ausencia temporal de inquilino y ocupación transitoria del inmueble por un tercero, -situaciones a valorar casuísticamente- ya que es obvio que no constituyen cesión alguna. Así, en la misma medida que no se opone a la desocupación de la vivienda el uso esporádico por el inquilino, paralelamente una ausencia accidental no desvirtúa la ocupación, ni la condición del inmueble arrendado como espacio habitual destinado a la privacidad del inquilino, y en justa consecuencia, la estancia de un tercero en un piso en el mencionado contexto de accidentalidad y provisionalidad no le convierte en cesionario.

En este punto coincido con VÁZQUEZ BARROS al considerar la novación subjetiva en el arrendatario, en nuestro supuesto estudiado, la entidad social que es sustituida por la

⁵¹ Op. cit., págs. 25-27. Vid. SAP de Bilbao, de 15 de mayo de 1995 y SAP de Cádiz, de 9 de septiembre de 1994.

persona o familia beneficiaria del programa de que se trate, discapacidad o viviendas solidarias, ha de reputarse como cesión arrendaticia, por más que desde dichas asociaciones o incluso desde la mercantil local, se empeñen en justificar una pretendida confluencia aséptica de dos relaciones o contratos locativos independientes. DE CASTRO⁵², contemplando la posibilidad de confabulaciones entre arrendador y arrendatario contra los fiadores, concluye que en el derecho español no se puede hablar de cesión de arrendamiento en el sentido de cesión total de derechos y obligaciones, por todo esto no se puede hablar en nuestra doctrina de la cesión de arrendamiento sino entendiendo por ella la cesión de los derechos del arrendatario.

Por consiguiente, la cesión de vivienda supone, necesariamente, que el arrendatario cedente llama a un tercero cesionario para que, en su lugar, pase a ocupar la vivienda como arrendatario, quedando privado el cedente del uso y disfrute de la que venía gozando.

Ahora bien, para el precitado autor, es imprescindible la comunicación al arrendador de la existencia de un precio convenido con el futuro cesionario, lo cual supone ya la existencia de una manifestación firme de proceder a ejercitar el derecho y que debe poner en guardia al arrendador, y si le interesa, evitar la enajenación haciendo uso de la facultad que la ley le otorga.

No comparto en esta ocasión su parecer, pues de nuevo el empeño de la *praxis* confirma que no es imprescindible, por cuanto en los programas que nos ocupan, la renta para el cesionario, esto es, la persona o familia participante, es conocida de antemano por el arrendador o mercantil municipal, concretándose en el contrato de cesión arrendaticia como “cuota” (en la terminología utilizada, que debe decir renta) de dos euros/mes por metro cuadrado de vivienda. La comunicación formal de este extremo al arrendador sería innecesaria, gratuita y redundante. Y su ausencia no debe empecer el futuro ejercicio de los derechos referidos por VÁZQUEZ BARROS.

Así la cesión, el traspaso y, en general, la sucesión arrendaticia, para que sea considerada como legítima, es imprescindible que exista consentimiento expreso o tácito por el arrendador, consentimiento este último que debe deducirse de hechos concluyentes e inequívocos, que llevan el convencimiento de haber existido la autorización en la sustitución.

En efecto, en los supuestos estudiados, el consentimiento de la arrendadora (léase EMVS) se deduce de los convenios y las relaciones arrendaticias suscritas a su amparo. Otra cosa es, discutir cuándo dicho consentimiento, expreso o tácito, deba darse. Coetáneo a la novación subjetiva, o bien anterior o, finalmente, ulterior.

Ahora bien, según el autor, si como consecuencia de la cesión arrendaticia el cesionario y arrendatario acuerdan modificar las condiciones del contrato de arrendamiento originario, lo que resultaría aconsejable es la rescisión del contrato anterior y la celebración de uno nuevo entre las partes, recogiendo todos aquellos acuerdos modificativos en un nuevo documento, evitándose con ello en el futuro conflictos interpretativos entre la voluntad de las partes recogidas en el contrato originario y las habidas en el documento posteriores otorgado entre cesionario y arrendatario con modificación del contrato inicial, en el que intervino un tercero (arrendatario originario) que ya no guarda ninguna relación con el arrendador.

Cuestión distinta es que el contrato recoja la posibilidad de que el arrendador condicione la cesión a recibir una contraprestación económica. Un sector doctrinal entiende que si bien dicha circunstancia no está prevista ni prohibida expresamente por la LAU, constituye un acuerdo fraudulento ya que, la propia Ley tiene como finalidad propiciar arrendamientos de

⁵² F. DE CASTRO Y BRAVO, “Cesión de arrendamiento y subarriendo”, *cit.*, pág. 144.

fincas urbanas. Por consiguiente, aunque el consentimiento del arrendador no esté modulado por norma alguna, sin embargo, deberá respetar otras de carácter imperativo como las que prohíben el incremento de renta por encima del IPC en estricta aplicación del artículo 18 LAU. Debemos tener en cuenta, una vez más, que no estamos ante un nuevo e arrendamiento, sino ante la continuación del ya existente, el cual mantiene idéntico clausulado pese a esta novación subjetiva asociada a la cesión en la posición del arrendatario. Pero, por imperativo legal se ha de contar con el consentimiento escrito del arrendador, toda vez que su negativa es causa suficiente para impedir la cesión pretendida. De ahí lo indicado anteriormente de modo que conviene que el contrato vigente decaiga y sea reemplazado por otro nuevo que recoja las nuevas condiciones establecidas y acordadas por las partes. Cabe, sin duda, la posibilidad de nuevas cláusulas que no perjudiquen al nuevo arrendatario, y en consecuencia le sean beneficiosas. La ley es totalmente permisiva a que el arrendador pueda, en cualquier momento, renunciar a los propios derechos como por ejemplo: los relativos a la duración contractual, a una renta menor, incluso, a una autorización expresa y escrita de una cesión futura del contrato de arrendamiento.

Todas estas argumentaciones las comparto con el autor, salvo que una cosa es el carácter expreso o tácito del consentimiento y otra bien distinta su forma escrita o verbal⁵³. Con ello corroboro que nos encontramos, en el caso de viviendas solidarias y para personas con discapacidad, ante una clara cesión y no, como erróneamente se ha interpretado hasta por el propio arrendador, la coexistencia de dos relaciones jurídicas independientes.

En efecto, el solapamiento en el tiempo de los dos contratos arrendaticios sobre una misma vivienda pública, así como la interconexión entre ambas a un fin social, nos lleva inexorablemente a interpretar que la novación subjetiva señalada se trata de una cesión arrendaticia.

En definitiva y como recapitulación sobre la cesión arrendaticia:

- 1) La alteración de los elementos personales en el arrendamiento urbano, aunque se verifique *de facto*, quedará legitimada cuando se funde en un título legal o contractual que así lo autorice; título cuya existencia ha de ser plenamente acreditada por la parte que lo invoque en su favor.
- 2) Como ya he defendido, entiendo que solo la cesión arrendaticia es, en puridad, una novación subjetiva. No puede confundirse la figura jurídica de la cesión con la del subarriendo, ya que la primera, en el ámbito de los arrendamientos urbanos, implica la transferencia por el arrendatario a un tercero del uso de la cosa, operándose una novación subjetiva en el titular del derecho. En esta cesión desaparece el cedente de la relación contractual y es sustituido en ella por el cesionario, estableciéndose así un enlace directo con el arrendador en todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato. En el subarriendo, la relación arrendaticia no desaparece, sino que se mantiene, sin perjuicio de los derechos y obligaciones respectivamente reconocidas e impuestas al arrendador, siempre y cuando ese contrato de subarrendamiento haya sido consentido expresamente. Según VÁZQUEZ BARROS⁵⁴ debemos tener en cuenta que el cesionario se subrogará en la posición del cedente frente al arrendador, por lo que la relación personal originaria entre arrendatario y arrendador sufrirá una novación subjetiva sin que ello implique una extinción del contrato. Disiento por tanto que se trate en el subarriendo de una novación subjetiva. En mi opinión, por vericuetos distintos: léase bien piso tutelado o vivienda pública

⁵³ Vid. SAP de Cádiz de 9 de septiembre de 1994.

⁵⁴ Op. cit.

del programa para alojar a una sola persona necesitada y/o a su familia, llegamos a idéntico resultado, que es una cesión arrendaticia. No en vano, estamos frente a una cesión implícita, contractual y documentalmente otorgada a favor del arrendatario, el cual podrá disponer de ella, a su vez, en favor de un tercero participante de los programas, por mor de los mencionados convenios de finalidad social.

En la cesión, el cesionario se subroga frente al arrendador de forma directa y personal ocupando la posición del cedente y, por tanto, adquiriendo todos los derechos y obligaciones que aquel ostentaba, como si se tratase del arrendatario originario del contrato de locación con el arrendador. Por tanto, aunque no se quiera ver esta realidad jurídica incluso por la propia arrendadora, el rigor jurídico excluye separarse de la calificación técnica real.

Y en mi opinión, en el subarriendo aunque paradójicamente, produce cierta cesión arrendaticia, lo cierto es que concurre una novación subjetiva, material, pero respecto del arrendatario, pues éste conserva derechos y obligaciones en el arriendo, por más que se sumen los derechos y obligaciones del subarrendatario al complejo locativo.

Subraya el repetido autor que, en el apartado primero de este artículo comentado, se dispone que solo quepa la cesión a favor del arrendatario cuando sea comunicada al arrendador por escrito y éste preste su conformidad por lo tanto, esta autorización habrá de ser expresa. Lo que no indica este precepto, es el momento en que podrá otorgarse, lo que nos lleva a suponer que ésta bien puede tener lugar antes o durante la vigencia de la relación arrendaticia, ya que nada impide a que las partes opten a dicha cesión con posterioridad a la vigencia del contrato, o sea negociada la autorización, con inclusión como cláusula especial dentro del propio contenido del contrato que pretenden celebrar.

Como ya he mencionado, me muestro disconforme con el rigor legal de la exigencia de comunicación expresa, pero conforme con el amplio abanico del momento en que tal comunicación se produzca, incluso, como he defendido, que se manifieste *ex ante* y por medio de los meritados convenios sociales. De la misma opinión es la profesora MORENO-TORRES⁵⁵, que concluye que el consentimiento para subarrendar, lo mismo que para ceder, tanto puede ser previo, como simultáneo o posterior a su celebración.

Para VÁZQUEZ BARROS⁵⁶ la cesión ha de ser total y sin que medie precio, pues de lo contrario estaríamos ante un subarriendo; por otro lado téngase en cuenta que, el subarriendo además de expreso, escrito y previo, establece la ley que ha de ser parcial, sin incluir la totalidad del uso del bien arrendado, lo que lo diferencia sustancialmente de la cesión. Ésta habrá de ser siempre en su totalidad, pues afecta a todos los derechos y obligaciones que unían al arrendador y al arrendatario (cedente). La cesión, implica una subrogación del cesionario en lugar del cedente, dando lugar así a una nueva relación personal del primero con el arrendador, con lo cual el cedente arrendatario originario desaparece de esta relación contractual. Mientras que en el subarriendo se establece una doble relación personal con el arrendador, por un lado, sigue manteniendo su posición dentro de la relación arrendaticia; y, por otro, la del subarrendatario que entre dentro de aquella relación, la cual da lugar a una nueva y personal con el arrendatario, en virtud de una cesión parcial del uso de la cosa arrendada a cambio de una renta; podría decirse que el arrendatario originario adquiere en tal caso la condición de arrendador respecto del subarrendatario.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el consentimiento del arrendador al arrendatario en lo que a la cesión respecta, este precepto requiere que sea por escrito, cabría plantearse

⁵⁵ Op. cit., pág. 31.

⁵⁶ Op. cit.

una autorización verbal por parte del arrendador; en tal supuesto podemos pensar que esta posibilidad sí cabe basándome en la teoría de los actos propios y por lo tanto, el arrendador se vería obligado a ampararse en este precepto a la hora de instar la resolución contractual por una cesión incontestada. Aunque, en todo caso, todo ello quedaría reducido a una discusión y prueba del derecho que se invoque (arrendador: cesión incontestada y resolución contractual; arrendatario: cesión consentida por el arrendador). Pero, la cesión siempre implicará una desaparición de la relación personal habida entre el cedente (arrendatario originario) con el arrendador, cuya posición contractual pasa a ser ocupada en su totalidad por el cesionario.

Además, en ningún caso se podrá admitir la cesión mediante el pago de una compensación económica. También y como se expuso anteriormente, debemos de tener muy presente la diferencia entre las figuras jurídicas tratadas en el apartado 1 y 2 de este precepto que se comenta (cesión y subarriendo); ya que en la primera y en el ámbito de los arrendamientos urbanos, implica la transferencia por el arrendatario a un tercero del uso de la cosa, dando lugar así a una novación subjetiva en el titular del derecho, puesto que desaparece la relación contractual existente entre el arrendatario originario y el arrendador, siendo sustituido en ella plenamente por el cesionario, dando ello lugar a una relación directa de este cesionario con el arrendador en todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato celebrado en su día por el cedente; mientras que, en el subarriendo, nos encontramos ante una relación arrendaticia en donde no desaparece, sino que se mantiene, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que respectivamente se le reconocen y se le imponen al arrendatario, siempre y cuando este contrato de subarriendo haya sido consentido expresamente por la parte a la que perjudica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.2 LAU1994.

Por lo que respecta al apartado segundo, cabe que reseñar que, al igual que en la cesión, este artículo exige para que el subarriendo sea lícito y eficaz, el consentimiento previo y escrito del arrendador; por lo cual cabría preguntarse qué ocurre cuando este consentimiento es emitido posteriormente al subarriendo ya operado. En principio, podría pensarse que resulta rechazable por no haberse cumplido el mandato legal en el momento que la norma lo establece; pero por otro lado, el autor cree, y yo particularmente comparto, que sería perfectamente aceptable en su cualidad de subsanación de un defecto legal y que implicaría la autorización o el consentimiento dado a posteriori por el arrendador a ese subarriendo, como una renuncia a su derecho de instar la resolución contractual según lo dispuesto en el artículo 27.2.c LAU 1994.

Pero al margen de lo indicado, en cualquier caso el arrendatario debe tener mucha precaución y respetar, en su integridad, la disposición legal (comunicación al arrendador y consentimiento previo y por escrito de éste al subarriendo) a fin de evitar el riesgo de perder la vivienda arrendada por haber instado el arrendador la resolución contractual por subarriendo incontestado. Ahora bien, el subarriendo ha de tener causa de un precedente imperfecto convenio arrendaticio, al que se subordina y del que recibe vida y razón de ser; es un segundo arrendamiento, con sustantividad propia, jerarquía y cronológicamente conectado al primero en cuanto a que, de un lado, por parte del antecedente principal negocio locaticio y, de otro, solo adquiere vigencia y reconocimiento una vez perfecta la *locatio conductio*; convirtiéndose en arrendatario originario, proyectándose las voluntades sobre *res locata*, en arrendador de la segunda convención. Es decir, nace un segundo arrendamiento celebrado por el arrendatario con el propietario del inmueble, derivándose de él vía sucesión constitutiva.

Otro requisito imperativo previsto en este apartado, es que el precio del subarriendo no podrá exceder, en ningún caso, al que realmente corresponda al total del arrendamiento;

siendo ésta otra de las diferencias con la cesión, en la que la transmisión de la finca arrendada no tiene como contrapartida una compensación económica. De esta forma se quiere evitar que el subarriendo se convierta en negocio para el arrendatario sin participación por parte del arrendador-propietario en la cosa que es de su propiedad. Por tanto, en relación con el precio, esta norma prohíbe al arrendatario que cobre por el subarriendo cantidad mayor a la que él mismo paga en calidad de renta por su cualidad de arrendatario. En el supuesto de concurrencia de varios subarriendos parciales respecto de la misma cosa, ha de entenderse que este precio total, sumados todos ellos, no puede sobrepasar el límite indicado. Por tanto, percibiendo el arrendatario el total de las rentas parciales correspondientes a los subarriendos, como mucho podrá igualar a la renta debida al arrendador, incluyéndose los gastos generales y cualquier otro tipo de repercusión patrimonial permitida por ley.

En cuanto a las normas aplicables a los subarriendos sobre inmuebles destinados para cubrir las necesidades de vivienda permanente del arrendatario, se regirá por lo dispuesto en el Título II; en los demás casos (los relativos a locales de negocios) se regirá por los acuerdos *inter partes*.

En este sentido, entiende MORENO-TORRES⁵⁷ que el artículo 8 LAU 1994 *in fine* limita la autonomía de los particulares, al disponer imperativamente que “el precio del subarriendo no podrá exceder, en ningún caso, del que corresponda al arrendamiento”. Sin embargo, creo que en los pseudo-subarriendos de los “pisos tutelados” en el programa de viviendas solidarias, sí se podría defender que la suma del precio de los subarriendos excediera de la renta que percibe de la entidad social, la EMVS y ello, simple y llanamente, porque además de la solución habitacional, las personas participantes reciben un servicio o intervención social.

Así las cosas, cuando este subarriendo fuese parcial sobre finca urbana destinada a cubrir las necesidades permanentes del arrendatario, se regirá por este Título II y en este sentido, las partes no podrán alterar las normas imperativas establecidas para tutelar la posición “débil” del arrendatario; aunque sí se podrán recoger en el contenido del contrato aquellas cláusulas que impliquen un beneficio para éste y que en definitiva, tiene como contrapartida renuncia a derechos reconocidos en favor del arrendador en la propia ley.

Por otro lado, cuando se trate de subarriendos relativos a inmuebles no destinados a vivienda permanente del arrendatario, de temporada o locales comerciales, entonces serán los acuerdos de las partes, en atención a la autonomía de la voluntad, la que constituya ley suprema a la hora de regular esa relación arrendaticia.

Pero en tal caso, debemos entender, que se trata de esas relaciones entre arrendatario y subarrendatario, habida cuenta que el arrendador queda fuera de esta nueva relación jurídica creada, y respecto de la cual solo se limita a dar su consentimiento escrito. Este planteamiento responde muy bien al modelo de programas sociales objeto de este trabajo, pues es bien cierto que las entidades con fines sociales y las personas y/o familias participantes protagonizan las relaciones arrendaticias y de intervención social, quedando el papel del arrendador reducido a la puesta a disposición de las viviendas públicas para las entidades.

En este punto cabría preguntarse si un “piso tutelado”, debe ser considerado o no como inmueble destinado a vivienda, en terminología de la LAU 1994. Personalmente, me inclino a calificar a los “pisos tutelados” como no destinados a vivienda permanente en el sentido de la Ley especial. Por tanto, este tipo de contratos locativos que recaen sobre viviendas colectivas con servicios sociales incluidos, deben regirse por la autonomía de la voluntad de las

⁵⁷ Op. cit., pág. 33.

partes. Esta interpretación personal tiene su apoyo legal en la mención del artículo 3, párrafo 2 de la LAU 1994 recogiendo como arrendamientos “para uso distinto del de vivienda” los celebrados para ejercerse en la finca una actividad “profesional” y/o “asistencial”, cualquiera que sean las personas que los celebren.

En cuanto a la duración del subarriendo, la cualidad de subarrendatario se extinguirá siempre y cuando ocurra lo propio con la cualidad de arrendatario; y ello es así porque esta extinción arrastra la relación directa y personal del subarrendatario con la del subarrendador (arrendatario, en la relación contractual). En este punto, MORENO-TORRES⁵⁸ nos ilustra afirmando que la subsistencia del subarriendo no es nunca posible si desaparece la relación arrendaticia en que descansa. Puede ocurrir por múltiples causas, entre otras por el vencimiento del término pactado, por resolución por incumplimiento, por mutuo disenso, por desistimiento, o por adquirir el arrendatario la vivienda arrendada⁵⁹.

Por tanto, ante un subarriendo destinado a vivienda permanente, éste tendrá la misma duración contractual que la del arrendamiento, por estricta aplicación de la norma. Por lo que el subarriendo no podrá tener una duración más allá de la que dure el arriendo, del mismo modo que ni arrendador ni arrendatario podrán extinguir el subarriendo con anterioridad, ni pactar un plazo inferior entre ambos, salvo que sea el subarrendatario quien incurra en alguna de las causas de extinción, en atención a lo previsto en el artículo 1.124 CC, según el artículo 27.1 LAU 1994. Pero, cabe subarrendar por un período inferior, si el subarriendo es para un uso distinto del que inmueble arrendado, en cuyo caso cabe aplicar lo expresamente acordado por las partes como ley suprema. Del mismo modo, si la relación arrendaticia se extingue por causa imputable al arrendatario, evidentemente esta desaparición acarrea también a la del subarriendo. Dispone el artículo 8.2.3: “El derecho del subarrendatario se extinguirá, en todo caso, cuando lo haga el del arrendatario que subarrendó”, sin que la norma recoja excepción alguna y con independencia que, con posterioridad el subarrendatario pueda exigir al arrendatario, la pertinente indemnización por daños y perjuicios, o por incumplimiento de sus compromisos, o por ser el causante de la resolución del contrato principal que determina la del subarriendo. Así el contrato de subarriendo se resuelve por el vencimiento del plazo contractual establecido para el contrato principal que liga al arrendador y arrendatario; pero no existe óbice legal para que el subarriendo se pacte con carácter indefinido o se establezca un sistema de prórroga forzosa, en el sentido que ello estará siempre supeditado a la duración del propio arrendamiento.

Cabe la posibilidad de que el arrendatario renuncie antes de que transcurra el plazo de vigencia del subarriendo, en cuyo caso solo podrá el subarrendatario promover acción contra el arrendatario-subarrendador si éste hubiere causado algún daño o perjuicio a aquel, por su exclusiva voluntad y en virtud de algún pacto ilícito concertado entre ellos, pero, sin poder ejercer ninguna acción contra el propio arrendador, con el que nada le une.

Por lo que atañe a la duración de los subarriendos, queda subordinada a la del arrendamiento; así que el subarriendo desaparece con la “confusión”. Sin embargo, en ningún caso puede pensarse en el mantenimiento de un contrato de subarriendo, habiéndose extinguido el del arrendamiento del que trae causa.

Por consiguiente y, en cuanto a la duración del subarriendo, debemos entender que no hay un plazo mínimo para su estipulación, pudiendo las partes (subarrendatario y arrendatario) establecer un plazo máximo que tendría como límite el convenido entre el arrendata-

⁵⁸ Op. cit., pág. 35.

⁵⁹ En contra, F. REGLERO CAMPOS, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Pamplona, 1995, pág. 644.

rio y el arrendador, o en su defecto el máximo legal establecido (3 años), pero en ningún caso es necesario ni obligatorio que coincida con la extinción del contrato de arrendamiento originario o principal y que debe, por lo tanto, coincidir con el plazo mínimo legal del artículo 9 LAU para los arrendamientos. Lo único importante, es que el subarriendo se extinguirá no solo cuando se extinga la relación personal del arrendatario con el arrendador, sino también por expiración del plazo acordado por las partes (subarrendatario y arrendatario); por tanto, la temporalidad del subarriendo queda al libre arbitrio de lo convenido por las partes.

Ante el silencio de este artículo 8.2, el subarriendo supone una relación contractual de igual naturaleza a la del arrendamiento primero (el originario), que recibe su carácter específico del hecho de que el arrendador sea, a su vez, arrendatario y lo que origina la posibilidad de relaciones entre el subarrendatario y arrendador primitivo, comienza un nuevo contrato de arrendamiento subsistiendo la personalidad del arrendatario. Habiendo declarado la jurisprudencia que los caracteres del arrendamiento de cosa (cesión de goce o uso por tiempo determinado y precio cierto, conforme lo dispone el artículo 1.543 CC), convienen también al subarriendo, no se diferencia sustancialmente al arriendo, sino que en él, es el arrendatario quien se obliga a la cesión del uso o goce de la cosa que mantiene en arrendamiento, adquiriendo el carácter de arrendador. En tal sentido el artículo 1.543 CC dispone expresamente que: “En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra o el uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto”.

Adicionalmente, el subarriendo se distingue de la cesión por su naturaleza y efectos; la cesión supone la desvinculación del titular arrendaticio y su sustitución por un tercero; mientras que el subarriendo, el arrendatario permanece vinculado al arrendador y surge una nueva relación arrendaticia entre él y el subarrendatario. En la cesión, se transmiten íntegramente los derechos y obligaciones al arrendatario, mientras que en el subarriendo se arriendan y no se “enajenan”. Téngase en cuenta, que el subarriendo no es más que un contrato de arrendamiento que realiza el arrendatario, recayendo sobre la cosa por él arrendada, y por ello, ha de tener los mismos elementos estructurales del arrendamiento, entre ellos, el tiempo determinado y precio cierto. Para que el subarriendo pueda tener tal consideración, la persona subarrendataria deberá ostentar idénticos derechos y obligaciones que un arrendatario cualquiera; es decir, un derecho o permanencia mínima en la vivienda y una obligación de pagar una renta fija.

Asimismo y como causa de resolución contractual, la incorporación de persona ajena en un inmueble, incluso, cuando la cesión sea a un hijo, siempre que se trate de hijo que no tuviese en aquel momento una convivencia familiar con el padre (arrendatario). De ahí, que los contratos de cesión realizados por las entidades sociales establezcan: “No estará permitida la pernoctación de personas ajenas a la unidad familiar, salvo en el caso de visitas puntuales. Para ello se deberá de informar al equipo de Vivienda Solidaria de la identidad de la/s persona/s y el periodo de tiempo de estancia, y el equipo deberá dar su consentimiento por escrito”.

VÁZQUEZ BARROS⁶⁰ resume todo lo expuesto en relación con este artículo comentado de la ley especial arrendaticia, en las siguientes consideraciones:

- a) Por lo que respecta a los subarriendos, para que el mismo resulte lícito y efectivo, han de concurrir dos requisitos: 1) que el arrendador preste consentimiento expreso, escrito y previo; y, 2) que sea parcial sobre el bien ya arrendado.
- b) A la hora de determinar la norma aplicable a los subarriendos, debemos partir de la distinción entre aquella finca destinada a cubrir la necesidad de vivienda permanente

⁶⁰ Op. cit.

del arrendatario (artículo 2.1), de aquellas otras que tienen un destino distinto (artículo 3). Así las cosas, para calificar al subarriendo se habrá de estar, no al contrato de arrendamiento principal (celebrado entre arrendatario y arrendador), sino al propio contrato de subarriendo (celebrado entre el subarrendatario y arrendatario), por lo que, y aunque parezca sorprendente, contando con los permisos del arrendador, se podrá formalizar un subarrendamiento sobre una vivienda que tuvo en su origen un destino distinto al de subarriendo; así por ejemplo se podrá arrendar un inmueble como vivienda permanente del arrendatario y éste, a su vez, subarrendar parte de ella para que el subarrendatario realice en la misma una actividad profesional.

- c) Por lo que respecta a los arrendamientos destinados a fines distintos al de vivienda permanente del arrendatario, se registrarán únicamente por lo acordado por las partes sin expresa mención a un régimen especial.
- d) En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o el uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto, y estos caracteres conviven también en el subarriendo, el que no se diferencia sustancialmente del arriendo, sino que en él es el arrendatario quien se obliga a la cesión del uso o disfrute que tiene en arrendamiento, adquiriendo en su virtud el carácter de subarrendador.
- e) El subarriendo no puede tener más extensión temporal que la del arrendamiento urbano del que deriva, pues es principio jurídico fundamental que los derechos derivados no pueden ir más que los originarios.
- f) Nada obsta para que se perfeccionen subrogaciones entre personas distintas cuando el arrendador lo consiente, y a dichas subrogaciones entre personas distintas ha de darse toda la eficacia jurídica prevista en la ley, recayendo la carga de la prueba del consentimiento sobre el arrendatario.
- g) La doctrina legal aplicable al subarriendo o cesión está elaborada sobre una nueva y diferente personalidad, supuestos diferentes son los casos de coordinación entre empresarios con personalidades independientes, que tienen una actividad legítima y protegible.
- h) La LAU 1994, en su conjunto, regula y perfila tres formas de modificaciones subjetivas en la relación arrendaticia, el subarriendo y la cesión, de aplicación general tanto a las viviendas como a los locales de negocio y el traspaso, limitado solo a estos últimos. Los tres supuestos señalados de modificación arrendaticia tienen distinta naturaleza jurídica, así como notables diferencia de tratamiento legal dentro de la LAU 1994.
- i) Con la LAU 1994, desaparece la cesión *inter vivos* realizada a favor de familiares del arrendatario, a quienes la antigua ley autorizaba, respetando exclusivamente la sucesión arrendaticia por causa de muerte del arrendatario en los supuestos previstos del artículo 16.
- j) Se prohíbe la cesión de vivienda sin consentimiento de arrendador propietario y la subrogación total, prohibiciones éstas absolutas, aún en el caso de que hubiese mediado consentimiento del arrendador autorizando una situación contraria.
- k) Este precepto, al igual que la legislación anterior, sigue distinguiendo entre cesión y subarriendo, exigiendo en ambos casos el consentimiento expreso y escrito del arrendador como requisitos *sine qua non* para la validez de estas nuevas situaciones. Ahora bien, en los casos de crisis matrimoniales y como consecuencia de unas nuevas nupcias, se integra una nueva persona en el domicilio arrendado, da lugar a un subarriendo total o parcial, gratuito u oneroso, o a una cesión total o parcial, lo

que es cuestión meramente semántica, pues en todo caso estará justificada la resolución del contrato, ya que el carácter consensual originario del vínculo ha quedado roto por la subrepticia inclusión de un tercero en la relación.

- l) Si bien es cierto que este artículo posibilita la cesión del contrato a un tercero, y el artículo 12 prevé el desistimiento del arrendatario y la posibilidad de continuar el cónyuge en el arriendo, imponiendo al arrendador esa sucesión con sólo notificarle tal propósito, con mayor razón cabrá esa concentración en uno de los cónyuges de los derechos y obligaciones en los supuestos de crisis matrimonial, que por analogía por lo dispuesto en el último precepto citado, habrá de entenderse que debe imponerse al arrendador con sólo poner en su conocimiento dicha circunstancia.
- m) La ley no establece una limitación en cuanto al número de subrogaciones (parciales); nada prohíbe al arrendatario llevar a cabo varios subarriendos de la finca arrendada, siempre y cuando cumpla con las exigencias legales que se le imponen como son: contar con el consentimiento previo, escrito y expreso del arrendador; y que sea parcial (o lo que es lo mismo, que siga el arrendatario parte del inmueble que arrienda), pues en este último caso estaríamos lo que se puede denominar una cesión completa del inmueble lo cual está expresamente prohibido por este artículo. Por tanto, el precepto exige que la subrogación sea parcial por lo que, si la novación subjetiva del contrato es completa el arrendatario incurriría en posible causa de resolución contractual según lo dispuesto en el artículo 27 de esta ley especial.
- n) El simple hecho de resolver el contrato de inquilinato trae consigo la extinción del subarriendo.
- o) Si el contrato de arrendamiento ha quedado resuelto por fallecimiento del inquilino, como consecuencia de ello, ha quedado también resuelto el contrato de subarriendo o cualquier relación arrendaticia que aquel hubiere celebrado con quien mantiene su situación de subarrendatario.
- p) Para que un subarriendo pueda considerarse como tal, la persona subarrendataria deberá tener los mismos derechos y obligaciones que un arrendatario común; es decir, un derecho a una permanencia mínima en la vivienda una obligación de pagar una renta fija.

En general, coincido con el buen análisis que de la cesión arrendaticia y subarriendo hace en su obra VÁZQUEZ BARROS, pero aplicado dicho análisis a la singularidad de los arrendamientos de las viviendas solidarias y para personas con discapacidad, creo que no tiene cabida la figura del subarriendo, investido en forma de “piso tutelado” dada la virtualidad y características que les son propias. Así, a pesar de que se trate de un disfrute parcial de la vivienda pública el que tiene el subarrendatario alojado por mor de alguno de los citados programas sociales, entiendo que en realidad se verifica una cesión arrendaticia en toda regla y buena prueba de ello, es que la mercantil municipal es ajena al desarrollo y gestión de dichos programas, colaborando con los mismos, única y exclusivamente en la puesta a disposición de las viviendas protegidas para las entidades sociales participantes.

Finalmente, conviene hacer una precisión en cuanto a que lo que se pone en valor en estos programas sociales es uso, goce y disfrute de las repetidas viviendas públicas, pues poco o nada obsta para su desenvolvimiento, que el arrendador sea o no propietario de las mismas. Por consiguiente, los marcados objetivos sociales, se pueden alcanzar de igual forma teniendo y cediendo el uso y disfrute, aunque no se tenga la propiedad de dichas viviendas. Pues, como nos ilustra DE CASTRO⁶¹, no es solo el propietario el que puede arrendar su

⁶¹ F. DE CASTRO Y BRAVO, “Cesión de arrendamiento y subarriendo”, *cit.*, pág. 131.

cosa, sino que el usufructuario o el enfiteuta pueden transmitir por tal título, como arrendadores, el goce o uso que sobre la cosa les corresponda.

5.3. Responsabilidad patrimonial de la administración local por los programas sociales

En la práctica, el caso más frecuente que pueda ocurrir de responsabilidad de la mercantil local que desarrolla la política de vivienda del Ayuntamiento, como propietaria de las viviendas públicas de los programas sociales, es el impago de las cuotas de comunidad de propietarios de los inmuebles en los que se integran las viviendas.

Los contratos realizados por las entidades establecen la previsión del pago de los gastos de comunidad por las personas que participan en el programa⁶². En el hipotético caso que las cuotas no sean abonadas ni por las personas alojadas, ni por la entidad social, la responsabilidad de su satisfacción es lógicamente de la mercantil municipal propietaria, utilizando para ello y fondos públicos de las arcas municipales. Como ya hemos expresado, la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo, EMVS, es una sociedad anónima con capital cien por cien municipal que desarrolla la política de vivienda del Ayuntamiento de Madrid desde hace más de treinta años. En cuanto a su objeto social, no solo facilita el acceso a la vivienda a los sectores con mayores dificultades, sino que cumple con otras directrices de la política de vivienda, con un marcado carácter social.

Dicha circunstancia, justifica la improcedencia del embargo judicial de sus cuentas derivado de una ejecución de título judicial⁶³, tras el oportuno juicio declarativo o monitorio en reclamación de dichas cuotas comunitarias, por poder tener naturaleza demanial sus saldos, a tenor de los artículos 5, 6 y concordantes de aplicación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Sabido es que la obligación de los copropietarios de contribuir al sostenimiento de los gastos comunes, es una obligación personal, es decir, que debe ser cumplida por aquel que es el propietario del inmueble en el momento en que las cuotas se devengan y ya no es obligatorio demandar al titular registral, sino potestativo, lo que resulta más acorde con las circunstancias posibles en la práctica. El artículo 21.4 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal⁶⁴ condiciona la posibilidad de dirigir la petición inicial contra el anterior propietario, y así mismo contra el titular registral, a los supuestos en que dicho propietario o titular registral deban responder solidariamente del pago de la deuda y el artículo 9.i) del mismo texto legal establece como supuesto de solidaridad, la falta de comunicación al secretario de la comunidad del cambio de titularidad en la vivienda. Pero al margen de estas precisiones que atañen sólo en lo relativo a la propiedad de la vivienda generadora de las cuotas de comunidad debidas, el Tribunal Supremo nos recuerda en sus sentencias⁶⁵ que, un examen de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, exige concluir que el

⁶² En los contratos de cesión arrendaticia se establece textualmente lo siguiente: “El/la residente se compromete al pago de la cuota mensual de lo estipulado en el programa de viviendas solidarias (2€ por m²). Los pagos se realizarán por mes adelantado, entre el primero de mes y el día 7. La forma se realizará mediante domiciliación bancaria al número de cuenta de la Caixa 2100 3062 48 XXXXXXXXXXXX y ABD informará mensualmente de los cobros realizados. Así mismo, también se compromete al pago mensual de las cuotas de la comunidad correspondientes y a la tasa anual de basura”.

⁶³ Léase sentencia.

⁶⁴ En su última redacción dada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (B.O.E. 27 junio), con vigencia desde el 28 junio 2013.

⁶⁵ A modo de ejemplo, STS 4916/2011 de 20 de julio de 2011 (Fundamento de Derecho Tercero).

concepto de “cantidades asimiladas a la renta” incluyen el importe del coste de los servicios, suministros y de las cuotas de la comunidad de propietarios.

Por consiguiente, esto nos lleva a la conclusión de que la mercantil municipal podría desahuciar a las entidades sociales arrendatarias y, por ende, a las personas residentes o alojadas que participan del programa⁶⁶ por el impago de estas cuotas de comunidad, cantidades asimiladas a renta según la doctrina del Alto Tribunal.

Mi maestra la profesora MORETÓN SANZ⁶⁷ ilustra al respecto de la responsabilidad del contratista -análogamente será en nuestro caso la entidad social- que cuando no haya dudas sobre su responsabilidad, no será imputable a la Administración ni se registrarán las consecuencias dañosas por el ordenamiento administrativo.

En suma, como advierte la doctrina al interpretar esta modalidad contractual, el contratista concesionario “asume el deber de hacer frente a las responsabilidades que se pudieran derivar de la gestión del servicio”⁶⁸.

Dado el régimen de concesión de los prestadores privados, a diferencia, por ejemplo, del ámbito educativo cuyo responsable, según pacífica doctrina, será el titular del Centro, en nuestra materia nada impide que sean interpuestas pasivamente acciones tanto contra la Administración cuanto al concesionario, evitando con ello la jurisdicción y ordenamiento privados. En definitiva, las sucesivas reformas procesales imputan, en exclusiva, al orden contencioso-administrativo cualesquiera cuestiones en que intervenga una Administración, poniendo término al peregrinaje de jurisdicciones. Idénticas cuestiones se reproducirán, caso de que la prestación del servicio público sea dispensada por entidad local, recurriendo a alguna de las coberturas previstas en derecho como pueda ser la concesión.

En este punto, téngase presente que, como hemos señalado, la mejor doctrina ha destacado la obligación del concesionario de indemnizar a terceros por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio⁶⁹.

Los pactos arrendaticios de los programas sociales tratados, solo alcanzan a tratar la posible responsabilidad por impago de rentas y suministros, pero como el objetivo de los mismos es orientar, atender y apoyar a la persona o familia acogida al programa, ofreciendo una atención multidisciplinar con el fin de mejorar la calidad de vida de todos sus miembros, no es del todo descabellado imaginar una posible responsabilidad de la entidad social y por ende, de la Administración local a la postre.

Sin embargo, la evidencia aplicable, tanto a los preceptos correspondientes sobre la imputabilidad del daño cuanto a la vía civil competente, si fuese demandado en exclusiva el concesionario, deja sin despejar ciertos aspectos controvertidos.

⁶⁶ En cuanto al desahucio y subsiguiente lanzamiento con terceros ocupantes, la LECiv. en su artículo 704.2 establece lo siguiente: “Si el inmueble a cuya entrega obliga el título ejecutivo estuviera ocupado por terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización de aquél, el Secretario judicial responsable de la ejecución, tan pronto como conozca su existencia, les notificará el despacho de la ejecución o la pendencia de ésta, para que, en el plazo de diez días, presenten los títulos que justifiquen su situación”.

⁶⁷ M^a. F. MORETÓN SANZ, “Cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial y el servicio de atención residencial suministrado en régimen público y en régimen de concesión: vis atractiva del orden contencioso versus vis residual de la jurisdicción civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 731, pp. 1.549-1.784.

⁶⁸ J. BERMEJO VERA (Dir.), *Práctica de la Administración Local*, 5, Barcelona, 2005, pág. 3.538.

⁶⁹ M^a.F. MORETÓN SANZ, *Ibidem*.

Es el supuesto de la pretensión resarcitoria ejercida, subsidiaria o directamente⁷⁰, contra la Administración titular del servicio público a la que, en principio, se da respuesta negativa, advirtiéndose por la mejor doctrina que únicamente será viable si concurre la insolvencia del gestor del servicio⁷¹.

En este punto, téngase en cuenta que la Ley 30/1992 no contempla ninguna previsión sobre los concesionarios y contratistas de las Administraciones Públicas.

Las interpretaciones sobre la distribución de la responsabilidad entre el contratista y la Administración contratante son las siguientes:

1. La Administración contratante tendrá obligación de indemnizar si el daño causado está directamente relacionado a una orden impuesta o en un vicio del proyecto [...] “la Administración también respondería cuando ostentara poderes de dirección, vigilancia y control de la ejecución del contrato y no los hubiera ejercido correctamente, de modo que pudiera afirmarse que había incurrido en culpa *in vigilando*. En este tercer supuesto, la responsabilidad de la Administración concurriría junto a la del contratista”.
2. La segunda imputa la responsabilidad a la Administración con el ulterior ejercicio de las acciones de regreso.
3. Finalmente, es posible que sea el contratista quien asuma, en virtud de la cuenta y riesgo que le corresponde, las consecuencias lesivas, línea preferida últimamente por el Tribunal Supremo.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de este servicio, a la Administración incumbe la potestad de interpretar el contrato, por lo que -siempre y cuando se ventile en un procedimiento administrativo y con audiencia del contratista o concesionario- podrá declarar la responsabilidad del adjudicatario, ventilándose en vía administrativa y luego siendo susceptible de recurso contencioso-administrativo⁷².

Pero en definitiva, lo relevante es que si se tratara de reclamar responsabilidad patrimonial a la EMVS derivada de los programas sociales sobre los que versa este trabajo, la primera cuestión a analizar por el Juzgador, al ser prioritaria, sería la relativa a la falta de legitimación pasiva de aquélla. Habida cuenta que la cuestión central del procedimiento sería que se declare la supuesta responsabilidad patrimonial de la Administración y que es propiamente el Ayuntamiento de Madrid quien deba responder de esta actuación administrativa, no la EMVS, que carece potestades administrativas, por ser una sociedad mercantil anónima que simplemente era la propietaria de la vivienda pública, cedida en el programa social de que se trate. Como entidad independiente que es, no puede verse afectada en forma alguna por los pronunciamientos que pudieran hacerse contra el Ayuntamiento. Salvo que se ejercite alguna acción que afecte de forma directa a la vivienda, que es propiedad de la EMVS.

Por tanto, dado que la eventual estimación de la acción ejercitada carece de alcance alguno contra EMVS, y que no interviene en la relación jurídica en que se fundamente la hipotética demanda de responsabilidad patrimonial, entiendo que procedería estimar la

⁷⁰ Téngase presente el artículo 54 de la Ley de Bases de Régimen Local: “las entidades locales responderán directamente a los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

⁷¹ Vid., MESTRE DELGADO, “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, en *Tratado de Derecho Municipal*, MUÑOZ MACHADO (Dir.), Madrid, pág. 1.488.

⁷² M^a.F. MORETÓN SANZ, *Ibidem*.

falta de legitimación pasiva, con la consiguiente desestimación de la demanda respecto de esta codemandada, frente a la responsabilidad, en su caso, del organismo que se trate del Ayuntamiento, que en definitiva es el promotor directo de las políticas sociales promovidas por los referidos programas.

6. ASPECTOS PROCESALES: COMODATO Y LEGITIMACIÓN PASIVA DEL SUBARRENDATARIO

Sabido es que, el contrato de comodato está caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado, facultando al comodante para reclamar la cosa prestada únicamente cuando ha transcurrido dicho plazo o ha concluido el uso para el que se prestó, excepción hecha de los casos en que tuviere la urgente necesidad de ella, según el artículo 1.749 del Código Civil.

En el caso de que las entidades sociales alojen a varias personas, de acuerdo al tamaño de las viviendas, y no realicen con aquéllas contrato arrendaticio alguno, aunque suscriban algún pacto relativo a la atención o intervención social, entiendo que se pone de relieve un préstamo de uso, del cual las audiencias provinciales solían decir que “la atribución de uso capaz de impedir la situación de precario tan solo sería la de aquel que, por embeber una dimensión temporal, es capaz de servir para fijar una duración determinada del comodato. Si ello no es así, aunque se haya pactado un uso concreto, no se elude la consideración de precario que contempla el art. 1750 CC”⁷³.

Esta cuestión planteada fue ventilada por el Tribunal Supremo el 2 de octubre de 2008, estimando un recurso de casación con trasfondo de crisis de pareja, en el que se fijó como doctrina jurisprudencial que la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar, es la propia de un precarista, si bien los conflictos y asuntos sobre esta materia aún no han sido resueltos

Como ya hemos dicho, el artículo 8 LAU 1994 establece para el arrendamiento de vivienda, que el inmueble solo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento por escrito de arrendador.

Siguiendo a IBARRA SÁNCHEZ⁷⁴, en principio, el subarrendatario no es parte en el proceso y no hay obligación legal de demandarlo.

Ahora bien, puede ocurrir que el subarrendatario intente personarse en el procedimiento -parece claro que posee interés legítimo- pues la extinción del título del arrendatario supondrá inmediatamente la del suyo y la conversión de su situación en precario. Al amparo del art. 13 de la LECiv, que regula la intervención voluntaria y mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado en el pleito.

SAMANES ARA⁷⁵ se plantea el interrogante de si la LECiv está admitiendo únicamente la posibilidad de intervención cuando quien entra en el proceso es un sujeto cotitular del

⁷³ Vid. SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 27 de febrero de 2006.

⁷⁴ J.L. IBARRA SÁNCHEZ, “Teoría y práctica de los juicios verbales de desahucio: El juicio monitorio de desahucio por falta de pago introducido por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal”, *La Ley*, 2013, pp. 150-152.

⁷⁵ C. SAMANES ARA, *Las partes en el proceso Civil*, Madrid, 2000, pág. 134.

derecho o de la relación jurídica controvertida o por el contrario permite, además de dicha entrada, la de quien es titular de una relación jurídica distinta pero dependiente de la debatida en el proceso.

Sin embargo, y según el tenor literal del art. 13 LECiv, se estima que resulta difícil negar al subarrendatario la personación en el proceso de desahucio, aunque la misma se produzca en calidad de coadyuvante, es decir, de intervención adhesiva simple, para apoyar la posición del inquilino que continuará siendo el único demandado.

Dentro de la intervención voluntaria, la doctrina diferencia dos tipos, la litisconsorcial y la simple. En la primera, el tercero es titular del derecho u obligación discutida en el proceso, pero su participación no es necesaria al existir una norma jurídica que excluye un litisconsorcio pasivo necesario, como en el caso de los deudores solidarios. En la segunda, el tercero es titular de un derecho distinto al discutido que depende en su existencia o contenido del debatido, de forma que interviene defendiendo un derecho ajeno. No parece que existan obstáculos para la inclusión en el art. 13 LEC de las dos modalidades de intervención adhesiva, siempre que se entienda que el interés directo y legítimo a que alude es equiparable al interés jurídico.

En resumen, de conformidad a lo estimado por IBARRA SÁNCHEZ⁷⁶ no cabe admitir la personación por esta vía del subarrendatario que no es parte en el contrato de alquiler. El subarrendatario no puede ostentar la condición de demandado y, en consecuencia, tampoco puede enervar la acción.

El Tribunal Supremo rechaza que se dé litisconsorcio pasivo necesario en los procesos sobre resolución o extinción de contratos de arrendamiento. Para el Alto Tribunal, el principio de contradicción procesal no significa que el subarrendatario tenga que ser oído en litigio sobre extinción del arrendamiento pues, aunque la sentencia firme de desalojo delimitada contra el arrendatario supone en su ejecución el lanzamiento de todo el que se halle en posesión material de la cosa arrendada por título que dimanase del primitivo contrato, los derechos derivativos no han de tener mayor extensión que el correspondiente al derecho originario (...). Son relaciones diferentes y contratos distintos (...), no es contrario al principio de contradicción del art. 24 CE, el que una decisión judicial pueda tener efectos que representen en sujetos que no han participado en el proceso y que no han sido llamados a él y que no figuren como condenados en la sentencia. Tal ocurre en los casos de contratos dependientes o derivados de una situación jurídica contractual de una parte, como son los distintos tipos de subcontratos y, muy en particular, los subarrendos.

Otros aspectos procesales de interés:

La atribución del uso de la vivienda familiar mediante sentencia de familia no produce novación subjetiva y el arrendatario permanece en la titularidad del contrato, esta es, como señala IBARRA SÁNCHEZ⁷⁷, la tendencia que se ha convertido en mayoritaria.

Otra cuestión que dicho autor⁷⁸ plantea y que no es pacífica en la jurisprudencia, radica en determinar si el límite de la enervación fijado en el art. 22.4 LEC es aplicable de la siguiente forma: a) Subjetivamente respecto de la persona del arrendatario, *intuitu personae*. Tal argumento pierde sentido si lo que cambia es la persona del arrendador por lo que su modificación resultará a estos efectos irrelevante, no impidiendo que esta causa obstativa de la enervación pueda darse con normalidad; y b) Si es predicable solamente respecto de cada contrato, sea cual fuera la sucesión de arrendatarios que se subroguen *mortis causa* o por cesión consentida de contrato en virtud de lo previsto en los arts. 12 -desistimiento expreso o tácito del arrenda-

⁷⁶ Op. cit.

⁷⁷ Op. cit., págs.146-147.

⁷⁸ Vid. IBARRA SÁNCHEZ, Op. cit., págs. 585-586.

tario- y 15 LAU -separación, divorcio o nulidad-, en definitiva, mediante novación subjetiva de la persona del arrendatario y, por tanto, es oponible a un arrendatario respecto del anterior que ya enervó la acción una vez. Como respuesta, y pese a la falta de consenso jurisprudencial⁷⁹, me muestro partidario de la concepción personal del derecho a enervar.

Siguiendo a IBARRA SÁNCHEZ⁸⁰, la concepción del precario se ha restringido por la interpretación más o menos literal que cierta jurisprudencia hace del art. 250.1.2.ª LECiv, que pretende reducirlo a una cesión por mera liberalidad. Si bien en el caso que el título del ocupante fuere el arrendamiento y se hubiera extinguido no mediando declaración judicial, será procedente el desahucio por extinción del término. Cuando el arrendador presume que quien ocupa la vivienda no es el arrendatario, sino un tercero ajeno al contrato, sin que haya existido autorización por su parte para subarrendar o bien simplemente para la realización de una novación subjetiva en la condición de arrendatario, la ocupación de la vivienda por un tercero que ocupa en exclusiva la vivienda sin autorización del arrendador determina la existencia de una presunción legal de cesión, subarriendo o traspaso ilegal⁸¹. Y, una vez acreditada por el actor, la introducción de persona ajena, opera la presunción y conlleva la inversión de la carga de la prueba: es el arrendatario quien debe acreditar que ello obedece a una causa legítima.

Esta doctrina está consolidada y es irrelevante que la cesión haya sido onerosa o lucrativa. La prueba de que en la vivienda viven personas que no son arrendatarias y que no conviven con la inquilina es causa de resolución del contrato para el titular, encontrándose los ocupantes en precario. No obstante, es cierto que la anterior presunción legal de los mencionados actos jurídicos admite excepciones cuando se trata de parientes, obedeciendo esta presencia a razones de afectividad y gratuidad pero siempre y cuando continúe la ocupación de la inquilina, porque si ésta falta, se incurre en causa de resolución. Es habitual que los que han ocupado un inmueble sin autorización del poseedor legítimo o dueño no quieran identificarse. Esta circunstancia no debe ser óbice para la formulación de la demanda contra los ignorados ocupantes. Respecto a la postulación es preceptiva la representación a través de procurador de los tribunales y la intervención de abogado, conforme a los arts. 23 y 31 LECiv.

7. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. En mi opinión, existe novación subjetiva del lado del arrendatario en los casos de viviendas para uso individual (o no colectivo), adscritas a los programas sociales tratados. Dicha novación genera una cesión arrendaticia.

II. La interpretación de la coexistencia aséptica de dos relaciones jurídicas paralelas: un contrato arrendaticio entre la mercantil municipal y la entidad social y otra locación, al margen e independiente, entre ésta última y el beneficiario o participante del programa residencial, no es conforme a la doctrina ni jurisprudencia relativa a la cesión arrendaticia.

III. Sin duda, hay un interés en defender la errada interpretación, al menos en lo que respecta a las viviendas con calificación de Promoción Pública, pues el artículo 14.1 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con

⁷⁹ SAP de Asturias, Sec. 4.ª, 9 de julio de 2002, contraria de la posibilidad de nueva enervación en un mismo contrato con nuevo arrendatario. La SAP de Alicante, Sec. 5.ª, 26 de octubre de 2006 se refiere, en cambio, a un mismo contrato con distinto arrendador y también deniega tal posibilidad. Sin embargo, a favor, se pronuncia la SAP de Baleares, Sec. 3.ª, 17 de diciembre de 2006.

⁸⁰ Op. cit., pág. 1.000.

⁸¹ STS 6 de febrero de 1974.

Protección Pública de la Comunidad de Madrid, establece que el subarriendo total o parcial de la vivienda dará lugar a la resolución del contrato.

IV. Respecto a las viviendas de uso colectivo o “pisos tutelados”, ya he manifestado mis dudas sobre que la realización de una genuina cesión arrendaticia y por ende, una novación subjetiva del arrendatario pura, pues en la figura que tienen más acomodo legal, el subarriendo, se produce la coexistencia de dos relaciones arrendaticias, generándose un tracto sucesivo frente al único propio de la cesión locativa.

V. Como notas características de esta cesión arrendaticia cabe destacar, el consentimiento *ex ante* manifestado en los convenios de corte social y su duración sujeta a la consecución de los objetivos de inclusión social o de integración y formación profesional.

8. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

- A. BERGES LOBERA, “Condicionantes e implicaciones del sector inmobiliario español”, *Extra-Economistas*, nº 100, marzo 2004 (con David Martínez Turégano).
- BERMEJO VERA (Dir.), *Práctica de la Administración Local*, 5, Barcelona, 2005.
- J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral* Tomo II - Obligaciones y Contratos, Madrid, 1925.
- “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1927” *Revista de Derecho Privado*, XV, 1928.
- F. DE CASTROY BRAVO, “Cesión de arrendamiento y subarriendo”, *RGLJ*, LXXIX, 156-II, 1930.
- J.M. FONCILLAS, “La Cesión del arrendamiento y el problema de su realidad”, *RCDI*, 45, 1928.
- J.L. IBARRA SÁNCHEZ, *Teoría y práctica de los juicios verbales de desahucio: El juicio monitorio de desahucio por falta de pago introducido por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, La Ley, 2013.
- J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 1, Madrid, 2000.
- C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 1, Parte General y Derecho de la Persona, Marcial Pons. 19ª ed, Madrid, 2007 y 2010, 2013
- *Principios de Derecho Civil*, 2, Madrid, 2013, 16.ª ed.
- *Principios de Derecho Civil*, 3, Contratos, Madrid, 2013. 15ª ed.
- MESTRE DELGADO, “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, *Tratado de Derecho Municipal*. MUÑOZ MACHADO (Dir.), Madrid.
- M.L. MORENO-TORRES HERRERA, “Cesión de contrato y subarriendo de vivienda”, *RDP*, 2001-2, 7.
- Mª.F. MORETÓN SANZ, “El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: Análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, Septiembre 2011.
- “De la Minusvalía a la Discapacidad y Dependencia: Pasarelas y Asimilaciones Legales”, *RUCT*, 8.

- “La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 713.
 - “Cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial y el servicio de atención residencial suministrado en régimen público y en régimen de concesión: *vis* atractiva del orden contencioso versus *vis* residual de la jurisdicción civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 731.
- NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Córdoba, 1998. 2ª ed.
- F. REGLERO CAMPOS, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Pamplona, 1995.
- www.emvs.es/Comunicacion/Notas/2013/FondoVivienda0214/Paginas/inicio.aspx
- www.emvs.es/Empresa/Paginas/Inicio.aspx
- www.imserso.es/imserso_01/fsva/index.htm
- www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Ayuntamiento/Urbanismo-e-Infraestructuras/Comunicacion/Alojamientos-adaptados-temporales-para-integrar
- www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Novedades/Programa-de-Viviendas-Solidarias-en-la-Ciudad-de-Madrid

9. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS 20 de marzo de 2013
- STS 5 de febrero de 2013
- STS 20 de julio de 2011
- STS 6 de febrero de 1974
- STS 2 de junio de 1927

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Baleares, Sec. 3.ª, 17 de diciembre de 2006
- SAP de Alicante, Sec. 5.ª, 26 de octubre de 2006
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, 27 de febrero de 2006
- SAP de Asturias, Sec. 4.ª, 9 de julio de 2002
- SAP de Bilbao 15 de mayo de 1995
- SAP de Cádiz 9 de septiembre de 1994

LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN EL ÁMBITO FAMILIAR

ANTONIO JESÚS YUGUEROS GARCÍA
Universidad Pablo de Olavide

Fecha de recepción: 18 de marzo de 2014

Fecha de aceptación: 31 de marzo de 2014

RESUMEN: *La violencia de género o violencia contra las mujeres es un problema social grave, que atenta contra los derechos humanos del 50% de la población, que es la que está constituida por las mujeres. No cabe duda, que la causa principal de la violencia de género es, principalmente, la desigualdad manifiesta y también latente, entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la esfera social. Todos los atentados cometidos contra la vida, integridad física, moral o sexual de las mujeres son execrables, pero tienen mayor enjundia los llevados a cabo por los hombres pareja o expareja (violencia de género encuadrada en la Ley 1/2004), o cometidos en ámbitos como el de la familia (violencia de género o doméstica, dependiendo del sujeto activo y pasivo).*

En este artículo, se va a realizar un análisis de la violencia contra las mujeres en general, para descender a las cometidas en el ámbito de las relaciones de pareja, y en la familia.

ABSTRACT: *Gender violence or violence against women is a serious social problem that goes against the human rights of the 50% of the world's population, which is composed by women. There are no doubts that the main cause of gender violence is principally the latent and manifest inequality among men and women in all the areas of the social sphere. All the attacks against the life or physical, moral or sexual integrity of women are despicable, but it is worse if those attacks are carried out by partner or former partner (Gender Violence framed in Law 1/2004), or committed in areas such as the family atmosphere (gender violence or domestic violence, depending on the active and passive people).*

In this article, we are going to deal with a sort of analysis about the violence against women in general, to descend until those committed in the area of romantic relationships and in the family ambience.

PALABRAS CLAVE: Violencia contra las Mujeres. Violencia en la familia.

KEYWORDS: Violence against Women. Violence committed in the family atmosphere.

SUMARIO: 1. Cambio de perspectiva en el abordaje de la violencia contra las mujeres.- 2. Evolución del marco jurídico.- 3. Conclusiones.- 4. Bibliografía.

1. CAMBIO DE PERSPECTIVA EN EL ABORDAJE DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Como consecuencia de las primeras reivindicaciones de los grupos de mujeres, y feministas, apoyados por los medios de comunicación social, en la lucha contra la violencia hacia las mujeres, en la década de los 80 (Valpuesta, 2008), comenzó un cambio de perspectiva de este

problema social, tomando la ciudadanía conciencia de que en un Estado democrático y de derecho como España, estos sucesos no se podían permitir (Fagoaga, 1999; Cantos, 2010).

Coadyuvó de manera notable a este cambio, la fundación del Instituto de la Mujer en el año 1983, que llevó a cabo importantes acciones de sensibilización social, y se implementarían medidas de diversos tipos, para que en el ámbito político se le diera a la violencia contra las mujeres la importancia y gravedad que este tema tenía (Valiente, 2006; Hermosa, Nieto-Morales, 2011). Este organismo ha desempeñado una labor fundamental en los cambios de nuestra sociedad en cuanto a la situación de las mujeres en general y en la violencia contra ellas en particular.

Poco después, en 1984, España ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida con las siglas CETFDCM o CEDAW (ONU, 1979), y en 1989 la Comisión de Derechos Humanos del Senado emitió un informe donde reconocía que la violencia contra las mujeres en la pareja no hace distinción de clases, se ejerce sobre mujeres e infancia. Los hombres que la cometen lo realizan como una forma de demostrar su autoridad en el seno de la familia, su dominio sobre las mujeres y está basada en la desigualdad y en concepciones ideológicas patriarcales (De Miguel, 2005; Lomas, 2011).

En este mismo año, se abrieron en Madrid y Pamplona, las primeras casas de acogida para mujeres maltratadas, que después serían implantadas en otras muchas ciudades.

En Europa, el artículo 2º del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CE, 1992), en la versión dada por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, y el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, proclama como principio fundamental la igualdad entre el hombre y la mujer.

A nivel global, la Organización de Naciones Unidas, realizó un gran esfuerzo en la promulgación de disposiciones contra la desigualdad entre hombres y mujeres y la lucha contra la violencia de género:

- II Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena (ONU, 1993a).
- Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 48/104, de 20 de diciembre de 1993 (ONU, 1993b).
- IV Conferencia Mundial de las Mujeres, celebrada en Beijing (ONU, 1995).

Siguiendo con el relato de los cambios surgidos en España, un luctuoso suceso ocurrido en diciembre del año 1997, el asesinato de Ana Orantes, a manos de su pareja, después de haber contado en la televisión pública andaluza, el drama que estaba viviendo, sería el desencadenante para que en nuestro país, comenzaran a implementarse de manera diligente y con celeridad, medidas encaminadas a combatir la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja. Con este caso, además, se experimentó un cambio cualitativo en el abordaje periodístico de la violencia de género (Peralta, 2012; CAA, 2013).

Es de justicia advertir, que los movimientos feministas han desempeñado una importante labor en este proceso de visibilización de la violencia contra las mujeres, y de la atención a las mujeres víctimas, entre otras medidas, editando publicaciones como la revista *Vindicación Feminista* (1976), a modo de ejemplo, en el número 2 de esta revista, publicada en agosto de 1976, se puede leer un artículo de Lidia Falcón, titulado: "*Las agresiones. Cada día puede morir una mujer*" (Falcón, 1976), donde relata la violencia habitual que padecen las mujeres de esta época por parte de sus parejas. También, con la presencia activa en los

medios de comunicación, se sensibilizaba a la población sobre la gravedad de la situación que sufrían muchas mujeres.

Con la llegada de Internet, se crearon páginas webs que abordaban temas relacionados directamente con estos movimientos sociales. Así, las plataformas virtuales como Fundación Mujeres (1994) y Red Estatal de Organizaciones Feministas contra la Violencia de Género (2002), serían modelos en este sentido, les proporcionarían unos medios eficaces para difundir sus campañas reivindicativas sobre temas relacionados con el mundo femenino, pero muy especialmente, sobre violencia de género, a un número cada vez más amplio de personas. Además, desde esta última plataforma se instaba a las administraciones públicas, a que llevaran a cabo acciones tendentes a la erradicación de esta violencia.

La relevancia social que el tema de la violencia contra las mujeres ha adquirido en España, hace que pueda hablarse de la existencia de un verdadero movimiento social contra los malos tratos (Bermúdez, Rosal, 1999; Cantos, 2010), con unos niveles de sensibilización y acción particularmente elevados en comparación a otros países de nuestro entorno; a este respecto, los datos de una encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas de marzo de 2005 (CIS,2005), pusieron de manifiesto que el 91,7% de las personas encuestadas declararon que la violencia de género es totalmente inaceptable, el 5,4% que es algo inevitable porque siempre ha existido, y el 1% que era aceptable en algunas circunstancias, con lo cual la perspectiva de cambio por parte de la población española ante este problema, ha sido considerablemente positivo.

Abundando sobre la aprobación de medidas legales en la lucha contra la violencia de género, se destaca que en 1997 este tipo de violencia fue introducida como área específica en el III Plan de Igualdad entre Hombres y Mujeres del Instituto de la Mujer (Plan, 1997), con un nuevo ámbito de actuación que no aparecía en los dos planes anteriores, poniendo de manifiesto la estrecha relación existente entre la desigualdad de género y la violencia de género.

Progresivamente, saldrían a la luz planes de acción. El I Plan de Acción Contra la Violencia Doméstica (Plan, 1998), abarcaría el período 1998-2000, y establecía seis áreas de actuación:

1. Sensibilización y prevención.
2. Educación y formación.
3. Recursos sociales.
4. Sanidad.
5. Legislación y práctica jurídica.
6. Investigación.

Estaban involucrados varios departamentos ministeriales y Comunidades Autónomas, y tenía como objetivo erradicar los actos de violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico, así como ayudar a paliar las consecuencias ocasionadas en las mujeres víctimas como resultado de estos sucesos de violencia. A pesar de que todavía utiliza el término violencia doméstica y no de género, este documento manifiesta que la violencia contra las mujeres es un problema que afecta a la sociedad, y va en contra de los valores democráticos.

El informe de ejecución de este plan, ofrecía la creación de más de 200 programas destinados a mujeres víctimas de violencia y a sus hijos e hijas. La implantación de 130 servicios de atención especializada de la Policía (SAM) y de la Guardia Civil (EMUME). La habilitación de 125 centros de acogida y también centros de información y oficinas de asistencia a víctimas en juzgados y fiscalías, etc.

El II Plan Integral contra la Violencia Doméstica abarcaría el período 2001-2004 (Plan, 2001) con cuatro objetivos principales:

1. Promover una educación encaminada a evitar la reproducción de comportamientos violentos basados en estereotipos de género.
2. Perfeccionar la legislación y el procedimiento legal para conseguir una mayor eficacia en los procesos, una mejor protección de la víctima y una penalización más contundente del agresor.
3. Optimizar los recursos sociales y servicios de atención a las mujeres víctimas y potenciar la coordinación de los diferentes organismos sociales implicados.
4. Medidas asistenciales y de intervención social e investigación.

En el marco de este plan continuaron las actuaciones tendentes a mejorar la asistencia a mujeres víctimas de violencia de género, incluyendo, entre otras cuestiones, la promulgación de la Orden de protección a las víctimas de violencia doméstica y de género, que se aprobaría en el año 2003.

En septiembre de 2002, por convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y los Ministerios de Justicia, Trabajo y Asuntos Sociales, se creó el Observatorio de Violencia Doméstica, llamado a partir de julio de 2003, Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

Con la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO, 1/2004), se implementarían un elenco de medidas de atención y prevención a las mujeres víctimas, sin parangón. Más adelante se detallará en este trabajo.

En el año 2006, inspirado en esta LO. 1/2004, se aprobó el Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género (Plan, 2006) para el período 2007-2008, el cual preveía varios niveles de intervención, a corto medio y largo plazo.

Con el objeto de dotar de un nuevo impulso a la LO.1/2004, se aprobó en este mismo año un catálogo de medidas urgentes de lucha contra la violencia de género, con el fin de proteger a las víctimas. Se adoptaron 20 disposiciones, agrupadas en cuatro grandes grupos.

Para completar estos planes, salió a la luz el acuerdo por el que se adoptan medidas adicionales en la lucha contra la violencia de género, aprobado por el Consejo de Ministros el día 2 de marzo de 2007, y el acuerdo por el que se adoptan acciones para dar cumplimiento a las propuestas aprobadas por unanimidad por el Congreso de los Diputados en materia de violencia de género de 22 de junio de 2007.

Igualmente, el Plan estratégico de igualdad de oportunidades (2008-2011), dedica el décimo de sus doce ejes de actuación a la violencia de género (Plan, 2007).

El Consejo de Ministros ha aprobado el día 26 de julio de 2013, la Estrategia Nacional para la erradicación de la Violencia contra la Mujer 2013-2016, un documento que recoge medidas destinadas a combatir la violencia de género en las relaciones de pareja o expareja, y la de otros sujetos pasivos vulnerables que pueden ser objeto de violencia (MSSSI, 2013).

Estas medidas se encuentran estructuradas en varios ejes de actuación: prevención, detección, sensibilización, atención personalizada, coordinación administrativa e institucional. Atención a los menores, a las mujeres inmigrantes, a los mayores, a personas con discapacidad o residentes en núcleos rurales.

La Estrategia contra la violencia de género se plantea la configuración de un registro de información que, partiendo de los ya existentes, se enriquecerá con nuevos parámetros,

sobre todo en el ámbito de las mujeres heridas o lesionadas por malos tratos. La pretensión de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género es abarcar a todas las mujeres agredidas a través de un proceso escalonado y progresivo.

Esta Estrategia ha contado con la participación de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales, el Consejo General del Poder Judicial y las Asociaciones de Mujeres.

Los ejes de dicha Estrategia son:

— **Prevención y educación:** la denuncia es esencial para que la Administración pueda intervenir en los casos de violencia de género. La eficacia en la lucha contra esta problemática social se consigue mediante la ruptura del silencio que viven muchas mujeres, que tienen miedo de poner en conocimiento de las autoridades la situación que están viviendo, por la posible represalia de su pareja o expareja, o por la incertidumbre de qué va a ocurrir con sus hijos/as.

Para alentar a denuncia, es conveniente incentivar el conocimiento, la información y la sensibilización. A tal efecto se ha puesto en funcionamiento la plataforma “Hay Salida”. Se ha implementado una aplicación de telefonía móvil dirigida a prevenir y detectar casos de violencia de los que quizá la mujer no es consciente. También se desarrollará una versión en Internet del teléfono 016, en la que se podrán realizar consultas, comunicar denuncias y obtener una atención personalizada.

Para los medios de comunicación se promoverá códigos de autorregulación publicitaria con líneas de prevención de conductas machistas.

El personal de especialidades médicas, recibirá en su periodo de formación materias específicas troncales sobre la violencia a la mujer.

— **Asistencia personalizada:** informar a la víctima de manera cercana es una prioridad, de este modo es preceptivo darle a conocer su derecho a una asistencia jurídica gratuita desde el mismo momento en que decide interponer una denuncia. La asistencia continuará durante todo el proceso, sin tener que abonar tasas.

La Plataforma “Hay Salida”, se ha consolidado como la red de empresas por una sociedad libre de violencia de género en dos direcciones: para sensibilización y para inserción laboral. La independencia económica es factor indispensable para que una mujer deje atrás su sufrimiento de violencia.

También, se extenderá la libertad vigilada hasta un máximo de cinco años, se fortalecerá el seguimiento de los reclusos condenados por violencia de género cuando dispongan de algún permiso penitenciario y se tipificará como delito la manipulación de los brazaletes electrónicos.

— **Atención a grupos vulnerables:** se constata que un 70% de las mujeres que sufren violencia de género tienen hijos menores a su cargo. Para proteger también a los menores de esta lacra, se modificará la LO.1/2004 para incluirlos como víctimas de la violencia de género. La asistencia social y psicológica a los menores será, por tanto, una prioridad en la Estrategia, tal y como consta, además, en el Plan de Infancia ya aprobado.

— Asimismo, el uso del 016 será accesible para las mujeres con discapacidad, se repartirán las campañas y el material didáctico de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género entre las asociaciones de mujeres inmigrantes (el 30 por 100 de las víctimas mortales de este año) y se dará formación especializada al personal sanitario de los núcleos rurales, lo que ayudará a las mujeres que residen en estas zonas.

En el ámbito de los adolescentes y jóvenes, para desmontar estereotipos y conductas machistas, que como sabemos son el caldo de cultivo de la violencia de contra las mujeres, se ha creado la aplicación de telefonía móvil, “Libres”, y se instruirá al profesorado sobre la

detección de posibles casos de jóvenes inmersas en esta violencia. Es primordial educar para prevenir.

— Otras formas de violencia de género: el nuevo Código Penal considerará delito los matrimonios forzados, algo que consta en la Estrategia, así como el hostigamiento o acoso a la mujer. Pero además, por primera vez en España, se desarrollará un protocolo sanitario específico contra la mutilación genital femenina.

— Coordinación institucional: la coordinación entre administraciones e instituciones materializará entre otros instrumentos, la Red Nacional de Casas de Acogida, cuyo funcionamiento estará regido por la atención personalizada. Así, un protocolo de derivación tendrá en cuenta las circunstancias de la mujer para decidir un destino u otro, y sobre todo, permitirá que los casos más graves se resuelvan en un máximo de 24 horas.

— Información y visibilidad: la lucha contra la violencia de género cuenta con un elenco estadístico muy amplio que se quiere seguir aumentando. Cuanta más información exista, mayor visibilidad se le otorgará a esta lacra y, en consecuencia, mayor sensibilización se generará en la sociedad. La lucha contra la violencia de género es una lucha de todos los ciudadanos y ciudadanas.

La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género efectuará encuestas periódicas y se irán añadiendo nuevos parámetros: los menores huérfanos, los menores asesinados, las mujeres heridas.

También se promoverán estudios sobre el ciberacoso, la exposición de los menores a la violencia de género o la creación de una base de datos de buenas prácticas sanitarias.

En el ámbito autonómico, no cabe duda, que la Comunidad Autónoma de Andalucía, realiza un gran esfuerzo en la lucha contra la violencia de género, como destacable, entre otras medidas importantes, manifestar la implantación tras el Congreso para el Estudio de la Violencia contra las Mujeres, celebrado en Granada en noviembre de 2012, de un Comité Permanente, que permite el acercamiento e intercambio de información entre los/as profesionales que trabajan en el ámbito de este problema social. En el presente año, concretamente, los días 25 y 26 de noviembre, se celebrará en Sevilla, el IV Congreso anual para el estudio de la violencia contra las mujeres, en esta ocasión con la temática: "El impacto de las TICs en la violencia contra las mujeres".

También, está realizando una encomiable labor en formar a las Policías Locales de los pueblos y ciudades de la Comunidad Autónoma andaluza, en materia de Violencia de Género. Es importante saber que estos/as agentes son actores primordiales en la lucha contra esta lacra, por la cercanía que mantienen con la ciudadanía, esto permite que puedan acceder más fácilmente a obtener información de los casos de violencia de género que pudieran estar dándose y que permanecen invisibilizados.

De igual manera, ha sido muy importante, la creación de los PAM y PIM (Puntos de Atención a la Mujer, y Puntos de Información a la Mujer), ubicados en los municipios españoles, por el profesional trabajo que realizan con las mujeres víctimas, para salir de la situación en la que se encuentran.

2. EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO

Para comprender hasta qué punto ha habido un cambio cualitativo en nuestro país, con respecto a la legislación en materia de igualdad entre hombres y mujeres, no hay más que

retrotraernos al Código Civil que estaba en vigor hasta que se promulgó la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges (Ley 14/1975). Este precepto legal puso fin a la discriminación manifiesta que existía en el seno del matrimonio, donde el marido ostentaba la representación legal y protección de su esposa, y la mujer debía a su marido respeto y obediencia, de tal manera que las mujeres tenían restringida su capacidad de obrar en el ámbito jurídico (Rojas, 2012).

En España la respuesta jurídica ante la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja, ha ido evolucionado rápidamente, aprobándose disposiciones legales encaminadas a una mayor asistencia y protección de las víctimas.

Será con la llegada de la Constitución (1978), donde quedarán ratificados, declarados y publicados los principios de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, que posteriormente se desarrollarán a través de las diferentes normas jurídicas, y de las diversas estrategias de lucha contra la violencia de género.

La primera tipificación de los malos tratos tuvo lugar en 1989 (Cervelló, 2008), con la aprobación de la LO. 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (LO. 3/1989). En su artículo 425 introdujo la penalización de la violencia física habitual entre cónyuges o personas unidas por análoga relación de afectividad, con independencia de la gravedad de las lesiones, decía así: *“el que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física contra su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”*.

Con la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (LO. 10/1995), se reformaron completamente los delitos contra la libertad sexual, penando el acoso sexual en el artículo 184. Se castiga en el artículo 314, la discriminación en el empleo, tanto público como privado, por razón de ideología, religión, creencias, pertenencia a etnia, raza, nación, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, entre otras discriminaciones que relata este precepto. El artículo 153 recogía el delito de violencia física habitual sobre la pareja e hijos, agravando las penas, y disponiendo la posibilidad del concurso con otros delitos o faltas como resultado de la acción llevada a cabo por el autor de los hechos: *“el que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o los del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujeto a la patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho, de uno u otro será castigado con la pena de prisión de tres meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”*.

La LO. 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal (LO. 14/1999) en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LeCrim, 1882), incluyó la violencia psíquica junto a la física, de esta forma el art. 153, se iniciaba así: *“el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge...”*.

Asimismo, definió la habitualidad, añadiendo un segundo párrafo al mismo art. 153: *“para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”*.

También, introdujo la posibilidad de fijar el alejamiento como pena accesoria, tanto para delito como para falta, como medida de seguridad o como condición de la suspensión de condena (art. 57 Código Penal; art. 544 bis LeCrim.).

Extendió el círculo de sujetos pasivos del delito de malos tratos desde el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, aunque en el momento de la comisión de los hechos no existiera esa relación afectiva, es decir, sin convivencia.

Con la entrada en vigor de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, se crea y desarrolla el artículo 544 ter., de la LeCrim, que dispone la regulación de la Orden de protección (Ley, 27/2003; Martínez, 2008; IM, 2013).

Posteriormente se aprueba la LO. 11/2003, de 29 de septiembre, con medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros (LO. 11/2003), así como con la LO. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica de nuevo el Código Penal (LO. 15/2003), endureciendo las sanciones cuando las conductas ocurren en el ámbito de las relaciones de pareja.

Recogiendo las recomendaciones planteadas por la Subcomisión creada en el Congreso, que emitió el informe número 154/000015, con el fin de formular medidas legislativas que dieran una respuesta integral frente a la violencia de género, creado en el seno de la Comisión de Política Social y Empleo, se llevó a cabo la aprobación de la LO.1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO.1/2004) con objeto de actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia (LO.1/2004).

Años después, se aprobaría la LO. 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (LO.3/2007). Además de estas disposiciones a nivel estatal, muchas Comunidades Autónomas legislaron en el ámbito de la igualdad y lucha contra la violencia de género (Galera, 2012). En el caso de Andalucía se promulgaron las leyes: 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía (Ley, 12/2007), y la Ley 13/2007, de 26 de noviembre de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género (Ley, 13/2007).

La LO.1/2004, de Violencia de Género, supone un gran avance en la lucha por la erradicación de la violencia que sufren muchas mujeres (Murillo, 2005). Esta ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global e integral a la violencia que se ejerce sobre las mismas.

En el ámbito de la ley se abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención a las víctimas. También, se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta ley regula (Sanz-Díez, 2005, Martínez, 2008).

La ley contempla la aprobación de un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género (Fernández y Pérez, 2010), estudiado en apartados anteriores. Es un conjunto de medidas para ayudar a las víctimas que afecta a todos los departamentos ministeriales implicados en esta lucha, de manera que reciban el apoyo e información debidos tanto en centros de salud, como en dependencias policiales, así como la realización de campañas de información y sensibilización en la materia. El mismo se aprobó en diciembre de 2006, con una inicial de dos años prorrogables.

En el ámbito educativo, la ley establece que el sistema educativo español incluirá entre sus fines la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia (Consejería Educación, 2011). Asimismo, las Administraciones educativas velarán para que en todos los materiales educativos se eliminen los estereotipos sexistas o discriminatorios y para que se fomente el igual valor de hombres y mujeres.

Además, la ley impone a las Administraciones el deber de garantizar la escolarización inmediata de menores afectados de cambio de residencia por actos de violencia de género.

En la Educación Secundaria se incorpora la educación sobre la igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género como contenido curricular, incorporando en todos los Consejos Escolares un nuevo miembro que impulsará medidas educativas a favor de la igualdad y contra la violencia sobre las mujeres.

También se refiere a la acción de suspensión contra la publicidad que usa la imagen de la mujer de forma vejatoria o discriminatoria. Recoge la necesidad de medidas para controlar que los medios de comunicación, tanto públicos como privados, den un trato a la mujer conforme con los principios y valores constitucionales, y erradicar situaciones de desigualdad de las mujeres.

Además, la difusión de informaciones relativas a la violencia sobre las mujeres garantizará, con la correspondiente objetividad informativa, la defensa de los derechos humanos, la libertad y la dignidad de las mujeres víctimas de violencia y de sus hijas e hijos. En particular, se tendrá especial cuidado en el tratamiento gráfico de las informaciones (AMECO, 2008).

Dentro del ámbito sanitario se alude a la necesidad de desarrollar programas de formación y sensibilización de profesionales para la detección y atención a casos de violencia de género, así como la aplicación de protocolos sanitarios (Torro, Llamas, 2008; Lorente, 2012, MSSSI, 2012) ante las agresiones derivadas de este tipo de violencia. También se refiere a la existencia de apartados específicos sobre violencia dentro de los Planes Nacionales de Salud y a la creación de una Comisión contra la violencia de género dentro del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

En cuanto a la regulación de derechos de las víctimas de violencia de género, la LO.1/2004 (García, 2012), contempla un elenco de derechos para las mujeres víctimas de violencia de género en las relaciones de pareja o expareja, sin tener en cuenta ninguna circunstancia personal, social o de otro tipo. Estos derechos tienen como fin garantizar los derechos fundamentales amparados por la Constitución, de integridad física y moral, libertad y seguridad, de igualdad y no discriminación por razón de sexo. En algunos puntos, se refiere expresamente a los/as menores víctimas de violencia de género. Se crea por otro lado, un fondo de impagos de pensiones de alimentos fijados judicialmente, o la exclusión de la recepción de ayudas y pensiones a los autores de violencia. También prevé ayudas para el acceso preferente a una vivienda.

La LO.1/2004 crea un nuevo órgano judicial, como una especialización dentro del orden penal (Rubidio, 2008), en concreto, dentro de los Juzgados de Instrucción y los denomina "*Juzgados de Violencia sobre la Mujer*", que entraron en funcionamiento el 29 de junio de 2005. (Pérez-Olleros, 2010).

Estos Juzgados, cuya competencia territorial viene determinada por el lugar del domicilio de la víctima, intervienen en aquellas causas en las que exista violencia de género en las relaciones de pareja o expareja.

Su competencia es mixta, pues abarca tanto aspectos civiles como penales, aunque siempre delimitados por la existencia de violencia de género.

Las competencias atribuidas en el orden penal son las siguientes (Martínez, 2008; Gómez, 2012):

- Instrucción de los procesos penales por delitos de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, o cualquier otro delito cometido con violencia e intimidación, siempre que se hubiere realizado contra quien sea o haya sido su esposa, o persona que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.
- Instrucción de procesos por delitos contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas en el apartado anterior.
- Conocimiento y fallo de las faltas contra estas personas o su patrimonio.
- Dictar Órdenes de protección, sin perjuicio de las competencias que tiene atribuidas el Juez de Guardia.

En el orden civil, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer de los siguientes asuntos (Burgos, 2007):

- Filiación, maternidad y paternidad.
- Relaciones paterno filiales.
- Nulidad del matrimonio, separación y divorcio. Reclamación de alimentos para los hijos/as.
- Guarda custodia de hijos e hijas menores.
- Adopción y modificación de medidas de trascendencia familiar.
- Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.
- Asentimiento en la adopción.

Se crearon dos órganos administrativos: la Delegación Especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer, perteneciente al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y del Ministerio de Igualdad, actualmente Ministerio de sanidad, Política Social e Igualdad, Las competencias de la Delegación Especial, pasan a ser asumidas por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, por Real Decreto 438/2008, de 14 de abril (Real Decreto, 438/2008). Su titular está legitimado ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en la LO.1/2004 y para ejercitar la acción de cesación de publicidad ilícita por utilizar en forma vejatoria la imagen de la mujer.

La Fiscalía de Sala contra la Violencia sobre la Mujer será el encargado a nivel estatal de coordinar y supervisar la actuación de las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer de las diversas Fiscalías en materia de violencia de género y doméstica, proponiendo al Fiscal General del Estado la emisión de las instrucciones que fueran precisas para ello (Acuerdo, 2006).

La Fiscalía en cumplimiento de la función de protección judicial de las víctimas que les viene encomendada por la legislación vigente, y de conformidad con las directrices establecidas en las Instrucciones impartidas por la Fiscalía General del Estado en esta materia, cuidarán de que las víctimas de violencia de género y doméstica sean informadas de sus derechos, de forma clara y accesible, comprendiendo dicha información, además del ofreci-

miento de acciones, como previene los artículos 109 y 110 de la LECrim, la obligación de comunicarles los actos procesales que puedan afectar a su seguridad, las medidas previstas en la Ley 35/1995, si fuera aplicable, y las medidas contempladas en la LO.1/2004 relativas a su protección y seguridad, así como la existencia de programas telemáticos, cuando se trate de víctimas de violencia de género en las relaciones de pareja.

Con la creación del Observatorio Estatal contra la Violencia sobre la Mujer, que tiene como principales funciones las de servir como centro de análisis de la situación y evolución de la violencia sobre la mujer, así como asesorar y colaborar con el/a Delegado/da del Gobierno para la Violencia de Género, en la elaboración de propuestas y medidas para erradicar este tipo de violencia, se culmina la creación de los entes administrativos en esta materia.

3. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, hay unas cuestiones fundamentales que es preceptivo destacar, primero, la violencia contra las mujeres de manera general, constituyen agresiones físicas, psíquicas, sexuales o de otro tipo, estudiadas en este artículo, sin tener en cuenta el sujeto activo del hecho ni lugar de comisión, como así lo enuncia Naciones Unidas, segundo, la violencia contra las mujeres, en nuestro ordenamiento jurídico, castiga estos ilícitos penales como violencia de género, cuando el sujeto activo es el hombre pareja o expareja, aún sin convivencia, también, sin tener en cuenta el lugar de perpetración de los hechos, por lo tanto denominar violencia de género o violencia contra las mujeres como sinónimos de violencia doméstica, es un reduccionismo de la realidad. Sí, es verdad que se ejerce violencia sobre la mujer por parte de su pareja en el domicilio, pero no siempre es el único lugar donde suceden estos sucesos.

Además el Código Penal (1995), castiga de diferente modo estos ilícitos penales: la violencia doméstica (153.1) y la violencia familiar (152.2). Este artículo no refiere la habitualidad.

Aunque parezca una nimiedad, no es trivial lo expuesto, porque denominar a la violencia contra las mujeres, violencia doméstica, es volver a los estereotipos y mitos que sustentan estas violencias, porque en definitiva lo que se pretende es que la mujer regrese al lugar donde un patriarcado mal entendido pretende, al ámbito privado, y con ello deshacer años de avances en igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres.

4. BIBLIOGRAFÍA

ACUERDO (2006). "Por el que se aprueba el procedimiento de coordinación institucional, para la prevención de la violencia de género y atención a las víctimas en Andalucía. Consejería para la Igualdad. Junta Andalucía.

AMECO (Asociación Española de Mujeres Profesionales de los Medios de Comunicación) (2008). "Buenas prácticas periodísticas desde la perspectiva de género".

E. BERMUDEZ y L. ROSAL, "El movimiento en contra la violencia doméstica," *Revista Catalana de Sociología*, Vol.8, 1999, pp.95-115.

- J. BURGOS, J. (Coord.) “Principios rectores de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de violencia de género”, *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*. Universidad de Sevilla, 2007, pp. 1 a 20.
- S.CANTOS, “Medios de comunicación eficaz”, *Manual de lucha contra la violencia de género*, Marchal AN. (2010). Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 519-543.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (CIS, 2005). Barómetro de 29 de marzo de 2005.<http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=4656>. Consulta: 02.05.2013.
- V. CERVELLÓ, “Violencia de Género: El delito de violencia en el ámbito familiar”. <http://www.uv.es/cefd/9/cervello.pdf>, 2008. Consulta: 01.06.2013.
- COMUNIDAD EUROPEA (CE, 1992). Tratado constitutivo de la Comunidad Europea http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/tue.cpt1.html#cpa2. Consulta: 25.09.2012
- CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN (2011): “Orden de 20 de junio de 2011, por la que adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes educativos”. Junta de Andalucía. Sevilla.
- CONSEJO AUDIOVISUAL DE ANDALUCÍA (CAA, 2013): “El caso de Ana Orantes, un antes y un después en el tratamiento de la violencia de género”. <http://blogcaa.com/2013/01/15/el-cao-alerta-de-la-elevada-ocupacion-de-frecuencias-de-tdt-por-partecanale/>. Consulta:30.09.2013.
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (1978).
- A. DE MIGUEL, “La violencia de género: la construcción de un marco feminista de interpretación”, *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol.18, 2005, pp. 231 a 248.
- L. FALCÓN, “Las agresiones. Cada día puede morir una mujer”, *Revista Vindicación Feminista*, número 2, 1976, pp. 13-14.
- M. FERNÁNDEZ, ME; PÉREZ, “La Ley Integral de Medidas contra la violencia de Género”, A.N. MARCHAL, (Coord.), *Manual de lucha contra la Violencia de Género*, Cizur (Navarra), 2010.
- A. GALERA, “La actividad legislativa en materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, en I. VÁZQUEZ, I. (Coord), *Investigación y Género. Inseparables en el presente y en el futuro*, Universidad de Sevilla, 2012, pp. 570.
- E. GARCÍA, E. Derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género previstas en la ley integral. “Asistencia e Intervención con la Mujer Víctima de violencia de Género”, módulo VI, del máster de violencia de género Universidad de Valencia, 2012, pp. 80 a 82.
- J.M. GÓMEZ, “Medidas judiciales de protección y de seguridad a las víctimas”. Máster violencia de género, tomo IV. Universidad de Valencia, 2012, pp. 66 a 101.
- A.M. HERMOSA y C. NIETO-MORALES, “Discurso Social y Jurídico de profesionales y universitarios sobre la violencia de género”, C. NIETO-MORALES, C. (Coord.), *La violencia de género en el contexto de la globalización*. España. Universidad Internacional de Andalucía (UNIA), 2011, pp. 40-73.

- INSTITUTO DE LA MUJER (IM, 2013). Curso de igualdad de oportunidades. Aplicación práctica al ámbito jurídico. Escuela virtual de igualdad.
- LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL (LECRIM, 1882). Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.
- LEY 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges. BOE nº 107, de 5 de mayo de 1975, p. 9413 y siguientes.
- LEY 35/95, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.
- LEY 27/2003, Reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. BOE núm. 183, de 01 agosto de 2003.
- LEY ORGÁNICA 3/89, de 21 de junio, de actualización del Código penal. BOE, de 22 de junio de 1989, pp. 19351 a 19358.
- LEY ORGÁNICA 10/95, del Código Penal, de 23 de noviembre (CP, 1995). BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, pp. 33987 y ss.
- LEY ORGÁNICA 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 138, de 10 de junio de 1999, pp. 22251 a 22253.
- LEY ORGÁNICA 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (LO.11/2003). BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003, pp. 35398 a 35404.
- LEY ORGÁNICA 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, pp. 41842 a 41875.
- LEY ORGÁNICA 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección contra la Violencia de Género (LO, 1/2004). BOE nú. 313, de 29 de diciembre de 2004.
- LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LO.3/2007). BOC núm. 71, de 27 de marzo de 2007, pp. 12611 y ss.
- LEY DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. BOJA núm. 247, de 18 de diciembre de 2007.
- LEY DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. BOJA núm. 247, de 18 de diciembre de 2007.
- C. LOMAS, *El Otoño del Patriarcado: Luces y sombras de la igualdad entre mujeres y hombres*, Ediciones Península. España, 2011.
- M. LORENTE, “Protocolo de actuación sanitaria”, *Asistencia e Intervención con la mujer víctima de violencia de género*, módulo IV, máster de violencia de género Universidad de Valencia, 2012.

- E. MARTÍNEZ, *La tutela judicial de la violencia de género*, Editorial Iustel, Madrid (España), 2008.
- MINISTERIO DE SANIDAD, Servicios Sociales e Igualdad (MSSSI, 2012). “Protocolo común para la actuación sanitaria ante la violencia de género”.
- MINISTERIO DE SANIDAD, Servicios Sociales e Igualdad. (MSSSI, 2013): “Estrategia para la erradicación de la violencia contra las mujeres 2013-2016”. <http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/EstrategiaNacional/pdf/EstrategiaNacional.pdf>. Consulta: 12.09.2013.
- NACIONES UNIDAS. (ONU, 1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CETFDICM) (CEDAW). <http://www.cinu.org.mx/temas/mujer/conv.htm>. Consulta: 10.01.2013.
- NACIONES UNIDAS. (ONU, 1993). Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de Viena. http://www.oas.org/dil/esp/1993-Declaracion_y_el_Programa_de_Accion_de_Viena.pdf. Consulta: 10.01.2013.
- NACIONES UNIDAS. (ONU, 1993). Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993. <http://servindi.org/pdf/DecEliminacionViolenciaMujer.pdf>. Consulta: 10.01.2013.
- NACIONES UNIDADAS. (ONU, 1995). IV Conferencia Mundial de las Mujeres. <http://www.un.org/spanish/conferences/mujer.htm>. Consulta: 14.02.2013
- E. PERALTA, “La (des) información sobre cuestiones jurídicas relacionadas con la violencia de género por parte de los medios de comunicación”, I. VÁZQUEZ (Coord.), *Investigación y Género. Inseparables en el presente y en el futuro*, Universidad de Sevilla, 2012, pp. 1472.
- PÉREZ-OLLEROS, “Actuación de los Juzgados de violencia sobre la mujer”, A.N. MARCHAL (Coord.), *Manual de lucha contra la violencia de género*, Aranzadi, España, 2010, pp. 355 a 381.
- PLAN NACIONAL DE SENSIBILIZACIÓN Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO (Plan, 1997). http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/Documentacion/medidasPlanes/DOC/Plan_nacional_sensibilizacion_prevenccion_violencia_genero.pdf. Consulta: 10.03.02014
- PLAN DE ACTUACIÓN CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA (Plan, 1998). <http://www.carm.es/ctra/cendoc/doc-pdf/web/web-0004.pdf>. Consulta: 25.11.2012.
- PLAN DE ACTUACIÓN CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA (Plan, 2001). http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/40/Informes02.pdf. Consulta: 25.11.2012
- PLAN DE ACTUACIÓN CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA (Plan, 2006). http://www.larioja.org/upload/documents/445838_violencia.pdf. Consulta: 26.02.2012

- PLAN ESTRATÉGICO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (Plan, 2007).
<http://www.csd.gob.es/csd/estaticos/myd/PlanEstrategico2008-2011.pdf>.
Consulta: 04.02.2013.
- REAL DECRETO 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. BOE núm. 92 de 16 de abril de 2008, pp. 20010 y ss.
- J.R. ROJAS, “La igualdad efectiva entre hombres y mujeres”, *Revista Seguridad y Ciudadanía*, núm. 7-8, 2012, p.132.
- J.L. RUBIDIO, “Ley de violencia de género. Ajuste constitucionalidad en materia Penal”, *Monografías núm. 473*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2008.
- J. SANZ-DÍEZ, *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Ediciones experiencia, Barcelona (España), 2005.
- C. TORRO, C. LLAMAS, *Protocolo andaluz para la actuación sanitaria ante la violencia de género*, Edita Consejería de la Salud de la Junta de Andalucía, 2008.
- C. VALIENTE, *El feminismo de Estado en España: El Instituto de la Mujer (1983-2003)*, Valencia, Institut d’Estudis Universitaris de la Dona, 2006
- M.R. VALPUESTA, MR. (2008). “La violencia contra las mujeres un problema de igualdad”, L. LÓPEZ DE LA CRUZ (Coord.), *Ni el aire que respiras*, Cajasol, Sevilla, 2008, pp. 33-68.

CONSTRUCCIÓN INDUSTRIALIZADA DE EDIFICIOS EN EL SIGLO XXI. EN TORNO A LAS RESPONSABILIDADES

LUIS JAVIER CUENCA LÓPEZ

*Dr. en Ciencias Jurídicas por la Univ. de Granada
Máster Universitario en Seguridad Integral
en la Edificación y Arquitecto Técnico*

Fecha de recepción: 18 de octubre de 2014

Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2014

RESUMEN: *Se ha venido manteniendo que la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) ha supuesto la derogación tácita del artículo 1.591 del Código Civil, en virtud del cual, durante muchos años hasta 1999 –fecha en que se promulgó la LOE –, se creó un abultado cuerpo de doctrina jurisprudencial del que se infirió hasta una amplia teoría de la ruina de los edificios.*

La LOE, a pesar de su denominación, no ordena el sector de la edificación, ni siquiera pone un poco de orden en él, lo que sí hace es definir las responsabilidades en que incurren los que denomina agentes intervinientes en el proceso edificatorio y determina las garantías que deben constituirse para salvaguardar los derechos de los usuarios, compradores y arrendatarios de las viviendas, aunque solo para el supuesto de defectos o vicios de la construcción, no para otro tipo de daños que pudieran afectar a estos últimos. Por esta última circunstancia es por la que no se encuentra derogado el referido artículo 1.591 del CC que, en el caso de que los afectados pudieran pedir el resarcimiento de esos otros daños, habría de echarse mano de él.

Esta situación no es satisfactoria ni obedece al sentido común, dentro de un sector económico cada vez más inmerso dentro de las nuevas tecnologías de la construcción y de la prefabricación de elementos. Si el sector llegara a industrializarse integralmente, el sistema de responsabilidades que sería necesario aplicar es el que se aplica para los productos de otros sectores industriales, es decir, el fabricante es el único responsable ante terceros compradores o usuarios. En el caso de la edificación, el fabricante se corresponde con el que la LOE llama promotor profesional y a él es al que esos terceros compradores o usuarios deberían pedirle la asunción de las responsabilidades pertinentes sobre el producto edificatorio.

Si los vicios o defectos de la construcción se debieran a los fallos en la actuación profesional de cualquier otro agente interviniente, será el promotor profesional quien tenga el derecho a pedir la asunción de responsabilidades. De esa forma el comprador o usuario de una vivienda se vería liberado de recorrer el laberinto judicial que ahora tiene que recorrer para conseguir la salvaguarda de sus derechos. En definitiva, se trata de facilitar el camino a aquellos a quienes va dirigida la promoción de viviendas, dejando las complicaciones que se resuelvan dentro del propio sector industrial, como ocurre en otros como el de la automoción, por ejemplo.

ABSTRACT: *It's been lately said that the Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) – Building Standards Law– has lead to the tacit repeal of the Spanish Civil Code 1591 article, by virtue of which, a large case-law doctrine corpus was created during many years until 1999 – when LOE was enacted – of which a wide theory of the buildings in ruin was inferred.*

Despite its name, the BSL (LOE) does not arrange the construction industry, not even it put some order into it, what it does is to define the responsibilities in which the so-called agents who participate in the construction process incur, as well as it determines the guarantees that should be established in order to safeguard the rights of users, purchasers and home tenants, though just in case of defects or vices of construction, and not for other types of damages that could affect the latter. This last circumstance is the reason for the referred article (1591 of the Civil Code) to not be repealed, which, in the event that those affected could ask the compensation of those other damages, should be drawn on.

That situation is not satisfactory nor obeys the common sense, within an economic sector increasingly immersed in the new technologies of construction and pre-manufacture of elements. If the industry were to become integrally industrialized, the responsibilities system that should be applied is that one applied for the products of other industrial sectors, that is, the manufacturer is the sole responsible to third-party purchasers and users. In the case of the construction, the manufacturer corresponds to what LOE calls 'property developer', and that is to whom those third-party purchasers or users should ask for the acceptance of the relevant responsibilities on the building product.

If the construction vices or defects were due to the errors in the professional action of any other participant agent, the property developer will be the person who has the right to ask for the responsibilities acceptance. In that way, the dwelling purchasers or users would see themselves relieved of going over the legal maze that they now have to go over in order to get the safeguard of their rights. In short, the objective is to facilitate the way to those who the housing promotion is aimed at, leaving the complications to be solved within the own industrial sector, as it happens in others like, for instance, the car industry.

PALABRAS CLAVE: Industrialización, responsabilidades, vicios ocultos, defectos de construcción, agentes intervinientes, promotor.

KEY WORDS: Industrialization, responsibilities, hidden vices, construction defects, participant agents, property developer.

SUMARIO: 1. Antecedentes históricos.- 2. Responsabilidades por vicios de la construcción.- 3. El sistema de responsabilidades que proponemos.- 4. La creciente criminalización del derecho: las responsabilidades penales en el sector de la edificación.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Discurrir sobre las responsabilidades en que incurren los técnicos titulados a los que los promotores profesionales¹ de obras de edificación encargan la redacción de proyectos y la dirección facultativa de las obras, u otros agentes intervinientes en el proceso edificatorio, no es nada nuevo ni original. Existe una muy abundante literatura jurídica que ha tratado este asunto durante el último siglo y medio.

¹ Promotores profesionales definidos en el apartado 1 del artículo 9 de la LOE que señala literalmente: «Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título».

Es especialmente abundante la publicada antes de 1999 cuando se promulgó la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación² y enorme la publicada después de esa fecha, especialmente la que trata sobre la permanencia o derogación del artículo 1.591 del CC. También es muy abundante la doctrina jurisprudencial emanada de diversos Tribunales y, sobre todo, del Tribunal Supremo, a partir de cuya creativa³ interpretación, excediendo lo que le autoriza el apartado sexto del artículo primero del CC, hasta conformar un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial que ha dado muchísimo juego, durante demasiado tiempo.

El mencionado artículo 1.591 CC, en definitiva, viene a ser, en realidad, *mutatis mutandis*, la aplicación de una norma jurídica cuyos antecedentes remotos se elevan a las leyes 228, 229, 230, 231, 232 y 233 del Código de Hammurabi del año 1753 a.C., normas subjetivas que, sin el menor género de duda, influyeron en todos los derechos de la antigüedad clásica, entre otros en el Derecho Romano, siendo éste el que, por su finura y portentosa altura intelectual dentro de la Civilización clásica, depuró, perfeccionó y lo extendió por todos los pueblos del orbe conocido en aquel tiempo, hasta hacerlo llegar a nuestro Derecho Civil en vigor en la forma que la Comisión General de Codificación lo plasmó, en 1899, en el artículo 1.591, y que hoy día permanece utilizándose sin haberse derogado, según las progresivas interpretaciones dadas durante los últimos veinticinco siglos.

Es posible que los civilistas y los historiadores de Derecho se estén rasgando las togas al leer semejantes asertos, pero no me cabe la más mínima duda de que la legislación babilónica —como la Sumerio/Acadia—, tuvo que influir en todo el Derecho antiguo. Sabemos que la Ley del Talión se trasladó a la *Lex duodecim Tabularum* para algunos casos que no estuvieran legislados⁴ expresamente. En la misma *Tabulae VIII* se establece el principio de la culpa *Aquilianae* que sigue vigente en nuestro CC (artículo 1.902 CC) casi con el mismo texto⁵ con que se escribieron el año 451 a. C.

Con los antecedentes anteriores y otros muchos, se puede decir lo que vengo manteniendo sin que pueda, en ningún caso, reputarse solamente como una extravagancia mía. He sostenido que en España, en realidad, no puede imputarse a ningún hecho concreto el que constituya la recepción del Derecho romano, ya que éste ha estado vigente desde la romanización de Hispania, dos siglos antes de nuestra era, hasta hoy día, sin solución de continuidad, a través de toda la legislación histórica y, finalmente, como inspiración del CC, que permanece aún en vigor.

Pero no quiero convertir éste en un artículo histórico. Las pinceladas anteriores son suficientes para situarnos históricamente. De lo que ahora quiero ocuparme es del estudio de la complicadísima forma en que pueden exigirse responsabilidades civiles —y otras— por

² La LOE es una ley que no ordena el sector de la edificación, pero sí establece quienes son los agentes intervinientes en el proceso edificatorio, las responsabilidades que cada uno de ellos tiene que asumir y las garantías que hay que establecer para el caso de que haya problemas.

³ Cfr. L. J. CUENCA LÓPEZ, *Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de la Edificación. Una aproximación histórica a sus responsabilidades*, Edit. Dykinson, Madrid, 2013., S. L. y COAAT de Granada, pp. 270, donde se menciona un párrafo de J.A. SEIJÁS QUINTANA, quien señala que: "... la Jurisprudencia resolviera sobre la base de unos criterios que hicieron «servible» la única norma disponible —artículo 1.591 del CC—, con una voluntad y juicio más creativa que interpretativa de la Ley, más allá incluso de lo que al Tribunal Supremo autoriza el artículo 1º del Código Civil y de su ordinal sexto en particular, al establecer la doctrina legal como fuente simplemente complementaria del Ordenamiento Jurídico". El enfatizado («...») es mío.

⁴ Cfr. L. J. CUENCA LÓPEZ, *Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de la Edificación...* cit. pp. 187: *Tabulae VIII*: "Si un miembro fuera arrancado y no se pactó sobre ello, se aplicará el Talión".

⁵ Cfr. L. J. CUENCA LÓPEZ, *Aparejadores...* cit. pp. 188.

defectos o daños de la construcción. Desconozco el motivo por el cual las cosas más simples, en este país nos empeñamos en que resulten extremadamente complejas. Algo que en otros sectores industriales está relativamente bien resuelto, por tratarse de la construcción de viviendas, lo hemos tenido que complicar hasta extremos incomprensibles y, a veces, literalmente absurdos⁶.

En otros sectores económicos industriales, el fabricante es el responsable de la calidad del producto que fabrica, de sus defectos aparentes y de sus vicios ocultos, así como de los daños que dichos defectos pueden ocasionar al comprador o al usuario.

Usuarios, compradores o arrendatarios, si tienen alguna queja que presentar, reclaman al fabricante, incluso ante los Tribunales de Justicia, llegado el caso. En el sector de la construcción, los mismos problemas se complican ya que, antes de 1999 tenían que reclamar de acuerdo con las disposiciones del artículo 1.591 CC y su extensísima jurisprudencia, después de esa fecha, si se trata de reclamaciones por daños en la construcción, deberán atenerse a las determinaciones de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (desde ahora LOE), pero si, además, se quieren reclamar daños añadidos distintos de los de la construcción, como *lucrum cessans*, u otros, tendrán que seguir acudiendo a las determinaciones del repetido artículo 1.591 CC, sobre el que la Jurisprudencia elaboró una verdadera doctrina jurídica de la ruina, incluso con instituciones sumamente pintorescas —ruina funcional, ruina económica, ruina urbanística y otras—, que no tienen relación con la capacidad del inmueble para sostenerse erguido.

Los pleitos sobre estas materias se eternizan en los Juzgados españoles, aunque el Letrado que lleve el caso no sea dado a emplear las armas dilatorias que pone en sus manos la LPC, que alargan los procesos judiciales hasta el aburrimento. Si la construcción se industrializara, no podría sostenerse un sistema de responsabilidades como el hasta ahora empleado, porque no habría forma humana de que las muchas ventajas que ofrece la industrialización, pudieran consolidarse en beneficio de la sociedad.

2. LAS RESPONSABILIDADES POR VICIOS DE LA CONSTRUCCIÓN

El motivo de por qué el comprador de una vivienda que tuviera algún defecto importante que impidiera usarla para el fin que se construyó, de forma parcial o total, si no puede arreglárselas personalmente con la empresa o promotor profesional que se la vendió y tiene que acudir a los Tribunales para conseguir ser resarcido del daño, tiene que atender al reparto de responsabilidades que, determinado en la LOE, le obliga a reclamarle a una serie de personas con las que él no ha tenido nunca la más mínima relación: los diferentes agentes intervinientes en el proceso edificatorio definidos por la LOE, según los casos, además del promotor profesional de la obra, vería totalmente frustradas sus expectativas.

El hecho de que aquel que se sienta dañado, por la compra de una vivienda defectuosa, deba reclamarle a unos desconocidos para él, en lugar de reclamarle solo y exclusivamente a aquel que la fabricó (en calidad de promotor profesional) y se la vendió, es para mí un arcano

⁶ Como cuando se le han imputado responsabilidades al Arquitecto Técnico por defectos en el proyecto de obra, sabiendo, como todos sabemos, que no este profesional no tiene competencias en esta materia y habiendo sido ampliamente debatido a lo largo del tiempo. Cfr. L. J. CUENCA LÓPEZ, *Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de la Edificación...* cit. pp. 274 y ss. Y, más concretamente, STS 448/2005, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 10 de junio (RJ 2005,5836) en la pág. 278.

inescrutable y absurdo. En buena lógica, lo sensato e intuitivo sería que el comprador reclamara directamente a aquel que le vendió la vivienda y que éste respondiera de lo que, en su momento, había puesto en venta. Si el conflicto no se pudiera resolver de una forma amigable, tendría que interponer la consiguiente demanda contra el promotor profesional que le vendió el inmueble horizontal defectuoso ante los Tribunales de Justicia. Una vez solucionado el conflicto, si el promotor profesional de la obra se hubiese visto perjudicado, al haber sido declarado responsable y haberse visto obligado a resarcir al comprador de una vivienda por daños o defectos que pudrían ser imputables a alguno de los demás agentes intervinientes por él contratados, sería este promotor profesional quien tendría que reclamarle al agente o agentes supuestamente negligentes o incumplidores. Al comprador de una vivienda no tendría que preocuparle en absoluto la persona concreta que hubiese cometido el fallo o la negligencia. Es éste un asunto a resolver por el promotor profesional, que es quien contrató a la empresa, agente o agentes incumplidores o negligentes. Parece, que así explicado, es lo que dicta el sentido común más elemental.

Sin embargo, en España no ha sido así nunca, todo se ha producido siempre de manera mucho más complicada, lenta y difícil de dirimir. El repetido artículo 1.591 del CC y la actualmente en vigor LOE —cuyo contenido viene a ser la consagración legal de la Jurisprudencia creada a partir de la creativa interpretación del repetido artículo 1.591—, tienen su base en las prácticas tradicionales en el sector de la edificación, donde un promotor profesional, a título individual o constituido en empresa, encargaba⁷ un proyecto a un técnico a título individual o personal y, una vez redactado, encargaba a dos técnicos —el director de obra, que generalmente era el mismo proyectista, y el director de la ejecución material de la obra— la dirección facultativa de la misma y, una vez obtenidas las licencias y permisos municipales preceptivos, contrataba la ejecución material a un contratista, o contrata: generalmente una empresa constructora que se encargaría de la ejecución de la obra, bajo las órdenes del director de obra, la supervisión del director de su ejecución material y los términos mutuamente acordados en el correspondiente «*locatio conductio operarum*».

Ese es el esquema que se trasluce de la lectura de la LOE, que hace una escueta mención del caso de que los agentes técnicos pudieran actuar dentro de una Sociedad Profesional, o que el promotor fuese la Administración Pública —que haría que nos encontráramos en el ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público—, o que todos los agentes intervinientes fuesen personas jurídicas y otros casos singulares. Lo de que los técnicos titulados actuaran desde el seno de una Sociedad Profesional, en España no ha sido aún demasiado frecuente, quizás porque la Ley 2/2007 es demasiado reciente y parece redactada más pensando en sociedades profesionales jurídicas, que en cualquier otras. Pero cada día ese esquema va cambiando lentamente por la complejidad de la que se va rodeando el sector de la construcción, con la obligación de cumplimiento del CTE⁸, la intervención de técnicos cuyo servicio se presta desde el régimen previsto en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, las exigencias en materia de Seguridad y Salud Laboral, entre las que destaca la contratación (en los casos previstos en los artículos 3 y 4 del Real Decreto 1627/1997) de los Coordinadores en esta materia, correspondientes, así como la creciente superabundancia de normativa a cumplir y los controles de calidad preceptivos, hacen que el esquema clásico, antes descrito brevemente, sea cada vez menos eficaz al no dejar demasiado tiempo para ejercer las funciones técnicas típicas, teniendo obligación de documentar amplia y cumplidamente todos y cada uno de los procesos constructivos y de control.

⁷ En este contexto, la palabra *encargar* es sinónimo de *contratar*.

⁸ CTE: Código Técnico de la Edificación.

En el caso de una industrialización integral de la construcción de viviendas, el esquema se parecería mucho más al de un fabricante de maquinaria pesada o vehículos automóviles, salvo en la localización del producto edificatorio y su fundación sobre un solar situado en un punto determinado y concreto del territorio, que al esquema clásico supra descrito, por consiguiente, las garantías para el comprador del producto edificatorio, siendo medianamente congruentes, tendrían que parecerse más a las que se aplican a los sectores industriales o a la automoción. En definitiva, en mi opinión, las responsabilidades derivadas de posibles defectos o vicios ocultos en la construcción deberían ser objetivas y residenciadas en el promotor profesional de la obra.

3. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES QUE PROPONEMOS

«Ὁ βίος βραχύς, ἡ δὲ τέχνη μακρὴ, ὁ δὲ καιρὸς ὀξύς, ἡ δὲ πείρα σφαλερή, ἡ δὲ κρίσις χαλεπή». Hipócrates, «Argorismos (I,1)». Séneca, en «De brevitae vitae (I,1)», transcribió el aforismo hipocrático de la siguiente forma: «Vita brevis, ars longa, occasio praeceps, experimentum periculosum, iudicium difficile».

Por estas frases transpuestas, lo ideal sería que intervinieran los civilistas, a los que, desde aquí y desde ahora, invito a abrir un debate jurídico, lo suficientemente profundo como para extraer las oportunas consecuencias y enriquecer la propuesta que ahora inicio. Este debate debería partir de la concordancia con algunas premisas, como que el sector de la edificación debe modernizarse necesariamente, aunque siempre nos mantengamos conscientes del peso de toda su historia y sus tradiciones por exigencias funcionales y sociales. Deberíamos entender al sector de la edificación industrializada como si de una gran orquesta sinfónica se tratara, en la que tienen que intervenir coordinadamente un elevado número de músicos distintos y ser dirigidos por un agente del que se ha olvidado la LOE, el Project Manager que, sin embargo, viene actuando de manera habitual en la mayoría de los países de nuestro entorno occidental, haciendo que cada uno de los músicos intervenga, con su instrumento bien afinado, en un momento muy preciso, realizando su trabajo tal como está planificado en la correspondiente partitura, sin salirse del proyecto ni un milímetro y de acuerdo con las instrucciones recibidas de los directores de la obra y del director del conjunto de la promoción, a fin de que el complejo producto edificatorio resulte total y absolutamente armonioso.

Se trata de un debate cultural entre el ideario conservador del sector de la edificación tradicional, que prefiere mantener la ejecución artesanal de los trabajos, y un ideario más progresista, el de los que entendemos que hoy se necesita socialmente un sector edificatorio-industrializado, que, de forma armoniosa y predecible, garantice una alta calidad del producto edificatorio, manufacturado, en unas condiciones de seguridad e higiene acordes con las exigencias sociales de la segunda década del siglo XXI y que mantenga controlados unos precios cuya relación con el nivel de vida de la sociedad española sea la mejor y más adecuada para hacerlo sostenible.

En cualquier caso, las normas jurídicas que rigen las relaciones entre los miembros que interactúan en el sector deben modernizarse y cargarse de sentido común para permitir una seguridad integral que nos lleve hacia la excelencia. Esta seguridad integral la entendemos como aquella suerte de múltiples relaciones que sean absolutamente previsibles, desde un punto de vista jurídico y que permitan a los que podríamos denominar consumidores y usuarios a que sus controversias puedan resolverse de un modo rápido y satisfactorio para todas las partes y lo más justo y eficaz posible.

De cara a una construcción absolutamente industrializada, en la que lo único que se construya de forma artesanal⁹ sea la cimentación de los edificios en cada solar singularmente determinado, sin duda, se necesita una modificación de la LOE que establezca la responsabilidad positiva del promotor/vendedor de la obra ejecutada de cara al comprador o usuario del inmueble horizontal y, al mismo tiempo, el sistema de responsabilidades en que pueden incurrir el resto de los agentes intervinientes en el proceso edificatorio que, generalmente, tendrán una relación contractual directa con el promotor profesional del edificio ejecutado o en vías de ejecución.

No quiere decir esto que, para determinados casos –edificios realmente singulares, públicos o privados–, en los que los destinatarios quieran y puedan pagarlo, se utilice un diseño específico para ellos y un sistema de construcción totalmente artesanal. En el sector de la automoción existen vehículos de lujo, como el Rolls Royce, por ejemplo, en que sus futuros poseedores eligen para su fabricación casi todo lo que los constituirá. También en el sector de la moda hay distinciones entre el prêt a porter y la alta costura, y es elegida una u otra, según la capacidad económica de sus consumidores y usuarios.

Sin embargo para la inmensa mayoría de los destinatarios, los procesos creativos y de ejecución de las obras deben ser abordados en forma parecida a como se realiza la producción en serie con la utilización del sistema de cadena de montaje, que garantiza una alta calidad, una ejecución liberada de la mayoría de los riesgos laborales, llevada a cabo por especialistas bien formados, y con un precio relativamente asequible para la mayoría de sus destinatarios finales. Los diferentes productos, servicios, tecnología o procesos constructivos que se describan en los contratos entre el promotor profesional de obra industrializada y sus futuros compradores o usuarios deberán estar sujetos a los derechos de propiedad intelectual y nadie debe creerse autorizado de antemano para utilizarlos sin los correspondientes permisos y licencias oportunos.

Dentro de este esquema productivo, lo que en otros sectores se denomina postventa o atención al cliente, debe ser también en este sector mucho más fácil de abordar, sin dejar al criterio de los diferentes operadores jurídicos, más o menos acertados, la solución de los conflictos que puedan presentarse, una vez puesta en el uso previsto la obra ejecutada. Aunque, como dice nuestro Refranero «Pleitos tengas y los ganes»¹⁰.

Este nuevo sistema de responsabilidades objetivas en la construcción de edificios se diferencia del determinado en la Leyes españolas derivadas de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, en que no contendría una disposición que elimine de su ámbito de aplicación los daños o defectos que se hayan podido descubrir en el propio edificio o producto edificatorio, al contrario de lo determinado en el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, o en el apartado b) del artículo 9 de la mencionada Directiva 85/374/CEE, que excluye los daños del propio producto.

⁹ Ello si no es posible desarrollar un sistema de construcción de cimentaciones también industrializadas.

¹⁰ El Instituto Cervantes recoge este refrán español y lo define del modo siguiente: **Significado:** *Se refiere a las cuantiosas pérdidas que puede acarrear un pleito tanto si se gana como si no, pues, aunque resulte favorable la sentencia, lo habitual es que no se quede en uno solo, con el consiguiente gasto, que en ocasiones acarrea la ruina. (En desuso).* Además propone dos refranes sinónimos: 1) «Justicia, mas no por mi casa». 2) «El vencido, vencido, y el vencedor, perdido».

Aunque, hay autores que consideran que, “en muchas ocasiones, la construcción de un inmueble es, esencialmente, la incorporación progresiva de bienes muebles”¹¹ sobre el inmueble que, en este caso sería el solar de fundación del mismo y, posiblemente, su cimentación, en cuyo caso, los defectos de obra sí estarían incursos en el ámbito de aplicación de la Directiva aludida y en el de la Ley cuyo texto refundido hemos referenciado.

Ya que el artículo 6 del TRLGDC define el concepto de producto a los efectos de esa norma como «todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del CC», podemos considerar productos naturales a los áridos, yesos, etc., ya que son producciones naturales de la tierra y productos industriales los que están producidos por los predios de cualquier especie a beneficio del trabajo, todo ello conforme al artículo 355 CC. De esta manera cada uno de los elementos que constituyen una obra, aunque se trate de una construcción tradicional ejecutada artesanalmente, podrían considerarse productos a efectos de la aplicación del TRLGDC. El problema que se presentaría es que al ser un número ingente de productos distintos los que intervienen hoy día en la obra, y al poder resultar casi imposible determinar en todos los casos cual es el producto defectuoso cuya presencia determinó la producción de un daño concreto, en el caso de una construcción tradicional, sería muy difícil, por no decir imposible, señalar inequívocamente el producto y, especialmente, la relación causal que vincula el defecto del producto y el daño causado.

El supuesto de la construcción industrializada de viviendas del que aquí estoy escribiendo, salvo los daños producidos por defectos de construcción de la cimentación del edificio que podemos considerar el inmueble al que están fijados el resto de los productos, toda vez que hasta la estructura portante podría ser una estructura prefabricada, para montar en el lugar de la obra, la edificación podría ser entendida, desde el punto de vista jurídico, como una pluralidad de productos potencialmente defectuosos a los que le es aplicable la Directiva supra señalada. Es decir que de los daños que pudiera producir el defecto de uno de los productos que forma parte del edificio, se derivaría una responsabilidad objetiva del fabricante o importador¹² de cada producto defectuoso y, de no conocerse quiénes éste, le correspondería asumir dicha responsabilidad objetiva al proveedor o distribuidor¹³ local que hubiese vendido el producto al adquirente de la obra, salvo que, dentro del plazo de tres meses, indicara al perjudicado la identidad del productor o la de quien le hubiera suministrado el producto. El perjudicado que pretenda la reparación de los daños causados, tendría que probar que existe el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos. Es decir, entendido tal como se ha relatado, un edificio industrializado, o más precisamente, cada uno de los sistemas, subsistemas y elementos que constituyen el edificio industrializado, entrarían dentro del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley señalada.

No obstante ello, lo que realmente proponemos, porque nos parece más ajustado, es que se modifique la LOE y que se redacte de nuevo con el espíritu del Texto Refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, lo que quiere decir que apelamos a que de los daños o defectos del edificio se deriven responsabilidades objetivas para el productor o fabricante (promotor profesional), importador, en su caso, o proveedor o distribuidor, si lo hubiere, ante el usuario o comprador.

¹¹ P. GARCÍA RUBIO, “La adaptación en España de la Directiva sobre Responsabilidad por Daños causados por los Productos Defectuosos. La Ley 22/1994, de 6 de julio”, *Dereito*, Vol. 5, 1: 211-230, 1996. Nota al pie n° 12, pág. 215.

¹² Apartado 1 del artículo 138 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.

¹³ Apartado 2 del artículo 138 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.

El régimen de responsabilidades de los demás agentes intervinientes en el proceso edificatorio debería determinar que éstos responderán en aquello que dependa de su ámbito de actuación profesional, ante el promotor profesional que fue el que contrató a cada uno de ellos, y que dichas responsabilidades sean, en todos los casos, rigurosamente proporcionales a sus competencias profesionales, por lo que asumirá más responsabilidades quien más competencias tenga en la obra. Particularmente a mí esta postura me suena muy sensata y lo que pienso es que nunca debió apartarse de este planteamiento, al menos en los tiempos modernos. Nos habríamos podido ahorrar muchas controversias, muchos pleitos y mucho tiempo perdido y recursos gastados para, absurdamente, tener que defender las distintas interpretaciones de los Tribunales de Justicia que han desplegado, a lo largo del tiempo, una capacidad creativa desconcertante.

Lo más importante es que, ni en el caso de que consideremos una obra edificada como un conjunto de bienes muebles ligados a un inmueble, realizamos ningún artificio jurídico, ni forzamos la Ley. Simplemente nos apartaríamos de la forma tradicional de entender toda la obra como un inmueble, lo cual, de acuerdo con el nivel tecnológico que hoy día se emplea en las obras de edificación, no sería ningún disparate. Stricto sensu mantener la interpretación jurídica tradicional proveniente del *locatio conductio operarum*, no deja de ser un anacronismo conceptual inquietante. La Justicia también debe actualizarse de forma razonable a la mayor brevedad posible para evitarnos, cuanto antes, costosos e inútiles litigios.

4. LA CRECIENTE CRIMINALIZACIÓN DEL DERECHO: LAS RESPONSABILIDADES PENALES EN EL SECTOR DE LA EDIFICACIÓN

Soy consciente de la tendencia actual en los países occidentales –no solo España– de que estamos padeciendo un proceso de paulatino aumento de la criminalización de determinadas conductas que, hasta hace relativamente poco tiempo, no estaban incluidas en el CP. La reforma de nuestro CP de 2010, en su exposición de motivos justifica la inclusión de nuevos tipos penales con el fin de que converjamos con la UE, pero como señala COBO DEL ROSAL¹⁴, refiriéndose a la inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal de 2010¹⁵ que, en su opinión, es “una especie de pegote sobre la responsabilidad de las personas jurídicas” y que, a pesar de ello, “esto no significa que dichas personas, por el simple hecho de incorporarlas al Código Penal, cometan delitos” porque no han sido incluidas en los artículos 28 y 29 CP, ni como autores de los delitos, ni como cómplices respectivamente y, por consiguiente, no pueden ser responsables, tal como determina el artículo 27 del mismo cuerpo legal, a pesar de lo que se establezca en el artículo 31 bis del mismo. No entraremos a discutir ahora la inclusión de la responsabilidad penal de las perso-

¹⁴ M. COBO DEL ROSAL, Cuatro artículos consecutivos con el título genérico de “Una reforma totalmente equivocada del Código Penal español, como es la relativa a sociedades delinquentes (I)”, 16 de octubre de 2013; “Una reforma totalmente equivocada del Código Penal español, como es la relativa a sociedades delinquentes (II)”, 21 de octubre de 2013; “Una reforma totalmente equivocada del Código Penal español, como es la relativa a sociedades delinquentes (III)”, 28 de octubre de 2013; “Una reforma totalmente equivocada del Código Penal español, como es la relativa a sociedades delinquentes (IV)”, 31 de octubre de 2013; “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Las sociedades no pueden delinquir”; 18-08-2012. Los cuatro primeros publicados en el BLOG del autor y el último en Redacción – *diariojuridico.com* – Derecho y Noticias Jurídicas. <http://www.diariojuridico.com>.

¹⁵ Reforma aprobada mediante la puesta en vigor el 23 de diciembre de 2010 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y, en concreto, refiriéndose a su artículo 31 bis que ha supuesto la derogación del art. 31.22 y del art. 369.3, aunque no ha afectado al art. 262.2 CP.

nas jurídicas por no ser este un objetivo de este artículo, solo diremos que presenta una gran complejidad en el Derecho penal y, prueba de ello, nos la da la extensa Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, con sus luces y sus sombras. En España, el motivo de algunos de estos casos de criminalización de conductas anteriormente no penales provienen de la complicidad que algunos políticos tienen con personas inculpadas en delitos económicos, cuando no están directamente implicados ellos. Como medio de defensa, esos políticos clamaron hasta desgarrarse las vestiduras con el fin de que dichas conductas fueran tipificadas como delito en el CP, siendo, curiosamente, algunos de ellos los que ven como algo normal que el quitarle la vida a una persona no cueste ni siquiera un año al declarado culpable de asesinato, como desgraciadamente estamos viendo.

Esta situación demuestra el poquísimo respeto que muchos políticos tienen del pueblo español y hacia la vida de las personas que, según el apartado 2 del artículo 1º de nuestra Constitución de 1978, es donde reside la soberanía de la nación española y, por consiguiente, si tienen más o menos poder, al pueblo español se lo deben, además de al cacique de su partido que les permitió estar incluido en la lista electoral y que le hizo salir elegido, es decir, ese poder no le viene de Dios, sino de sus paisanos.

Sírvanos esto de introducción para denunciar aquí el aumento de la criminalización que paulatinamente están sufriendo conductas que ahora se tipifican sin demasiado rigor, u otras con muchos problemas para una tener justa interpretación, por el simple hecho de que su inclusión en el CP provoca que, ante la opinión pública, parezca que sus impulsores tienen la firme voluntad de acabar con los problemas provocados por ellos mismos y que habían producido cierta alarma social.

El motivo de preocupación que nos mueve y venimos describiendo es el de las consecuencias de las responsabilidades que contraemos algunos agentes intervinientes en el proceso edificatorio y, por consiguiente, la preocupación es mayor cuando de responsabilidades penales se trata.

Incluso sin haber estado nunca incurso en ningún proceso incoado por responsabilidades en obra alguna, cuya ejecución material dirigí cuando ejercía la profesión liberal, desde el mismo momento de mi colegiación en Granada en 1974, tuve presente el cúmulo de responsabilidades que recaerían sobre mí, si tuviera la desgracia de que, llegado el caso, fuera denunciado por daños en alguna obra en las que después intervine, o si se produjera algún accidente laboral, con daños al trabajador siniestrado. Durante toda mi vida profesional he trabajado para poder influir, de algún modo, sobre este asunto, para mí muy grave, que en el mejor de los casos, me ha traído el encarecimiento, hasta extremos extravagantes, de las Pólizas de Seguro de Responsabilidad Civil que tuve que suscribir y mantener durante muchos años después de haber acabado las obras. Pero las responsabilidades de naturaleza penal no se pueden asegurar.

En un país como el nuestro, del que, siendo sinceros, tenemos que darnos cuenta que es bastante pobre, la alegría económica de los últimos años del siglo pasado y los primeros siete años del siglo XXI, era una alegría artificialmente inculcada, que estoy seguro que nos hizo aparecer ante nuestros socios europeos y aliados americanos ridículos, como unos «nuevos ricos». Por ese motivo, tenemos que solucionar, de una vez por todas, con sentido común y la medida propia de seres inteligentes, este tipo de problemas y que cada uno asumamos las responsabilidades que, como profesionales liberales, corresponden al nivel de competencias que nos reconocen las Leyes y la gravedad de las consecuencias que nuestras acciones provocan sobre la sociedad para la que trabajamos.

No soy especialista en Derecho Penal, pero he tenido la oportunidad de estudiar particularmente los problemas que genera la inclusión en el CP del artículo 31 bis tras la reforma de

2010 y, verdaderamente, me preocupa por cuanto en el sector de la edificación, no solo podemos intervenir como profesionales liberales puros, sino que, cada vez con más frecuencia, iremos interviniendo como miembros de Sociedades Profesionales, es decir, como miembros pertenecientes a personas jurídicas a las que se le puede aplicar el artículo 31 bis del CP. Por otro lado, se han endurecido las penas por los llamados delitos contra la seguridad de los trabajadores, delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, delitos contra el patrimonio histórico y los delitos contra el medio ambiente que, sin ser exclusivos para los técnicos titulados en el sector de la edificación, son algunos con los que los técnicos titulados tenemos que tener sumo cuidado, ya que, en muchas ocasiones, por descuidos aparentemente insignificantes, nos pueden amargar la existencia. Estamos de acuerdo con COBO DEL ROSAL cuando, en el mismo artículo supra señalado, en otro párrafo dice: “Hay que tener en cuenta que, para que se genere y nazca alguna responsabilidad criminal, previa e inexcusablemente, se debe cometer por el presunto responsable penal, un delito, es decir, un hecho punible, [tipificado y] castigado por una Ley Orgánica de naturaleza penal”. Aunque parezca una afirmación de Perogrullo¹⁶, los técnicos titulados intervinientes en este sector económico hemos podido comprobar, en algunas ocasiones —como señalamos en este mismo artículo, en apartados anteriores, distintas Sentencias de diversos Tribunales de Justicia, incluso el Tribunal Supremo, que así lo confirman—, que no siempre los Tribunales han acertado al sentenciar, y siendo cierto el principio iuranovit curia, no deja de ser también cierto que imperitiaculpaeadnumeratur, si no conocían en profundidad el sector de la edificación y la normativa preventiva, debían haberse asesorado adecuadamente, ya que, quizás buscando la máxima ejemplaridad del caso, o simplemente buscando poder satisfacer ampliamente a los que ellos creen los más perjudicados con una indemnización más o menos importante, con falta de equidad nos han perjudicado a los técnicos titulados profundamente, mucho más allá de lo que afecta a cada caso.

Con lo anterior no quiero decir que no haya casos en que los técnicos inculpados no mereciéramos el resultado de una sentencia contraria, evidentemente los facultativos no somos santos, somos humanos y, en muchas ocasiones, nos equivocamos.

Centrándonos en el tipo de delitos supra señalados, intentaremos, dejar unas pinceladas, ya que el asunto requeriría un espacio del que no disponemos ahora, sobre los problemas que, con respecto a estos delitos podemos apreciar, fruto de la paulatina criminalización de ciertos ilícitos penales, más o menos novedosos, que se están produciendo y que en algunos casos, no son más que el fruto de la incapacidad que las Administraciones Públicas hacen ostensible penosamente, y cada vez con más frecuencia, para lograr los fines para los que existen, utilizando su propia rama del Derecho, esto es, el Derecho administrativo y, dentro de él, el sancionador.

Con respecto a los delitos contra la seguridad de los trabajadores que, aunque con una siniestralidad moderada ahora por la crisis económica, presenta unos índices absolutamente inaceptables en un país como España, reconocemos que es necesario actuar de un modo que consiga eliminar los resultados catastróficos que produce el elevado número de accidentes laborales, en el que el porcentaje de trabajadores fallecidos, es radicalmente inaceptable¹⁷.

No es nueva la inclusión en el CP de delitos de este tipo, existe desde hace muchos años:

- a) Ya en 1905 encontramos que en las Ordenanzas Municipales de Granada, redactadas por Fermín Camacho, se incluían una serie de ordenanzas en las que, como si

¹⁶ Se refiere a una cosa tan sabida o a una verdad tan evidente que es tonto decirla.

¹⁷ Cfr. datos sobre siniestralidad en España en el portal del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en la dirección <http://www.insht.es>.

de un código preventivo se tratara, se recogían una serie de medidas a aplicar en las distintas partidas de las obras de construcción de esta ciudad andaluza.

- b) En el CP de 1928 se tipificaban este tipo de conductas y en su artículo 578 se castigaba a «los que dieran lugar por su imprevisión, imprudencia o impericia a un peligro para la salud o la vida de los empleados en minas, trabajos subterráneos o en cualquier género de industrias peligrosas».
- c) El Código Penal de 1973 –Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Texto Refundido de Código Penal, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre— tipificaba estas conductas en el Título dedicado a los *delitos contra la libertad y la seguridad*, en un capítulo cuya rúbrica era: «*Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo*».

Su artículo 348 bis, introducido por la Ley Orgánica 8/1983, castigaba a «los que estando legalmente obligados, no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física».

En esa época, no podemos hablar con propiedad de prevención. La seguridad e higiene que se empleaba se podría calificar de paliativa, no de preventiva. A los constructores se les exigía el cumplimiento de la OGSHT¹⁸.

Con independencia de lo anterior, la tendencia a la creación de nuevos ilícitos penales que antes denunciaba, llevó al legislador español a la inclusión en el pomposamente llamado Código Penal de la Democracia, también conocido como Código Belloch, por el ministro que impulsó esta amplia reforma, los artículos 316, 317 y 318 para resolver problemas que, en mi opinión, se podrían haber resuelto perfectamente mediante el Derecho Administrativo sancionador o, podían haberse refundido en uno solo artículo ya que se trata del mismo delito de peligro, en sus versiones, doloso, negligente o imprudente y societario o atribuible a personas jurídicas, y éstos tres artículos también constatan el abuso de la utilización de las leyes penales en blanco para especificar un delito de peligro —no de hecho—, en sus tres modalidades. Estas normas jurídicas, de acuerdo con la doctrina y la Jurisprudencia, tienen una dudosa legitimidad ya que se remiten a la llamada, con imprecisión rayana en el surrealista y profuso conglomerado de normas de variada jerarquía legal —desde Leyes, propiamente dichas, hasta recomendaciones ministeriales— conocido como normativa preventiva o de prevención de riesgos laborales, que ha dado lugar a que algunos autores consideren que su falta de taxatividad¹⁹ provoque que los tres artículos del CP señalados rocen la inconstitucionalidad, si no son expresamente inconstitucionales, ya que la evanescencia de las normas preventivas, redactadas de acuerdo con lo que la UE denominó nuevo enfoque —que viene a ser una dejación de una serie de obligaciones de las Administraciones Públicas para traspasarlas a los obligados legalmente a cumplirlas de acuerdo con su criterio técnico particular, lo cual ayuda a evitar definir y concretar las medidas preventivas en cada caso, dejando que el redactor del Estudio de Seguridad y Salud o Estudio Básico de Seguridad y Salud y los Planes de Seguridad y Salud señalados en los artículos del 3 al 8 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud laboral en las obras de construcción, las concrete en su estudio o plan— y, en ese caso, se habrían in-

¹⁸ OGSHT: Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

¹⁹ F. GARCÍA FIGUEROA, “Problemas de constitucionalidad del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo en el sector de la construcción. Análisis a la luz de los derechos fundamentales de ciertas disposiciones reglamentarias que completan los artículos 316 y 317 del Código Penal en dicho sector”, *Diario LA LEY*, número 7454. Martes, 27 de julio de 2010, pp. 1 – 8.

cumplido los límites impuestos en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional para la utilización de la técnica de leyes penales en blanco por vulnerar el principio de legalidad penal, reconociendo su legitimidad siempre que se respeten una serie de exigencias respecto a la doctrina del complemento indispensable²⁰.

Al respecto resulta muy interesante leer a GARCÍA SÁNCHEZ²¹ que cita las Sentencias del Tribunal Constitucional, donde se sienta la doctrina sobre la constitucionalidad de las normas penales en blanco, que datan de finales de los años ochenta y principios de la de los noventa del siglo anterior y ha sido reiterada hasta la actualidad. Se trata de las Sentencias STC 122/1987 y la STC 127/1990 en ellas el TC reserva el empleo de normas penales en blanco a aquellos casos en los que el reenvío normativo está justificado por razón del bien jurídico salvaguardado y siempre y cuando este reenvío sea expreso, que la propia Ley señale la pena, que contenga el núcleo esencial de la prohibición y que sea satisfecha la exigencia de certeza o se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley Penal se remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de la garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada²². Pero la realidad de los artículos 316, 317 y 318 CC es que no remiten a una Ley precisa y concreta, sino a eso que se ha dado en llamar la legislación sobre prevención de riesgos laborales que, como tenemos dicho, es muy profusa y jerárquicamente dispar, hasta el punto de que las normas concretas, por imperativo reglamentario, se desarrollan en los Estudios de Seguridad y Salud Laboral o en los propios Planes de Seguridad y Salud Laboral, los primeros redactados por técnicos facultativos designados por el Promotor que forman parte de la dirección facultativa de la obra, y los segundos, por la empresa constructora adjudicataria de los trabajos de ejecución de la obra.

Entre tanto, aunque se trate de normas muy específicas para obras de edificación, como puede ser el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, las normas preventivas en él contenidas se limitan a señalar, para cada caso, medidas tan vagas como la de «poner los medios precisos» para evitar uno u otro peligro. Esta situación provoca que los únicos documentos que señalan, con cierta precisión, las medidas a adoptar sean los Estudios de Seguridad o Planes de Seguridad, supra señalados, cuya máxima jerarquía legal la obtienen del hecho de tratarse de documentos técnicos del proyecto de obra de aplicación obligatoria para todos los agentes intervinientes y para los trabajadores. En mi opinión, con este planteamiento no se cumple la reserva de Ley necesaria en las Leyes penales en blanco.

Algunos penalistas han hecho constar que lo más difícil de delimitar en la doctrina del TC señalada es que la Ley penal contenga el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la función de garantía del tipo²³. El TC en Sentencias posteriores ha tratado de precisar el exacto significado y la forma en que se cumplen dichos requisitos, señalando que no cabe que una disposición extrapenal amplíe el tipo incluyendo supuestos adicionales no contenidos en el precepto penal o conductas que hasta su aprobación no fueran punibles²⁴.

²⁰ Vid. STS 127/1990 y STS 62/1994.

²¹ B. GARCÍA SÁNCHEZ, "Unidad Normativa y Derecho sustantivo. Normas Penales en Blanco: ¿Son compatibles con los principios de igualdad y legalidad?", en VV. AA., *Autonomías y Unidad del Ordenamiento Jurídico. La cuadratura del círculo*. González Hernández, E. (Directora), Rodríguez Rubio, M. C. y Roperro Carrasco, J. (Coordinadoras), Edit. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 169 y ss.

²² Esta doctrina ha sido seguida por las SSTC 118/1992, de 16 de septiembre, 111/1993, de 25 de marzo y 53/1994, de 24 de febrero.

²³ Vi. A. DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Edit. Tiran lo Blanch, Valencia, 1999, Pág. 161.

²⁴ Cfr. STC 119/1992, en la que se trata la modificación del CP por la vía de la Ley 39/1981, reguladora del uso de la bandera nacional, reforma por remisión.

En este sentido, cabe plantearse la pregunta de ¿Cuál es el núcleo esencial de una conducta típica que, según el TC debe estar descrito en la norma penal? DOVAL PAIS señala que pocos son los autores que han delimitado lo que debe de entenderse por el núcleo esencial del ilícito penal²⁵. Hay que destacar el desarrollo realizado por GARCÍA ARÁN²⁶ quien concluye que no se puede distinguir entre elementos esenciales y accidentales, ya que todos ellos son necesarios para delimitar lo prohibido, es decir, para respetar la reserva de Ley penal y por ello resulta artificioso distinguir entre elementos esenciales y accidentales.

Una Sentencia más reciente, la STC 34/2005, de 17 de febrero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada por Órganos Judiciales, sobre la Ley 45/1885, de 23 de diciembre, de Impuestos Especiales, a efectos de la Ley Orgánica, 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, el TC la desestima porque considera que la remisión en blanco de la Ley penal a otra Ley cumple los requisitos exigidos por la doctrina propia. La Ley 45/1985 no es orgánica y procede, según los Órganos Judiciales recurrentes, a tipificar un delito que lleva aparejada una pena privativa de libertad. El TC argumenta que la Constitución Española exige que los elementos esenciales del tipo y de la pena se establezcan por Ley Orgánica. El TC señala que estamos ante un supuesto de normas penales en blanco que se remiten a normas extrapenales y añade que «la reserva de Ley que opera en materia penal no impide la existencia de posibles normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal no se encuentra exhaustivamente prevista en ellas y que remiten para su integración a otras normas distintas que pueden tener incluso carácter reglamentario (como se apuntó en la STC 24/2004, de 24 de febrero). Lo que resulta exigible es la concurrencia de los tres siguientes requisitos: 1º) que el reenvío normativo sea expreso; 2º) que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; y finalmente, 3º) que la Ley, además de señalar la pena, dé certeza, es decir, sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite.

En los trabajos realizados por juristas sobre este asunto, se observa un problema importante que, por suerte puedo superar por tener una formación técnica previa a la formación jurídica y conocer las obras de edificación de primera mano ya que estuve muchos años ejerciendo la profesión de Arquitecto Técnico en ejercicio liberal, dirigiendo la ejecución material de muchas obras y, en consecuencia, aprecio detalles en las explicaciones jurídicas que a los juristas puros pueden escapársele:

ARMENTEROS LEÓN²⁷, tratando de explicar la constitucionalidad del artículo 316 CP, señala que su primer requisito sería que se infrinjan las normas de prevención de riesgos laborales y, señala que «la norma fundamental en la materia es, sin duda, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales». Después acepta que, a pesar de ser la norma anterior la fundamental, «habrá que tener en cuenta también, lógicamente, el resto de la normativa legal, reglamentaria o de carácter internacional que sea vinculante...».

Desde el punto de vista de un jurista resulta una reflexión impecable, pero los que conocemos el sector de la edificación a fondo, sabemos que este planteamiento es válido para

²⁵ Cfr. A. DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites...cit.*, pág.166.

²⁶ Cfr. M. GARCÍA ARÁN, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y Criminológicos*, XVI, 1992-1993, pp. 88-89. De la misma opinión, A. DOVAL PAIS., *Posibilidades y límites...cit.*, pág.167. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Valencia, 2010, pp. 112-115.

²⁷ M. ARMENTEROS LEÓN, “Algunas consideraciones sobre la delimitación subjetiva de la responsabilidad penal en materia de riesgos laborales”, *Artículos Doctrinales. Derecho Penal. Noticias Jurídicas*, Septiembre de 2006, pp. 3 a 24.

<http://www.noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal>.

cualquier industria en la que existe una sede, con un número de riesgos evaluable, un número de personas determinado en todo momento, que cada trabajador tiene asignado un trabajo concreto de forma estable, etc...

En el sector de la edificación también se dan estas circunstancias, pero solo para la sede de la empresa constructora que haya resultado adjudicataria que, seguramente, tendrá una sede concreta con unos riesgos laborales evaluables más o menos inmutables por el paso del tiempo, un número de empleados fijo y estable, etc...; pero, además, la constructora es la encargada de ejecutar la obra adjudicada, en un lugar distinto al de la sede de su empresa, con trabajadores distintos de los de su plantilla habitual y con un enorme número de riesgos que, durante el plazo de ejecución de obra son permanentemente cambiantes y para los que no rige el Plan de Seguridad y Salud que, mediante Servicios Preventivos propios o ajenos, tiene redactado y en permanente revisión para evitar los riesgos laborales de sus trabajadores, sino que, en la obra que debe ejecutar, deberá estar a las determinaciones del Plan de Seguridad y Salud de esa obra que habrá sido redactado por técnicos de su empresa basándose en el Estudio de Seguridad y Salud o Estudio Básico de Seguridad y Salud, elaborado por otros Técnicos especialistas a los que el promotor de obra haya encargado este trabajo y que, en los casos previstos en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 1627/1997. Estos tres son los documentos que contienen las medidas de seguridad y salud que deberán disponerse en la obra que se vaya a ejecutar o que se esté ejecutando.

Por ello es por lo que mantengo que, desde el punto de vista de un jurista puro, lo habitual es que se trate de comprobar si se han dispuesto las medidas que señalan la Ley de PRL (Ley marco de la PRL en España) y en los innumerables decretos que la desarrollan y en dichos textos legales no encontrará otra cosa que principios y la expresión de buenas intenciones, pero ninguna medida concreta que pueda comprobarse si se ha dispuesto o no en la obra. Cuando estaba en vigor la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, podían aplicarse directamente algunas de las medidas que esta Ordenanza prescribía para casos concretos. Ahora no, en los textos legales que conforman eso que llamamos normativa de prevención de riesgos laborales, lo que sus textos expresan son principios y normas preventivas abstractas y su concreción deberá hacerla el técnico que redacte el Estudio o Estudio Básico de Seguridad y Salud Laboral, según su criterio técnico y la interpretación que pueda hacer de las exigencias de los textos legales.

Por eso se puede dar el caso de que en dos obras muy parecidas en las que hayan redactado el Estudio o Estudio Básico de Seguridad y Salud Laboral dos técnicos distintos, cada uno según sus propios criterios, las medidas adoptadas no tienen por qué ser las mismas, en muchos casos ni se parecen las de una obra a las de otra, pudiendo en ambos casos ser unas medidas efectivas.

Pero si, por cualquier caso, algún trabajador o recurso preventivo, u otro técnico con criterios distintos, quisiera denunciar a la empresa constructora, o a la dirección facultativa, o a algún otro responsable que tuviera obligación de proveer a la obra de los medios preventivos, puede darse el caso de que en los Tribunales de Justicia se estimara que los medios previstos en una obra no eran los adecuados, porque conocían de antemano los dispuestos en otra obra muy parecida. ¿Quién disuadiría a los Jueces y Magistrados o al Ministerio Fiscal de que los medios dispuestos en una obra son muy efectivos y los dispuestos en otra, aunque sean distintos, también pueden ser efectivos. No nos sirve que el Juez designara a otro técnico como Perito Judicial para dirimir el conflicto, porque, al fin y al cabo, se trataría de otro técnico que, con sus criterios propios, podría opinar algo distinto a lo que habían dispuesto cada uno de los Técnicos que habían redactado los Estudios o Estudios Básicos de Seguridad y Salud de cada una de las obras del ejemplo.

La falta de concreción de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la de sus Reglamentos es precisamente lo que ocurre con las normas preventivas a las que la Ley penal se remite. En todo caso la precisión sería probable hallarla en los Estudios de Seguridad y Salud o Estudios Básicos de Seguridad y Salud redactados por los técnicos que formando parte de la Dirección Facultativa, estén habilitados para ello y hayan recibido el encargo del promotor para la redacción de estos documentos, pero, en ese caso, se habría roto con esto el principio de reserva de Ley. Por todo esto estimo que los tres artículos del Código Penal que trato aquí, son inconstitucionales.

5. BIBLIOGRAFÍA

- M. COBO DEL ROSAL, “Una reforma totalmente equivocada del Código Penal español, como es la relativa a sociedades delinquentes non potest (I), (II), (III) y (IV)”. También “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: las sociedades no pueden delinquir”. Blog del autor, publicado en diariojuridico.com de fechas: 16/10/2013; 21/10/2013; 28/10/2013; 31/10/2013; y 18/08/2013, respectivamente. En Derecho y Noticias Jurídicas: <http://www.diariojuridico.com>.
- L.J. CUENCA LÓPEZ, *Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de la Edificación, una aproximación histórica a sus responsabilidades*, Edit. Dykinson, Madrid, 2013.
- L.J. CUENCA LÓPEZ, “Construcción industrializada de edificios en el siglo XXI. La integración de la Seguridad y Salud en el Trabajo en el Proyecto”, *Revista R.E.D.S.*, 2013.
- A. DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Edit. Tirano lo Blanch, Valencia, 1999.
- F. GARCÍA FIGUEROA, “Problemas de constitucionalidad del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo en el sector de la construcción. Análisis a la luz de los derechos fundamentales de ciertas disposiciones reglamentarias que completan los artículos 316 y 317 del Código Penal en dicho sector”, *Diario La Ley*, número 7454, martes, 27 de julio de 2010. www.diariolaley.es.
- M. GARCÍA ARÁN, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *Estudios penales y criminológicos*, XVI, 1992-1993.
- P. GARCÍA RUBIO, “La adaptación en España de la Directiva sobre Responsabilidad por Daños causados por los Productos Defectuosos. La Ley 22/1994, de 6 de julio”, *Dereito*, Vol. 5, 1: 211-230, 1996.
- E. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ (Directora), M^a. C. RODRÍGUEZ RUBIO y J. ROPERO CARRASCO (Coords.), *La cuadratura del círculo*, Edit. Dykinson, Madrid, 2012.
- D. HUSAK, *Sobrecriminalización. Los Límites de Derecho Penal*. Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Traducción e introducción de Rocío Lorca Ferreccio, Madrid, 2013.
- J.A. SEIJÁS QUINTANA, “Aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y jurisprudencia”, Ponencia presentada en las V Jornadas CGPJ-CSCAE, *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación*, Logroño, 2005. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- S. DEL REY GUANTER, (Dir.), M. LUQUE PARRA (Coord.), *Responsabilidades en materia de Seguridad y Salud Laboral. Propuesta de reforma a la luz de la experiencia Comparada*, Edit. La Ley, Madrid, 2008.

TRABAJAR AL SERVICIO DE LA SANIDAD PÚBLICA: LOS EFECTOS DEL TRABAJO HOSPITALARIO EN EL PERSONAL SANITARIO

LOURDES NIETO CABRERA

Diplomada en Enfermería. Klinikum Darmstadt. Darmstadt. Alemania

M^a. MERCEDES JIMÉNEZ PEÑA

Diplomada en Enfermería. Virgen de Valme. Sevilla

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

Dra. Sociología, Pfra. A. Universidad Pablo de Olavide

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 2014

Fecha de aceptación: 30 de diciembre 2014

RESUMEN: *Este trabajo es fruto de la preocupación en momentos de quiebra económica y del sistema que engloba, educación, trabajo, empleo, sanidad, protección social, etc.*

Está claro que hay que priorizar en todos los ámbitos vitales, pero la salud es fundamental, dado que si se pierde o se resiente los demás aspectos de la vida quedan en un plano crítico muy inferior. Si la salud se encuentra en el primer plano para la persona hay que cuidar los efectos que el trabajo produce en la salud de los trabajadores.

Para realizar este trabajo, se ha llevado a cabo un cuestionario a profesionales sanitarios, con preguntas cerradas, trabajado los datos con el programa estadístico SPSS, ha permitido extraer resultados respecto a variables personales, profesionales, socio laborales y sobre las inquietudes del personal sanitario respecto a los efectos que produce su trabajo desarrollado en la sanidad pública hospitalaria.

ABSTRACT: *This work is the result of the concern about teaching, work, employment, health, social protection, etc. in the current moments of the economic crisis and an unsuccessful system.*

It's obvious we must give priority to all the vital fields, but health is essential: whenever it is not maintained in optimal conditions, the rest of fields stay in a critic and lower level. So the effects of work on workers must be taken into account very much and cared for health to be kept in the foreground.

To do this research, a significant group of health professionals have fill in a questionnaire, including close questions, and working the data with the statistic program S.P.S.S. It has allowed to draw significant results related to personal, professional, socio-occupational variables, and also about the health staff's concerns respect to the effects resulting from their work developed in public health in hospitals.

PALABRAS CLAVE: Hospital, trabajo, empleo, efectos, salud, enfermedad.

KEYWORDS: hospital, work, employment, effects, health, illness.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La gestión de los recursos humanos y el empleo sanitario.- 3. Los efectos del trabajo en la persona.- 4. La protección legal del personal sanitario.- 5. Metodología.- 6. Estudio sobre los efectos que produce el trabajo en el personal sanitario de un hospital público.- 7. A modo de conclusión.- 8. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En los momentos de crisis económica y los problemas sociales que ha desencadenado esta, podría parecer que los efectos que produce el trabajo son mínimos y no tienen importancia, pero no es así, dado que la salud al igual que la economía presenta repercusión en todos los aspectos de la vida.

La crisis de empleo de los Diplomados Universitarios en Enfermería (DUE) se remonta al menos a una década en España, por lo que la oferta de trabajo de países con economías avanzadas permiten la contratación en el extranjero de personal sanitario; las pérdidas y ganancias de estas migraciones se reparten desigualmente entre el país emigrante y el inmigrante, con la paradoja que el emigrante se descapitaliza científica y laboralmente y el país acogedor se beneficia de una mano de obra formada en el momento que la necesita sin ninguna inversión, aunque la cooperación y colaboración internacionales con el fin de superar retos supone especialmente en la sanidad el desarrollo profesional, personal y social (Yeates, 2010). La emigración de profesionales sanitarios comenzó hace unos tres lustros hacia Portugal y continuo más tarde hacia Italia, Francia y Reino Unido y en los últimos tiempo se ha desplazado hacia Alemania y Países Árabes.

La crisis económica con efecto domino en la sociedad ha tenido respuestas heterogéneas sobre el trabajo, la salud y del comportamiento de los profesionales. La reforma de la legislación laboral con el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral flexibiliza las medidas laborales como alternativa a la situación, sin producir efectos positivos hasta el momento presente.

Con la apertura democrática en España, la cobertura sanitaria era privada o de beneficencia, existiendo un largo recorrido hasta llegar al momento y situación presente; la organización de los servicios que atienden las necesidades de los enfermos es percibida con fronteras para estos, aunque estas sean artificiales, tratan de dar respuesta a problemas de los enfermos coordinando servicios de atención primaria con la atención especializada y en los momentos de crisis y disminución de profesionales recae mayor esfuerzo en la atención a los enfermos.

En la investigación realizada por Rico, Freire y Gervas (2007) sobre el sistema sanitario, refleja que el sistema de salud español ha alcanzado unos niveles de cobertura y satisfacción superiores a otros países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Las estadísticas de la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2013) manifiesta que el sistema de salud en España es muy bueno; estas estadística miden la cobertura sanitaria con respecto a una perspectiva internacional y esta cobertura incluye entre otros parámetros un sistema sanitario fuerte y bien gestionado, eficiente con financiación, con acceso a las tecnologías, personal bien capacitado y motivado (Rico, et al, 2007). Otro estudio muestra que los indicadores de salud en España, son homologables a los mejores países de OCDE (Ridao-López, et al, 2012).

La reforma sanitaria ha indignado socialmente y es una opinión social respecto a la mercantilización del sistema de salud en detrimento de la universalidad y la tendencia a la creación de un Estado de Bienestar de mínimos y una quiebra generaliza en el sufrimiento de las personas especialmente la clase media y las más desfavorecidas (Molina Navarrete, 2012). Algunos aspectos y muchos de estos cambios que en estos momentos se están realizando a nivel nacional y de forma mas profunda en algunas comunidades como la madrileña, ya se venían realizando de forma lenta pero progresiva desde hace años en otras comunidades y buen ejemplo de ello esta en la externalizacion de la gestión de hospitales, gran numero de ellos en la Comunidad Valenciana y de Andalucía.

Cuadro I.
Principales características Sistema Nacional de Salud (SNS)
Sistemas sanitarios y Copago de los pacientes en UE

País	Cartera de servicios definida a nivel central	Modo de provisión predominante en Atención primaria (AP)	% de Provisión pública en Hospitales	Libertad de elección de médico AP	Filtro para acceso a especialistas	Lista de espera en la agenda pública	Copago en atención primaria	Copago en hospitales
Dinamarca	No	Privada	97%	Limitado	Sí	Sí	No	No
España	Sí (positiva)	Pública	75%	Limitado	Sí	Sí	No	No
Finlandia	No	Pública	89%	Limitado	Sí	Sí	Sí	Sí
Irlanda	No	Privada	100%	Sí	Parcialmente	Sí	Sí	Sí
Italia	Sí (positiva)	Pública	81%	Sí	Sí	Sí	No	No
Portugal	No	Pública	86%	Limitado	Sí	Sí	Sí	No
Reino Unido	Sí (negativa)	Privada	96%	Sí	Sí	Sí	No	No
Suecia	No	Pública	98%	Limitado	No	Sí	Sí	Sí

Fuente: *Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Consulta 20 agosto 2014*

El cuadro I, se refleja que las principales características de los sistemas de salud de países de la Unión Europea existe diversidad, existiendo desde copago sanitario, filtro de acceso a los médicos especialistas, etc.

La importancia que la Constitución (1978)¹ española dio a la salud pública, ha influido en cualquier intento de reforma en el sistema sanitario. Desde su promulgación, las diversas reformas sanitarias y de las más importantes la organización de la atención psiquiátrica que desinstitucionalizó a los enfermos psiquiátricos al amparo de la Ley General de Sanidad² (1986), que promovió la universalización del derecho a la protección de la salud (Giménez Muñoz, 2012), se han ido descentralizando competencias y realizando reformas bastante importantes que no han tenido la repercusión que están teniendo en los momentos de crisis en que España se encuentra inmersa desde hace unos años, pero que igual que estas han revolucionado poco a poco el sistema de salud a diferentes velocidades según la Comunidad Autónoma de que se trate (Simó Miñana, 2011, Miranda Camarero, 2014).

En el año 2001 se crea y comienza recopilar un Repertorio Básico de Estadísticas y Sistemas de Información Sanitaria, de las Comunidades Autónomas (CCAA), conocido como proyecto REBECA cuya finalidad es compartir información sanitaria con periodicidad bienal.

¹ BOE núm. 311 de 29 de Diciembre 1978

² BOE núm. 102, de 29 de abril

2. LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS Y EL EMPLEO SANITARIO

La individualización de las relaciones de empleo constituye un proceso que, con diferentes velocidades, vienen desarrollándose en la mayor parte de los países europeos. En este contexto, la emergencia del concepto de competencia ha desempeñado un papel fundamental. La noción de competencia a partir de los años 80 del siglo XX es considerada como el punto de partida para el estudio del proceso del trabajo. La dimensión que adquiere la cualificación profesional, se sintetiza en cualificación para el empleo, para el trabajo y contractual fijada entre la empresa y el trabajador.

“Las competencias son el resultado de una relación entre las capacidades movilizadas por los trabajadores, las condiciones y medios proporcionados por la empresa y la estimación de su valor diferencial, significa que no todas las competencias requeridas para realizar una tarea son significativas para la empresa. He ahí la dimensión socialmente negociada y en consecuencia el objeto de conflictos y consensos sociales de la competencia y las instrumentaciones diversas que permite” (Masso, 2011:6).

La gestión de los recursos humanos en los hospitales públicos sigue un modelo de promoción e incentivación basado en competencias de los meritos formativos, aunque la gestión de los recursos humanos es flexible y los puestos de dirección, gerencia y de gestión son designado por libre designación.

En todas las Comunidades Autónomas, se han creado para todos los ámbitos y especialmente en el sector sanitario empresas que permiten externalizar el trabajo a través de la creando empresas publicas, fundaciones, etc. que cambia desde la gestión al derecho por el que se rigen.

“Huida al Derecho privado, mediante la creación de entes instrumentales para escapar de las «maldades» del Derecho administrativo, tan divulgadas en el mundo sanitario —empresas públicas, fundaciones hospitalarias—, ahora se trata de una fórmula para huir de las limitaciones presupuestarias, sin abordar aquellos problemas” (Villar Rosa, 2007:185)

El índice de pobreza se extendía a casi toda la población en el siglo XIX y el panorama socio-sanitario proporcionaba cobertura a las clases sociales más pobres, excluyendo a los trabajadores, existía un alto índice de mortalidad infantil, existía un vínculo laboral con la Institución Benéfica, donde la cuestión social dio origen a la asistencia pública sanitaria en los años centrales del siglo XIX con dimensiones diferentes a la actual. La promulgación de la Constitución³ (1978) española y las diferentes leyes sobre sanidad, esta paso a ser universal, para todos los residentes en territorio español; no es gratuita, se financia con los impuestos de todos los españoles. En la gestión de la sanidad pública se ha llevado a través del modelo de programación por metas para la estimación del plan de producción que debe reflejarse en el Contrato–Programa que suscriben anualmente los Hospitales Públicos y la Administración y que permite mejorar los resultado de la gestión al hacer participes a los profesionales sanitarios y facultativos en la toma de decisiones, es decir, da capacidad de decisión a los profesionales que son los que conocen el fondo del trabajo y los problemas que surgen (Jiménez López, et al, 2008).

La mala gestión política de la Adminsitracion Pública, ha justificado las privatizaciones y externalización del trabajo. Existen trabajos que argumentan que la sanidad privada es más cara

³ BOE núm. 311 de 29 de Diciembre 1978

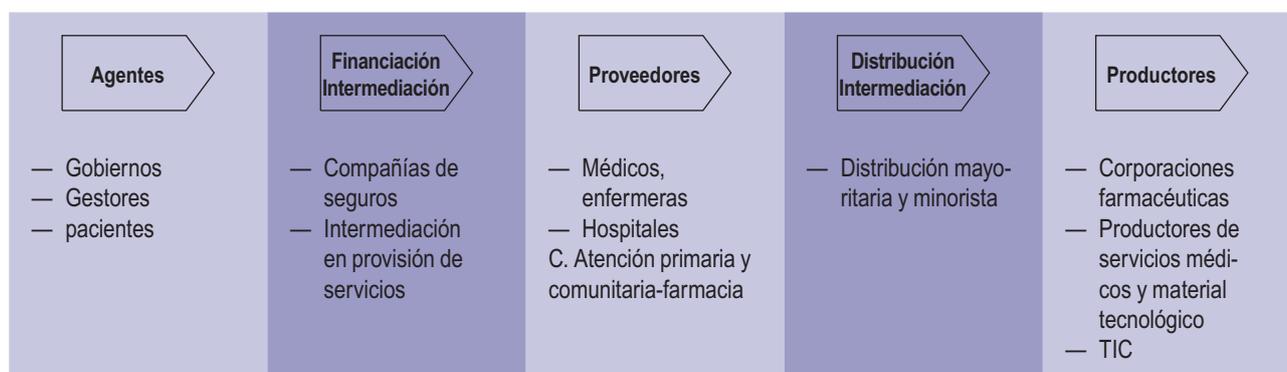
y de peor calidad para el usuario y perjudica también al trabajador con peores condiciones laborales y menor remuneración (Sánchez Bayle, 2014, Urbanos Garrido, González López-Valcárcel, 2013; Leguina, 2012; De la Mata Ruiz, 2000). A pesar de todo, las formulas de privatizaciones aumentan por los gobiernos, indistintamente de la ideología política que la adjudique, proliferando entes públicos, publico-privados, fundaciones sanitarias, concesiones administrativas, etc. (Sánchez Bayle, 2014; Miranda Camarero, 2014; Sánchez Bayle, 2008:104).

La buena gestión en cualquier ámbito es fundamental, incluida la sanidad ya sea pública o privada; tanto una como otra gestión ya sea pública o privada tiene defensores y detractores y otros defienden formulas de gestión mixta, es decir, titularidad pública y aplicación de métodos de gestión sometidos al derecho privado (Romay Beccaría, 2007).

La calidad de un servicio y por ende en los sanitarios es de suma importancia, no en vano se encuentra en juego la vida de las personas y calidad de la vida futura de los miembros de la sociedad; la calidad en los servicios sanitarios pasa por coordinación y planificación en demanda de la necesidades de salud de los ciudadanos con acceso a historias clínicas unificadas, protocolos, etc. (Martí Valls, 2008). La calidad debe imperar, debiendo perseguirse a todos los niveles e implementar en la cultura empresarial procesos de evaluación con estándares mínimos que evalúen la calidad a todos los niveles.

“Existen desigualdades de género y clase social en el estado de salud, la utilización de servicios sanitarios, el desempeño de los servicios sanitarios y la mortalidad entre las Comunidades Autónomas” (García-Altés, et al, 2008:128).

Cuadro II
Los Recursos Humanos en la Cadena de valor del sector sanitario



Fuente: Oteo Ochoa (2010:12)

En el Cuadro II, se plasman los RRHH en la cadena de valor del sector sanitario, que refleja desde los agentes de financiación e intermediación en servicios, los proveedores donde ubicamos al personal sanitario, la distribución y los productores. Por lo que el personal sanitario como parte de los recursos humanos (RRHH) que es objeto de nuestro estudio es el gran valor de la cadena de valor del sector sanitario

Los RRHH, son el mayor activo que pueda tener una empresa, tanto privada como pública y contribuye a la cultura empresarial, a la calidad de los servicios, la atención, etc.; cuidar a los empleados es proyectar satisfacción y productividad a la institución y a los ciudadanos en general (Pereda Pérez, et al, 2014; Mirza Cequea, Rodríguez-Monroy, 2012).

3. LOS EFECTOS DEL TRABAJO EN LA PERSONA

La calidad de vida se encuentra relacionada con la salud y tiene un carácter tanto objetivo como subjetivo, y queda reflejada en la excelencia en los servicios; los efectos de la enfermedad esta vinculada a la imagen individual y social, que se tiene de la enfermedad y sus tratamientos; los efectos del tratamiento en los estados de ánimo y las expectativas del enfermo.

La organización Mundial de la Salud (OMS), definió *la salud* como el estado completo de bienestar, físico, psicológico y social, y no solo la ausencia de enfermedad (OMS, 1946).

El *accidente de trabajo* se definió en el Real Decreto 1/94 de 20 de junio, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, como la lesión que el trabajador sufra como consecuencia del trabajo que realiza por cuenta ajena, dado que los trabajadores autónomos se rigen por otros sistemas.

La reforma laboral que conlleva la promulgación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral como se ha dicho antes introduce cambios que repercuten a corto medio y largo plazo en la salud del trabajador y no ha conseguido hasta el momento los efectos previstos.

También, el Real Decreto 1/94 de 20 de junio, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, hace referencia a la *enfermedad profesional* como el deterioro progresivo de la salud del trabajador como consecuencia de exposición profesional a condiciones que se desarrollan en puesto de trabajo.

Los Hospitales han sido clasificados como centros de trabajo de alto riesgo (Flores, et al, 2013; De Souza Urbanetto, et al, 2011; Benavent Nácher, 2007); los trabajadores sanitarios de los hospitales de forma especial el sector de enfermería se encuentran expuestos a riesgos físicos a través de agentes infecciosos, posturas inadecuadas, manipulación de cargas, desplazamientos múltiples, exposición a sustancias químicas, radiaciones, el contacto con la enfermedad, el sufrimiento y muerte, con carga mental, condiciones de trabajo físico y psicológico y dificultades ligadas a la organización de la institución entre los que se encuentra el trabajo a turnos. Estos factores de riesgos unidos a las condiciones y estilos de vida, configuran perfiles de enfermedades, desgastes, incapacidades, insatisfacciones específicos del personal de enfermería por ser el colectivo de trabajadores en contacto directo con los enfermos (Ortiz, Manrique, 2014; Ramírez Elizondo, 2013).

“Existen bastantes elementos de juicio para afirmar que el trabajo por turnos es un factor de riesgo de trastornos y enfermedades gastrointestinales, en especial de úlcera péptica” (Ramírez Elizondo, 2013:77).

Los riesgos laborales que deben de tener las consiguientes medidas preventivas destinadas a evitar o prevenir daños para la salud derivados del trabajo; los factores de riesgo son clasificados como riesgos químicos, biológicas, psicosociales, radiaciones, físicos, fisiológicos o de sobrecarga física y postural, turnos rotatorios de trabajo, trabajos nocturnos, microclimas, sanitarios, riesgo de accidentes, etc.

Los hospitales son lugar de curación de las personas enfermas, pero también de contagio para otros enfermos y personal sanitario por infecciones, que a veces se producen de forma fortuita o por accidente e incluso por negligencia del trabajador, a pesar de los cuidados que se realizan por médicos, enfermería y personal subalterno.

Las enfermedades infecciosas, producen en el mundo más muertes que cualquier otra causa, debido a gérmenes que se pueden encontrar en todas partes, especialmente en lu-

gares de riesgo, como los hospitales, contacto con personas enfermas o animales, especialmente, en lugares con insuficiente saneamiento y países menos desarrollados y con menores capacidades económicas y superpoblación.

Las enfermedades infecciosas bacteriológicas y víricas son producidas por varios tipos de gérmenes como las bacterias patógenas, virus, hongos y protozoarios, etc., que pueden producir enfermedades a través de infecciones (Cisneros, et al, 2014).

Las enfermedades infecciosas pueden ser contagiosas o no contagiosas, aunque la frontera entre una y otras no está delimitado su contagio; las enfermedades infecciosas no contagiosas, no se transmiten de una persona a otra, sino por el ambiente o algún animal o bien fluidos corporales y las enfermedades contagiosas transmisibles se propagan principalmente a través de las mucosas, piel, secreciones, algún alimento, o el aire y todas las enfermedades infecciosas que se transmiten por contacto, presentan periodos de incubación.

En los años 80 del pasado siglo XX, la infección causada por el virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH) comúnmente conocido como Sida, ha sido una de las enfermedades infecciosas más peligrosas por el alto *índice de susceptibilidad* a la infección mortal, preocupó durante décadas, y aunque no se ha bajado la guardia por parte del personal sanitario, ni de la población en general, la mortalidad se ha reducido, en parte debido a los avances en los tratamientos que se han descubierto y aplican especialmente en países desarrollados, aunque en países subdesarrollados existe un alto índice de mortalidad por y en parte a la prevención de la población especialmente cuando existen factores de riesgo (Morell Mengual, et al, 2014; Clotet, et al, 2014).

A lo largo de la historia, al igual que otro tipo de enfermedades se van erradicando unas enfermedades a través de investigaciones farmacológicas y avances médicos, aunque se podría pensar que cuando la epidemia de enfermedades contagiosas se produce en países lejanos nos preocupe o afecte en menor medida, como ha ocurrido recientemente con el virus del ebola⁴, a raíz del traslado a España de los dos misioneros contagiados con la enfermedad vírica aguda y muy grave conocida como ebola y que en su desempeño profesional se contagio una de las auxiliares de enfermería que le atendió en el hospital Carlos III, centro que se constituye en el año 1990 como referente en investigaciones y tratamiento de enfermedades infecciosas y con los recortes de la crisis, la escasez de enfermedades infecciosas graves en España y el elevado coste que supone mantener instalaciones con baja incidencia de enfermedades infecciosas, se transforma parcialmente en hospital de media estancia adscrito al Hospital Universitario de la Paz, para derivación de enfermos de hospitales públicos de Madrid, posiblemente descuidando la atención para enfermedades infecciosas debiendo de acondicionarlo para recibir a los enfermos del ebola. La información que los portavoces del hospital han transmitido no se ha precisado que se conozca cómo ni porqué se produjo el contagio de la auxiliar de enfermería, aunque si han transmitido que posiblemente haya sido por un fallo en unos de los pasos guiados por los protocolos de actuación del centro sanitario, tampoco se conoce ningún informe al respecto; también se han contagiado otros enfermeros y médicos en otros países y dos enfermeras en Estados Unidos por enfermos infectados de ebola, siendo las características similares de contagio, a las acaecidas en España.

El ebola, representa menor percepción de riesgo de contagio, aunque mayor miedo a ese riesgo, que otras enfermedades infecciosas como la gripe, el virus de inmunodeficiencia

⁴ El virus del ebola, se detecto en 1976, hace casi 40 años, en Sudan y el Congo cerca del río Ebola del que toma su nombre; el virus causa una mortalidad entre el 45 y 95% y no existe hasta el momento tratamiento antiviral de eficacia probada para combatirlo. Existen diferentes variedades y que se conozcan son 5 tipos (Pizzi, Eve, 2014).

humana o sida, sarampión, etc., que antes de curarse puede transmitirse a un gran número de personas, en las enfermedades infecciosas como en el ebola para frenar la extensión de la enfermedad es necesario extremar las relaciones y contactos (Ledermann, 2003), situación que en el caso de los contagios en España se ha tratado con aislamiento por iniciativa propia de las personas que se relacionaron con la auxiliar de enfermería contagiada, dado la alarma cuando se difundió la noticia del contagio de la auxiliar de enfermería en el personal y ciudadanos que habían estado en contacto con ella.

Los protocolos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que existían para tratar el ebola, estaban previstos para ser utilizados en los países donde se producen los mayores casos y que por sus circunstancias difieren de países más desarrollados como España, Reino Unido o Estados Unidos, Alemania, etc, se ha demostrado que no son efectivos según la comisión de expertos que han estudiado los protocolos (Lozano García, et al, 2014), por lo que el riesgo de contagio para el personal sanitario se han demostrado ser ineficaces, habiéndose trabajado con urgencia para realizar protocolos más acordes con las circunstancias de los países desarrollados. Otro tanto ocurre con la transmisión que podría producirse el contagio a través de animales⁵. En la desinfección, para enfermedades infecciosas y especialmente en el ebola, se debe utilizar productos para limpieza y desinfección con hipoclorito sódico y detergentes y ponerse en cuarentena ante la sospecha de infección, que tiene un periodo de incubación (Arboledas Brihuega, 2013).

Existen protocolos a seguir con enfermos infecciosos (Pérez, et al, 2014; Campins Martí, et al, 2014), reglas que se deben de seguir de forma escrupulosa para evitar contagios, aunque a pesar de todo pueden existir errores y/o accidentes que produzcan el contagio, por lo que a las personas en contacto con los enfermos se seguirán protocolos especiales y específicos para cada enfermedad infecciosa.

Cuando se producen epidemias⁶, se producen por enfermedades que se transmiten o contagian, aunque a veces haya excepciones, se debe aislar a los enfermos para evitar los contagios.

Los laboratorios farmacéuticos como cualquier empresa privada, persiguen la rentabilidad económica y huyen de las crisis económicas como sucedió con la empresa farmacéutica holandesa “Crucell” que en el año 2010 trasladó la fábrica que tenía en la provincia de Madrid debido a la crisis económica en España y actualmente trabaja con fondos de Estados Unidos (EEUU), en una vacuna para combatir el ebola.

Cualquier país que sea lugar de tránsito como España, que además se ubica próximo al continente africano donde se encuentra el foco más activo del ebola presentando un potencial de riesgo sobre enfermedades tropicales e infecciosas susceptibles de ser transmitidas, no solo el ebola, la malaria⁷, también infecciones contagiosas de otros tipos si se deterioran las condiciones socio sanitarias y los servicios de salud especialmente públicos.

Todas estas circunstancias llevan a pensar en el riesgo que conlleva el trabajo sanitario en determinados servicios por lo que debe ser calificado de alto riesgo.

Cuando en las relaciones de la persona con el trabajo, el ambiente, las relaciones sociales en el tiempo de trabajo no son satisfactorias o se deterioran por las circunstancias que sea

⁵ Chimpancés, gorilas, murciélagos, etc. (Pizzi, Eve, 2014).

⁶ Las epidemias es el resultado de una enfermedad cuando se afecta a un número de personas superior al esperado en una población durante un tiempo determinado.

⁷ “Cada año se declaran en nuestro país más de 400 casos de malaria” (López-Vélez, Molina Moreno, 2005:55)

se pone a prueba la capacidad de adaptación de la persona a las condiciones expuestas, lo que puede distorsionar la forma de percibir el ambiente que rodea toda la situación personal y laboral; a todo el cúmulo de circunstancias se le ha dado en llamar síndrome de desgaste profesional (Flores, et al, 2013) que conlleva sobre todo agotamiento personal y cansancio emocional desencadenando percibir el trabajo como una pesada carga.

Según estadísticas, respecto a los problemas de salud y su relación con el empleo en personas entre los 16 y 64 años, tenemos que a nivel nacional son los problemas en espalda y cuello los mayores; y al mismo nivel que se encuentran los Problemas de corazón, de tensión arterial o de circulación los problemas emocionales, depresión y ansiedad algo menos de la mitad de los problemas de espalda (INE, 2013).

El llamado desgaste profesional se esta convirtiendo en un problema de salud publica, donde la autonomía profesional y laboral esta tocada, las relaciones personales se tornan complicadas, los factores económicos y promocionales no son valorados por el trabajador, las relaciones con la empresa y usuarios a veces se tornan complicadas.

Entre las causas físicas que produce el trabajo se encuentran las producidas por movilizaciones de enfermos musculo esqueléticas que se traducen en problemas de espalda, posturales y musculares, circulatorias, agresiones físicas, etc. las ayudas mecánicas permitirá ayudar y relajar las movilizaciones. Otras patologías como son, las dolencias en manos y brazos que pueden ser justificadas por la realización en sus distintas tareas profesionales en celadores destacar la presencia de dolencias pódales, justificadas por las prolongadas estancias en pie, etc. además de los efectos del trabajo con citostaticos y cualquier manipulación de otros productos químicos en el desarrollo profesional.

En estudios realizados (Grau, 2005:463; Domínguez, Mijana, 2009), los profesionales sanitarios refieren un alto nivel de cansancio emocional, consumo de medicación frecuente; los años de profesión, el optimismo, valorar el trabajo y sentirse valorados, la baja realización personal se asoció inversamente con el optimismo, la valoración de la utilidad del trabajo y el equipo de trabajo. Sería conveniente mejorar el clima laboral y la organización además de potenciar la autoestima de cada persona lo que contribuye a disminuir el desgaste profesional y especialmente en los hospitales.

La nueva perspectiva y visión que se tiene de la salud versus enfermedad entre los que destacan esta el estrés que produce síntomas psicofísicos como dolor de cabeza, de espalda, trastornos digestivos, trastornos afectivos, dificultad en el sueño, ansiedad, agresividad, olvidos, dificultades de razonamiento, etc.; los niveles de estrés son diversos según las profesiones y vivencias.

El estrés es una enfermedad normalizada en la sociedad informacional moderna actual laboral que se conexiona y que requiere asistencia, debido a ello ha comenzado a incrementarse como consecuencia de normalización y de la presencia de estresores⁸ laborales adversos relacionados con las relaciones interpersonales que posiblemente se trasladan desde la sociedad a los lugares de trabajo, a lo que contribuye las relaciones mercantiles y los cambios estructurales que están modificando y privatizando el sector salud, con la repercusión sobre los trabajadores y su la salud; lo que ha desencadenado a nivel personal impotencia provocando mayor estrés por un incremento y desvalorización del trabajo, bajada de ingresos, además de vulnerabilidad que permite la aparición estrés y síndrome del profesional quemado y otras enfermedades (Flores, et al, 2013; Domínguez, Mijana, 2009).

⁸ O factores estresantes, es decir que desencadena o produce estrés.

Al síndrome del profesional quemado conocido como burnout (Beltrán, et al, 2014; Flores, et al, 2013), es definido como un agotamiento cuando el trabajador se siente sobrepasado por los problemas; conceptualizándose inicialmente como un proceso generado entre los profesionales que trabajan con personas (médicos, enfermeros, profesores) y en momentos de crisis aunque cualquier tipo de trabajo por si solo podría producir estrés, dadas las nuevas formas de organización del trabajo la respuesta se traduce en una respuesta con baja realización personal, con poca relación personal y laboral en el puesto de trabajo, alto agotamiento físico, emocional, carácter negativo del trabajo y relaciones, etc. (Clausi, et al, 2007).

Hay organizaciones que deben trabajar las 24 horas los 365 días del año, como son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, profesionales de la salud, Justicia, etc.; que obliga a los empleados a someterse a ritmos de trabajo, horarios, turnos y guardias fuera de los horarios normales de trabajo, existiendo cada vez mas estudios de los efectos que produce los diferentes ritmos de trabajo en la salud física y psicológica (Beltrán, et al, 2014; Flores, et al, 2013).

La organización del trabajo según las necesidades de la institución de largas jornadas de trabajo, trabajo nocturno, rotación, etc. desencadenan consecuencias para la persona, trabajo, productividad, absentismo, prevalencia de síndromes como el burnout, problemas sociales y familiares, etc. (Deschamps Perdomo, et al, 2011).

Por lo que la previsión a través de la identificación de dichos factores psicosociales a los que se encuentran expuestos el personal sanitario permitiría adoptar medidas preventivas.

El personal sanitario que asiste a un enfermo, presenta efectos adversos aunque que los métodos de lucha contra las infecciones ya se dominan, se presentan otras cuestiones que enferman. Los problemas de salud en cuidadores son frecuentes como refleja Paz Rodríguez (2010) representan el 48% en algunos casos de los profesionales que están expuesto a estrés constante tiene alto riesgo para la salud. La ansiedad y depresión resultante dependen más de las propias habilidades y recursos del cuidador que de la problemática específica que presenta la persona cuidada. El equilibrio del cuidador y en la capacidad de interacción social, hasta que se generan problemas de ansiedad y depresión (Paz Rodríguez, 2010). Pero estos problemas no solo se producen en el personal sanitario hospitalario, también en centros residenciales y en cuidadores informales, familiares cuidadores, etc.

El trabajo en el sector sanitario al igual que de otros funcionarios, se ha convertido en una exposición de riesgo, dada la violencia y el cambio en la escala de valores sociales, los usuarios que no están contentos o se consideran engañados la emprenden a golpes con el personal, además existen servicios donde su exposición es mayor, por que trabajan con personas enfermas mentales, u otros donde las dificultades son máximas y el usuario o familiares de estos trasladan su agresividad a los profesionales y en ocasiones estos son agredidos (Villara, Aranaz, 2005, Estella Nacher, 1997). Los ataques de los usuarios hacia el personal sanitario por el motivo que fuere, no esta justificado, dado que si el usuario considera que se están vulnerando sus derechos o existe a su juicio error en diagnostico o en el tratamiento existen procedimientos oficiales para reclamar sus derechos, sin agredir física ni psicológicamente al personal funcionario que le atiende. El artículo primero de la Ley 55/2003⁹, de 16 de diciembre reguladora del Estatuto Marco del personal estatutario del servicio de salud, establece las bases que regula la relacion funcional del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud y en el artículo 2 esta referido al personal estatutario de salud de las Comunidades Autónomas.

Tras lo anteriormente expuesto se concluye que existen trabajos que se pueden calificar como insalubres o peligrosos por causas diversas entre ellas el medio ambiente y el microcli-

⁹ BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003

ma laboral en el lugar de trabajo; las condiciones de seguridad; la organización del trabajo y sus efectos; la carga física del trabajo. Entre estos trabajos se encuentra el personal de enfermería en general y de forma especial y con mayor exposición aquellos que desarrollan su trabajo en servicios especialmente de mayor riesgo.

“...(...)... Cada hospital tendrá unas distintas tasas de siniestralidad laboral, una propia causalidad y una diferente manera de afrontar las posibles acciones preventivas, por lo que deberán promoverse diferentes estrategias correctoras para eliminar o reducir los riesgos laborales que condicionan los accidentes de trabajo....(...)... Las tareas relacionadas con la manipulación de objetos cortantes o punzantes se constituyen como factores de riesgo y especialmente el hecho del reencapuchado de las agujas usadas o el reenvasado de una hoja de bisturí usada. La causa principal es el descuido o distracción (propio o ajeno) Tienen el mayor índice de reaccidentalidad...(...)... Se presentan 9 estrategias de formación en aras de prevenir adecuadamente la ocurrencia de estos accidentes de trabajo en el ámbito de los hospitales....(...)...” (Zanón Viquer, 2013:20).

4. LA PROTECCIÓN LEGAL DEL PERSONAL SANITARIO

Desde aquí solo se hará muy breve referencia a la existencia de un marco legislativo que va desde la Carta Magna a leyes específicas de protección tanto de los profesionales como de los usuarios de los servicios sanitarios son referentes a tener presente por todos.

La Unión Europea marca Directivas y Recomendaciones, que los países miembros deben tener presente y legislar al respecto, además de con otras instituciones como los Compromisos de España con la Organización Internacional del Trabajo, que entre otras cuestiones realiza Ratificación del Convenio n^o 155 de la OIT.

La Constitución¹⁰ (1978) española hace referencia en diversos artículos sobre garantías de protección. Artículo 40.2 “Los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo”. En el artículo 43, se reconoce el derecho a la protección de la salud de los poderes públicos organizando medidas, prestaciones y servicios.

El Real Decreto-ley¹¹ 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones; viene a derogar la Ley 14/1986¹² de 25 de abril, conocida como Ley General de Sanidad, que permitía hacer efectivo el artículo 43 de la Carta Magna estableciendo derechos y deberes. El Real Decreto-ley 16/2012, recoge que el Sistema Nacional de Salud ha sido uno de los grandes logros del Estado del bienestar financiado por impuestos que repercute en su universalidad y calidad, siendo un modelo de referencia mundial, aunque también hace hincapié y justifica esta legislación las desigualdades y descoordinación en las diferentes CCAA. Esta Ley repercute directamente en los usuarios y trabajadores de la empresa privada y especialmente de la pública.

El Real Decreto-ley¹³ 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que deroga la reforma aprobada en septiembre del año 2010, que flexibiliza las medidas laborales plantado como alternativa a la destrucción de empleo y que vienen a

¹⁰ BOE núm. 311 de 29 de Diciembre 1978

¹¹ BOE núm. 98 de 20 de abril

¹² BOE núm. 102 de 29 de abril

¹³ BOE Núm. 36 de 11 de febrero de 2012

empeorar las condiciones de los trabajadores y del trabajo, modificando estas de forma sustancial e introduciendo cambios de deterioro significativos además de movilización funcional y geográfica, aumento de horarios de trabajo, supresión de emolumentos y disminución salarial.

La Ley¹⁴ 31/1995 de 8 noviembre, de *Prevención de Riesgos Laborales* que se ha desarrollado posteriormente con sus respectivos reglamentos que la articulan, viene a constituir la herramienta ideal para mejorar las condiciones de trabajo en España. El Real Decreto¹⁵ 487/1997, de 14 de abril, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos.

5. METODOLOGÍA

Para realizar este trabajo se eligen dos hospitales públicos, debido a que son el lugar de trabajo de dos de las autoras de este trabajo en el momento que se recogen los datos de campo.

Se ha utilizado una metodología cuantitativa recogiendo los datos a través de un cuestionario que contiene varios bloques de preguntas que distribuye preguntas personales, sociales, educativas, salud y laborales que permite estudiar los efectos que produce el trabajo en el personal sanitario.

La población estudiada han sido personal de enfermería, Auxiliares de enfermería y celadores de 2 hospitales públicos de Andalucía, cumplimentándose el cuestionario en dos turnos diferentes y recogiéndose una muestra de 102 cuestionarios, aunque se han debido descartar 12 cuestionarios debido a que faltaba algún dato en el cuestionario sin responder, es decir, se han tratado datos de 90 cuestionarios con 118 preguntas cada uno.

Se han realizado siguientes pasos: Definición de un marco teórico y legislativo respecto a la salud de los profesionales y sobre salud laboral.

De la información obtenida de la muestra correspondiente a los profesionales de enfermería estudiados se ha utilizado el programa SPSS y se ha aplicado la metodología estadística de análisis de frecuencias unidimensionales, estadística descriptiva para variables cuantitativas, análisis de frecuencias bidimensionales y test de la Chi-cuadrado para la independencia de caracteres en tablas de contingencia.

Se efectúa un tratamiento descriptivo del análisis de los datos estadísticos, a través de la metodología cuantitativa, se ha realizado una aproximación a través de la descripción de los datos que permita obtener información respecto a los efectos del trabajo en el personal de enfermería, en dos hospitales públicos respecto a la salud del personal de enfermería.

6. ESTUDIO SOBRE LOS EFECTOS QUE PRODUCE EL TRABAJO EN EL PERSONAL SANITARIO DE UN HOSPITAL PÚBLICO

El Trabajo tiene gran importancia para la persona, enriqueciéndola personalmente en ámbito personal, familiar, social, etc., aunque también tiene sus efectos negativos. El trabajo tiene diversos cometidos tanto individual, psicológico, económico, estatus, social, etc.

¹⁴ BOE n° 269 de 10 Noviembre de 1995

¹⁵ BOE n° 97 de 23 de Abril de 1997

Los avances sociales del último siglo y medio y la incorporación de la mujer al empleo o trabajo remunerado, ha introducido una serie de cambios a todo los niveles, que han producido efecto domino en la estructura de las relaciones familiares y laborales (Moccia, 2013).

También produce el trabajo desde la realización de la persona hasta un papel motivador a nivel personal y psicológico con repercusiones tanto económicas como sociales. Económicamente la remuneración laboral permite obtener unos ingresos que satisfacen las necesidades y un desarrollo personal y social.

El trabajo sanitario producen efectos sobre la salud, especialmente, cuando se trabaja a turnos, trabajo nocturno, manipulación de pesos o bien de sustancias químicas que necesitan determinada protección, para evitar efectos sobre la salud del trabajador.

La edad y el sexo son dos variables importantes y especialmente diferenciadoras en el mundo laboral, existiendo profesiones con tendencia femenina y otras masculinas, y la profesión sanitaria tradicionalmente ha sido femenina reflejándose en el cuestionario que el 72,7% de las profesiones son mujeres y el 27,3% hombres.

Las variables edad y sexo se encuentran asociadas, el 27,6% de los sanitarios son hombres de los cuales el 23% se encuentran entre los 31 y 45 años. El 68,4% son mujeres de las cuales el 54,8% se sitúa entre los 31 y 45 años.

Respecto a la situación laboral el 66,7% de las mujeres que trabajan tienen estabilidad y fijeza laboral frente al 83,3% de los hombres que trabajan que son fijos; encontrándose asociadas las variables sobre el sexo y estabilidad laboral. Se debe tener presente que no existen profesionales con estabilidad laboral y contratos fijos menores de 30 años, encontrándose a los trabajadores fijos más jóvenes en el tramo entre 31 y 39 años el 22,7% y aumenta entre los 40 y 45 años que pasa al 36,4%. Las auxiliares de enfermería son las primeras que comienzan a trabajar aunque a partir de los 30 años en la empresa pública de la red hospitalaria de Andalucía.

La categoría profesional del personal sanitario referido a celadores, auxiliares de enfermería y Diplomados Universitarios en Enfermería, que desempeña sus funciones en hospitales también presenta asociación con el sexo. Los celadores del sexo masculino duplican a las mujeres; mientras que las auxiliares de enfermería representan al 36,5%, los auxiliares de enfermería masculinos el 13,5%; los DUE masculinos representan el 4% y las mujeres el 20%.

La transformación que se ha producido en el mundo laboral del siglo XX ha sufrido un gran retroceso con la actual crisis a nivel mundial y de forma especial en España, con legislaciones que se han referenciado anteriormente, que restringen derechos laborales y sociales de los trabajadores; dichas condiciones aumentan los riesgos y deterioran e inciden en la salud de los trabajadores, tanto física como psicológica, aumenta los casos de acoso laboral, en el cuestionario se les pregunta “¿Cómo se encuentra en su puesto de trabajo?”, respondiendo el 39,9% de las profesionales del sexo femenino que se encuentran muy bien y bien frente a los hombres que el 22,3% que se encuentran bien.

El 86% de los trabajadores no han cambiado de categoría profesional, aunque admiten cambios por haber trabajado o trabajar de forma eventual. Respecto a los estudios que han cursado se refleja que la mujer trabajadora se encuentra más formada que los hombres, el 46,6% de las trabajadoras sanitarias poseen formación profesional de primer o segundo grado frente al 33,4% de los hombres y el 42% de las mujeres que trabajan en la profesión sanitaria son universitarias.

Se pregunta en el cuestionario si “¿Tenía problemas de salud antes de comenzar a trabajar en sanidad?”, la respuesta ha sido que el 36,4 presentaban algún problema de salud

antes de comenzar a trabajar, siendo la mujer la que más problemas presenta con el 27,3% frente al 9,1% de los varones, ambos sexos niegan que se lea haya agravado con el trabajo.

Mayoritariamente tampoco están de acuerdo con la capacidad adquisitiva que les proporciona el sueldo que perciben por su trabajo. No están de conformes ni consideran justo los emolumentos que perciben respecto al esfuerzo y dedicación que realizan, aunque si comparan el sueldo con otros profesionales si que están de acuerdo con los ingresos que perciben, siendo los hombres los que menos de acuerdo están con su sueldo. Se debe tener presente que son ellos los que desempeñan trabajo de menor categoría profesional y formación. En definitiva el 86,7% de las profesionales de sexo femenino y el 83,3% de los hombres no están de acuerdo con el poder adquisitivo que les proporciona su sueldo.

Las empresas están obligadas a facilitar los medios adecuados para facilitar el trabajo de sus empleados, debiendo controlar adecuadamente los riesgos para la salud y seguridad. A los profesionales sanitarios no les satisfacen los medios materiales de equipamiento para realizar su trabajo dado que solo el 6,7% de los profesionales esta de acuerdo con dichos medios. La satisfacción pasaría por procurar una implicación de los trabajadores en los mecanismos de gestión adecuada a las necesidades de los trabajadores. Es importante reseñar que los trabajadores deben estar informados de las cuestiones que incumben a su salud y repercuten con efectos negativos sobre su salud; también hay que tener presente que las percepciones y opiniones entre trabajadores y gestores pueden diferir respecto a los riesgos, debiendo buscarse soluciones eficaces.

El trabajo condiciona como ya se ha dicho, todas las circunstancias de la vida de la persona, las actividades que se realicen después del trabajo dependerá de las circunstancias familiares pero también de las condiciones del trabajo que se realice; el 10% no realiza después del trabajo ninguna actividad, el 14,6% solo ve la televisión, el 75,4% realiza actividades diversas como pasear, ir de copas, de compras, interactuar con amistades, etc.

En algunos centros existen acuerdos para buscar medidas que impliquen a profesionales y representantes de la institución para mejorar condiciones laborales como son los turnos anti-estrés que implican trabajar menos días seguidos, dado que los RRHH son el mayor activo de la empresa.

La mayor parte de los problemas musculoesqueléticos tienen origen laboral y aumenta su agravamiento con el paso del tiempo y el trabajo, afectan mayoritariamente a la espalda lumbar y cervical y a las extremidades tanto superiores como inferiores; produciendo dolor, molestias, incomodidad y los tratamientos mejoran pero no curan, con el paso del tiempo y el trabajo se van agravando llegando incluso a discapacidades laborales bien transitorias e incluso permanentes con la pérdida de empleo. Que la empresa tome medidas preventivas disminuirán los índices de prevalencia.

Los profesionales que trabajan en sanidad y especialmente los sanitarios de los hospitales se encuentran expuestos a determinadas sustancias químicas y radioactivas con efectos perniciosos sobre la salud. Los riesgos pueden ser físicos, químicos, biológicos, psicosociales, ergonómicos, etc. Los profesionales de cada servicio desde el comienzo del desarrollo de su trabajo en él, deben conocer esos riesgos y prevenir posibles enfermedades. El 90% de los profesionales no están de acuerdo con los medios materiales ni con el equipamiento para la realización de su trabajo. El debate pasa porque hay que contar con los profesionales para realizar cambios y reformas desde las estructurales como las que se están realizando hasta las de menor envergadura, porque son ellos los que conocen a fondo el trabajo y las estructuras y los cambios hay que realizarlos para mejorar no para empeorar las condiciones laborales, salud y especialmente pensando en el usuario aportando valor y evaluando los coste-resultados.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

La profesión de la enfermería ha sido tradicionalmente femenina y actualmente continúa según reflejan en el análisis de los resultados obtenidos de los cuestionarios, existiendo la excepción de los celadores que son mayoritariamente hombres.

Algo más de la mitad de los profesionales de enfermería tienen estabilidad, es decir son personal estatutario fijo, aquellos profesionales que no tienen estabilidad son las de menor edad.

Mayoritariamente las profesionales de enfermería responden que se encuentran bien en sus puestos de trabajo frente a los enfermeros que solo una cuarta parte se sienten bien.

Una tercera parte tenían problemas de salud cuando comenzaron a trabajar, aunque desde que trabajan se les ha agravado las patologías.

Su sueldo no les proporciona satisfacción económica, considerando injusto el sueldo que perciben.

Por otra parte el trabajo a turnos y la carga de trabajo condiciona además de su vida personal y familiar la vida social, a pesar de todo, tres cuartas partes realizan diversas actividades de ocio.

Cuando no se tiene trabajo se desea trabajar y cuando se obtiene, la meta será mejorar las condiciones, nivel económico, etc., la cualificación profesional es requisito imprescindible para hacer carrera laboral.

La percepción de buenas o malas condiciones de trabajo, contribuyen a como se sentirán los profesionales en el puesto de trabajo.

8. BIBLIOGRAFÍA

- D. ARBOLEDAS BRIHUEGA, *Fiebre hemorrágica por Ébola*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2013.
- S. BENAVENT NÁCHER; M. MACHÍ ALAPONT; I. MOLINER SALES y P. SOTO FERRANDO, “Evaluación de riesgo biológico en el hospital Rey don Jaime”, *IV Jornadas nacionales de los servicios de prevención de riesgos laborales en el ámbito sanitario, 16-17 de noviembre*, Hospital 12 de Octubre, Madrid, 2007.
- C.A. BELTRÁN, M.P. MORENO, M.B.P. REYES, “Apoyo social y síndrome de quemarse en el trabajo o burnout: una revisión”, *Psicología y salud*, N° 14(1), 2014, pp 79-87.
- M. CAMPINS MARTÍ Y S. URIONA TUMA, “Epidemiología general de las infecciones adquiridas por el personal sanitario. Inmunización del personal sanitario”, *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*, N° 32 (4), 2014, pp 259-265.
- J.J. CASTILLO, “Cuidar Es Trabajar”, *Revista Sociología del Trabajo*, n° 71, Siglo XXI, 2011.
- J.M. CISNEROS, J. PALOMINO-NICÁS, J. PACHÓN-DÍAZ, “La interconsulta de enfermedades infecciosas es una actividad clave para los servicios y unidades de enfermedades infecciosas y para el hospital”, *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*, Vol. 32(10), 2014, pp 671-675.

- A. CLAUSI, E. TORALES, G. CZERNIK, L.M. ALMIRÓN, “Estrés asistencial y laboral en un Servicio Hospitalario de Clínica Médica de la ciudad de Corrientes”, *Revista Clínica Neuropsiquiatría*, Vol 13.4, 2007, pp 30-39.
- CONSTITUCIÓN (1978) de 29 de Diciembre.
- E.P. CLOTET, P. VICIANA, J.A.A. TAGARRO, J.P. LIAÑO, E. DEIG y M. TASIAS, “Causas que justifican el cambio del tratamiento antirretroviral en personas con infección por el VIH en España (años 2010-2011): Estudio SWITCH AUDIT”, *Revista Española de Quimioterapia*, n° 27 (2), 2014, pp. 93-97.
- I. DE LA MATA RUIZ, “El modelo catalán de salud mental: el mito de la gestión privada”, *Iº Congreso Virtual de Psiquiatría Marzo 2000*, Biblioteca Virtual TOP.
- A. DESCHAMPS PERDOMO, S.N. OLIVARES ROMÁN, K.L. DE LA ROSA ZABALA, A. ASUNSOLO DEL BARCO, (2011) “Influencia de los turnos de trabajo y las guardias nocturnas en la aparición del Síndrome de Burnout en médicos y enfermeras”, *Medicina y Seguridad del Trabajo*, Vol 57, n° 224, 2011, Madrid.
- J. DE SOUZA URBANETTO, P. COSTA DA SILVA, E. HOFFMEISTER, B. SOUZA DE NEGRI, B.E. PINHEIRO DA COSTA y C.E. POLI DE FIGUEIREDO, “Estrés en el trabajo de enfermería en hospital de emergencia: análisis usando la escala Job Stress Scale”, *Rev Latino-Am. Enfermagem*, n° 19(5), 2011.
- L. DOMÍNGUEZ, J. MIJANA, *Violencia Laboral. Una visión desde Enfermería. Un abordaje desde la Subjetividad enfermera a las situaciones de Violencia en el Trabajo*, El Auapiti, Buenos aires, 2009.
- EL PAÍS. La sanidad pública pierde apoyo. 28 de marzo de 2007.
- ESTELLA NACHER, J.; ROMÁN MARTÍNEZ, J.; VIDAL PUERTOLAS, K. (1997) “Análisis de la actividad de una unidad de observación en un servicio de urgencias por medio de una escala de carga asistencial” *Emergencias*. Vol. 9.2.
- N. FLORES, C. JENARO, M. CRUZ, V. VEGA, y M.C. PÉREZ, “Síndrome de burnout y calidad de vida laboral en profesionales de servicios sanitarios”, *Pensando Psicología*, n° 9 (16), 2013, pp7-21.
- A. GARCÍA-ALTÉS, M. RODRÍGUEZ-SANZ, G. PÉREZ y C. BORRELL, “Desigualdades en salud y en la utilización y el desempeño de los servicios sanitarios en las Comunidades Autónomas”, *Cuadernos económicos de ICE*, n° 75, 2008. Agència de Salut Pública de Barcelona pp 115-128. Consulta 10 junio de 2013 www.revistasice.com/cache/pdf/CICE_75_115-128__0EFB7FC2978E69CD37E3A23571FFE606.pdf.
- M.C. GIMÉNEZ MUÑOZ, “El gobierno socialista y la atención a la salud mental: la reforma psiquiátrica (1983-1986)”, *Historia Actual Online*, HAOL (27), 2012, pp 19-28.
- A. GRAU, R. SUÑER, M.M. GARCÍA, “Desgaste profesional en el personal sanitario y su relación con los factores personales y ambientales”, *Gaceta Sanitaria*, V 19.6, 2013, pp 463-479.

- INFORME ANUAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD (2012) Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Observatorio del Sistema Nacional de Salud. www.msssi.gob.es.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2013) Salud relacionada con el trabajo. Consulta 14 de septiembre 2014.
- M. JIMÉNEZ LÓPEZ, J.A. RIVAS PÉREZ y M. ZUBIA ZUBIAURRE, “Un modelo de programación por metas para la elaboración del contrato-programa de un hospital público”, *Cuaderno de Gestión* Vol. 8.1, 2008, pp. 73-88. Consulta 10 Junio 2013 <http://www.ehu.es/cuadernosdegestion/documentos/815.pdf>.
- LEY GENERAL DE SANIDAD 14/1986 de 23 de abril.
- LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 1/94 de 20 de junio.
- LEY PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. 31/1995 de 8 noviembre.
- LEY HABILITACIÓN DE NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. 15/1997 de 26 de abril.
- LEY DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y MEJORAR LA CALIDAD Y SEGURIDAD DE SUS PRESTACIONES 16/2012, de 20 de abril.
- LEY DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL 13/2012, de 10 de febrero.
- W. LEDERMANN D, “Ébola: Corta y reciente historia de un joven virus”, *Revista chilena de infectología*, V. 20, 2003, Santiago de Chile.
- J. LEGUINA, “La necesidad y la virtud”, *El siglo de Europa*, nº 998, 2012, pp. 44-45.
- F.J.. LÓPEZ CRESPO, *Bienestar laboral en profesionales de la medicina. La doble cara de la organización sanitaria: factores saludables y riesgos psicosociales. (Tesis doctoral)*. Universidad Autónoma de Barcelona, 2012.
- R. LÓPEZ-VÉLEZ y R. MOLINA MORENO, “Cambio climático en España y riesgo de enfermedades infecciosas y parasitarias transmitidas por artrópodos y roedores”, *Rev. Esp. Salud Pública*, (79:2), 2005, pp 177-190.
- J. LOZANO GARCÍA, J.M. MIRÓ, S. MÁLAGA GUERRERO, M. LOSCERTALES, L. BLANCH, A. INIESTA ÁLVAREZ, P. DEL AMO MERINO, P.L. GONZÁLEZ DE CASTRO y C. BELTRÁN DE GUEVARA, Protocolo de actuación frente a casos sospechosos de enfermedad por virus ébola (EVE). Comisión de Salud Pública de 09.10.2014. Consejo InterTerritorial sistema Nacional de Salud. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014.
- J. MARTÍ VALLS, “Las largas esperas en la atención sanitaria publican, un problema de pérdida de calidad”, *X Coloquio Internacional de Geocrítica*, Barcelona, 2008. Consulta 20 junio 2013 <http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/6.htm>.
- M. MASSO, “La individualización de la relación de empleo en las grandes empresas en España. El caso de la industria del automóvil y el sector sanitario”, *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, Vol.69.1, 2011, pp, 143-166.

- M.V. MIRANDA CAMARERO, “Revisión y reflexión sobre la sanidad pública española”, *Enferm. Nefrol*, vol.17 (2), 2014, pp. 85-91.
- M. MIRZA CEQUEA y C. RODRÍGUEZ-MONROY, “Productividad y factores humanos. Un modelo con ecuaciones estructurales”, *Inverciencia*, Vol. 37(2), 2012.
- S. MOCCIA, “Mujer y trabajo: la influencia de los cambios socio-demográficos-económicos y la necesidad de reorganizar la estructura de las relaciones trabajo y familia”, *Trabajo Social y Salud*, (74), 2013, pp 201-210.
- E. MOLINA NAVARRETE y C. MOLINA NAVARRETE, “Elevando el umbral del dolor de la mala gestión de la crisis: recortes travestidos de reforma sanitaria”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 351, 2012, pp 5-68.
- A. MONTOYA MELGAR, “Trabajo autónomo y contrato de trabajo en las profesiones sanitarias”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 83, 2009, pp 179-193.
- V.J. MORELL MENGUAL, M. GIL LLARIO, R. BALLESTER ARNAL y I.M. DÍAZ RODRÍGUEZ, “Conductas de riesgo y actitudes relacionadas con la infección por VIH/SIDA en HSH”, *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2014.
- N. RAMÍREZ ELIZONDO, “Turnos de trabajo en el personal de Enfermería de una unidad de cuidados intensivos”, *Enfermería en Costa Rica*, 33 (2), 2013, pp 74 – 80.
- A. RICO, J.M. FREIRE y J. GÉRVAS, “El sistema sanitario español (1976-2006): factores de éxito en perspectiva internacional comparada”, A. ESPINA (coord.), *Estado de Bienestar y competitividad. La experiencia europea*, Madrid: Fundación Carolina/Siglo XXI, 2007, pp. 401-444.
- M. RIDAO-LÓPEZ, S. GARCÍA-ARMESTO, S PEIRÓ y E. BERNAL-DELGADO, “Evaluación de la variabilidad geográfica de la práctica médica como herramienta de evaluación de políticas sanitarias”, *Presupuesto y Gasto Público 68. Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos. Instituto de Estudios Fiscales*, 2012, pp 193-210.
- J.M. ROMAY BECCARÍA, “La sanidad española. Presente y futuro”, *Revista Administración Sanitaria*, 5, 2007, pp 183-189.
- SÁNCHEZ BAYLE, M. (2008) “La privatización y los nuevos modelos de gestión en sanidad” *Revista de Economía Crítica*, 6. pp 103-118. Consulta 20 Mayo 2013 http://www.revistaeconomicacritica.org/sites/default/files/revistas/n6/6_privatizacion.pdf.
- M. SÁNCHEZ BAYLE, “La privatización de la asistencia sanitaria en España”, *Fundación Alternativas*, 2014.
- J. SIMÓ MIÑANA, “El Gasto Sanitario Público en Castilla-La Mancha, 1995-2008: comparación con el conjunto de las Comunidades Autónomas”, *Revista Clínica de Medicina Familiar*, 4 (2), 2011, pp 105-111.

- R. URBANOS GARRIDO y B. GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCEL, “El modelo sanitario en peligro”, *Mediterráneo Económico*, 25, 2013.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE SALUD (1946) Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Boletín oficial de la Organización Mundial de la Salud, 2. <http://www.who.int/research/es/> Consulta 15 diciembre 2014.
- G.C.M. ORTIZ y N.A. MANRIQUE, “El estrés y su relación con las condiciones de trabajo del personal de enfermería”, *Investigación y Educación en enfermería*, 9 (2), 2014.
- L.A. OTEO OCHOA, “La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud: los profesionales sanitarios y la ciudadanía. ¿Hemos agotado nuestro Sistema Nacional de Salud? Contextualización y determinantes del cambio y la innovación”, *Revista Administración Sanitaria*, 8, 2010, pp. 5-32. <http://www.nalonsalud.es/estudios/enero2011.pdf>.
- F. PAZ RODRÍGUEZ, “Predictores de Ansiedad y Depresión en cuidadores Primarios de Pacientes Neurológicos”, *Instituto Nacional de Neurología y Neurocirugía*, 19.1.2 2013 www.medicosecuador.com/revecuatneurol/vol19_n1-2_2010/articulos_originales/predictores-de-ansiedad.htm. Consulta 20 mayo 2014.
- F.J. PEREDA PÉREZ, T. LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN y F. GONZÁLEZ SANTA CRUZ, “Las habilidades directivas como ventaja competitiva. El caso del sector público de la provincia de Córdoba (España)”, *Intangible capital*, 10(3), 2014, pp 628-561.
- M.I.G. PÉREZ, M.E.L.V. MENÉNDEZ, L.L. GONZÁLEZ, N.A. LLUCH, M.L.M. AGUSTÍ, S.P. CACHAFEIRO y C.D.G.I. SOCALEMFYC, “Uso de los antisépticos en atención primaria”, *Atención Primaria*, 46, 2014, pp 10-24.
- PROYECTO REBECA (2012) Repertorio Básico de Estadísticas y Sistemas de Información Sanitaria de las Comunidades Autónomas. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Observatorio del Sistema Nacional de Salud. www.msssi.gob.es.
- H.L. PIZZI y E.V. EVE, “Virus del ébola (EVE)”, *Revista de Salud Pública*, 18(3), 2014, pp. 74-78.
- K. KAZUTAKA, *Entornos Laborales Saludables: Fundamentos y Modelo de la OMS*, OMS, Ginebra, 2011.
- F.J. VILLAR ROJAS, “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, Madrid.
- J. VILLARA y J.M. ARANAZ, “Violencia en el medio hospitalario por pacientes con enfermedad mental”, *Arch Prev Riesgos Labor*, 9 (1), 2005, 20-27.
- N. YEATES, “La globalización de las migraciones de enfermeras. Problemas políticos y soluciones”, *Revista Internacional del Trabajo*, 129.4, 2010 pp. 469-488.
- V.C. ZANÓN VIGUER, *Accidentes de trabajo en un hospital universitario. 2000-2004 Prevención y control*, Tesis doctoral, U. Valencia, 2004.

CLAVES PARA ENTENDER LA MARCA CORPORATIVA

BORJA SIMÓN DE LAS HERAS

Grado en Derecho

Prácticas en IURE LICET ABOGADOS

Fecha de recepción: 3 de noviembre de 2014

Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2014

Reseña del libro:

CLAVES PARA ENTENDER LA MARCA CORPORATIVA.

Fe d´ erratas. Madrid.

MONFORT DE BEDOYA, Abel

(Profesor en Centro Universitario Villanueva);

VILLAGRA GARCÍA, Nuria

(Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid). (2014)

La obra de referencia se pergeña por dos autores con la legitimidad que les confiere la profunda dedicación docente e investigadora a esta temática, y es por ello que el lector que penetre en las páginas de este libro asistirá a un formidable estudio didáctico que analiza de forma intensiva el impacto de la marca corporativa.

En efecto, la obra nace con un afán de instruir en la relevancia de la marca corporativa a profesionales de grandes empresas, autónomos y pymes, e incluso de enriquecer el conocimiento de cualquiera con un ápice de interés en estos lares.

La obra se estructura en cuatro capítulos que traslucen una notable coherencia discursiva, y que desembocan en unas conclusiones tan concisas como intensas.

El primer capítulo se ocupa de una aproximación a la marca corporativa con una clara intención de que ésta reinvente los procesos de diferenciación en un mercado de encarnizada competencia donde las empresas pugnan por arañar la mayor cuota de mercado posible. En efecto, las tradicionales ventajas competitivas que hacían fortuna en tiempos pretéritos, se reducen, actualmente, al plano de lo irrelevante, y emergen necesariamente nuevas formas de diferenciación, sobre todo, para las pymes que necesitan investirse de un inimitable valor añadido que les permita competir con multinacionales. Sin mayor ánimo exhaustivo, entre otras cuestiones abordadas en este primer capítulo cabe citar la dicotomía entre la marca corporativa y la marca de productos, la necesidad de orquestar de forma coherente la estrategia de *branding* que discurre desde marcas monolíticas hasta multimarcas, y la apuesta clara por la estrategia monolítica que enarbole la marca corporativa como símbolo de coherencia e identidad.

El segundo capítulo se centra, con un equilibrado rigor práctico y dogmático, en una visión conceptual de la marca corporativa, que aborda singularidades como la diferenciación, la reducción de costes y la transparencia. Una perfecta simbiosis que desemboca -gracias a la inestimable elocuencia de los autores- en una cuestión tan sugestiva que no puede si no

suscitar inmediatamente la atención e interés de cualquier empresario preocupado por potenciar la visión de su estructura empresarial.

El tercer capítulo aborda, con el enfoque práctico que inspira toda la obra, los componentes de la marca corporativa, que se sintetizan en la cultura corporativa, la identidad corporativa, la imagen corporativa y la reputación corporativa. Así la marca corporativa se imprime del espíritu y los principios de la empresa, y se conforma de una personalidad que, ulteriormente, se transmitirá al resto de *stakeholders*. A ello añadido una cuestión no menos baladí que radica en la oportunidad de aprovechar las sólidas reputaciones que puede suponer la adecuada gestión de la marca corporativa. En definitiva, la marca corporativa se alza como una ventaja competitiva no sólo cortoplacista, sino que sus potenciales efectos positivos perviven *sine die* y cristalizan cuestiones de tanta enjundia como la fidelización de los clientes.

El cuarto capítulo aborda, con una vocación puramente práctica, la tan relevante como indispensable comunicación corporativa. Resulta de sobra conocido el apriorismo consistente en que ‘aquello que no se comunica, no existe’, y así los esfuerzos por construir una marca corporativa se pueden ver mermados con ocasión de una ineficiente gestión de la comunicación de la misma. Así, la comunicación se alza como el enlace idóneo entre la sociedad y la empresa, que permite el dialogo sinérgico con todos los *stakeholders*, huyendo de convencionalismos, y conscientes de las nuevas formas de comunicación que nacen de la celeridad con la que se difunde y comparte la información. Ello añadido a la relevancia de las relaciones públicas que supone alinear las conductas y objetivos con sus grupos de interés.

Todo ello culmina con unas conclusiones que suponen el perfecto compendio de las cuestiones angulares de la obra.

En suma, esta obra supone una visión viva de los avatares de la marca corporativa, y que conforma tal exquisita armonía entre el aspecto práctico y teórico que ni el lector más avezado en la materia quedará defraudado. En otras palabras, el lector tiene entre sus manos una obra elaborada con la máxima honestidad intelectual, y una delicada sistemática que agiliza su lectura y análisis, que evade lo ocioso y profundiza en las cuestiones esenciales.

VICTIMOLOGÍA: UN ESTUDIO SOBRE LA VÍCTIMA Y LOS PROCESOS DE VICTIMIZACIÓN

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Abogado Penalista

Master en Investigación en Ciencias Jurídicas y

Master en Derecho Penal Económico

Fecha de recepción: 27 de octubre de 2014

Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014

Reseña del libro:

VICTIMOLOGÍA: UN ESTUDIO SOBRE LA VÍCTIMA Y LOS PROCESOS DE VICTIMIZACIÓN. Dykinson. Madrid (2014).

**LORENZO MORILLAS, DAVID, PATRÓ HERNÁNDEZ, ROSA M^a Y
AGUILAR CÁRCELES, MARTA M^a.**

(Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid). (2014)

La obra que el lector tiene en sus manos representa un estudio, brillante, profundo, actual y profesionalmente muy competente, y es mérito de sus autores los profesores David Morillas Fernández, Rosa María Patró Hernández y Marta María Aguilar Cárceles.

Aciertan los autores, tanto en el método como en la sistemática y estructura de su análisis diferenciando dos bloques temáticos, perfectamente ordenados. Por un lado una primera parte en donde abundan cuestiones conceptuales, de necesario tratamiento. Con un planteamiento de entrada, situando como marco referencial, “La criminología y sus etapas evolutivas diferenciadoras en el pensamiento criminológico (de LOMBROSO, FERRY y GAROFALO) a una evolución más empírica y experiencial. Es de destacar en este punto, el conocimiento sobrio y teóricamente depurado, del profesor David Morillas Fernández en el ámbito de estudio específico sobre el estudio de la víctima; así como el complemento acertadísimo tanto en el ámbito de la Psicología por la profesora Patró Fernández, y un necesario y didáctico análisis del pensamiento histórico muy bien orientado por la profesora Aguilar Cárceles.

Es así que la obra objeto de breves comentarios se disciplina como hemos referido en un bloque “generalista” en donde, con claridad y correcta exposición se analiza el método victimológico. Y a ello contribuye el acierto sistemático de los Cuadros Comparativos. En este primer grupo de cuestiones cohesionadas en este bloque temático se analiza con profundidad y excelente análisis el estudio de la victimología, sus referencias históricas, cuestiones etimológicas, sin olvidar una “toma de posición personal de sus autores que apuntan a la dificultad de encontrar un concepto unitario de víctima, y las necesarias diferencias entre sujeto pasivo y perjudicado.

Asimismo, en este primer bloque generalista nos hablan de los ejes tipológicos sobre los que se han sustentado las principales tipologías victimales desde MENDELSON, hasta la aportación minuciosa y contextual de NEUMAN. En este sentido, es no solo descriptivo sino elocuente la clasificación victimal de NEUMAN, hasta llegar a ZAFFARONI (la vulnerabilidad social) y las categorías o tipología victimal de Scheider, con sus categorías colectivistas.

Del mismo modo en el ámbito español estudian con didáctico tono cronológico los estudios a la sazón desde JIMENEZ DE ASUA, BERISTAIN o el propio autor MORILLAS FERNANDEZ.

En este primer bloque de contenido generalista, pero de obligado estudio, las relaciones existentes entre “víctima y victimario”. Las relación “víctima-criminal (y el análisis de las relaciones intersubjetivas, dinámicas e interactivas. Y los aclaratorios cuadros del itinerario del delito *itercriminis versus itervictimae*).

Es muy acertado el análisis de la víctima en la legislación española. Un compendio de las principales normas de contenido victimológico, y que han supuesto una aportación relevante al estudio. Destacamos análisis tan certeros como ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo, o la ley de medidas de Protección integral contra la violencia de Género.

Sentado lo anterior, el segundo bloque y competente análisis temático abordan los autores los procesos de victimización más representativos: “víctimas especialmente vulnerables” en la violencia doméstica, la mujer, y/o el menor, anciano maltratado, las víctimas de acoso laboral y escolar, la delincuencia organizada, o el “cibercrimen”.

En el ámbito de las mujeres maltratadas destacamos el estudio de las diferentes tipologías que (analiza el profesor MORILLAS FERNANDEZ). Resulta de interés notable las tablas descriptivas y en concreto las estrategias de control y consecuencias en la mujer maltratada por sus pareja o las causas de violencia contra la mujer.

En cuanto al maltrato infantil, resulta muy clarificador los modelos explicativos y los factores de riesgo.

En el estudio de los ancianos como víctimas vulnerables y el análisis de las diferentes tipologías de maltrato a los ancianos.

Mención aparte merece el apartado a las víctimas de agresión y abuso sexual en la infancia. Y el muy pormenorizado estudio de los factores de riesgo. Del mismo modo, el estudio de las víctimas de acoso laboral y escolar, y su análisis de las distintas tipologías y dinámicas, perfiles y factores de riesgo.

Asimismo, es interesante el trabajo referido a las víctimas de delincuencia organizada. En particular determinados colectivos víctimas de ciertas formas específicas de delincuencia organizada (víctimas de tráfico humano y trata de personas; así como lo concerniente a las víctimas del terrorismo, y las clases de victimización, o el oportuno tratamiento en la investigación de los “grupos sectarios” (personas explotadas y con una dependencia psicológica extrema).

Finalmente, conviene destacar el análisis que se lleva a cabo excelentemente por los autores sobre el avance de las nuevas tecnologías y el incremento de la victimización. El “ciberespacio” un concepto amplio que abarcaría cualquier comportamiento criminal que se lleve a cabo. Nuevas formas comisivas antes impensables.

En conclusión, es loable y digno de mencionar la excelente bibliografía que aportan los autores, actualizada y competentemente estudiada y especialmente reveladora, para profundizar sectorialmente en cada capítulo analizado.

Asimismo, y lo ponía de manifiesto al comienzo, es de destacar, el trabajo concienzudo y explicativamente muy didáctico que aporten los distintos cuadros, esquemas, tablas que aportan a este imprescindible estudio sobre la victimología. La obra es rigurosa, profunda en cuanto a su investigación que con mérito y acierto ver la luz su “segunda edición”, que no es una reimpresión de la primera sino un estudio actualizado cuantitativa y cualitativamente novedoso e imprescindible, como una investigación de obligada lectura por los profesionales “interdisciplinarios” para quienes esta obra es un estudio necesario para entender esta casuística tan enriquecedora y variada que se engloba en esta materia tan excelentemente tratada por los autores como corresponde a la victimología.

PARTICIPAR. LA CIUDADANÍA ACTIVA EN LAS RELACIONES ESTADO SOCIEDAD

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

*Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Deusto
Abogada en IURELICET ABOGADOS*

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2014

Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2014

Reseña del libro:

PARTICIPAR. LA CIUDADANÍA ACTIVA EN LAS RELACIONES ESTADO SOCIEDAD.

Dykinson, Madrid, (2014).

CRIADO DE DIEGO, Marcos

(Profesor titular de Derecho constitucional en la Universidad de Extremadura)

La obra que el lector tiene a su disposición es una magnífica monografía que resalta la indiscutible relevancia de la participación de la ciudadanía en la sociedad, haciendo especial hincapié en la influencia de los particulares, individual o conjuntamente, pueden tener en nuestro estado social. La temática en cuestión tiene una indiscutible actualidad, ya que es precisamente la democracia participativa la vía de mayor idoneidad para superar las crisis de legitimidad que muchos estados constitucionales se encuentran sufriendo. No obstante, es precisamente la inexistencia de un concepto uniforme que resuma la idea de la “democracia participativa” lo que dificulta el hallar un equilibrio a este respecto. Es por ello por lo que el autor, a lo largo de las páginas del presente libro, pretende arrojar algo de luz sobre esta idea, a fin de democratizar la propia democracia.

La obra se encuentra dividida en cuatro capítulos, a lo largo de los cuales el autor dilucida sobre la participación ciudadana y su efecto en la democracia, y también, por supuesto, en la propia sociedad.

El primer capítulo estudia la autonomía social y la participación, analizándolos como posibles factores de transformación del constitucionalismo contemporáneo. En este mismo capítulo el autor se enfrenta a una incógnita relativa al fin mismo de la política, en base a las anteriores premisas.

El segundo de los capítulos se centra en el concepto mismo de la participación, analizándolo desde el propio significado léxico de la palabra hasta el moderno concepto de la soberanía al gobierno representativo; pasando por el concepto político de participación, el diseño manipulativo institucional y la participación del pensamiento político del siglo XIV.

En el tercer capítulo el autor se enfrenta a la hipótesis que presenta la dicotomía derivada de una sociedad organizada en detrimento de un estado desorganizado. A fin de dar respuesta a este interrogante, el autor estudia de forma minuciosa las vías de comunicación sociedad – estado, reafirmando en la participación social como una necesidad de los estados; tomando como especial ejemplo el igualitarismo, reformismo y organización social del caso concreto de los Estados Unidos de América.

Finalmente, en el último y cuarto capítulo se concibe la idea de la democracia participativa, observada desde el prisma de la democracia representativa. La minuciosidad del autor es destacable en este punto, en el que no sólo aduce posibles vías de transformación hacia esa democracia representativa, sino que aboga por una propuesta de sistematización. Para tal fin destaca ideas como las del referéndum, el problema de la soberanía, entendido como una sociedad independiente y extraña a la organización del estado y finalmente, la necesidad de considerar la democracia representativa como una norma en sí misma.

En conclusión, esta monografía conforma, no sólo un profuso recorrido de la participación ciudadanía en la soberanía estatal, sino también una interesante propuesta para promover una institución de tal entidad dentro de la democracia, que puede llegar a ser la respuesta a problemas irresolutos.

LOS EFECTOS DEL TRABAJO CON PERSONAS MAYORES DEPENDIENTES INSTITUCIONALIZADAS

ISABEL CABRERA CEPEDA
*Servicio Andaluz de Salud
Trabajadora Social*

Fecha de recepción: 28 de noviembre de 2014

Fecha de aceptación: 10 de diciembre de 2014

Reseña del libro:

LOS EFECTOS DEL TRABAJO CON PERSONAS MAYORES DEPENDIENTES INSTITUCIONALIZADAS.

Dykinson, Madrid, (2013).

NIETO MORALES, C.

La autora del libro es profesora del Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, que realiza un estudio en centros residenciales para personas mayores institucionalizadas, analizando por un lado a los mayores y por otro a los profesionales sanitarios que les atiende, con el objetivo de averiguar cuales son los efectos que produce en los profesionales el trabajo de cuidados que realizan.

En el momento presente, cuando mayor valor se proporciona a la experiencia laboral, el libro nos aporta a través del estudio realizado experiencias prácticas y opiniones de los profesionales que son de gran valor para detectar los efectos que el trabajo tiene sobre ellos.

El libro se encuentra dividido con una línea imaginaria en dos partes, como se ha dicho antes estudia a las personas mayores y para ello enmarca teóricamente el estudio realizando un recorrido de la realidad demográfica y esperanza de vida en España, los cambios familiares y desencadenantes de aspectos y consecuencias del envejecimiento, la evolución del entorno social de las personas mayores, el estudio de la geriatría y gerontología, las políticas sociales, el Estado y la sociedad del Bienestar.

La promulgación de la Ley de Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia Ley 39/2006, desencadena un cambio importante en la atención y el cuidado a las personas mayores en España, aunque en los últimos años la crisis y recortes económicos hayan producido un retroceso en los avances que se produjeron.

Por otra parte, la externalización del trabajo y la consiguiente privatización y/o concentración de trabajo que conlleva la gestión privada de centros residenciales origina bajos salarios, aunque no siempre peores condiciones laborales.

La segunda parte del libro, realiza un recorrido teórico por la trayectoria histórica de los diversos tipos de empresas y trabajos, desde los primeros estudios del mundo laboral de Taylor hasta nuestros días con las empresas flexibles, habiendo pasado por la escuela de relaciones humanas que trata de humanizar la empresa y el trato a los trabajadores.

Los cambios sociales han contribuido a grandes transformaciones en la empresa actual, donde se refleja la importancia de la cultura empresarial, el capital humano, el trabajo en

equipo, la comunicación, la formación continua debido a los rápidos cambios sociales junto a la importancia del clima laboral, la satisfacción y los efectos de la actividad laboral en la salud de la persona.

Desde hace unas décadas también se concede gran importancia al estrés, síndrome de desgaste profesional, efectos psicológicos del trabajo en la persona, problema de acoso laboral, etc.

El trabajo con personas mayores institucionalizadas como cualquier trabajo de cuidados de enfermería produce problemas músculo esqueléticos y de circulación, además de carga emocional y saturación por problemas de cuidados de enfermos imposibilitados y con problemas psicológicos.

Este libro aborda una problemática en la recta final de la vida de las personas mayores y de los profesionales que les cuidan, que en el momento actual debido a la compleja crisis económica que ha desencadenado gran desempleo y que se trata de no aflorar por miedos a pérdidas, aunque no por ello desaparecen los efectos.

A nivel legislativo sobre salud laboral nos encontramos con la prevención de los riesgos laborales, aunque solo tiene efectos de reconocimiento puesto que no desaparecen las enfermedades profesionales, si que es un paso adelante para los trabajadores.

Desde la crisis económica ha disminuido el número de personas mayores institucionalizadas, debido a que muchos mayores con sus pensiones se han convertido en sostén económico de familiares, que han pasado de ser cuidados por profesionales a serlo por sus familias.

De los efectos del trabajo en el personal sanitario, la autora concluye que se debe de orientar otra forma de gestión del trabajo y de los centros para personas mayores. Además de proporcionar al trabajador herramientas para evitar las situaciones que conlleve enfermedad de cualquier tipo, ya sean patologías psicológicas o físicas debido al trabajo.

Hay que resaltar que lo más importante de esta publicación, son los conocimientos que proporciona el estudio desde el punto de vista de profesionales que padecen síntomas y efectos laborales por el trabajo que realizan.

En las conclusiones de la publicación se pone gran énfasis en orientar soluciones para corregir y/o disminuir los problemas que produce el trabajo con personas mayores en el personal sanitario. Entre ellas, una de las que mas me ha llamado la atención es la de realizar una buena gestión de los recursos humanos, proporcionando valoración del trabajo y permitiendo una buena adaptación de los empleados a la actividad laboral, además de cuantos beneficios se proporcionen a los empleados que repercutirán en la eficacia y calidad en el desempeño profesional.

Concluyendo, el libro conlleva reflexiones profundas y orientaciones sobre los efectos del trabajo en el personal sanitario que cuida a personas mayores institucionalizadas en centros públicos, que desafortunadamente se está externalizando el trabajo con el consiguiente deterioro económico, mayor carga de trabajo y peores condiciones laborales que afectaran de forma mas perniciosa en la salud laboral de los trabajadores.